

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

TESIS

DOCTORAL

**VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LAS
NORMAS FEDERATIVAS DE PROTECCIÓN
DE LOS FUTBOLISTAS MENORES DE EDAD**

Autora: Natasha Vergara Prieto

Director: José Ignacio Cubero Marcos

2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
INTRODUCCIÓN.....	23

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I “DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES”

I. INTRODUCCIÓN	31
II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO, FUNDAMENTACIÓN, ORIGEN, HISTORIA Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y/O FUNDAMENTALES	32
II.1. CONCEPTO	32
II.2. FUNDAMENTACIÓN	36
II.2.A. Tesis Iusnaturalistas.....	36
II.2.B. Tesis positivistas	37
II.2.C. Tesis realistas	37
II.3. ORIGEN E HISTORIA	38
II.3.A. Primera etapa: la consagración de la libertad en el Derecho positivo	38
II.3.B. Segunda etapa: la formulación de los derechos fundamentales en Pactos.....	39
II.3.C. Tercera etapa: La constitucionalización de los derechos fundamentales.....	41
<i>II.3.C.a. Fase de las libertades individuales</i>	<i>41</i>
<i>II.3.C.b. Fase de los derechos económicos y sociales.....</i>	<i>44</i>
II.3.D. Cuarta etapa: La internacionalización de los derechos fundamentales.....	45
<i>II.3.D.a. Carta de San Francisco</i>	<i>46</i>
<i>II.3.D.b. Declaración Universal de Derechos Humanos</i>	<i>47</i>
<i>II.3.D.c. Pactos y Convenios Internacionales</i>	<i>49</i>
<i>II.3.D.d. Ámbito Europeo: Convención para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Carta Social Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....</i>	<i>50</i>

II.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	52
II.4.A. Derechos civiles y políticos o derechos de la primera generación	53
II.4.B. Derechos económicos, sociales y culturales o derechos de la segunda generación .	54
II.4.C. Derechos de la tercera generación	55
III. DESARROLLO DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO EUROPEO	56
III.1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS.....	56
III.2. INCONVENIENTES A LA POSIBLE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	62
III.2.A. Porque pudiera afectar a características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión.....	62
<i>III.2.A.a. Respecto a la interpretación de la protección de los derechos humanos</i>	<i>63</i>
<i>III.2.A.b. Principio de confianza mutua</i>	<i>65</i>
<i>III.2.A.c. Opinión consultiva previa</i>	<i>66</i>
III.2.B. Porque pudiera afectar al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	67
III.2.C. Porque pudiera afectar al mecanismo del codemandado	68
III.2.D. Porque pudiera afectar al procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia.....	70
III.2.E. Porque pudiera afectar al control jurisdiccional en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).....	71
IV. DESARROLLO DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA	71
IV.1. ESTRUCTURA FORMAL DEL TÍTULO I	73
IV.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	75
IV.2.A. Sobre la existencia de derechos fundamentales fuera del Título I de la Constitución Española.....	76
IV.2.B. Sobre si en el Título I se proclaman garantías institucionales y deberes constitucionales que no son derechos.....	78
IV.2.C. Sobre la unidad y variedad en el régimen jurídico de los derechos fundamentales	79
IV.3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	80
IV.3.A. Garantías normativas.....	80
<i>IV.3.A.a. Asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales</i>	<i>81</i>
<i>IV.3.A.b. Rigidez constitucional</i>	<i>81</i>
<i>IV.3.A.c. Asegurar la integridad del significado y función de los derechos fundamentales</i>	<i>82</i>
IV.3.B. Garantías jurisdiccionales.....	83
<i>IV.3.B.a. Garantías procesales genéricas</i>	<i>83</i>
<i>IV.3.B.b. El recurso y cuestión de inconstitucionalidad</i>	<i>84</i>

IV.3.B.c. El "Habeas Corpus"	85
IV.3.B.d. El procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios o amparo judicial ordinario	85
IV.3.B.e. El recurso de amparo	86
IV.3.C Garantías institucionales.....	88
IV.3.C.a. El control parlamentario de los derechos fundamentales	88
IV.3.C.b. La iniciativa legislativa popular	88
IV.3.C.c. El Defensor del Pueblo	89
IV.4. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	89
IV.4.A. Los derechos fundamentales de los extranjeros	89
IV.4.B. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas.....	90
IV.5. EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	93
IV.5.A. Limitaciones por ausencia parcial o total de capacidad de obrar	93
IV.5.A.a. Menores.....	93
IV.5.A.b. Incapaces	95
IV.5.B. Renuncia.....	95
IV.6. LÍMITES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.....	96
IV.7. SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	99
V. DESARROLLO AUTONÓMICO DE LOS DERECHOS.....	101

CAPÍTULO II "DERECHO DEPORTIVO"

I. INTRODUCCIÓN	105
II. CONCEPTO	105
III. NATURALEZA	106
IV.ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO	108
IV.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS	108
IV.2. ESTRUCTURA	109
V. INTERVENCIÓN O INJERENCIA DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO.	111
V.1. ORDENAMIENTO JURÍDICO ABTENCIONISTA O INTERVENCIONISTA	111
V.2. INJERENCIA O INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS	112
V.2.A. Concepto.....	112
V.2.B. Casuística.....	113
V.2.B.a. El caso Heysel	113

V.2.B.b. <i>El caso Olympique de Marseille</i>	114
V.2.B.c. <i>El caso Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.</i>	115
V.2.B.d. <i>El caso Harry Butch Reynolds</i>	118
V.2.B.e. <i>El caso Bosman C-415/93</i>	121
V.2.B.f. <i>El caso de la Federación Pakistání de fútbol (PFF)</i>	124
V.2.B.g. <i>El caso de la Federación peruana de fútbol</i>	125
V.2.C. <i>Conclusión</i>	126
VI. ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO VIGENTE EN ESPAÑA	127
VI.1. FUENTES NORMATIVAS PÚBLICAS	128
VI.1.A. Derecho Comunitario	128
VI.1.A.a. <i>Normas emanadas por las instituciones europeas</i>	128
VI.1.A.b. <i>Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)</i>	129
VI.1.B. Derecho Estatal.....	137
VI.1.B.a. <i>Constitución Española</i>	137
VI.1.B.b. <i>Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte</i>	140
VI.1.B.c. <i>Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas</i>	144
VI.1.C. Derecho autonómico.....	145
VI.1.C.a. <i>Ley 14/1998 de 11 de junio, del Deporte del País Vasco</i>	147
VI.1.C.b. <i>Decreto 16/2006, de 31 de enero, de Federaciones Deportivas del País Vasco</i>	150
VI.2. FUENTES NORMATIVAS PRIVADAS.....	151
VII. INSTITUCIONES RELEVANTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO ESPAÑOL	153
VII.1. CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES (CSD).....	153
VII.1.A. Definición y funciones.....	153
VII.1.B. Tribunal Administrativo del Deporte	154
VII.2. FEDERACIONES DEPORTIVAS	155
VII.2.A. Definición	155
VII.2.B. Constitución	156
VII.2.C. Naturaleza jurídica: privada o pública	157
VII.2.D. Funciones	159
VII.2.D.a. <i>Funciones públicas delegadas</i>	160
VII.2.D.b. <i>Funciones de carácter privado</i>	161
VII.2.D.c. <i>Controversias respecto a la naturaleza de las competencias</i>	162
VII.2.E. Federaciones deportivas de ámbito internacional y de ámbito autonómico	164
VII.2.E.a. <i>Federaciones deportivas internacionales</i>	164

VII.2.E.b. <i>Federaciones deportivas autonómicas</i>	166
VII.2.F. Modalidad deportiva: fútbol	169
VII.2.F.a. <i>Fédération Internationale de Football Association (FIFA)</i>	169
VII.2.F.b. <i>Real Federación Española de Fútbol (RFEF)</i>	171
VII.3. LIGAS PROFESIONALES	172
VII.4. CONFLICTOS ENTRE FEDERACIONES DEPORTIVAS Y LIGAS PROFESIONALES	173
VII.4.A. Resolución del Consejo Superior de Deportes de 30 de octubre de 2014	173
VII.4.B. Resolución del Consejo Superior de Deportes de 12 de mayo de 2016.....	175
VII.4.C. CAS 2007/O/1361 Real Federación Española de Fútbol v/ Liga Nacional de Fútbol Profesional, de 24 de agosto de 2007, más conocido como Caso Granada 74.....	176
VIII. LICENCIA DEPORTIVA	178
VIII.1. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA.....	178
VIII.1.A. Concepto.....	178
VIII.1.B. Tipología.....	178
VIII.1.B.a. <i>Criterios subjetivos</i>	178
VIII.1.B.b. <i>Criterios objetivos</i>	179
VIII.1.B.c. <i>Criterios territoriales</i>	180
VIII.1.B.d. <i>Criterios de integración</i>	180
VIII.2. NATURALEZA JURÍDICA. DE TÍTULO PRIVADO A PÚBLICO.....	180
VIII.2.A. Autorización administrativa	180
VIII.2.B. Características.....	183
VIII.3. RÉGIMEN JURÍDICO.....	184
VIII.3.A. Derechos	184
VIII.3.A.a. <i>Derechos derivados de las licencias deportivas en su calidad de autorización</i>	184
VIII.3.A.b. <i>Derechos derivados de las licencias deportivas dimanantes de los estatutos y reglamentos</i>	186
VIII.3.B. Obligaciones	186
 CAPÍTULO III "EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES" 	
I. INTRODUCCIÓN	189
II. DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE	189
II.1. CONCEPTO	189

II.2. DIFICULTADES DOGMÁTICAS	190
II.3. DOCTRINA CIENTÍFICA	191
II.4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	192
II.4.A. STC núm. 2/1982 de 29 de enero	192
II.4.B. STC núm. 18/1984 de 7 de febrero	193
II.4.C. STC núm. 19/1985, de 13 de febrero	194
II.4.D. STC núm. 177/1988, de 10 de octubre	195
III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEPORTE	196
III.1. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA (ART. 13 CE), ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL	197
III.1.A. Contenido del derecho	197
III.1.B. Conflicto en el ámbito del deporte	199
III.2 DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 14 CE), ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES	201
III.2.A. Contenido del derecho	201
III.2.B. Conflicto en el ámbito del deporte	203
III.3. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA (ART. 15 CE)	205
III.3.A. Contenido del derecho	205
III.3.B. Conflicto en el ámbito del deporte	206
III.3.B.a. Teoría del riesgo asumido o riesgo permitido	208
III.3.B.b. Teoría del caso fortuito	209
III.3.B.c. Teoría consuetudinaria	209
III.3.B.d. Teoría del reconocimiento del Estado	209
III.3.B.e. Teoría del ejercicio legítimo de un derecho u oficio	210
III.4. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN (art. 18 CE) DESARROLLADO POR LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN	210
III.4.A. Contenido del derecho	210
III.4.B. Conflicto en el ámbito del deporte	212
III.4.B.a. Derecho al honor	212
III.4.B.b. Derecho a la intimidad	216
III.4.B.c. Derecho a la imagen	221
III.5. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ART. 20 CE)	225
III.5.A. Contenido del derecho	225
III.5.B. Conflicto en el ámbito de deporte	227

III.6. DERECHO DE ASOCIACIÓN (ART. 22 CE) DESARROLLADO POR LA LEY ORGÁNICA 1/2002, DE 22 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN	231
III.6.A. Contenido del derecho.....	231
III.6.B. Conflicto en el ámbito del deporte.....	232
III.7. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 CE)	235
III.7.A. Contenido del derecho.....	235
III.7.B. Conflicto en el ámbito del deporte.....	240
III.8. DERECHO A LA LEGALIDAD PUNITIVA (ART. 25 CE)	246
III.8.A. Contenido del derecho.....	246
III.8.B. Conflicto en el ámbito del deporte.....	248
III.9. DERECHO AL TRABAJO (ART. 35 CE) DESARROLLADO POR EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES	252
III.9.A. Contenido del derecho.....	252
III.9.B. Conflicto en el ámbito del deporte.....	255

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO IV "SUJETO DE LA NORMATIVA FEDERATIVA. LOS MENORES"

I. INTRODUCCIÓN	261
II. NORMATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO ..	262
II.1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE MENORES.....	262
II.2. NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE MENORES. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	266
II.2.A. Principio de no discriminación	266
II.2.B. Principio del interés superior del menor	267
II.2.C. Derecho del menor a ser escuchado.....	268
II.2.D. Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo	270
II.2.E. Derecho a la educación	271
II.2.F. Derecho al esparcimiento y al juego	273
II.2.G. Derecho a la protección del niño contra la explotación laboral.....	273
II.2.H. Derecho a la protección contra la venta, tráfico y trata de niños.....	274

II.3. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE EL TRABAJO DE LOS MENORES	275
II.3.A. Fijación de la edad mínima de acceso al empleo	276
II.3.B. Protección de los trabajadores menores	276
III. NORMATIVA EUROPEA	277
III.1. CONVENIO EUROPEO PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES	277
III.2. CARTA EUROPEA DE LOS DERECHO DEL NIÑO.....	279
III.3. DIRECTIVA 94/33/CE.....	280
III.4. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA..	282
IV. NORMATIVA ESTATAL	284
IV.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	284
IV.2. LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDICO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIMIENTO CIVIL.....	286
IV.2.A. Derechos amparados por la Ley	287
IV.2.A.a. <i>Interés superior del menor</i>	287
IV.2.A.b. <i>Derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen</i>	289
IV.2.A.c. <i>Derecho a la información</i>	290
IV.2.A.d. <i>Derecho a la libertad ideológica</i>	291
IV.2.A.e. <i>Derecho a la libertad de expresión</i>	292
IV.2.A.f. <i>Derecho a ser oídos</i>	292
IV.2.B. Obligaciones impuestas por la Ley.....	293
IV.3. CÓDIGO CIVIL	294
IV.4. REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REGUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES DE EDAD.....	297
IV.5. LEGISLACIÓN DEPORTIVA.....	301
V. NORMATIVA AUTONÓMICA.....	302
V.1. LEY 3/2005, DE 18 DE FEBRERO, DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	304
V.2. LEY 14/1998, DE 11 DE JUNIO, DEL DEPORTE DEL PAÍS VASCO	306
VI. JURISPRUDENCIA	306

CAPÍTULO V "EXTRANJERÍA"

I. INTRODUCCIÓN	313
------------------------------	------------

II. NACIONALIDAD ESPAÑOLA	314
II.1. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN	315
II.1.A. Adquisición por filiación	315
II.1.B. Adquisición por nacimiento en territorio español	315
II.1.C. Adquisición por adopción del extranjero menor de edad	316
II.1.D. Adquisición por opción.....	316
II.2. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR TÍTULO DERIVATIVO	316
II.2.A. Adquisición por opción	316
II.2.B. Adquisición por residencia en España	317
II.2.C. Adquisición por Carta de Naturaleza	319
II.2.D. Consolidación de la nacionalidad por posesión de estado	321
III. VECINDAD CIVIL	322
IV. ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO.....	325
IV.1. CIUDADANO EUROPEO	325
IV.1.A. El derecho de libre circulación y residencia (artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea):.....	326
IV.1.B. Los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y al Parlamento Europeo (artículo 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).....	328
IV.1.C. El derecho a la protección diplomática y consular (artículo 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).....	330
IV.1.D. El derecho a recurrir en queja al Defensor del Pueblo Europeo y en petición al Parlamento Europeo (artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)	331
IV.2. EXTRANJEROS.....	331
IV.2.A. Régimen jurídico.....	331
IV.2.B. Los derechos de los extranjeros.....	332
IV.2.B.a. <i>Derechos cuya titularidad corresponden tanto a los españoles como a los extranjeros</i>	333
IV.2.B.b. <i>Derechos de los extranjeros cuyo ejercicio puede ser modulado por el legislador</i>	334
IV.2.B.c. <i>Derechos cuya titularidad únicamente corresponde a los españoles</i>	334
IV.2.B.d. <i>Otros derechos</i>	335
V. RÉGIMEN DE ENTRADA Y PERMANENCIA DE LOS EXTRANJEROS	335
V.1. ENTRADA EN ESPAÑA DE EXTRANJEROS.....	337

V.2. PERMANENCIA EN ESPAÑA DE EXTRANJEROS	340
V.2.A. Residencia temporal	341
V.2.B. Residencia de larga duración	343
VI. AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR DE LOS EXTRANJEROS	344
VI.1. TRABAJADORES COMUNITARIOS	345
VI.2. TRABAJADORES ASIMILADOS A LOS COMUNITARIOS	346
VI.3. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS	347
VI.4. TRABAJADORES EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS	348
VI.4.A. Autorización para trabajar	348
VI.4.B. Tramitación de la autorización	349
VI.4.C. Excepción a la obligación de tramitar la autorización de trabajo	351
VI.4.D. Trabajadores no comunitarios sin autorización de trabajo	351
VII. REFUGIADOS Y EL DERECHO DE ASILO	352
VII.1. DEFINICIÓN	352
VII.2. REGULACIÓN JURÍDICA	353
VII.2.A. Derecho internacional	353
VII.2.B. Derecho comunitario	353
VII.2.C. Derecho estatal	354
VII.2.C.a. Definición	354
VII.2.C.b. Consecuencias del reconocimiento	355
VII.2.C.c. Procedimiento	356
VIII. MENORES EXTRANJEROS, MENA (MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO).....	357
IX. DEPORTISTAS EXTRANJEROS	362
IX.1. DEPORTISTAS COMUNITARIOS	362
IX.2. DEPORTISTAS PROFESIONALES ASIMILADOS	366
IX.3. DEPORTISTAS PROFESIONALES EXTRANJEROS	369
IX.3.A. Permiso de residencia y trabajo	369
IX.3.B. Procedimiento especial	369
IX.3.C. Regulación deportiva	371

CAPÍTULO VI "ESPACIOS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA "

I. INTRODUCCIÓN	375
------------------------------	------------

II. TRABAJADORES MIGRANTES	375
II.1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES (OIT)	375
II.2. CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT	376
II.2.A. Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores núm. 97, sobre trabajadores migrantes.....	376
II.2.B. Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores núm. 111, sobre discriminación	378
II.2.C. Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores núm. 143, sobre trabajadores migrantes.....	378
II.2.D. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo	379
III. ESPACIOS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA	380
III.1. APROXIMACIÓN A LOS ESPACIOS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA.....	380
III.2. DISTINTAS FORMAS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA	380
III.2.A. Zona preferencial.....	380
III.2.B. Zona de libre comercio	381
III.2.C. Unión aduanera.....	381
III.2.D. Mercado común.....	382
III.2.E. Unión Económica	382
IV. UNIÓN EUROPEA.....	382
IV.1. VISIÓN HISTÓRICA.....	383
IV.2. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS	384
V. MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR).....	385
V.1. VISIÓN HISTÓRICA	385
V.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES	388
VI. COMUNIDAD ANDINA (CAN)	390
VI.1. VISIÓN HISTÓRICA.....	390
VI.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES	392
VII. AFRICAN UNION (AU) UNIÓN AFRICANA.....	396
VII.1. VISIÓN HISTÓRICA	396
VII.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES	399
VIII. AUSTRALIA-NEW ZEALAND CLOSER ECONOMIC RELATIONS TRADE AGREEMENT (ANZCERTA) ACUERDO	

COMERCIAL DE ACERCAMIENTO ECONÓMICO ENTRE AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA	401
VIII.1 VISIÓN HISTÓRICA.....	401
VIII.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES	402
IX. COMUNIDAD Y MERCADO COMÚN DEL CARIBE (CARICOM)	403
IX.1 VISIÓN HISTÓRICA.....	403
IX.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES	404
X. UNIÓN ECONÓMICA EUROASIÁTICA (UEEA).....	407
X.1. VISIÓN HISTÓRICA	407
X.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES	408

CAPÍTULO VII "TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE FUTBOLISTAS"

I. INTRODUCCIÓN	411
II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.....	411
II.1. DERECHO FEDERATIVO	412
II.2. ESTATUS DEL JUGADOR	412
II.3. JUGADORES MENORES DE EDAD	415
II.4. TRANSFERENCIA DE CARÁCTER INTERNACIONAL	418
III. REGLAMENTO SOBRE EL ESTATUTO Y LA TRANSFERENCIA DE JUGADORES: TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE JUGADORES.....	419
III.1. ORIGEN.....	419
III.2 ASPECTOS RELEVANTES DEL REGLAMENTO SOBRE EL ESTATUTO Y TRANSFERENCIA DE JUGADORES (RETJ).....	422
III.2.A. La estabilidad contractual.....	423
III.2.B. Rescisión de contrato por causas justificadas.....	423
III.2.C. Rescisión de contrato sin causa justificada.....	425
<i>III.2.C.a. Caso Philippe Mexès (CAS 2005/A/902, 903).....</i>	<i>429</i>
<i>III.2.C.b. Caso Andrew Webster (CAS 2007/A/1298, 1299, 1300).....</i>	<i>430</i>
<i>III.2.C.c. Caso Matuzalem (CAS 2008/A/1519,1520).....</i>	<i>431</i>

III.2.C.d. Caso De Sanctis (CAS 2010/A/2145,2146 y 2147).....	432
III.2.C.e. Caso Zinchenko (CAS 2017/A/4935)	433
III.2.D. Indemnización por formación.....	436
III.2.E. Mecanismo de solidaridad	442
III.2.F. Certificado de transferencia internacional	446
IV. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE JUGADORES MENORES DE EDAD: PROHIBICIÓN	452
IV.1. APROXIMACIÓN.....	452
IV.2. REGULACIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE MENORES DE EDAD: CAPÍTULO VI DEL RETJ	453
IV.3. PRIMERA EXCEPCIÓN: CAMBIO DE RESIDENCIA DE LOS PADRES POR RAZONES DISTINTAS AL FÚTBOL (art. 19.2 a)).....	456
IV.3.A. Caso Acuña, CAS 2005/A/955 y 956 Cádiz C.F., S.A.D. y Carlos Javier Acuña Caballero vs. FIFA y Asociación Paraguaya de Fútbol.	456
IV.3.B. Caso Sarmiento, CAS 2007/A/1403 Real Club Racing de Santander, S.A.D c. Club Estudiantes de la Plata.....	459
IV.3.C. Caso <i>Elmir Muhic</i> , CAS 2011/A/2354 E. v. <i>Fédération Internationale de Football Association (FIFA)</i>	462
IV.3.D. Caso Valentin Vada I, TAS 2011/A/2494, <i>FC Girondins de Bordeaux c. Fèdèration Internationale de Football Association (FIFA)</i>	463
IV.3.E. Caso <i>Reneau</i> , CAS 2013/A/3140, <i>Alex Daniel Reneau v. Club Atlético de Madrid, S.A.D. & Real Federación Española de Fútbol (RFEF) & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)</i>	464
IV.4. SEGUNDA EXCEPCIÓN: TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DENTRO DEL ESPACIO UE/EEE DE JUGADORES DE EDADES COMPRENDIDAS ENTRE LOS 16 Y 18 AÑOS	468
IV.4.A. Caso Midtylland, CAS 2008/A/1485 FC Midtylland A/S v. <i>Fédération Internationale de Football Association (FIFA)</i>	470
IV.4.B. Caso <i>Elmir Muhic</i> , CAS 2011/A/2354 E. v. <i>Fédération Internationale de Football Association (FIFA)</i>	473
IV.4.C. Caso Valentin Vada II TAS 2012/A/2862, <i>FC Girondins de Bordeaux c. Fèdèration Internationale de Football Association (FIFA)</i>	474
IV.4.D. Caso Benjamín Garré, CAS 2016/A/4903 Club Atlético Vélez Sarsfield v. <i>The Football Association Ltd., Manchester City FC & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)</i>	477
IV.5. TERCERA EXCEPCIÓN: TRANSFERENCIA TRANSFRONTERIZA	479
IV.6. OTRAS EXCEPCIONES	480
IV.6.A. Estudiantes de intercambio.....	481
IV.6.B. Refugiados.....	481
IV.7. PRIMERA INSCRIPCIÓN Y REGLA DE LOS 5 AÑOS DE RESIDENCIA	482

IV.8. OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL (CTI) Y APROBACIÓN PREVIA DE LA SUBCOMISIÓN DEL ESTATUTO DEL JUGADOR	483
IV.9. ACADEMIAS	485
V. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE JUGADORES MENORES DE EDAD: PROHIBICIÓN. SU APLICACIÓN EN ESPAÑA	487
V.1. NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA	487
V.2. EXENCIÓN LIMITADA.....	490
V.3. PROBLEMÁTICA GENERADA EN ESPAÑA	490
V.3.A. Defensor del pueblo de Cataluña: resolución del expediente 0-02285/2014.....	491
V.3.B. Gobierno Vasco. Departamento de educación, política lingüística y cultura. Viceconsejería de Cultura, Juventud y Deportes: Resolución del Director de Juventud y Deportes de 24 de septiembre de 2014.....	491
V.3.C. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Consejo Superior de Deportes (CSD)	492
V.3.C.a. R 02-16, de 17 de marzo de 2016 (caso Don Alejandro Urrea Arango)	492
V.3.C.b. R 43-16, de 21 de abril de 2017	492
V.3.C.c. R 23-18, de 4 de diciembre de 2018	493
CONCLUSIONES	495
BIBLIOGRAFÍA.....	515

ABREVIATURAS

ABP:	Asociación de Baloncestistas Profesionales
AC:	Antes de Cristo
ACB:	Asociación de Clubes de Baloncesto
ACP:	Estados de África, del Caribe y del Pacífico
ADAMS:	<i>Anti-Doping Administration & Management System</i>
AFC:	Confederación Asiática de Fútbol
AFA:	Asociación de Fútbol Argentino
AFE:	Asociación de Futbolistas Españoles
ALADI:	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC:	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
AMA:	Agencia Mundial Antidopaje
AN:	Audiencia Nacional
ANZCERTA:	<i>Australia –New Zeland Closer Economic relation Trade Agreement</i>
AP:	Audiencia Provincial
ASBL:	<i>Union Royale Belge des Sociétés de football Association</i>
ASOBAL:	Asociación de Clubes Españoles de Baloncesto
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
ATJUE:	Auto de Tribunal de Justicia de la Unión Europea
AU:	<i>African Union</i>
BOA:	Boletín Oficial de Aragón
BOC:	Boletín Oficial de Cantabria
BOC:	Boletín Oficial de Canarias
BOCM:	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOCYL:	Boletín Oficial de Castilla y León
BOE:	Boletín Oficial del Estado
BOIB:	<i>Butlletí Oficial de les Illes Balears</i>
BOJA:	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON:	Boletín Oficial de Navarra
BOPA:	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV:	Boletín Oficial del País Vasco

BOR:	Boletín Oficial de La Rioja
BORM:	Boletín Oficial de la Región de Murcia
CAF:	Confederación Africana de Fútbol
CAN:	Comunidad Andina
CARICOM:	Comunidad y Mercado común del Caribe
CARIFTA:	Asociación de Libre Comercio del Caribe
CAS:	<i>Court of Arbitration for Sport</i>
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española
CECA:	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE:	Comunidad Económica Europea
CEEA:	Comunidad Económica Euroasiática
CEDH:	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEI:	Comunidad de Estados Independientes
CF:	Club de Fútbol
CIAS:	Consejo Internacional de Arbitraje para el Deporte
CMC:	Consejo del Mercado Común
COE:	Comité Olímpico Español
COI:	Comité Olímpico Internacional
CONCACAF:	Confederación de Fútbol de Norteamérica, Centroamérica y el Caribe
CONMEBOL:	Confederación Sudamericana de Fútbol
CRD:	Comisión de Resolución de Disputas
CSD:	Consejo Superior de Deportes
CTI:	Certificado de Transferencia Internacional
DNI:	Documento Nacional de Identidad
DO:	Diario Oficial
DOCE:	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOCM:	Diario Oficial de Castilla La Mancha
DOE:	Diario Oficial de Extremadura
DOG:	Diario Oficial de Galicia
DOGC:	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya</i>
DOGV:	<i>Diari Oficial de la Generalitat Valenciana</i>

DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
ECA:	<i>Euroleague Commercial Assets, S.A.</i>
ECLI:	Indicador Europeo de Jurisprudencia
ECOSOC:	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EEE:	Espacio Económico Europeo
EEUU:	Estados Unidos
EPO:	Eritropoyetina
EPRA:	<i>European Parliament Representation Act</i>
FEB:	Federación Española de Baloncesto
FET:	Federación Española de Taekwondo
FI:	Federación Internacional
FIBA:	<i>Fédération Internationale de Basketball</i>
FIFA:	<i>Fédération Internationale de Football Association</i>
FIFPRO :	<i>Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels</i>
FINA:	Federación Internacional de Natación
FRBSB:	<i>Fédération Royale Belge des Sociétés de Basket-Ball</i>
FS:	Fútbol Sala
GMC:	Grupo de Mercado Común
IAAF:	<i>International Association of Athletics Federation</i>
IAML:	Instrumento Andino de Migración Laboral
IASS:	Instrumento Andino de Seguridad Social
IHF:	<i>International Handball Federation</i>
IHL:	<i>International Hockey League</i>
IVA:	Impuesto sobre el Valor Añadido
IPREM:	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LBJ:	<i>Ligue Belge de Judo</i>
LFJ:	<i>Ligue Franchophone de Judo et disciplines associées</i>
LEB:	Liga Española de Baloncesto
LNFP:	Liga Nacional de Fútbol Profesional
LO:	Ley Orgánica
MENA:	Menores Extranjeros No Acompañados
MERCOSUR:	Mercado Común del Sur
MUEC:	Mercado Común y Económico del Caribe

NIF:	Número de Identificación Fiscal
OFC:	Confederación de Fútbol de Oceanía
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
PESC:	Política Exterior y de Seguridad Común
PFF:	Federación Paquistaní de Fútbol
PL:	Proyecto de Ley
RD:	Real Decreto
RETJ:	Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores
RFEA:	Real Federación Española de Atletismo
RFEB:	Real Federación Española de Baloncesto
RFEC:	Real Federación Española de Ciclismo
RFEF:	Real Federación Española de Fútbol
RFEP:	Real Federación Española de Patinaje
RTC:	Resolución del Tribunal Constitucional
SA:	Sociedad Anónima
SAD:	Sociedad Anónima Deportiva
SAI:	Sistema Andino de Integración
SAN:	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STSJPV:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TAC:	Asociación Nacional de Atletismo de Estados Unidos
TAD:	Tribunal Arbitral del Deporte
TAS:	<i>Tribunal Arbitral du Sport</i>
TCEE:	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TMS:	<i>Transfer Matching System</i>
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UCI:	Unión Ciclista Internacional
UE:	Unión Europea
UEC:	Unión Europea de Ciclismo
UEEA:	Unión Económica Euroasiática
UEFA:	<i>Union des Associations Européennes de Football</i>
UEY:	<i>Union Européenne de Judo</i>
UNAM:	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
URBSFA:	<i>Union Royale Belge des Sociétés de Football Association</i>
URSS:	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
WADA:	<i>World Anti-Doping Agency</i>

INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ha elaborado siguiendo una metodología de corte deductivo propia de las ciencias jurídicas. Aun así, una vez que se han elaborado una serie de conclusiones a la luz de la interpretación y aplicación del Derecho, se han señalado unos límites infranqueables que debe respetar la normativa de la FIFA en materia de transferencia internacional de jugadores y jugadoras menores de edad, así como una propuesta de regulación y revisión de la normativa. Esto último ha permitido abordar cuestiones de *lege ferenda* que superan el marco de una interpretación y análisis de la norma, a fin de aportar soluciones a una problemática que, más allá de las repercusiones sociales o económicas que conlleva en el deporte profesional, ha llevado a una situación de parálisis y de quiebra de derechos de un colectivo tan sensible como el de los menores de edad.

En los últimos tiempos la FIFA ha impuesto sanciones de diversa naturaleza y coste a clubes de fútbol que despliegan su actividad en todo el mundo. Todas ellas se derivan de la norma aprobada por la FIFA en el año 2001, el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores, que tiene por objeto, entre otros, la prohibición general de traspasar a personas menores de edad entre clubes pertenecientes a diferentes federaciones nacionales. El trabajo no se centra en analizar el impacto concreto que las mismas puede ocasionar a los clubes castigados o la incidencia que puede derivarse en las competiciones internas o internacionales, sino en las consecuencias que una normativa de esta naturaleza acarrea en el ejercicio de derechos fundamentales de las personas menores de edad en muchos casos extranjeras.

La FIFA, como entidad de naturaleza privada, con sus federaciones nacionales afiliadas y que revisten en el caso español, como mínimo, una naturaleza mixta, pública y privada, interviene en la modulación o regulación de derechos fundamentales como la libertad de movimientos, el derecho al trabajo, el desarrollo de la libre personalidad y otros derechos, como la formación y educación de las personas menores. Todas estas cuestiones vienen reguladas mediante instrumentos internacionales, como el Convenio para la Protección de los Derechos del Niño, suscrito y ratificado por la inmensa mayoría de los Estados. Por otra parte, no puede soslayarse el hecho de que la regulación del deporte viene impregnada de una indudable intervención pública por la concurrencia de elementos que se entremezclan en esta disciplina, como la educación, la cultura, la formación o el desarrollo de la personalidad. Piénsese que la FIFA representa la cúspide de la pirámide

en lo que se refiere a la competición futbolística, en categorías aficionadas o profesionales, y que, como entidad jurídica privada tampoco puede sustraerse a las diferentes regulaciones públicas que tratan de ordenar y disciplinar las competiciones y los derechos y deberes de las personas que las practican.

En ese sentido, resulta llamativo el hecho de que una norma emanada de un ente privado como la FIFA, primero, haya regulado cuestiones que inciden en los derechos de las personas de un modo tan ostensible, tanto en cuestiones laborales como en aspectos vinculados al desarrollo y formación de personas menores de edad; y segundo, no haya tomado en consideración o ponderado los derechos que pudiera afectar o restringir de algún modo, aduciendo como motivo principal la protección del interés superior del menor en cualquier caso. En el mundo globalizado actual la prohibición planteada en estos términos puede arrojar resultados manifiestamente desproporcionados, sobre todo si se admite que la movilidad de las personas, incluidas los menores de edad, se presenta como una manera de ampliar horizontes, formación y perspectivas de futuro.

Así, este trabajo parte de un eje básico, cual es la protección del menor, pero observada desde diferentes ángulos, es decir, no solo como la posible pérdida de expectativas o la frustración por no haber alcanzado el deporte de élite, planteamiento o hipótesis casi apodíctica de la FIFA en el momento de aprobar la actual regulación; sino también como la oportunidad, el derecho que pueden ejercer las personas menores a practicar deporte de competición, en este caso fútbol, bien albergando expectativas profesionales, bien como elemento de su formación y educación, ambos aspectos garantes del derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor. En ese sentido, el fenómeno migratorio ha alcanzado niveles que probablemente la FIFA no sospechaba en el momento de aprobar la prohibición de transferencia. Sin embargo, en la actualidad menores, bien no acompañados, o bien que forman parte de una familia con un proyecto migratorio podrían verse impedidos para participar en competiciones en los Estados de acogida o, si se presenta una oportunidad laboral, tampoco podrían, en determinadas condiciones y garantizando su formación y educación, ayudar a sus familias que no siempre se encuentran en las mejores condiciones para adaptarse a los países de acogida.

Ante este abanico de posibilidades que se abren para los menores en un país extranjero, incluso en las contrataciones en origen por parte de clubes extranjeros, la pregunta fundamental que se plantea aquí es la siguiente: ¿una prohibición general, complementada con ciertas excepciones, tal y como plantea la normativa de la FIFA, realmente protege

el interés superior del menor en todos los casos? Y a ella cabría añadir la siguiente: ¿no está la FIFA arrogándose un derecho a modular o regular derechos del menor sin analizar las circunstancias concurrentes y, por tanto, no está modificando de algún modo la normativa internacional que les reconoce derechos, bien por tratarse de personas extranjeras, bien porque el deporte también conlleva su formación o educación? En ese sentido, para responder con fundamento suficiente a estas cuestiones, debían analizarse diversas materias que aparecen configuradas de un modo transversal: derechos fundamentales; la organización del deporte y la intervención administrativa que alberga; los derechos de las personas menores de edad; el estatus de las personas extranjeras; el derecho al trabajo; el derecho a la libre circulación de personas y trabajadores; y, en general, la intervención administrativa en el deporte.

A fin de analizar todas aquellas temáticas, se deben recopilar las fuentes normativas relativas a derechos fundamentales, derechos de las personas menores de edad, Derecho deportivo en sus aspectos sustantivos y de organización y Derecho estatutario de la FIFA y de otras disciplinas deportivas, todo ello en el plano internacional, nacional e, incluso, autonómico.

Existe una abundante regulación pública en materia deportiva, pero debe acomodarse al reconocimiento y alcance de los derechos fundamentales o de los derechos de las personas menores de edad, así como las normas en materia de extranjería. La interpretación de todos estos derechos y la intervención pública en materia deportiva se ha ido perfilando en diferentes fallos jurisprudenciales que ameritan un estudio específico.

Así, se ha procedido a la aplicación de criterios jurisprudenciales para la interpretación y definición del alcance de los derechos fundamentales. Se ha abordado el análisis de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, especialmente en materias vinculadas al Derecho deportivo. En algunos casos, puede apreciarse que la misma FIFA debió ceder en su empeño por regular todos los aspectos de la materia deportiva, al reconocer que en algunos casos estos atravesaban aspectos vinculados a la libre circulación de trabajadores o a la tutela judicial efectiva. En este apartado cabe destacar los laudos del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), muy esclarecedores en torno al ejercicio de derechos fundamentales y a la interpretación de la normativa de la FIFA en torno a la transferencia internacional de menores. Desde una perspectiva interna, se ha profundizado en fallos relativos a los derechos de los menores, así como en las sentencias en materia de Derecho

deportivo que se refieren a la obtención de licencias y al régimen jurídico de la contratación de deportistas profesionales.

Siguiendo con las fuentes empleadas, se ha procedido al estudio de la doctrina que ha reflexionado en torno a las diferentes materias que confluyen y en la conexión entre las mismas. Así, se han plasmado las diferentes teorías en materia de derechos fundamentales, derecho deportivo, extranjería, menores de edad y las aportaciones que han elaborado estudios en torno a las relaciones jurídicas que se desprenden de todas estas materias. Al tratarse de una materia que trasciende del ámbito interno, también se han empleado fuentes extranjeras que han investigado los laudos del TAS o las decisiones jurisprudenciales europeas. A continuación, se desglosan las partes fundamentales del trabajo y que permiten dotarle de coherencia, así como responder la cuestión fundamental planteada anteriormente.

En primer lugar, se ha estudiado la teoría, el alcance y la interpretación de los derechos fundamentales, y su exigibilidad. La razón estriba en que deben definirse los límites que no puede superar la regulación de la FIFA y los mecanismos de protección y exigibilidad, incluyendo algunos derechos sociales que se han reconocido en instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea.

En segundo lugar, se ha abordado el Derecho deportivo en su vertiente formal, organizativa, estudiando las funciones, competencias y naturaleza jurídica de las entidades implicadas en las competiciones deportivas, especialmente el fútbol. En ese sentido, se ha estudiado, en profundidad, la figura de la licencia deportiva como título habilitante para participar en competiciones deportivas, que por otra parte es su expedición la que se prohíbe como consecuencia de la normativa FIFA objeto del presente trabajo. Aquí se ha puesto de manifiesto la intervención pública y la concurrencia de un interés público cuya protección no puede ignorarse por parte de las autoridades públicas. Este análisis va dirigido a conocer, mediante la normativa y la jurisprudencia, la necesidad de dotar al deporte de una tutela vinculada a los derechos de las personas y al reconocimiento de su situación jurídica por los poderes públicos. Eso significa que la regulación estatutaria privada se haya sometida también a ese interés público, más allá de que se trate de un organismo interno o internacional. A su vez, se han analizado las normas que contienen las habilitaciones y permisos necesarios para la práctica deportiva.

En tercer lugar, se ha relacionado la naturaleza jurídica de las normas relativas a la organización y a los aspectos sustantivos del deporte, en muchos casos, con un origen estrictamente privado, con su incidencia en la protección de derechos fundamentales, lo que ha conducido al estudio de la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado y la importancia que adquiere la intervención pública para lograr el amparo y protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. Existen mecanismos de protección contra las vulneraciones de derechos causadas por la acción u omisión de los particulares que actúan en relaciones de Derecho privado. En este caso, los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales abogan por la necesaria acción positiva de los poderes públicos para evitar la quiebra de derechos o promover su ejercicio.

En cuarto lugar, dado que era necesario profundizar en torno a los sujetos a los que se les aplica las normas federativas, especialmente, las procedentes de la FIFA, se ha centrado la investigación en el estatus jurídico de las personas menores de edad, así como en especial aquellas cuyos países de origen son extranjeros. Para ello, se ha analizado la normativa en materia de extranjería y se ha tratado de identificar y precisar los derechos y deberes de las personas extranjeras, centrándose especialmente en las personas menores de edad. Aquí nuevamente se pone de manifiesto la intervención pública y la necesidad de que las autoridades públicas velen por el ejercicio de los derechos fundamentales de aquellas, en especial de origen extranjero, que habitualmente contratan con entidades de carácter privado para la práctica deportiva, en categorías aficionados o profesionales. Piénsese que la práctica deportiva en competiciones federadas debe garantizarse a través de una licencia que exige el cumplimiento de requisitos impuestos por las normas estatutarias y de desarrollo de las correspondientes entidades federativas.

Por último, una vez que se han abordado las materias que afectan a derechos fundamentales, al estatuto jurídico del menor o a las personas extranjeras, tanto desde la perspectiva aficionada como profesional, en este último apartado se procede a la hermenéutica de la normativa de la FIFA para otorgar el Certificado de Transferencia Internacional (CTI) que habilita la expedición de la licencia federativa por la federación deportiva de destino y que a su vez permite la práctica y la competición deportivas en entidades federadas. La normativa de la FIFA establece una prohibición de carácter general, que consiste en la imposibilidad de otorgar el CTI a los traspasos de jugadores menores de edad entre clubes pertenecientes a diferentes federaciones nacionales, salvo

que concurren determinadas circunstancias que se consideran excepciones. Como se ha comentado anteriormente, el fundamento de esta prohibición estriba en el posible daño que se le inflija al menor por las expectativas que pueden crearle los clubes y que, si resultan frustradas, podría afectar sensiblemente a desarrollo como persona, a su dignidad o a su desarrollo profesional futuro.

Como se desprenderá del trabajo, esta prohibición adolece de una excesiva generalidad que, en último término, colisiona con derechos fundamentales de las personas menores de edad. Además, las mismas excepciones a esta prohibición resultan muchas veces confusas y ocasionan agravios comparativos en función de la procedencia del jugador. Así, no resulta equiparable la protección brindada por la FIFA a los países de la UE o del Espacio Económico Europeo y aquella que se otorga a los menores que provienen de otros países. En ese sentido, como la misma realidad ha demostrado en distintas controversias, la prohibición automática y sin un análisis caso por caso aboca inevitablemente a vulneraciones de los derechos de los menores de edad, por ejemplo, los que se derivan de su condición de menores e, incluso, su derecho fundamental al trabajo que en ordenamientos como el español se permite a las personas mayores de dieciséis años.

Gracias al estudio de diferentes casos resueltos por el TAS, se pondrán de manifiesto las deficiencias que presenta la normativa estatutaria de FIFA para el ejercicio de derechos fundamentales. Además de los problemas que todavía arrastra la restricción, si no la anulación, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en pronunciamientos de la jurisprudencia interna o del TJUE, se advierten graves vulneraciones de derechos, tanto para las personas menores de edad como aquellas relativas a su derecho fundamental al trabajo o a la discriminación que deben padecer por el hecho de no residir en territorio de la Unión Europea o de países vinculados al Espacio Económico Europeo.

De todo este análisis se han elaborado unas conclusiones que se desgranán en una doble vertiente: por un lado, se proponen los límites que no debe rebasar la normativa de la FIFA cuando aborda la regulación o la prohibición, ya que, al concurrir derechos fundamentales, estos no pueden ser ignorados y requieren la ponderación y el examen de las circunstancias concurrentes; y, por otro, se ha elaborado una propuesta de regulación muy similar a la que se ha implantado por federaciones, de carácter internacional, que también albergan deporte profesional de alto nivel, como el baloncesto o el balonmano.

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo trata de realizar un análisis en profundidad de los derechos humanos. Dicho análisis no podrá ser elaborado sin efectuar una aproximación conceptual e histórica de los mismos. Es por ello que el presente capítulo comienza con un estudio relativo al concepto, y por tanto sus características, su fundamentación, más bien filosófica, y su evolución a lo largo de la historia.

Más adelante en el capítulo se destacan los instrumentos legales, de carácter internacional, más importantes que se han elaborado en orden a proteger los derechos humanos y las libertades personales de las personas.

Finalmente, y para terminar el estudio de los derechos humanos, se realiza un estudio del derecho positivo aplicable al efecto en la actualidad, comenzando por los tratados y convenciones internacionales, para después destacar los instrumentos ratificados provenientes del ámbito europeo, luego profundizar en la Constitución Española (que a nivel estatal es el instrumento legal que reúne y compila los derechos fundamentales en España), para finalmente terminar el análisis del derecho positivo en la regulación autonómica que se ha venido realizando en las últimas décadas.

Es de destacar en el presente capítulo el examen exhaustivo que se realiza de la regulación estatal de los derechos fundamentales, concretamente de la Constitución Española, al analizar no solo su estructura formal sino también su identificación, su protección, su titularidad, su ejercicio, sus límites y su suspensión, consiguiendo de esta manera obtener una visión completa de la regulación y la protección de los derechos fundamentales y las libertades personales en España.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO, FUNDAMENTACIÓN, ORIGEN, HISTORIA Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y/O FUNDAMENTALES

II.1. CONCEPTO

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas define los derechos humanos como aquellos derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Los derechos humanos están a menudo contemplados en la ley¹ y garantizados por ella a través de los tratados², el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos³. Sus características principales son las siguientes:

- Universales: el principio de universalidad de los derechos humanos es la piedra angular, los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos, sin excepción alguna de tiempo, de lugar o de sujeto.
- Inalienables: los derechos humanos pertenecen a la esencia misma de las personas humanas, lo que impide renunciar a ellos, así como enajenarlos o transmitirlos (no están

¹ Concretamente en leyes orgánicas, el artículo 81 de la Constitución española, BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos humanos y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

² El artículo 96 de la Constitución española, BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacional se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”.

³ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

abiertos al comercio). Los derechos se le reconocen a la persona humana al margen de su consentimiento o incluso en contra del mismo.

- Absolutos: prevalecen sobre otras consideraciones morales, aunque pueden ser desplazados por otros derechos, siempre en el objetivo de conjugar diversos derechos realizando un juicio de ponderación para ver en cada caso concreto qué derecho tiene más fuerza⁴.

- Indivisibles: son un todo, en consecuencia, no puede establecerse una jerarquía entre unos y otros.

- Interdependientes: todos los derechos tienen la misma trascendencia e importancia, lo que implica que entre unos y otros hay una complementariedad. Los derechos se encuentran en un proceso de constante cambio o evolución, el avance de uno facilita el avance de los demás⁵.

Pero el término “derechos humanos” en ocasiones resulta problemático porque existen distintas palabras que quieren expresar su concepto⁶, esto es, que se utilizan como sinónimos: derechos naturales, derechos morales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas o derechos fundamentales. Todas estas expresiones provienen de un determinado contexto social o histórico y, en algunos casos, su uso denota una determinada toma de postura en cuanto al fundamento de los derechos humanos.

Los Derechos naturales, asimilable, a su vez, a términos tales como “derechos innatos” o “derechos originarios”⁷, es, quizá, el término original con el que se empezó a hablar de derechos humanos. Con esta expresión se quiere manifestar que el ser humano tiene unos derechos por el simple hecho de ser persona, que se derivan de su naturaleza⁸. Estos derechos se poseen con carácter previo a su reconocimiento por parte del Estado, es decir, se tienen al margen de que el derecho positivo los reconozca; el uso de la expresión “derechos naturales” se corresponde con una visión iusnaturalista del Derecho, que más

⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 189-190.

⁵ LÓPEZ CALERA, N. M., “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, pág. 73-75.

⁶ CORTINA ORTS, A., “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993, pág. 38.

⁷ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10.XII.1948*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 20.

⁸ PAINE, TH., *Los derechos del hombre*, traducción al castellano de FERNÁNDEZ DE CASTRO, J.A. y MUÑOZ MOLINA, T., FCE, México, 1944, pág. 61.

adelante se analizará. Sin embargo, dentro del iusnaturalismo se encuentra una diversidad de posiciones. Si en la Edad Media se consideraba que el origen de estos derechos se encontraba en Dios, pues eran manifestación de la ley eterna, con la llegada de la Ilustración, el fundamento de estos derechos se situó en la razón humana⁹.

Los Derechos morales es un término de amplia acogida en la filosofía en el ámbito anglosajón y se definen como aquellas exigencias éticas que los seres humanos tienen por el hecho de ser personas y que posteriormente han de ser recogidas y garantizadas por el poder político y por el Derecho positivo.

Los Derechos públicos subjetivos son una categoría elaborada por la dogmática alemana del Derecho público de finales del siglo XIX. Con ella se intentó enmarcar los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, como persona jurídica, y los particulares. Los derechos públicos subjetivos surgieron como un decidido intento de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista¹⁰.

Esta categoría fue desarrollada profusamente en la obra doctrinal de *Georg Jellinek*¹¹. De acuerdo con su teoría, el individuo adquiriría personalidad jurídica gracias a la atribución de esta por parte del Estado. Este preexistiría al derecho subjetivo del individuo y se convertiría en sujeto de derecho mediante la acción del Estado. A partir de esta concesión de personalidad jurídica, el individuo se encontraría, en su relación con el Estado, en distintas situaciones que se denominarían “*Status*”, que serían las siguientes¹²:

- *Status subjectionis*: el individuo está en una posición de total sujeción y sometimiento al Estado. Es un concepto pasivo que se limita a recibir las normas que emite el Estado en uso de su potestad.
- *Status libertatis*: esta situación comporta el reconocimiento de una esfera de libertad individual negativa de los individuos, es decir, la garantía de no intromisión estatal en determinadas materias.

⁹ REY PÉREZ, J. L., *El discurso de los Derechos. Una introducción a los derechos humanos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2011, pág. 20.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 35.

¹¹ JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg, 1892.

¹² REY PÉREZ, J. L., *El discurso de los Derechos...*, op. cit, pág.21

- *Status civitatis*: el individuo puede ejercitar pretensiones frente al Estado, lo que equivale a poder reclamar un comportamiento positivo de los poderes públicos para la defensa de sus derechos civiles.
- *Status activae civitatis*: el individuo goza de derechos políticos, esto es, participa en la formación de voluntad del Estado como miembro de la comunidad política, como un órgano del mismo.

Ahora bien, estas situaciones jurídicas subjetivas se concebían como instrumentos de defensa de intereses individuales. Por ello, en la medida en que se fue adquiriendo plena consciencia de que el disfrute real de los derechos y libertades por todos los miembros de la sociedad exigía garantizar unas cotas de bienestar económico, que permitieran la participación activa en la vida comunitaria, se hizo inevitable añadir a la clasificación de *Jellinek* un nuevo estado: el *status positivus sociales*; este nuevo estado comprendía el reconocimiento de los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”, y no tendía a absorber o anular la libertad individual sino a garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, que exigía conjugar sus dimensiones personal y colectiva¹³.

Las Libertades públicas se utilizaban históricamente para referirse a los derechos corporativos de los gremios o de los habitantes de las ciudades. Más tarde, con la llegada de la modernidad, su uso se extiende a los derechos individuales. Sin embargo, hoy es una expresión incompleta que hace referencia únicamente a algunos derechos humanos, quedando fuera los derechos de participación y los de prestación¹⁴.

Los Derechos fundamentales, los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados muchas veces como sinónimos, aunque el alcance de cada una de las expresiones es diferente. Los “derechos humanos” suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional, mientras que “los derechos fundamentales” son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Existe una propensión doctrinal a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los

¹³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, pág. 20-21.

¹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE- Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pág. 31.

derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo¹⁵.

II.2. FUNDAMENTACIÓN

Es innegable que las principales tendencias filosóficas defienden o comportan una determinada visión de los derechos fundamentales y de la fundamentación a la hora de positivarlos. Son tres las más influyentes posturas doctrinales a analizar: la iusnaturalista, la positivista y la realista.

II.2.A. Tesis Iusnaturalistas

Bajo el rótulo del iusnaturalismo se ha agrupado históricamente una serie de doctrinas muy heterogéneas e incluso contradictorias, que han servido para defender y fundamentar la existencia del Derecho natural. Ahora bien, las distintas concepciones iusnaturalistas si en algo han coincidido ha sido en afirmar la existencia de unos postulados de juridicidad anteriores y justificadores del Derecho positivo. Estas teorías coinciden en contemplar el proceso de positivización de los derechos humanos como la consagración normativa de unas exigencias previas, de unas facultades que le corresponden a la persona por el mero hecho de serlo, esto es, por su propia naturaleza; la persona humana porta consigo unos derechos humanos que no pueden depender ni del arbitrio del legislador, ni de la opinión de la mayoría, ella es acreedora de los mismos en razón de su esencia humana¹⁶. Desde esta perspectiva, la positivización asume un carácter puramente declarativo y será considerada como la culminación de un proceso que tiene su origen en las exigencias que la razón postula como imprescindibles para la convivencia social¹⁷. Esta tesis defiende la existencia de unos derechos naturales del individuo originarios e inalienables en función de cuyo disfrute surge el Estado, de ahí que la positivización de los derechos humanos fundamentales se presente como el reconocimiento formal, por parte del Estado, de unas

¹⁵ Un ejemplo que plasma la realidad de ese diferente alcance de ambos términos es que, siendo plenamente legítimo y correcto denunciar como casos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi o el *apartheid* de Sudáfrica, carecería de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que en ninguno de esos sistemas políticos reconocía en su ordenamiento jurídicos positivos tales derechos.

¹⁶ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría ...*, op. cit., pág. 59.

¹⁷ TRUYO Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968, pág. 11.

exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas positivas para mejor garantía de su protección¹⁸. Tales derechos no traen origen del ordenamiento jurídico, el cual se limita a dar fe de que existen proclamando su vigencia; los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo¹⁹.

II.2.B. Tesis positivistas

Radicalmente distinta es, en este aspecto, la postura que sustentan los partidarios del positivismo jurídico. Desde su punto de vista, la juridicidad se identifica con la noción del Derecho positivo, con las normas jurídicas positivamente establecidas, de ahí que el proceso de positivización sea entendido por los positivistas como un aspecto más de las reglas generales que presiden la creación del Derecho en el ordenamiento jurídico²⁰.

En esta dirección tiene uno de sus más representativos exponentes en *Bentham*²¹, quien puso de relieve la incongruencia jurídica que entrañaba la exigencia de unos derechos anteriores al Estado. En su opinión donde no existen leyes positivistas ni Estado no hay Derecho. *Austin*²², otro de los máximos representantes del positivismo jurídico, define los derechos naturales como un sector de las reglas que en su teoría integran la moralidad positiva, un conjunto de normas sociales emanadas de las opiniones y sentimientos colectivos que influyen en el Derecho, pero que no lo son; tan solo cuando esas reglas sean promulgadas a través de mandatos que impongan deberes e impliquen sanciones serán auténticos derechos. Una actitud muy similar mantiene *Bergbohm*²³ cuando manifiesta que el único derecho existente como tal es el positivo que establece el fundamento de la convivencia entre los hombres.

II.2.C. Tesis realistas

Frente a las posturas reseñadas existe un amplio sector doctrinal que mantiene, con importantes peculiaridades y desde perspectivas diversas, una actitud que

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ...*, op. cit., pág. 56-58.

¹⁹ FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, vol. I, Universidad Complutense –Facultad de Derecho, Sección publicaciones, Madrid, 1974, pág. 150.

²⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ...*, op. cit., pág. 58-61.

²¹ BENTHAM, J., *Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution*, Works, Boring, Nueva York, 1962, pág. 500.

²² AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Weindenfeld & Nicolson, London, 1968, pág. 184.

²³ BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Glashütten im Taunus, 1973, pág. 181-182.

convencionalmente se puede denominar realista. Integran este grupo quienes no otorgan al proceso de positivización un significado declarativo de derechos anteriores (tesis iusnaturalista) o constitutivo (tesis positivista), sino que entienden que tal proceso supone un requisito más a tener en cuenta para el efectivo y real disfrute de tales derechos. La positivización no se considera, por tanto, el final de un proceso, sino una condición para el desarrollo de las técnicas de protección de los derechos fundamentales²⁴, que son las que en definitiva definen su contenido. Para quienes defienden este enfoque, el problema de la positivización no debe situarse en aquellos ideales del Derecho natural en los que las personas se inspiran, o dicen inspirarse, para plasmarlos en normas positivas; ni tampoco en los preceptos positivamente establecidos en los que se considerarán constituidos tales derechos fundamentales. Será la praxis concreta de las personas, que son quienes a la postre se benefician de esos derechos, y quienes con sus comportamientos contribuyen a formarlos en cada situación histórica, la pauta orientadora de su significación. Por ello, la actitud realista implica una crítica de iusnaturalismo por su concepción ideal de los derechos humanos y del positivismo jurídico por su consideración puramente formal de los mismos.

Es de destacar la posición de Peces-Barba cuando afirma que los derechos fundamentales, como ocurre con toda norma de Derecho positivo realmente existente, necesitan de los tribunales de justicia para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero; si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe²⁵.

II.3. ORIGEN E HISTORIA

II.3.A. Primera etapa: la consagración de la libertad en el Derecho positivo

Desde el punto de vista ideológico se puede considerar que la afirmación de la libertad personal frente al poder ha sido una constante en el devenir histórico de la humanidad. Sin embargo, la consagración de esa exigencia en el orden jurídico positivo ha sido una conquista relativamente muy reciente.

²⁴ BOBBIO, N., L'illusion du fondement absolu, *Le fondement des droits de l'homme*, actes des entretiens de l'Aquila (1-19 septembre 1964), Institut International de Philosophie, La Nuova Italia, Firenze, 1966, pág. 8.

²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales I Teoría General*, Guadiana, Madrid, 1973, pág. 220.

En los pueblos orientales de la antigüedad se constituyeron organizaciones políticas que desconocían los derechos personales, y prevalecía la omnipotencia del Estado, cuyos soberanos defendían el origen divino de su poder como supremo aparato legitimador que le confería un derecho absoluto frente a los particulares, los cuales solo se realizaban plenamente como personas identificándose con los ideales de su comunidad política²⁶.

En Grecia brotó con fuerza el principio de la individualidad que progresivamente fue impregnando las instituciones sociales y desembocó en la Atenas del siglo V (A.C.) en un sistema político cuyo elemento básico era el hombre libre²⁷. Así, las ideas de la igualdad natural de todos los hombres y la creencia en leyes no escritas anteriores y superiores a las del Estado iban penetrando en la conciencia política de la cultura occidental. La libertad griega no suponía una tutela del individuo frente al Estado, sino que implicaba una libertad como identificación con los valores éticos de la comunidad²⁸.

Roma supuso un avance decisivo en el perfeccionamiento técnico de la positividad jurídica. El ordenamiento jurídico romano ha sido durante siglos el modelo inspirador de todo el desarrollo del Derecho. En Roma no se desconocía la subjetividad jurídica desde el momento en que existió conciencia de la libertad del ciudadano²⁹. En el sistema jurídico romano el hombre ya podía considerarse como persona jurídica. Las Doce Tablas no dejan de reflejar un cierto espíritu de libertad al asegurar a cada ciudadano la libertad personal, la propiedad y la protección de sus derechos. Sin embargo, tal libertad nunca estuvo garantizada frente al poder jurídico³⁰.

II.3.B. Segunda etapa: la formulación de los derechos fundamentales en Pactos

La historia del proceso de positivización de los derechos fundamentales comenzó en la Edad Media. En esta época ya existía, puesto que era una aportación del cristianismo, el concepto de dignidad de la persona, pero en la práctica política y jurídica no se concebía la realización de esta dignidad humana a través del reconocimiento de unos derechos iguales para todos. Las características tanto social, como política, cultural y económica

²⁶ DÍAZ TEJERA, A., "Categorías formales del humanismo griego", *Anuario Filosófico*, 1981, pág. 9 y ss.

²⁷ Este hombre libre se refiere al sector o estamento social que se distinguía del de esclavo.

²⁸ HEGEL, G. W. F., *La razón en la historia*, traducción al castellano de GÓMEZ, C.A., Seminarios y Ediciones, Madrid, 1972, pág. 310

²⁹ La condición de ciudadano, en un principio, se circunscribió a Roma si bien con posterioridad se extendió a diferentes provincias del Imperio. La condición de ciudadano se distinguía de la de siervo, que era aquel que no era titular de los derechos referidos.

³⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado...*, *op. cit.*, pág. 100-113.

de la Edad Media no reunían las circunstancias que hubieran podido propiciar la exigencia de los derechos humanos y el desarrollo de los mismos está estrechamente vinculado a la historia de los pueblos.

En el Medievo europeo apareció una serie de cartas de franquicias que tenían como denominador común el reconocimiento de algunos derechos, tales como el derecho a la vida y la integridad física, a no ser detenido sin causa legal, a la propiedad, a la libre elección del domicilio y a su inviolabilidad. Estos derechos eran reconocidos a quienes formaban parte de un determinado grupo o estamento.

De todos los documentos medievales, el que ha alcanzado mayor significación en la posterioridad y el más importante en el proceso de positivización de los derechos humanos es la *Magna Charta libertatum o Carta Magna*³¹, mediante la cual el Rey consagró privilegios feudales a favor de la nobleza. Suponiendo esto una involución desde el punto de vista del progreso político, a este documento se le ha asignado un papel decisivo en el desarrollo de las libertades públicas inglesas³².

En España, existieron numerosos ejemplos de esas cartas de franquicias y libertades en documentos otorgados para fomentar la repoblación tras la Reconquista. Mayor importancia poseen todavía algunos Pactos, como el convenido en las Cortes de León, de 1188, entre Alfonso IX y el Reino, en la Monarquía Castellano Leonesa, o el Privilegio General otorgado por Pedro III de las Cortes de Zaragoza de 1283, que ha sido considerado como base legal paccionada de las libertades de la Corona de Aragón³³.

La evolución posterior supuso un tránsito progresivo de estos documentos de ámbito privado a aquellos pertenecientes al ámbito de Derecho público, como consecuencia de la disolución del sistema estamental propio del feudalismo y la creación de Parlamentos e instituciones representativas del consenso del país; las declaraciones de derechos no serán a partir de entonces el producto de un pacto contractual entre miembros de diversos estamentos para conciliar sus intereses, sino el resultado de una paulatina centralización de las fuerzas políticas³⁴.

³¹ Contrato suscrito entre el Rey Juan y los obispos y barones de Inglaterra el 15 de junio de 1215.

³² BARLOW, F., *The Feudal Kingdom of England*, London, 1955, pág. 425 y ss.

³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1969, pág. 88 y ss.

³⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., "Aproximación analítico-lingüística al término "soberanía popular"", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16, 1976, pág. 137 y ss.

II.3.C. Tercera etapa: La constitucionalización de los derechos fundamentales

En la Edad Moderna se aprobó una serie de textos en los que ya no se trataba de atribuir determinadas prerrogativas a los barones o los ciudadanos a través de pactos o de leyes generales emanadas del Parlamento, sino que tendían a consagrar unos principios que se consideraban que precedían al propio ordenamiento positivo del Estado, y que eran reconocidos por el poder constituyente; tal reconocimiento se entendía que debía formar parte de la Constitución, en cuanto instrumento fundamental de la convivencia política. Es por ello que las modernas declaraciones de derechos se hallaron estrechamente vinculadas al desarrollo del constitucionalismo³⁵.

A partir del siglo XVIII se consideró que las constituciones debían contener, de una parte, una serie de reglas relativas a la organización de los poderes públicos y, de otra, unas disposiciones que proclamaran los principios fundamentales que debían inspirar el funcionamiento de todos los órganos del Estado³⁶.

En el largo período que media entre las primeras manifestaciones en el siglo XVIII de la positivización constitucional de los derechos fundamentales y su actual consagración en las cartas constitucionales del presente pueden advertirse dos grandes fases: la primera, la fase de las libertades fundamentales y la segunda la fase de los derechos económicos y sociales, que presentan caracteres específicos y que, por tanto, conviene analizarlos por separado:

II.3.C.a. Fase de las libertades individuales

Se consolidó la idea del derecho subjetivo que constituía a la persona en titular y portadora de unos derechos naturales por el hecho de ser persona; en los siglos XVI y XVII la concepción de los derechos naturales se perfiló claramente como una trasposición al plano de la subjetividad de los postulados objetivos de la ley natural³⁷. La Escuela Racionalista del Derecho Natural fue la que con más ímpetu defenderá la existencia de un derecho natural racional y la que elaboró la teoría de derechos naturales de carácter individual y universal. Uno de los mejores representantes de esta escuela fue *Hugo Grocio*³⁸, quien en su obra reconoció que el principio metodológico de la razón era el principio básico sobre

³⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ...*, op. cit., pág. 116-117.

³⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, pág. 159 y ss.

³⁷ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría ...*, op. cit., pág. 74.

³⁸ GROCIO H., *Mare Liberum*, Países Bajos, 1609 y *De iure belli ac pacis*, Países Bajos, 1625.

el que construir el Derecho natural y el de gentes, pues era expresión del derecho de la razón y que la sociabilidad era el axioma básico sobre el que se construía el Derecho natural y era un instinto que conducía a la persona a vivir en una comunidad pacífica y racionalmente ordenada³⁹.

En esta labor desempeñaron un importante papel los teólogos y juristas españoles Vitoria, Las Casas y Vázquez Menchaca, quienes, al defender los derechos personales de los habitantes de los nuevos territorios descubiertos y colonizados por la Corona de España, sentaron las bases doctrinales para el reconocimiento de la libertad y la dignidad de todos los hombres⁴⁰.

En el ámbito europeo, se debe destacar el desarrollo jurídico que acontece en Inglaterra a través de la elaboración y promulgación de distintos documentos que proclaman derechos y libertades. El primero de ellos fue *Petition of Rights* de 7 de junio de 1628 (documento que da continuidad a la *Magna Charta Libertum*, cuatro siglos después); fue un texto promulgado por el Parlamento inglés que supuso una garantía de protección de los principales derechos personales y patrimoniales tradicionales entre los ingleses; con posterioridad, el 26 de mayo de 1679, el Parlamento inglés aprobó el *Habeas Corpus Amendment Act*, mediante el cual se proclamó el derecho de todo ciudadano inglés a no ser detenido, preso ni desterrado, sin orden expresa de un juez; y, finalmente, en diciembre de 1689 se aprobó el *Bill of Rights* cuya importancia es de destacar por cuanto estableció que la autoridad real no podría suspender las leyes ni su ejecución así como imponer tributos sin el consentimiento del Parlamento; estableció que la elección de los miembros del Parlamento debía ser libre y que la libertad de palabra, debate y procedimiento en el Parlamento no podía ser impedido⁴¹.

Casi coetáneamente al *Bill of Rights* aparecieron los *Two Treaties on Government* de John Locke, que constituyeron un comentario lúcido y prospectivo, al mostrar que la sociedad civil nacía solo por el consentimiento y tenía por finalidad principal garantizar mediante leyes positivas, que expresaban el sentir de la mayoría de los representantes del pueblo, la vida, la libertad y los bienes de los asociados. Locke⁴² definió la dignidad, junto a la

³⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997, pág. 60-61.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ... op. cit.*, pág. 118.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos ..., op. cit.*, pág. 30.

⁴² LOCKE, J., *La ley de la naturaleza*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 23-103.

expresa reivindicación que de ella realizó *Pufendorf*⁴³, como la cualidad ética que diferenciaba a los hombres de los animales y que les hacía iguales entre sí, y dedujo de ella todo un sistema de los derechos del hombre.

Estas ideas influyeron decisivamente en las declaraciones de derechos americanos⁴⁴ que positivizaron los principios esenciales de la ideología iusnaturalista de signo individualista y liberal. El prototipo de las declaraciones modernas de derechos fue el *Bill of Rights* del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, que en su artículo 1 declaraba lo siguiente:

“Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, cuando se organizan en sociedad, no pueden ellos ni su posteridad ser despojados ni privados por ninguna especie de contrato, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.”.

Los derechos recogidos en tales documentos correspondían a todo individuo por el mero hecho del nacimiento; se trataba de derechos que no se hallaban restringidos a los miembros de un estamento, ni siquiera a los de un país, sino que eran facultades universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles, derechos emanados de las propias leyes de la naturaleza que el Derecho positivo no podía contradecir ni tampoco crear o conceder, sino que debía reconocer y garantizar.

Precisamente, la huella iusnaturalista (de *Pufendorf* y *Locke*) y su positivización en estos textos tuvo su proyección en la tarea de los revolucionarios franceses que miraron atentamente la obra de sus antecesores.

El texto más emblemático del modelo francés fue la *Déclaration des droit de l’homme et du citoyen* aprobada por la Asamblea Nacional francesa, el 26 de agosto de 1789, que se convirtió en la declaración de derechos por excelencia. La Declaración se constituyó en pieza clave del cambio político que se llevó a cabo, el paso del Antiguo Régimen al Estado Liberal de Derecho y supuso un modelo de libertad para todos los pueblos de Europa que aún se hallaban sujetos al absolutismo. En ella se proclamaron la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como los derechos naturales e imprescriptibles

⁴³ PUFENDORF, S., *Le droit de la nature et des gens*, Centre de philosophie politique et juridique de l’Université de Caen, Caen, 1987, pág. 2.

⁴⁴ REY PÉREZ, J. L., *El discurso de los Derechos... , op. cit.*, pág. 116.

y que fundamentaba toda asociación política. La definición de libertad que se contenía en la Declaración, así como el principio de separación de poderes y la garantía de los derechos como fines de la Constitución, estuvieron claramente inspiradas en Montesquieu⁴⁵; fue también innegable el influjo de *Rosseau*⁴⁶ en la definición de la ley como expresión de la “voluntad general”⁴⁷.

II.3.C.b. Fase de los derechos económicos y sociales

Los derechos del hombre y del ciudadano proclamados en la mayor parte de las declaraciones referidas eran considerados como patrimonio del individuo en su condición presocial. La libertad, la igualdad formal, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión eran consideradas como facultades naturales e inalienables, evidenciando su inspiración filosófica marcadamente individualista. Fue a lo largo del siglo XIX cuando el proletariado fue adquiriendo protagonismo histórico, a medida que avanzaba el proceso de industrialización, y cuando desarrolló una conciencia de clase reivindicó unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa. A partir de entonces el derecho al trabajo, a sus frutos y la seguridad social pasaron a ser las nuevas exigencias cuya protección jurídica se reclamó. El Manifiesto Comunista⁴⁸ de 1848 redactado por *Marx y Engels* puede considerarse un hito fundamental en este proceso, y representa un aldabonazo anunciador del comienzo de una nueva etapa.

La Constitución de México de 1917 fue el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo. Pero sin lugar a dudas el texto constitucional más importante y el que mejor reflejó el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, fue la Constitución alemana de *Weimar* de 11 de agosto de 1919, en la que, junto al reconocimiento de las libertades individuales, como la propiedad privada y la libre iniciativa económica, hallaron su lugar los derechos sociales, como los que se refieren a la protección de la familia, la educación y el trabajo. Esta declaración exigía que la intervención del Estado en materia económica se organizara y dirigiera con criterios de justicia y, como consecuencia, abogaba por un nivel

⁴⁵ DE SECONDAT, CH. L. (MONTESQUIEU), *Del Espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2007.

⁴⁶ ROSSEAU, J. J., *Del contrato social*, Alianza editorial, Madrid, 2008, pág. 76.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ...*, op. cit., pág. 120.

⁴⁸ ENGELS, F. y MARX, K., *Manifiesto Comunista*, Alianza editorial, Madrid, 2011.

de vida digno para todos los ciudadanos⁴⁹. Este mismo modelo siguieron todas las constituciones que se aprobaron una vez finalizó la Segunda Guerra Mundial⁵⁰.

II.3.D. Cuarta etapa: La internacionalización de los derechos fundamentales

Fue tras la Segunda Guerra Mundial y los excesos del nazismo, cuando se tomó conciencia de que, si se querían proteger de forma efectiva los derechos humanos, era necesario que esa tutela se ofreciera a nivel superior al estatal, ya que en muchas ocasiones eran los propios Estados los que vulneraban los derechos de sus ciudadanos⁵¹. Se trató de una evolución donde se reconoció la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. Solo cuando se admitió la posibilidad de que la comunidad internacional pudiera entender de cuestiones que afectaban, no tanto a los Estados en cuanto tales sino a las de sus miembros que integraban dichos Estados, se pudo plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Fue necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no era una cuestión doméstica de los Estados, sino un problema de relevancia internacional.

Un paso previo se dio con la firma del Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial. Mediante el citado Tratado se creó por una parte la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵² que desde su constitución centrará sus esfuerzos en la defensa de los derechos de los trabajadores y, por otra, la Sociedad de Naciones⁵³ cuyo fin se centró en proteger a los grupos sociales marginados (minorías étnicas, lingüísticas y religiosas) y de velar por el respeto de los derechos humanos. Tanto la OIT como la Sociedad de Naciones dedicaron su trabajo a la defensa y protección de los derechos

⁴⁹ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría ...*, op. cit., pág. 104.

⁵⁰ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos ...*, op. cit., pág. 34-36.

⁵¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno”, en AGUILERA CERNI, V. (coord.): *Política y derechos humanos*, Fernando Torres, Valencia, 1976, pág. 107 y REY PÉREZ, J. L., *El discurso de los Derechos...*, op. cit., pág. 119.

⁵² En 1946 pasaría a ser el primer organismo especializado que se asoció a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contribuyendo a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. La Organización Internacional del Trabajo ha centrado su misión en la función normativa, habiéndose adoptado convenios y recomendaciones desde 1919 hasta el momento actual, conformando un código de legislación y de práctica que pretende crear unas más dignas y justas condiciones de trabajo y empleo. Desde sus inicios, dicha normativa ha ido dirigida a evitar el trabajo precoz de los niños, a la vez que a dar una adecuada protección a los jóvenes trabajadores.

⁵³ La Sociedad de Naciones fue disuelta del 18 de abril de 1946, siendo sucedida por la Organización de las Naciones Unidas.

laborales y los de grupos discriminados, pero estas instituciones de ámbito internacional no fueron suficientes para impedir la trasgresión de los derechos humanos que tuvo lugar en los años posteriores durante la Segunda Guerra Mundial⁵⁴. Durante la contienda, a medida que se hicieron notorios los horrores de los regímenes que la desataron, fue madurando entre los aliados la conciencia de que la protección de los derechos humanos fundamentales había dejado de ser una cuestión doméstica, supeditada al mero arbitrio de los Estados, para convertirse en un auténtico problema internacional. Son varios los documentos formalizados determinantes en esta etapa, que por su trascendencia merecen ser analizados de forma independiente:

II.3.D.a. Carta de San Francisco

A lo largo de las diversas reuniones preparatorias de la Carta de San Francisco se puso de manifiesto que la protección de los derechos humanos fundamentales había dejado de ser una cuestión doméstica y, finalmente, cuando se redactó en 1945, dando vida a las Naciones Unidas, declaró lo siguiente⁵⁵:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos

A preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles.

A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.

A crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional

A promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Y con tales finalidades

A practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos.

⁵⁴ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría ...*, op. cit., pág. 104 y 105.

⁵⁵ Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

A unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principio y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común y

A emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos.”.

Ahora bien, la Carta no contiene ninguna definición de los derechos humanos. La labor de precisar esos derechos se confió en 1945 a la acción futura de los órganos de las Naciones Unidas⁵⁶. En 1947 se creó un órgano subsidiario y especializado del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), denominado Comisión de Derechos Humanos (sustituida por el Consejo de Derechos Humanos en 2006), cuya tarea principal fue la preparación de una convención internacional sobre los derechos fundamentales del hombre y su trabajo debía consistir en tres tareas⁵⁷:

- Preparar una declaración de derechos humanos, donde se debería establecer unas normas generales y básicas sobre derechos humanos.
- Unos pactos sobre la misma materia que deberían precisar el alcance y las limitaciones del ejercicio de estos derechos.
- Y unas medidas de ejecución que formarían el mecanismo internacional para asegurar su respeto.

II.3.D.b. Declaración Universal de Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la ONU proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consta de 30 artículos de muy diversa significación. La mayor parte de la Declaración se halla dedicada a dos amplias categorías de derechos: la primera, la de los derechos personales, civiles y políticos (art. 3 al 21), que recogen la herencia iusnaturalista y liberal de la defensa de la persona frente a los abusos del poder; y la segunda, la de aquellos derechos económicos, sociales y culturales (art. 22 al 27), fruto de las reivindicaciones surgidas a los largo del siglo XIX encaminadas al logro de

⁵⁶ Art. 13 y 55 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 suscrita en San Francisco.

⁵⁷ AÑÑOS MEZA, M^a. C., “El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ¿Un avance en el desarrollo institucional de los derechos humanos?”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 159, 2008, pág. 53 y 54.

unas condiciones que hicieran posible el disfrute efectivo y pleno de la libertad y la igualdad⁵⁸.

El principal problema que jurídicamente suscita esta Declaración es el de su carácter de Derecho internacional positivo. Se trata de un punto sobre el que no existe acuerdo entre la doctrina internacionalista que lo ha debatido ampliamente⁵⁹.

Por una parte, existe una amplia doctrina que se muestra contraria al carácter jurídico internacional de la Declaración Universal. Según estos autores, al ser aprobada como una resolución, no precisó la ratificación por parte de los Estados, por lo que es una exposición de principios generales que posee la más elevada autoridad moral pero no jurídica, por lo que no se puede afirmar que la Declaración forme parte del Derecho internacional y, por tanto, no supone un texto o instrumento jurídico⁶⁰.

Por otra, existe una corriente doctrinal que defiende la autoridad jurídica indirecta⁶¹ de la Declaración. Para estos autores se halla fuera de duda que el propósito de los creadores de la Declaración no era el de formalizar un documento jurídico que les impusiera obligaciones concretas. Muestra de ello es el propio lenguaje empleado lleno de conceptos ambiguos; ahora bien, esta corriente no deja de reconocer un cierto valor jurídico indirecto a la Declaración porque sirve como base sólida para la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas⁶²; puede entenderse como expresión de aquellos principios generales del Derecho reconocidas por las naciones civilizadas; es aplicable por los tribunales en aquellos litigios en los que se debaten cuestiones concernientes a los derechos humanos y libertades fundamentales⁶³ y, finalmente, porque, al ser vinculante para los órganos de las Naciones Unidas, ha impulsado una actividad de los órganos que indirectamente ha repercutido en el plano del Derecho internacional.

⁵⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia ...*, op. cit., pág. 216 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ...*, op. cit., pág. 79-80.

⁵⁹ VILLÁN DURÁN, C., “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de las Naciones Unidas”, en PONS RAFOLS, X. (compilador): *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, pág. 73 y ss.

⁶⁰ KELSEN, H., *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Praeger, New York, 1950, pág. 39 y ss. y DÍEZ DE VELASCO, M., *Declaración universal de los derechos humanos y textos afines*, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1968, pág. 9.

⁶¹ LAUTERPACHT, H., *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons, London, 1950, pág. 408 y ss.

⁶² SPERDUTI, G., “Diritti umani”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 809.

⁶³ SCHWELB, E., “The influence of the Universal Declaration of Human Rights on International and National Law”, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1959, pág. 217 y ss.

Finalmente, no han faltado posturas doctrinales reivindicadoras de la autoridad jurídica de la Declaración. Según ella, de acuerdo con la Carta de San Francisco, los Estados que integran las Naciones Unidas se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, pero no define los derechos humanos, de ahí que sea la Declaración Universal la que ofrece una interpretación auténtica y autorizada de estos derechos. Por ello, en la medida en la que los Estados miembros deben acatar las disposiciones de la Carta referentes a los derechos humanos, están también obligados a observar los postulados de la Declaración⁶⁴.

II.3.D.c. Pactos y Convenios Internacionales

La Declaración no es un elemento aislado, sino que se engloba en un proceso más amplio. En esta línea de internacionalización de los derechos, debe entenderse la subsiguiente labor de la ONU de la elaboración de Pactos y Convenios internacionales. En 1966 la Asamblea de Naciones Unidas adoptó dos Pactos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁶⁵ y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁶. Ambos crean obligaciones que vinculan a los Estados que los ratifican. Existen notables diferencias entre ellos, la más notable reside en el distinto significado de las obligaciones contraídas por los Estados para garantizar los derechos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone a los Estados que lo subscriben la obligación de implantar y garantizar inmediatamente los derechos; por el contrario, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no requiere esa inmediatez⁶⁷. Su artículo 2.1 dice lo siguiente:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los

⁶⁴ CASSIN, R., “La Déclaration universelle des droits de l’homme”, *Recueil des Cours*, Académie de droit international, La Haye, 1951, pág. 237 y ss. y TRUYOL Y SERRA, A., *Los derechos ...*, *op. cit.*, pág. 31.

⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Publicado el Instrumento de ratificación en el BOE núm. 103 de 30 de abril de 1977, pág. 9337 a 9343.

⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Publicado el Instrumento de ratificación en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pág. 9343 a 9347.

⁶⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia ...*, *op. cit.*, pág. 218 y 219.

recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”.

II.3.D.d. Ámbito Europeo: Convención para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Carta Social Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el seno del Consejo de Europa (primera organización política de ámbito europeo, creada en Londres en 1949 y cuya sede se encuentra en Estrasburgo) se aprobó, en Roma el 4 de noviembre de 1950, el Convenio para protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁶⁸. Este texto equivale en el área europea al Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de la ONU, y ha sido completada con protocolos adicionales que ofrecen un amplio catálogo de las libertades públicas fundamentales al reconocer, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad y seguridad, a la propiedad y a la cultura, a la vez que recoge un amplio espectro de garantías jurisdiccionales y procesales⁶⁹.

Por lo que se refiere a los derechos sociales, y en correspondencia con el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, el Consejo de Europa aprobó una Carta Social Europea⁷⁰ en Turín el 18 de octubre de 1961. En ella, entre otros derechos, se reconoce el derecho a la persona a ganarse la vida mediante la remuneración equitativa de su trabajo libremente elegido y bajo las necesarias condiciones de seguridad e higiene. Asimismo, se defiende el derecho a la sindicación, a la asociación y a la negociación colectiva, y el derecho a la seguridad social y asistencia sanitaria individual y familiar⁷¹.

En el sistema europeo, el gran paso que se dio en materia de protección de los derechos humanos fue el establecer un auténtico órgano de control jurisdiccional como es el

⁶⁸ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: el protocolo adicional al Convenio hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pág. 16808 a 16816.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ... op. cit.*, pág. 129-130.

⁷⁰ Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980, pág. 14533 a 14540.

⁷¹ LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría ... op. cit.*, pág. 114.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo⁷². Su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación del CEDH y de sus Protocolos y podrá, entre otras, conocer de demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por parte de un Estado parte del CEDH⁷³.

Conviene destacar que, tanto la CEDH como la Carta Social Europea son auténticos tratados internacionales, de carácter plenamente obligatorios para las partes y con plena vigencia⁷⁴.

Por su parte, en el seno de la Unión Europea, el Parlamento, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza el 7 de diciembre de 2000 que, si bien en un principio no se constituyó como un instrumento jurídico vinculante, es a través del Tratado de Lisboa⁷⁵ cuando se le otorgó ese carácter, en su versión de 12 de diciembre de 2007, al incorporarla al texto de los tratados, aunque se realizó por referencia. Es el nuevo artículo 6.1 del Tratado⁷⁶ en su primer párrafo primero el que afirma lo siguiente:

“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.”

El objetivo último de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue contribuir a la prosperidad, a la justicia y a la paz de la Europa de la integración y para

⁷² DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., “Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre”, *Homenaje a Don Nicolás Pérez Serrano*, Reus, Madrid, 1959, pág. 585 y ss.

⁷³ Artículos 32 y 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pág. 16808-16816.

⁷⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A., “Vínculos entre la Declaración Universal de 1948 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en PONS RAFOLS, X. (compilador): *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998, pág. 67-69.

⁷⁵ DOUE C-306, de 17 de diciembre de 2007.

⁷⁶ Su actual versión consolidada, DOUE C-202, de 7 de julio de 2016.

ello incorporó al Derecho Comunitario un catálogo propio de derechos y libertades que aparecían ya en otros instrumentos internacionales⁷⁷.

Por la complejidad de las relaciones entabladas entre los instrumentos proclamados por el Consejo de Europa y el elaborado en el ámbito del Derecho Comunitario, se ha preferido elaborar dicho estudio en el apartado III del presente capítulo denominado Desarrollo de los Derechos en el ámbito europeo.

II.4. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una forma habitual de definir y clasificar los derechos humanos ha consistido en recurrir a un criterio histórico o cronológico, por el que se distinguirían los derechos del individuo incluyéndolos en diferentes generaciones de acuerdo con el momento, circunstancias políticas e intereses que los ocasionaron. Según este criterio, hasta el momento, se habrían sucedido tres generaciones de derechos del hombre:

- Los derechos de la primera generación o derechos civiles y políticos.
- Los derechos de la segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales.
- Los derechos de la tercera generación.

Se agrupan no solo atendiendo a las circunstancias históricas, sino que, además, junto a este aspecto y ya sea por razones históricas o por otros motivos, se pretende que en cada categoría se incluyan aquellos derechos que se inspiran en uno de los valores más relevantes en cada momento.

Ciertamente, la visión generacional de los derechos no está exenta de dificultades, porque adolece de algunas deficiencias conceptuales que tienen que ver con los derechos concretos que deben incluirse en cada categoría y porque el desarrollo a futuro de los propios derechos humanos puede ocasionar que las generaciones de derechos sean infinitas. Basta con que surgieran nuevos intereses para que pudiera esgrimirse el surgimiento de un nuevo derecho, que es, por otra parte, lo que está pasando en las últimas décadas con los llamados derechos de la cuarta generación, es decir, los derechos

⁷⁷ MORENO DOMÍNGUEZ, J. F., “La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: desde la solemnidad a la eficacia”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento*, núm. 2, 2002, pág. 325-347.

vinculados al progreso tecnológico que afectan sobre todo a cuestiones relacionadas con la bioética y los tratamientos genéticos⁷⁸.

II.4.A. Derechos civiles y políticos o derechos de la primera generación

Los primeros derechos fueron los derechos civiles y políticos. Se conquistan contra el Estado absolutista del siglo XVIII y cuyo reconocimiento se logra tras una larga tradición de gestación en la filosofía política y social. Entre los rasgos más destacados pueden mencionarse los siguientes⁷⁹:

- *Son de titularidad individual*: desde las primeras declaraciones de derechos es posible constatar como principio básico su inspiración individualista. Es el sujeto individual el titular de los derechos quien puede ejercerlos y disfrutarlos. Son derechos pensados para el ciudadano, para quien vive al amparo de la nueva legislación que surgirá bajo el Estado liberal garantista. Los derechos de la primera generación están claramente inspirados en una filosofía individualista, inspirada en la teoría de los derechos naturales.

- *Son derechos de autonomía*: los derechos civiles y políticos establecen verdaderos límites a la actuación del Estado al objeto de preservar al individuo un espacio libre de interferencias donde pueda decidir, actuar y disfrutar de su libertad sin cortapisas. Se incluyen entre ellos algunos tan emblemáticos como la libertad de circulación, el respeto a la personalidad, el derecho a la intimidad, la libertad de conciencia, la libertad de expresión, etc. Los derechos civiles y políticos requieren de la abstención y pasividad del Estado respecto a las actuaciones de los individuos, sus relaciones con otros, sus decisiones, salvo que trasgredan las reglas básicas o impliquen la comisión de un delito.

- *Son derechos de libertad*: el principio de libertad es el principal fundamento de los derechos civiles y políticos, tanto entendida la libertad como “ausencia de dominio” de unos sobre los otros, como entendida en su faceta positiva, esto es, como la libertad de actuar y de participar en la creación de normas y en el gobierno de la sociedad a través de los procedimientos de decisión política⁸⁰.

⁷⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos ...*, op. cit., pág. 156 y ss.

⁷⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia ...*, op. cit., pág. 180 y ss.

⁸⁰ ESCÁMEZ SÁNCHEZ, J., “La Educación para la Promoción de los Derechos Humanos de la Tercera Generación”, *Encounters on Education*, vol. 5, 2004, pág. 81-100.

II.4.B. Derechos económicos, sociales y culturales o derechos de la segunda generación

Los derechos del hombre y del ciudadano proclamados en las primeras declaraciones eran considerados como patrimonio del individuo, como derechos inalienables definidos previamente por su condición social; cuando los derechos económicos, sociales y culturales pasan a vertebrar una nueva sociedad, un nuevo Estado, la situación resultante es la de un Estado Social. Durante el siglo XIX la evolución de la sociedad y el crecimiento del incipiente capitalismo, plasmado en enormes diferencias entre los individuos, pobreza y, en especial, el surgimiento de una nueva clase social que pujará fuertemente por la realización de sus intereses, hará que se tome conciencia de la existencia de nuevos derechos que traspasan el umbral de un esquema formal a favor de una concepción material de la democracia⁸¹. La nueva clase social, la clase proletaria, irá tomando conciencia de la desigual situación de la riqueza y de las contradicciones entre el reconocimiento formal de los derechos y de las carencias materiales para su ejercicio⁸². Entre los rasgos más destacados pueden mencionarse los siguientes⁸³:

- *Son derechos de prestación*: son derechos que presuponen la necesidad de una actividad positiva del Estado. En este caso, a diferencia de lo que ocurría con los derechos civiles y políticos en donde su función es abstenerse, el Estado debe actuar activamente, los derechos sociales crean obligaciones positivas, en la medida que son solo realizables a través de la acción social del Estado.

- *Son de titularidad individual pero se inspiran en una concepción empírica del ser humano*: los derechos sociales tienen su fundamento en una imagen del individuo contextualizado, alejado del individuo abstracto que sostiene a los derechos civiles y políticos. Su fundamento no es la persona abstracta sino las específicas necesidades que esta tiene en unas circunstancias históricas.

- *Igualdad*: los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad. Se trata de dotar a todos los ciudadanos de unas mínimas condiciones materiales de vida, de poder disfrutar por parte de todos de ciertas condiciones de igualdad con la que realizar sus deseos e intereses, sus planes de vida, sin que la diferencia de riqueza, de posición social,

⁸¹ MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", *Derecho y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993, pág. 62-70.

⁸² PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado ...*, op. cit., pág. 120 y ss.

⁸³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia ...*, op. cit., pág. 186 y ss.

de facultades y habilidades naturales sean un impedimento⁸⁴. En este sentido, los derechos sociales deben ser interpretados como una conquista de las clases menos favorecidas en las luchas que han tenido lugar desde el siglo XIX. Es este un elemento que no debe ser ignorado en la medida en que los derechos sociales son considerados como específicos del Estado Social, del Estado del Bienestar, y porque esta forma de organización política es considerada como una fórmula de consenso y de compromiso entre capital y trabajo⁸⁵.

- *Es un elemento de solidaridad social*: los derechos sociales son un instrumento de cohesión interna de las sociedades en las que se implementan, en tanto que uno de sus objetivos es la superación de las diferencias sociales, de las desigualdades de riqueza entre aventajados y desaventajados. Frente al criterio individualista que regía los derechos civiles y políticos, los derechos sociales son parte del mecanismo por el cual el individuo es parte de la sociedad permitiéndole beneficiarse y contribuir al bienestar colectivo. En este sentido, el Estado cumple un importante papel equilibrador entre unos y otros, a través de la utilización de instrumentos fiscales que están a su servicio y de la programación de políticas sociales.

II.4.C. Derechos de la tercera generación

Hace unas décadas se comenzó a hablar de una nueva categoría de derechos, los llamados derechos de la tercera generación, cuyos perfiles no están claros, por lo que en ocasiones es difícil que se puedan positivizar en los ordenamientos jurídicos nacionales. Al igual que ocurría en los casos de los derechos civiles y políticos y en el de los derechos económicos y sociales, su razón de ser está íntimamente ligada a las nuevas realidades que surgen en el planeta y a las transformaciones que, en este caso, sufre el Estado Social de unas décadas a esta parte. Puede decirse que el origen de estos nuevos derechos se sitúa en las nuevas necesidades e intereses que emergen en la sociedad y en la vida internacional a finales del siglo XX; el elenco de derechos incluidos en esta generación no está cerrado, sino que son derechos que se remiten a las nuevas exigencias sociales que irrumpen en el panorama político y que se caracterizan por su referencia a la fraternidad, solidaridad, medio ambiente y justicia social. El mérito de esta categoría consiste en su plasticidad y pluralidad y se incluyen en esta categoría el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho al patrimonio

⁸⁴ FERRAJOLI, L., “Universalismo de los Derechos Fundamentales y multiculturalismo”, *Revista Internacional de filosofía política*, núm. 30, 2007, pág. 57-64.

⁸⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pág. 188.

cultural de la humanidad, el derecho al medio ambiente o a la calidad de vida⁸⁶. A pesar de la heterogeneidad de la categoría los rasgos más destacados son los siguientes⁸⁷:

- *Titularidad universal*: los derechos de tercera generación han ampliado considerablemente su titularidad al incluir a todos los seres humanos del planeta, pues la paz, el medio ambiente y el desarrollo involucra a toda la humanidad; el deterioro del medio ambiente afecta a todas las personas; las situaciones bélicas no solo ocasionan perjuicios y crispaciones a los contendientes, sino que impregnan todo el planeta. Incluso, algunos autores anglosajones⁸⁸ han reivindicado que se extienda la atribución de estos derechos a sujetos no humanos y así reconocer derechos a los animales o a las plantas, aunque la doctrina mayoritaria entiende que este reconocimiento contribuye al aumento de la incertidumbre y equivocidad en torno a la temática de los derechos⁸⁹.

- *Son derechos difusos*: recoge intereses de difícil concreción y en ocasiones tienen serias dificultades para su justificación.

- *Solidaridad*: si bien los derechos de las anteriores generaciones encuentran su fundamentación en principios como la libertad o la igualdad, los derechos de tercera generación pivotan en torno al principio de la solidaridad, extendida a toda la humanidad, a todos los seres humanos y a todos los pueblos, que ata y entrelaza a todos en un interés común⁹⁰.

III. DESARROLLO DE LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

III.1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Tal como se ha avanzado anteriormente, el primer texto jurídico vinculante que se proclama, en el ámbito europeo, en defensa y a favor de la protección de los derechos humanos, es el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

⁸⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., “Tercera generación de los Derechos humanos”, en THETONIO CÁCERES, V. y PRIETO, F. (dirs.): *Los derechos humanos. Una reflexión interdisciplinar*, ETEA, Córdoba, 1995, pág. 105-120.

⁸⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia ...*, op. cit., pág. 200 y ss.

⁸⁸ CLARK, S., “The Moral Status of Animals”, *Noûs*, Wiley, New Jersey, 1981, pág. 230-234, PRITCHARD, M. S. y ROBINSON, W. L., “Justice and the Treatment of Animals: a Critique of Rawls”, *Environmental Ethics*, Centre for Environmental Philosophy, Texas, 1981, pág. 55-61 y RODMAN, J., “Animal Justice: the Counter-revolution in Natural Rights and Law”, *Inquiries*, vol. 22, 1979, pág. 3-22.

⁸⁹ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., “¿Son los derechos humanos universales?”, *Anuario de Filosofía del Derecho* núm. 15, 1998, pág. 74 y PÉREZ LUÑO, A. E., “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pág. 203- 217.

⁹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos...*, op. cit., pág. 156 y ss.

Fundamentales (CEDH), elaborado en el seno del Consejo de Europa y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos resultantes del CEDH, se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuya competencia se extenderá a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del CEDH⁹¹.

Paralelamente, y aunque en ningún caso se pueda afirmar que los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas fueran absolutamente ajenos a toda protección de los derechos humanos, tanto porque su objetivo era la salvaguarda de la paz y de la libertad (un objetivo inalcanzable sin el respeto de los derechos fundamentales) como porque en los tratados referidos se contenían de forma dispersa algunos derechos fundamentales, lo cierto es que en dichos tratados no hay ni un catálogo global de derechos fundamentales ni ninguna disposición que suponga un compromiso formal de respeto a los mismos⁹². Es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), antes de las Comunidades Europeas, el que ha sido sin duda la institución de la Unión que más ha trabajado en favor de la protección de los derechos fundamentales, si bien se puede apreciar claramente una evolución en esta materia. En un principio declinó cualquier tipo de razonamiento en pro de la tutela de los mismos, para después comenzar, dando un giro doctrinal enorme, a protegerlos bajo el convencimiento de la necesidad de fortalecer la unidad y la primacía del Derecho comunitario⁹³.

Se puede afirmar que la consolidación del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales se producirá a partir del año 1974 con una serie de sentencias, entre las que destaca la del asunto *Nold*⁹⁴, donde *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung*, una empresa en comandita de nacionalidad alemana cuyo objeto social era la gestión del comercio al por mayor de carbón y materiales de construcción, interpuso un recurso solicitando la anulación de la Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1972, que imponía una serie de condiciones restrictivas para poder ser

⁹¹ Art. 19 y 32 de Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pág. 23564 a 23570.

⁹² PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitarios*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 19-22.

⁹³ MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pág. 32.

⁹⁴ STJCE de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *J. Nold v. Comisión de las Comunidades Europeas* (ECLI:EU:C:1974:51), apartados 12 y 13.

comerciante al por mayor en el sector carbonífero. La empresa alemana defendía que estos límites atentaban de alguna forma contra el derecho de propiedad y, directamente, contra el libre ejercicio de actividades profesionales; derechos, ambos, reconocidos en la Ley Fundamental alemana y en otras constituciones de Estados miembros y, lo que era más significativo, en algunos textos internacionales como CEDH. El Tribunal de Justicia, y esto supuso la gran novedad, admitió que, además de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, se debían tener en cuenta las previsiones que pudieran aportar los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos para que completaran a las primeras.

A partir de aquí el apoyo de las instituciones comunitarias a la protección de los derechos fundamentales será una constante. Por una parte, por la labor que va realizar el TJUE apoyándose en instrumentos internacionales, en especial el CEDH a la hora de elaborar su jurisprudencia comunitaria, como por la labor realizada por las demás instituciones; es de destacar a modo de ejemplo la Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión⁹⁵, de fecha 5 de abril de 1977, donde expresamente manifiesta lo siguiente:

“1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respecto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

2. En el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos.”

A partir de este momento se generaliza la opinión de la necesidad de dar un salto cualitativo en la dirección de reconocer y proteger plenamente los derechos fundamentales en el seno del Derecho comunitario; fueron dos las soluciones que se barajaron para completar y mejorar el sistema de protección de estos derechos: por un lado, la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH y, por otro, la elaboración a nivel comunitario de un texto normativo propio, contenedor de un catálogo de derechos fundamentales.

⁹⁵ DOCE C-103, de 27 de abril de 1977.

La posible adhesión al CEDH suscitó un enriquecedor debate institucional y doctrinal. La Comisión, por ejemplo, consideraba esta opción más fácil y rápida, ya que todos los Estados miembros eran parte del CEDH, por lo que no resultaba preciso ponerlos de acuerdo sobre un nuevo listado de derechos; además se esgrimía que esta vía acabaría con las contradicciones entre la jurisprudencia del TJUE (en su momento de las Comunidades Europeas) y la del TEDH, circunstancia relativamente habitual cuando el primero interpretaba y se pronunciaba acerca de algún aspecto del CEDH que aún no había sido analizado por el segundo y, finalmente, también se recurría al argumento de que la adhesión serviría para someter a las Comunidades al control de los órganos de Estrasburgo. Frente a estas posiciones otros, como el Parlamento, defendían la elaboración de un texto propio apoyando dicha opción en argumentos tales como que el confeccionar un texto supondría un plus en la seguridad jurídica relativa a la protección de los derechos fundamentales⁹⁶.

A principios de la década de los noventa y comprobada la falta de acuerdo acerca de la elaboración de un texto propio, se retomó el estudio de la vía de la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH y, con el objetivo de resolver las dudas jurídicas que se pudieran plantear, se optó por solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Con fecha 28 de marzo de 1996 el Tribunal emitió el Dictamen 2/94 por el que afirmó que la adhesión no era factible porque no existía ninguna disposición en el Tratado que confiriera a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito, por lo que dicha adhesión solo podría llevarse a cabo incluyendo tal competencia en el Tratado por medio de su modificación⁹⁷.

Tras el Dictamen del Tribunal de Justicia, se volvió a valorar la posibilidad de redactar un catálogo de derechos en el seno de la Unión, y es el Consejo Europeo en junio de 1999 quien tomó la decisión de elaborar lo que finalmente se configuró como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, en Niza el 7 de diciembre de 2000. Si bien en un principio no se constituyó como un instrumento jurídico vinculante, es a través del

⁹⁶ SÁNCHEZ MEGÍA, L. A., “Análisis sobre la necesidad de la carta europea de derechos fundamentales”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2016, pág. 43-71.

⁹⁷ Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2/94, de 28 de marzo de 1996, *European Court Reports 1996 I- 01759*, apartados 27, 35 y 36.

Tratado de Lisboa⁹⁸, en la nueva redacción de su artículo 6, cuando se le otorgó ese carácter al incorporarla al texto de los tratados, si bien lo realizó mediante una incorporación por referencia⁹⁹.

La nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, no solo incorporó la Carta de los Derechos Fundamentales al Tratado, sino también dispuso, por una parte, que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y los que eran fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarían parte del Derecho de la Unión Europea como principios generales y, por otra, que la Unión tenía la obligación de adherirse al CEDH anteriormente referido¹⁰⁰. Además, en el Protocolo nº 8 del Tratado dispuso que el Acuerdo de Adhesión en cuestión debía cumplir determinados requisitos dirigidos fundamentalmente a que se reflejara la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y el Derecho de la Unión Europea y a que se garantizara que la adhesión no afectara a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones¹⁰¹.

Como consecuencia de las modificaciones introducidas en el Tratado de la Unión Europea, el Consejo, a raíz de una recomendación de la Comisión, adoptó, el 4 de junio de 2010, la decisión de autorizar la apertura de las negociaciones relativas al acuerdo de

⁹⁸ DOUE C-306, de 17 de diciembre de 2007.

⁹⁹ Artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea. DOUE C núm. 306, de 17 de diciembre de 2007, que dice lo siguiente:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

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

¹⁰⁰ Artículos 6.2 y 6.3 del Tratado de la Unión Europea. DOUE C-306, de 17 de diciembre de 2007, que dicen lo siguiente:

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

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

¹⁰¹ Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, DOUE C-115, de 9 de mayo de 2008.

adhesión en la que la Comisión fue designada como parte negociadora; por parte del Consejo de Europa, el Comité de Ministros designó como parte negociadora al Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa; el 5 de abril de 2013, las negociaciones concluyeron con un acuerdo sobre los proyectos de instrumentos de adhesión¹⁰². En ese contexto la Comisión se dirigió al TJUE, con fecha 4 de julio de 2013, para solicitar su dictamen sobre la compatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia emitió el Dictamen 2/13¹⁰³ declarando lo siguiente:

“El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.”.

El Tribunal consideró que el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al CEDH no era compatible con el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea ni con el Protocolo número 8, por cinco elementos fundamentales: las características específicas y el principio de autonomía del Derecho de la Unión; el alcance del artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; la figura del codemandado; el mecanismo de intervención previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y el control jurisdiccional de la Política Exterior y de Seguridad Común¹⁰⁴.

¹⁰² GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: análisis de la motivación del TJUE para la declaración de su (in)compatibilidad con el derecho comunitario, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8 y 9, 2015, pág. 31-49.

¹⁰³ Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *European Court Reports 62013CV0002*, apartado final.

¹⁰⁴ MARTINÓN QUINTERO, R., “Los derechos humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de los derechos humanos”; *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2016, pág. 49-71.

III.2. INCONVENIENTES A LA POSIBLE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Por la exhaustividad en el estudio realizado por el TJUE en la elaboración del Dictamen y por su complejidad, se estima necesario se realice un análisis de las cuestiones de Derecho que sirvieron como argumentos para adoptar la decisión final de la no compatibilidad del Acuerdo.

III.2.A. Porque pudiera afectar a características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión¹⁰⁵

Según el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, por lo que no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En caso que se produjera la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligaría a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión¹⁰⁶. La Unión, como cualquier otra parte contratante, estaría sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades que esta se comprometería a respetar con arreglo al CEDH¹⁰⁷; en este contexto, la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio y, en particular, a las decisiones y sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

A este respecto, el TJUE ya ha precisado, ciertamente, que un acuerdo internacional, que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus

¹⁰⁵ Apartados 179-200 del Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *European Court Reports 62013CV0002*.

¹⁰⁶ Art. 216 del TFUE (DOUE C-202, de 7 de junio de 2016), que dice lo siguiente:

“Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros.”

¹⁰⁷ Art. 1 de la Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pág. 23564 a 23570), que dice lo siguiente:

“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidas en el Título I del presente Convenio.”

disposiciones y cuyas decisiones vinculen a las instituciones, incluido el mismo, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión, especialmente cuando, como en el presente caso, la celebración de tal acuerdo está prevista en los propios Tratados. Como consecuencia de todo esto, la interpretación dada al CEDH por el TEDH vincularía, en virtud del Derecho internacional, a la Unión y a sus instituciones, incluido el TJUE, y que, por otra parte, la interpretación dada por el TJUE a un derecho reconocido por dicho Convenio no vincularía a los mecanismos de control establecidos por este, y muy especialmente, al TEDH. Ahora bien, cosa diferente ocurriría cuando el TJUE interpretara el Derecho de la Unión, incluida la Carta Europea de Derechos Humanos, porque las apreciaciones del TJUE, relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no podría ser cuestionado por el TEDH. A este respecto han de señalarse los siguientes extremos:

III.2.A.a. Respecto a la interpretación de la protección de los derechos humanos

Siendo el mismo artículo 53 el que regula esta situación en ambos instrumentos, esto es, tanto en la Carta como en el Convenio, la interpretación que se realiza en cada uno de ellos es completamente distinta.

Si bien el artículo 53 de la Carta establece que ninguna de sus disposiciones debe interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros; el TJUE ha interpretado esta disposición en el sentido de que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión; es de destacar, por la labor analítica que realiza el Tribunal de Justicia, la sentencia del caso *Melloni*¹⁰⁸ que en la elaboración de la misma realiza el siguiente análisis:

¹⁰⁸ STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, C-399/11, Caso Stefano Melloni contra Ministerio Fiscal (ECLI:EU:C:2013:107), apartados 55 a 60.

“... el Tribunal remitente pregunta en esencia si el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que permite que el Estado miembro de ejecución subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.

Acerca de ello, el Tribunal remitente expone de entrada la interpretación según la cual el artículo 53 de la Carta autoriza de forma general que un Estado miembro aplique el 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. Esa interpretación permitiría en particular que un Estado miembro sometiera la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía a condiciones cuyo objeto fuera evitar una interpretación limitadora de los derechos fundamentales reconocidos por su Constitución o lesiva de éstos, aun cuando la aplicación de esas condiciones no estuviera autorizada por el artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584.

No puede acogerse esta interpretación del artículo 53 de la Carta.

En efecto, dicha interpretación del artículo 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 Derechos de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado.

En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (...), 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 (...).

Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma 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.”.

Por su parte, el artículo 53 del CEDH dispone que ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que pudieran ser reconocidos conforme a las leyes de los Estados. En este caso, el CEDH reserva a las partes contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por el mismo.

Por lo que sería necesario garantizar una coordinación entre ambas disposiciones que no se realiza en el Proyecto de Acuerdo de Adhesión.

III.2.A.b. Principio de confianza mutua

En el Derecho de la Unión procede recordar que el principio de confianza mutua entre los Estados miembros tiene una importancia fundamental, porque es el que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores y obliga a cada uno de los Estados miembros, en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho.

En caso de darse la Adhesión al CEDH por parte de la Unión, a esta se le reservaría un papel del todo idéntico al de cualquier otra parte contratante, por lo que podría darse la circunstancia de que un Estado miembro verificase el respeto de los derechos fundamentales que otros Estados miembros procuran. Pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, la adhesión pondría en peligro el equilibrio en que se basa la Unión, así como la autonomía de su Derecho.

III.2.A.c. Opinión consultiva previa

En el Dictamen el TJUE compara, por una parte, la formulación de la solicitud de opinión consultiva regulada en el CEDH, a través de su Protocolo nº 16¹⁰⁹, y, por otra, la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹¹⁰.

El TJUE pone de relieve que el Protocolo nº 16 del CEDH permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH y, dado que, en caso de Adhesión, el Convenio formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el Tratado de Funcionamiento, especialmente cuando los derechos garantizados por la Carta se corresponden con los reconocidos por el CEDH. El Tribunal considera que la posibilidad de que un Estado miembro solicite del TEDH una opinión consultiva sobre derechos y libertades podría entrar en conflicto con la obligación que dichos Estados tienen de someter dicha consideración al TJUE, creando

¹⁰⁹ El Protocolo nº 16 se firmó el 2 de octubre de 2013 y entró en vigor el 1 de agosto de 2018 (España aún no lo ha firmado ni ratificado), después de alcanzado el acuerdo entre los negociadores sobre los proyectos de instrumentos de adhesión, a saber, el 5 de abril de 2013. Dicho Protocolo permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio Europeo.

¹¹⁰ Artículo 267 del TFUE (DOUE C-202, de 7 de junio de 2016), que dice lo siguiente:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;*
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;*

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”.

un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial, lo que afectaría a la autonomía del Derecho de la Unión¹¹¹.

Habida cuenta de todo lo anterior, el TJUE declaró que la Adhesión de la Unión al CEDH, tal como estaba prevista en el Proyecto de acuerdo, sí afectaba a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía.

III.2.B. Porque pudiera afectar al artículo 344¹¹² del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹¹³

El TJUE vuelve a comparar los procedimientos de solución de controversias regulados, por una parte, por el Derecho de la Unión (art. 344 del TFUE), donde el TJUE tendría competencia exclusiva para conocer de cualquier litigio entre Estados miembros y entre estos y la Unión y, por otra, por el regulado en el CEDH, donde las partes contratantes renuncian recíprocamente a prevalerse de los tratados, convenios que existan entre ellas y el TEDH se erige como institución a la que cualquier parte contratante pueda someter cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que pueda ser imputado a otra Parte Contratante¹¹⁴.

El hecho de que, según el Proyecto de acuerdo, los procedimientos ante el TJUE no deban considerarse modos de solución de controversias a los que las partes contratantes renuncian con arreglo al CEDH, no basta para preservar la competencia exclusiva del Tribunal, pues deja subsistente la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros

¹¹¹ URBINA TREVIÑO, G., “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos humanos. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8 y 9, 2015, pág. 51-66.

¹¹² Artículo 344 del TFUE (DOUE C-202, de 7 de junio de 2016) que dice lo siguiente:

“Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.”.

¹¹³ Apartados 201-214 del Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *European Court Reports 62013CV0002*.

¹¹⁴ Artículos 33 y 55 del Convenio europeo (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pág. 23564 a 23570), que dicen lo siguiente:

“Art. 33: Toda alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante.”.

“Art. 55: Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio.”.

planteen una demanda ante el TEDH que tenga por objeto una supuesta violación del CEDH cometida por un Estado miembro o por la Unión en relación con el Derecho de la Unión.¹¹⁵

La existencia de dicha posibilidad vulnera lo dispuesto en el artículo 344 del TFUE.

III.2.C. Porque pudiera afectar al mecanismo del codemandado¹¹⁶

Del entramado institucional de la Unión Europea resultan habitualmente actos procedentes de los Estados miembros y la Unión sin margen discrecional alguno; ante tal circunstancia, el artículo 1 b) del Protocolo nº 8 del Tratado de la UE¹¹⁷ exige que se establezca un mecanismo para la correcta atribución de responsabilidad entre los Estados miembros y la UE, con un doble objetivo: por una parte, asegurar el derecho de los particulares a la hora de invocar sus derechos ante los Estados miembros, la Unión o ambos y permitir al resto de partes contratantes un mejor control de sus actos y, por otra, posibilitar que tanto los Estados miembros como la UE puedan ejercer su derecho de defensa adecuadamente. Esta circunstancia se incluyó en el Proyecto de Adhesión para evitar lagunas a la hora de atribuir la responsabilidad de las partes contratantes y asegurar que los recursos fueran correctamente dirigidos a los Estados miembros, la Unión Europea o ambos; pero todo ello, esto es, tales objetivos deben perseguirse de forma que sean compatibles con la exigencia de garantizar que se preserven las características específicas de la Unión y de su Derecho¹¹⁸.

En primer lugar, en el Proyecto se prevé que una parte contratante se convierta en codemandada bien aceptando una invitación del TEDH (la invitación no será vinculante), bien por decisión de este a solicitud de la propia parte contratante. En este último caso, la Unión y/o los Estados miembros que soliciten intervenir en calidad de codemandados en un asunto ante el TEDH, deberán presentar alegaciones para demostrar que concurren los requisitos para su participación en el procedimiento y será el TEDH quien se pronuncie sobre esta solicitud, a la vista de la verosimilitud de esas alegaciones. El TJUE aprecia

¹¹⁵ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El acuerdo de adhesión ...”, *loc. cit.*, pág. 31-49.

¹¹⁶ Apartados 215-235 del Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *European Court Reports 62013CV0002*.

¹¹⁷ Protocolo nº 8. Sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. DOUE núm. 306, de 17 de diciembre de 2007.

¹¹⁸ URBINA TREVIÑO, G., “El TJUE rechaza el proyecto ...”, *loc. cit.*, pág. 51-66

que mediante dicho control el TEDH se ve llamado a apreciar normas del Derecho de la Unión y eso puede interferir con el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros¹¹⁹.

En segundo lugar, el Proyecto de Adhesión prevé que, en caso de que se declare por parte del TEDH la existencia de una violación, las partes demandadas y codemandadas serán responsables conjuntamente, por lo que en ningún caso el Proyecto preserva el derecho que concede el CEDH¹²⁰ a las partes contratantes para que puedan hacer alguna reserva respecto de alguna disposición del mismo. Esta consecuencia tropezaría con el Protocolo nº 8 del Tratado de la UE, según el cual, el acuerdo de adhesión debe garantizar que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH y, en particular, de las reservas a este¹²¹.

Y en tercer lugar, el Proyecto del acuerdo prevé una excepción a la regla anteriormente expuesta, según la cual, el demandado y el codemandado son conjuntamente responsables de una violación declarada. El TEDH podrá, basándose en las alegaciones formuladas por el demandado y el codemandado, decidir que solo uno de ellos sea considerado responsable de dicha violación. El hecho de que la decisión se base en dichas alegaciones no deja de implicar que el TEDH haga una interpretación del Derecho de la Unión y según este el único órgano competente para ello es el TJUE.

Habida cuenta de todas las anteriores consideraciones, el TJUE consideró que el mecanismo de codemandado previsto en el Proyecto no garantizaba que se preservaran las características específicas de la Unión y de su Derecho.

¹¹⁹ Comunicado de prensa nº 180/14 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, de 18 de diciembre de 2014.

¹²⁰ Artículo 57 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pág. 23564 a 23570), que dice lo siguiente:

“1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.”.

¹²¹ Artículo 2 del Protocolo nº 8. Sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. DOUE núm. 306, de 17 de diciembre de 2007.

III.2.D. Porque pudiera afectar al procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia¹²²

El procedimiento de intervención, previsto en el Proyecto, faculta al TJUE para pronunciarse de modo previo, aunque su opinión no será vinculante en ningún caso, sobre la compatibilidad del Derecho de la Unión con el CEDH en un procedimiento sustanciado ante el TEDH, en el caso de que el TJUE no lo hubiera hecho previamente. De modo que así se evitaría la posibilidad de que, en un procedimiento de un particular contra un Estado miembro ante el TEDH (en la que se tenga que aplicar el Derecho de la Unión) cuando en su tramitación anterior sustanciada ante la jurisdicción nacional no se hubiera solicitado una cuestión prejudicial ante el TJUE, pudiera llegar a pronunciarse el TEDH sobre la compatibilidad del Derecho de la Unión con la CEDH, sin que lo hubiera hecho previamente el TJUE.

En el Dictamen, el TJUE mantiene, en primer lugar, que quien determine si ya se ha pronunciado o no sobre la cuestión objeto de litigio frente al TEDH debe ser exclusivamente la institución competente de la Unión Europea (el TJUE), cuya decisión deberá vincular al TEDH, porque de lo contrario se permitiría a este que se pronunciara sobre la cuestión y eso equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del TJUE; para ello, el procedimiento de intervención previa debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la Unión para que la institución competente pudiese apreciar si el TJUE ya se ha pronunciado sobre la cuestión objeto de litigio, o en su caso, pudiese iniciar ese procedimiento.

En segundo lugar, respecto al contenido de la intervención previa por parte del TJUE, en el Proyecto de acuerdo de adhesión se dispone que el TJUE podrá pronunciarse bien sobre la validez de una disposición del Derecho derivado o bien sobre la interpretación de una disposición del Derecho primario, excluyendo la posibilidad de que pueda pronunciarse sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa. Por tanto, si no se permite al TJUE aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y el TEDH, al examinar la conformidad entre ese Derecho y el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada, se estaría vulnerando el

¹²² Apartados 236-248 del Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *European Court Reports 62013CV0002*.

principio de competencia exclusiva del TJUE para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión¹²³.

III.2.E. Porque pudiera afectar al control jurisdiccional en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)¹²⁴

El TJUE tiene limitadas sus competencias relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común y únicamente es competente para controlar el respeto del equilibrio de competencias entre instituciones¹²⁵ así como para realizar un control de legalidad de las medidas restrictivas impuestas a personas físicas o jurídicas¹²⁶.

Sin embargo, como consecuencia de la adhesión, tal como está contemplada en el Proyecto, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de determinados actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC y, en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del TJUE, por lo que ello equivaldría a encomendar el control jurisdiccional exclusivo de dichos actos, acciones u omisiones de la Unión, en lo relativo al respeto de los derechos garantizados en el CEDH, a un órgano externo de la Unión. Por consiguiente, el Proyecto no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en el ámbito de la PESC¹²⁷.

IV. DESARROLLO DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA

El conjunto de normas relativas a derechos humanos en España es muy abundante y complejo, al coexistir junto a normas internacionales vigentes en el ordenamiento jurídico

¹²³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 23, 2014, pág. 40-56.

¹²⁴ Apartados 249-257 del Dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2/13, de 18 de diciembre de 2014, *European Court Reports 62013CV0002*.

¹²⁵ Artículos 24.1 y 40.1 del Tratado de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

¹²⁶ Artículo 275.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

¹²⁷ Comunicado de prensa nº 180/14 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, de 18 de diciembre de 2014.

español¹²⁸, normas de derecho interno. Muestra de dicha coexistencia es el artículo 10.2 de la Constitución Española, que establece lo siguiente¹²⁹:

¹²⁸ A) En el marco de Naciones Unidas:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948.

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adhesión de España al Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, con una reserva a la totalidad del artículo XXII (Jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia). BOE núm. 118, de 17 de mayo de 1969, pág. 7462 a 7466.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pág. 9337 a 9343.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pág. 9343 a 9347.

- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, pág. 7715 a 7720.

- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Instrumento de ratificación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984. BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987, pág. 33430 a 33436.

- Convención sobre los Derechos del Niño. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904.

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, pág. 20648 a 20659.

- Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas. Instrumento de ratificación de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011, pág. 18254 a 18271.

B) En el marco del Consejo de Europa:

- Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: el protocolo adicional al Convenio hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pág. 16808 a 16816.

- Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Instrumento de ratificación del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. BOE núm. 159, de 5 de julio de 1989, pág. 21152 a 21154.

- Convención Europeo sobre el ejercicio de los Derechos del Niño. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015, pág. 14174 a 14189.

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”.

Respecto de las normas de derecho interno, es la Constitución Española la que declara, reconoce y garantiza estos derechos, hecho que determina que estos tengan rango constitucional y, por tanto, vinculen a todos los poderes públicos¹³⁰. El Título I “De los derechos y deberes fundamentales” proclama, en principio, los derechos fundamentales, aunque equiparar el Título I de la Constitución y estos derechos no deja de ser problemático.

IV.1. ESTRUCTURA FORMAL DEL TÍTULO I

El Título I “De los derechos y deberes fundamentales” sistematiza los derechos, con las salvedades que se analizarán más adelante en el presente Capítulo, con la siguiente organización:

- Artículo 10 de la CE: el Título I lo encabeza el artículo 10, que en su apartado 1º proclama la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social. Por su parte, su apartado 2º, reconoce que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretarán

- Carta Social Europea. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980, pág. 14533 a 14540.

- Convenio Europeo para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, pág. 94858 a 94879.

- Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pág. 36825 a 36830.

- Convenio Europeo contra la Violencia Doméstica y hacia la Mujer y su Prevención. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, pág. 42946 a 42976.

C) En el marco de la Unión Europea

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE C 202, de 7 de junio de 2016.

¹²⁹ Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹³⁰ Art. 53. 1 Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España.

- El Capítulo I “De los españoles y los extranjeros” (artículos 11 a 13): está dedicado a delimitar el estatuto de los españoles y de los extranjeros, regulándose en el primero la nacionalidad, en el segundo la mayoría de edad de los españoles y en el tercero los derechos de los extranjeros en España.

- El Capítulo II “Derechos y libertades”: este capítulo se abre con el artículo 14, que establece la igualdad de los españoles ante la ley, verdadero fundamento del Estado democrático como concreción fundamental y primera de la libertad y dignidad humana. En este sentido, es condición general sobre la que se cimienta la posibilidad misma del ejercicio y disfrute de todos los demás derechos. Asimismo, se mencionan las circunstancias y condiciones personales y sociales que son especialmente sospechosas de discriminación, por lo que ninguna diferenciación fundada en ellas que no venga amparada por una justificación constitucional podrá prevalecer en ningún caso¹³¹.

Este capítulo establece a continuación una subdivisión entre la Sección 1ª, que trata “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, que comprenden los artículos 15 a 29 y la Sección 2ª denominada “De los derechos y deberes de los ciudadanos” que comprenden los artículos 30 a 38. Esta división, como ya se analizará más adelante, es verdaderamente importante en lo que se refiere al distinto nivel de protección que alcanzan los derechos según se encuentren regulados en una o en otra, a la luz de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Española.

- El Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica” (art. 39 a 52): según la tesis doctrinal clásica, los preceptos del capítulo III no pueden configurarse como verdaderos derechos fundamentales y no serán directamente aplicables y deberán ser desarrollados mediante las oportunas leyes. Esto no significa que tengan un carácter programático, ya que el texto constitucional goza en su integridad de fuerza normativa. Los principios rectores son sustancialmente objetivos que deben perseguir los poderes

¹³¹ CÁMARA VILLAR, G., “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 49.

públicos y, en definitiva, directrices para el legislador¹³². Ahora bien, la distinción tradicional entre derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica se ha puesto en tela de juicio por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos; a modo de ejemplo, el derecho a la vida privada y familiar alcanza a disfrutar de una vivienda en determinadas condiciones y circunstancias¹³³.

- El Capítulo IV “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” (arts. 53 y 54): este capítulo está dedicado a las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales de las libertades y de los derechos fundamentales, que se analizarán en profundidad más adelante en el presente capítulo. Los preceptos regulados en el capítulo IV son la verdadera clave de bóveda de todo el sistema, porque un derecho vale lo que vale su garantía.

- El Capítulo V “De la suspensión de los derechos y libertades” (art. 55): este capítulo tiene por objeto la regulación constitucional de los diferentes supuestos y condiciones en los que es posible la suspensión de algunos derechos y libertades. Se prevén dos modalidades de suspensión: la colectiva, ligada a los estados excepcionales (de alarma, excepción y sitio); e individual, ligada a la persecución del terrorismo.

IV.2. IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La identificación del Título I de la Constitución Española con los derechos fundamentales es problemática al menos por tres razones: en primer lugar, cabe preguntarse si en el ordenamiento español son derechos fundamentales únicamente los recogidos en el Título I o si, por el contrario, es posible hallar derechos fundamentales en otras partes del texto constitucional o, incluso, fuera del mismo; en segundo lugar, hay que tener en cuenta que no todo lo contenido en el Título I es técnicamente calificable de derecho subjetivo, pues también establece deberes de los ciudadanos, garantiza la existencia de instituciones etc., por lo que habrá que cuestionarse si a los preceptos del Título I que no recogen derechos en sentido propio les resulta de aplicación o no el régimen jurídico de los derechos

¹³² COBREROS MENDAZONA, E., “Reflexión sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 19, 1987, pág. 27-60.

¹³³ CUBERO MARCOS, J. I., “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017, pág. 135-136.

fundamentales; y en tercer lugar, si todos los derechos regulados en el Título I son derechos fundamentales o no, ya que el artículo 53 de la Constitución¹³⁴ no diseña un régimen jurídico uniforme para todos los derechos proclamados en el Título I, sino que distingue tres grupos a los que dota de diferentes garantías¹³⁵.

IV.2.A. Sobre la existencia de derechos fundamentales fuera del Título I de la Constitución Española

Existen preceptos constitucionales cuyos enunciados en nada se distinguen de los que se suelen encontrar en el Título I, pues se trata de preceptos formalmente similares a aquellos cuya finalidad explícita consiste en declarar derechos fundamentales. A modo de ejemplo, se encuentra el derecho al sufragio, respecto al Congreso de los Diputados, universal, libre, igual, directo y secreto¹³⁶; el derecho a acceder a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad¹³⁷; el derecho de los ciudadanos a tener acceso a los archivos y registros administrativos¹³⁸; o el derecho de los ciudadanos a ejercer la acción popular en los procesos penales¹³⁹.

El carácter normativo de dichos preceptos es indiscutible ya que toda la Constitución lo tiene¹⁴⁰, operan como criterio de validez de las leyes, al igual que cualquier otro precepto de la Constitución. Ahora bien, esto no puede llevar a la confusión de entender que dichos

¹³⁴ Art. 53 de la Constitución Española (BOE núm. 311, de 19 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424), dice lo siguiente:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”.

¹³⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 49-50.

¹³⁶ Art. 68.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹³⁷ Art. 103.3 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹³⁸ Art. 105 b) de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹³⁹ Art. 125 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁴⁰ Art. 9.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

preceptos siempre puedan ser invocados directamente o sean susceptibles de protección jurisdiccional reforzada, en especial por la vía del recurso de amparo.

La invocación directa (la aplicabilidad de una norma constitucional, aunque no haya tenido desarrollo legislativo) suele ser vista como un atributo de los derechos fundamentales en sentido propio y solo está expresamente excluida respecto de los llamados “Principios rectores de la política social y económica” regulados en el Capítulo III del Título I¹⁴¹. Todo ello no significa que los demás preceptos constitucionales solo puedan ser aplicados si han sido objeto de previo desarrollo legislativo, pues, en ocasiones, especialmente en materia de organización de los poderes públicos, tienen una innegable aplicabilidad directa.

Cosa distinta es que los derechos reconocidos fuera del Título I gocen de protección jurisdiccional reforzada, garantía prevista para aquellos derechos pertenecientes a la Sección 1ª del Capítulo II del mencionado Título I¹⁴². Dado que el objeto de la protección jurisdiccional reforzada está perfectamente delimitado, es claro que no abarca aquellos derechos que se hallan fuera de dicha zona. No obstante, el Tribunal Constitucional ha protegido algunos de esos derechos por vía del recurso de amparo, justificando la protección sobre la base de que se trata de manifestaciones específicas de alguno de los derechos a que se refiere el artículo 53.2 de la CE, esto es, se admite la tutela reforzada siempre que quepa conectar o engarzar con alguno de los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I; a modo de ejemplo, El Tribunal Constitucional ha reconocido que la motivación de las sentencias (artículo 120 CE)¹⁴³ y la ejecución de resoluciones judiciales firmes (art. 118 CE)¹⁴⁴ forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

¹⁴¹ Art. 53.3 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁴² Art. 53.2 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁴³ STC 61/1983, Sala primera, de 11 de julio de 1983, nº rec. de amparo: 105/1982 (ECLI:ES:TC:1983:61), Fundamento Jurídico 3º, establece lo siguiente:

“C) El art. 24.1 de la Constitución establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, este derecho fundamental comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, lo que quiere decir que la resolución que se adopte ha de estar motivada, según establece además el art. 120.3 de la Constitución, (...).”

¹⁴⁴ STC 125/1987, Sala primera, de 15 de julio de 1987, nº rec. Amparo: 586/1986 (ECLI:ES:TC:1987:125), Fundamento Jurídico 2º, dice lo siguiente:

IV.2.B. Sobre si en el Título I se proclaman garantías institucionales y deberes constitucionales que no son derechos

Como ya se ha apuntado anteriormente, en el Título I de la Constitución Española existen preceptos en los que resulta difícil ver la proclamación de un derecho subjetivo; hay preceptos que establecen deberes de los ciudadanos y otros que garantizan la existencia de instituciones. Se habla así, de deberes constitucionales y de garantías institucionales, respectivamente.

Comenzando por las garantías institucionales, hay que destacar que se trata de un concepto jurídico de elaboración doctrinal, aunque luego ha sido adoptado por la jurisprudencia constitucional; la idea subyacente es que la Constitución vincula al legislador también en aquellos supuestos en que, en lugar de declarar derechos, contempla instituciones públicas o privadas como la autonomía local, seguridad social, matrimonio etc. Esto es, las garantías institucionales obligan al legislador a respetar la existencia de la institución de que se trate, por una parte, garantizando que la institución sea indisponible para el legislador y, como consecuencia, no pueda suprimirla y, por otra, dotándole de un contenido efectivo mínimo, sin el cual su existencia sería meramente nominal. Una de las dificultades que suscitan las garantías institucionales recogidas en el Título I de la Constitución Española es si les es aplicable el régimen jurídico de los derechos fundamentales¹⁴⁵, concretamente, los mecanismos de protección y salvaguardia previstos en el artículo 53 de la Constitución Española. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución en su interpretación, ya que, si bien en un principio el Tribunal Constitucional rechazó que la previsión de relaciones de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas del artículo 16.3 CE fuera un derecho fundamental¹⁴⁶, con posterioridad y cambiando de criterio, reconoció como tal a la autonomía universitaria regulada en el artículo 27.10 CE¹⁴⁷.

“A este respecto debe recordarse ante todo que le derecho a la ejecución de las Sentencias judiciales en sus propios términos ha sido reconocido en numerosas ocasiones por este Tribunal como formando parte del contenido del art. 24.1 de la Constitución (...).”

¹⁴⁵ BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1988, pág. 155-179.

¹⁴⁶ STC 93/1983, Sala primera, de 8 de noviembre de 1983, nº rec. de amparo: 497/1982 (ECLI:ES:TC:1983:93), Fundamento Jurídico 5º.

¹⁴⁷ STC 26/1987, Pleno, de 27 de febrero de 1987, nº rec de inconstitucionalidad: 794/83 (ECLI:ES:TC:1987:26), Fundamento Jurídico 4º.

Respecto a los deberes constitucionales, los preceptos a destacar son los artículos 30 y 31 CE, ambos pertenecientes al Título I, que regulan las obligaciones militares, el servicio civil, los deberes en caso de catástrofe o grave riesgo y la obligación a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Lo primero que debe decirse de los deberes constitucionales es que no pueden ser concebidos como el correlativo de los derechos fundamentales; más bien, han de entenderse como normas cuya virtualidad se reduce a dar cobertura constitucional a la intervención del legislador en ciertos ámbitos inherentes a la libertad y la propiedad, fijando a este respecto límites sustantivos y procedimentales¹⁴⁸.

IV.2.C. Sobre la unidad y variedad en el régimen jurídico de los derechos fundamentales

El tercer gran problema a la hora de identificar los derechos fundamentales en el ordenamiento español es la ausencia de un régimen jurídico uniforme. La Constitución Española distingue básicamente tres categorías: la primera categoría se refiere a los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I que vincularán a todos los poderes públicos y gozarán de la reserva de ley orgánica en su regulación y del procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso del amparo en su defensa (su modificación deberá realizarse mediante el procedimiento agravado de revisión constitucional¹⁴⁹); la segunda corresponde a los demás derechos proclamados en el Capítulo II del Título I que vincularán a todos los poderes públicos y gozarán únicamente de la reserva de ley (su modificación se realizará mediante el procedimiento ordinario de reforma constitucional¹⁵⁰) y, por último, la tercera categoría se refiere a los principios rectores de la política social y económica, recogidos en el Capítulo III del Título I, que solo podrán ser invocados de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Pues bien, es razonablemente pacífico que los principios rectores de la política social y económica recogen directrices al legislador más que genuinos derechos, si bien, en ocasiones, la jurisprudencia les ha dotado de contenido dada su interdependencia e indivisibilidad. Respecto a las dos restantes categorías, sus diferencias han dado lugar a

¹⁴⁸ RUBIO LLORENTE, F., “Deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, pág. 11-56.

¹⁴⁹ Art. 53.1, 53.2 y 168 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁵⁰ Art. 53.1 y 167 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

un amplio debate doctrinal con el objeto de dilucidar si la etiqueta de derechos fundamentales ha de referirse a todos los derechos del Capítulo II o, por el contrario, solo a los de su Sección 1ª. Este debate ha concluido con la reflexión de que, sin subestimar las importantes garantías añadidas de que gozan los derechos de la Sección 1ª, es incontestable el carácter unitario de todo el Capítulo II, pues en cualquiera de sus dos secciones proclama genuinos derechos de rango constitucional; todos los derechos del Capítulo II, por tanto, reúnen una característica crucial: vinculan inmediatamente a todos los poderes públicos cualquiera sea su función o ámbito territorial¹⁵¹.

IV.3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución Española establece unos mecanismos para la protección, tutela o salvaguardia de los derechos fundamentales. Se trata de un conjunto heterogéneo de medios que abarcan procedimientos de distinta índole. Para identificar las garantías de los derechos fundamentales no basta acudir al mencionado Capítulo IV del Título I de la Constitución Española denominado “De las garantías y de las libertades y derechos fundamentales”, que contiene el artículo 53 que, como ya se ha analizado anteriormente, establece el régimen jurídico de los derechos fundamentales y diseña el esquema básico de garantías de los mismos, sino que para la elaboración de un mapa completo de dichas garantías es preciso acudir a otras partes del texto constitucional como son los Títulos IX y X.

Pueden distinguirse tres grandes bloques de garantías constitucionales de los derechos fundamentales: garantías normativas, garantías jurisdiccionales y garantías institucionales.

IV.3.A. Garantías normativas

La Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función.

¹⁵¹ CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pág. 35-63, JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 22-33 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª., *Sistema de Derechos ...*, *op. cit.*, pág. 57-60.

IV.3.A.a. Asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales

Para afianzar la eficacia de los derechos fundamentales tipificados en su texto, así como la de todas sus restantes normas, la Constitución prescribe que tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y expresamente en relación con los derechos fundamentales manifiesta que estos vinculan a todos los poderes públicos¹⁵².

IV.3.A.b. Rigidez constitucional

La protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho de no hallarse previstos instrumentos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido. Los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional¹⁵³. La Constitución Española sanciona formalmente esta garantía al imponer un procedimiento de reforma especialmente rígido para cualquier reforma parcial que afecte al Título Preliminar, a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I o al Título II, puesto que se requerirá para su aprobación la mayoría de dos tercios de cada Cámara y la disolución inmediata de las Cortes¹⁵⁴. Los demás derechos fundamentales, reconocidos en otras secciones o capítulos de la Constitución Española, se modificarán con arreglo al sistema general y ordinario regulado en el artículo 167 CE¹⁵⁵.

¹⁵² Art. 9.1 y 53.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁵³ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los Derechos... op. cit.*, pág. 62-75.

¹⁵⁴ Art. 168.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que dice lo siguiente:

“1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.”

¹⁵⁵ Art. 167 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que dice lo siguiente:

“1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

IV.3.A.c. Asegurar la integridad del significado y función de los derechos fundamentales

La tutela constitucional de los derechos fundamentales se manifiesta también en la instauración de unos cauces normativos tendentes a asegurar el contenido esencial, la integridad del significado y función de tales derechos. La Constitución Española consagra este postulado, al prescribir que la regulación del ejercicio de los derechos y libertades contenidos en el Capítulo II del Título I se llevará a cabo solo por ley, al mismo tiempo que establece una reserva a las leyes orgánicas (norma jurídica excepcional a la que no debe acudir de forma innecesaria)¹⁵⁶ para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, lo que exige que para su aprobación se exija el voto de la mayoría absoluta del Congreso¹⁵⁷. Respecto a qué derechos fundamentales, se les aplicará la reserva de ley orgánica y, a cuáles, la reserva de la ley ordinaria, tanto la doctrina¹⁵⁸ como la jurisprudencia¹⁵⁹ han convenido en realizar una interpretación restrictiva, al abogar a favor de que solo los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I sean los que para su desarrollo requieran de ley orgánica¹⁶⁰.

Esta garantía se halla además explicitada cuando se veta la posibilidad de que el Gobierno regule por Decreto-Ley cuando la materia afecte a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I¹⁶¹. A este respecto, es de destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 2017 que, a pesar de no tener transcendencia

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.”

¹⁵⁶ STC 5/1981, Pleno, de 13 de febrero de 1981, nº rec. de inconstitucionalidad: 189/1980 (ECLI:ES:TC:1981:5), Fundamento Jurídico nº 21.

¹⁵⁷ Art. 53.1 y 81 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª, “Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales”, *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2001, BIB 2002/31 y CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución ...”, *loc. cit.*, pág. 35-62.

¹⁵⁹ STC 5/1981, Pleno, de 13 de febrero de 1981, nº rec. de inconstitucionalidad: 189/1980 (ECLI:ES:TC:1981:5), Fundamento Jurídico nº 2 y STC 76/1983, Pleno, de 5 de agosto 1983, nº. rec. de inconstitucionalidad acumulado: 311,313, 314, 315 y 316/1982 (ECLI:ES:TC:1983:76), Fundamentos Jurídicos 50º y 51º.

¹⁶⁰ STC 67/1985, Pleno, de 24 de mayo de 1985, nº cuestión de inconstitucionalidad: 364/1983 (ECLI:ES:TC:1985:67), Fundamento Jurídico 3º.

¹⁶¹ Art. 86.1 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que regula lo siguiente:

“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derechos electoral general.”

práctica, ha supuesto la reprobación por el Congreso del Ministro de Hacienda y Función Pública Don Cristóbal Montoro, con fecha 29 de junio de 2017, al declarar inconstitucional y nula la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público¹⁶², por entender lo siguiente¹⁶³:

“(...) la medida prevista en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 ha afectado a la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncian el artículo 31.1 CE, alterando sustancialmente el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes en nuestro sistema tributario según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad. Al haberlo hecho así, es evidente que no puede introducirse en el ordenamiento jurídico mediante el instrumento normativo excepcional previsto en el art. 86.1 CE; esto conduce necesariamente a declarar la disposición impugnada inconstitucional y nula, por contradecir la prohibición prevista en este precepto constitucional.”

IV.3.B. Garantías jurisdiccionales

Entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales, la acción procesal, ejercitada ante los órganos jurisdiccionales, ocupa un lugar destacado. La Constitución Española ha otorgado especial relieve al papel que corresponde a los tribunales en la protección y salvaguardia de las libertades y ha trazado un complejo y completo sistema de garantías jurisdiccionales, tales como las denominadas garantías procesales genéricas, el recurso de inconstitucionalidad, el “*habeas corpus*”, el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios o amparo judicial ordinario y el recurso de amparo.

IV.3.B.a. Garantías procesales genéricas

Se suelen distinguir entre los instrumentos genéricos de protección de los instrumentos específicos, estos últimos serían los establecidos con la exclusiva finalidad de tutelar los derechos fundamentales mientras que los de carácter genérico harían referencia a las garantías jurisdiccionales de todos los derechos e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico y, entre los que se encuentran, como no podría ser de otra manera,

¹⁶² BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2012, páginas 26860 a 26875.

¹⁶³ STC 73/2017, Pleno, de 8 de junio de 2017, nº rec. de inconstitucionalidad: 3856/2012 (ECLI:ES:TC:2017:73), Fundamento Jurídico 6º.

los derechos fundamentales. La Constitución Española pormenoriza los medios para la garantía procesal genérica de los derechos en su artículo 24¹⁶⁴, donde, entre otros, se reconocen los derechos a obtener la tutela efectiva de los jueces, a que se le asigne el Juez predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación que se le imputa, etc.

IV.3.B.b. El recurso y cuestión de inconstitucionalidad

Estos procedimientos suponen un control de la constitucionalidad de las leyes que pudieran violar, limitar o afectar al contenido y alcance de los derechos fundamentales¹⁶⁵. Los procedimientos de control de constitucionalidad no cumplen solo una función objetiva de depuración del ordenamiento jurídico, permitiendo la expulsión de aquellas normas legales que no respeten los principios rectores del sistema de fuentes del Derecho, sino que cumplen también una función de salvaguardia de los derechos fundamentales¹⁶⁶. Así se desprende del artículo 53.1 CE, cuando dice que los derechos fundamentales se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a) CE¹⁶⁷, que es precisamente el precepto regulador del recurso de inconstitucionalidad (se hallan legitimados para interponerlo el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su

¹⁶⁴ Artículo 24 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que regula lo siguiente:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todo tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser conformados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

¹⁶⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los Derechos ...*, op. cit., pág. 77.

¹⁶⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de Derechos ...*, op. cit., pág. 71.

¹⁶⁷ Art. 161.1 a) de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424:

“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.”

caso, las Asambleas de las mismas)¹⁶⁸. Junto a este procedimiento se encuentra la cuestión de constitucionalidad, que por otra parte completa el control de la constitucionalidad de las leyes, que supone la facultad reconocida a los órganos judiciales de plantear ante el Tribunal Constitucional la posibilidad de que normas de rango de ley aplicables a los casos de que entiendan y cuya validez dependa su fallo puedan ser contrarias a la Constitución¹⁶⁹.

IV.3.B.c. El “Habeas Corpus”

Este procedimiento no se dirige a proteger los derechos libertades en su conjunto, sino exclusivamente el de la libertad personal. La Constitución Española, en su artículo 17, proclama el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, no pudiendo nadie ser privado de la misma, sino con la observancia de lo establecido en la Constitución y la ley. Al mismo tiempo, en su apartado 4, el artículo 17 CE dispone que la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. En cumplimiento de dicha previsión constitucional, se promulgó la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”¹⁷⁰.

IV.3.B.d. El procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios o amparo judicial ordinario

La Constitución Española reconoce¹⁷¹ que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, ambos de la Constitución Española, ante los Tribunales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Lo primero que se debe señalar de este precepto es que no abarca todos los derechos fundamentales, sino solo los recogidos en la Sección primera más el principio de igualdad ante la ley. Se trata de un

¹⁶⁸ Art. 162.1 a) de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁶⁹ Art. 163 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 20 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que regula lo siguiente:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”.

¹⁷⁰ Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del “Habeas Corpus”. BOE núm. 126, de 26 de mayo de 1984, pág. 14756 a 14758.

¹⁷¹ Art. 53.2 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

procedimiento que tiene como prioridad en su tramitación (preferencia) y que solo puede versar sobre las pretendidas violaciones de derechos fundamentales y no sobre cualesquiera otras cuestiones que surjan en el mismo caso (sumariedad); es una vía rápida para remediar vulneraciones de derechos fundamentales. Hay que señalar que el procedimiento preferente y sumario no es de utilización necesaria, porque siempre cabe la posibilidad de acudir a los procedimientos ordinarios (vía que siempre queda abierta). Solo supone un añadido más a la protección de los derechos fundamentales¹⁷².

IV.3.B.e. El recurso de amparo

El artículo 53.2 de la Constitución Española vigente¹⁷³ entre los medios de protección de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 a 30 permite acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta posibilidad se halla corroborada en el artículo 161.1 b), que proclama la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE, en los casos y formas que la ley establezca; es el Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁷⁴ donde se halla el desarrollo legislativo del recurso de amparo. Los principales rasgos caracterizadores del amparo pueden cifrarse en los siguientes:

- El ámbito de aplicación se circunscribe, como se ha indicado, a los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, a los que se añade el artículo 14, que consagra la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos españoles, y el artículo 30.2, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia. Dicho esto, conviene añadir de inmediato que el Tribunal Constitucional nunca ha mantenido un enfoque meramente geográfico del ámbito de protección del recurso de amparo; es decir, nunca ha entendido que todas las normas que se hallan dentro de los artículos 14 a 29, más el artículo 30.2, declaran derechos fundamentales y, por consiguiente, puedan ser protegidas a través del recurso

¹⁷² FAIRÉN GUILLÉN, V., “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979, pág. 207-250.

¹⁷³ Art. 53.2 de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de la libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en du caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objección de conciencia reconocida en el artículo 30.”.

¹⁷⁴ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre de 1979. BOE núm. 239 de 5 de octubre de 1979, pág. 23186.

de amparo¹⁷⁵. Así lo ha demostrado cuando ha excluido del ámbito del recurso de amparo el mandato de cooperación del Estado con las confesionales religiosas del artículo 16.3 CE¹⁷⁶, la finalidad rehabilitadora de las penas de las penas privativas de libertad del artículo 25.2 CE¹⁷⁷ o el carácter gratuito de la enseñanza básica del artículo 27.4 CE¹⁷⁸; pero, sorprendentemente, no ha hecho lo propio con la autonomía universitaria del artículo 27.10 CE¹⁷⁹.

- El objeto del recurso de amparo se centra en la tutela de los derechos fundamentales incluidos en su ámbito de aplicación frente a cualquier vulneración de los mismos realizada por los poderes públicos¹⁸⁰. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional omite los actos de los particulares como posible objeto de recurso de amparo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha tenido excesivos reparos en admitir el recurso de amparo argumentando que la violación del derecho fundamental se debe imputar al órgano judicial que, en su momento, no otorgó la protección debida de forma indirecta¹⁸¹.

- Se trata de un recurso subsidiario que exige acudir previamente a los tribunales ordinarios. Tan solo en caso de que los órganos judiciales no satisfagan la pretensión de

¹⁷⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de Derechos ...*, op. cit., pág. 80.

¹⁷⁶ STC 93/1983, Sala primera, de 8 de noviembre de 1983, n^o rec. de amparo: 497/1982 (ECLI:ES:TC:1983:93), Fundamento Jurídico 5^o.

¹⁷⁷ STC 2/1987, Sala primera, de 21 de enero de 1987, n^o rec. de amparo acumulados: 940 y 949/1985 (ECLI:ES:TC:1987:2), Fundamento Jurídico 2^o.

¹⁷⁸ STC 86/1985, Sala segunda, de 10 de julio de 1985, n^o rec. de amparo: 193/1985 (ECLI:ES:TC:1985:86), Fundamento Jurídico 3^o.

¹⁷⁹ STC 26/1987, Pleno, de 27 de febrero de 1987, n^o rec. de inconstitucionalidad: 794/1983 (ECLI:ES:TC:1987:26), Fundamento Jurídico 4^o.

¹⁸⁰ Art. 42, 43 y 44 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, pág. 23186.

¹⁸¹ STC 55/1983, Sala segunda, de 22 de junio de 1983, n^o rec. de amparo: 474/1982 (ECLI:ES:TC:1983:55), Fundamento Jurídico 5^o, que dice lo siguiente:

“Pero por otra parte surge la pregunta de si es posible declarar a pesar de ello la violación también del art. 28.1. Suscita ciertamente el Ministerio Fiscal la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas, como en el presente caso, aun particular, cabe recurso de amparo para su protección. Entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la Sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. Si pues, al no haber dado respuesta la Sentencia impugnada a lo que la acción del demandante planteaba, el órgano que la dictó incurrió sin más, como vimos, en violación del art. 24.1, la circunstancia de que el derecho no atendido sea un derecho fundamental lleva consigo a su vez la conculcación del artículo que lo reconoce (aquí el 28.1).”

amparo, podrá el recurrente reproducir su pretensión ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, agotando todas las vías jurisdiccionales previas¹⁸².

- Tiene carácter extraordinario. Solo puede fundarse en la infracción o errónea interpretación de normas constitucionales y no a la interpretación de la legalidad ordinaria. El Tribunal Constitucional enjuicia las actuaciones de los tribunales que hayan podido lesionar derechos fundamentales, pero en ningún caso puede pasar a enjuiciar los hechos que dieron lugar al proceso, debiendo abstenerse los magistrados constitucionales de cualquier consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales¹⁸³.

- Por último, se hallan legitimados para interponer el recurso de amparo las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal¹⁸⁴.

IV.3.C Garantías institucionales

IV.3.C.a. El control parlamentario de los derechos fundamentales

En el sistema constitucional español, las Cámaras parlamentarias (Congreso y Senado) cumplen, aparte de su primordial función legislativa, una importante tarea de información y control de la actividad del Gobierno y, en general, de cualquier asunto de interés público. Los instrumentos a través de los cuales se realizan estas funciones son los siguientes: el control parlamentario de la acción del Gobierno, el nombramiento de comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público o el derecho de petición individual y colectiva a las Cámaras para que estas trasladen dichas peticiones al Gobierno¹⁸⁵.

IV.3.C.b. La iniciativa legislativa popular

Los derechos fundamentales, aparte de ser límites de la actuación de los poderes públicos, inspiran o sustentan el sistema de valores y fines que deben informar toda la política estatal. A través de la iniciativa legislativa popular se abre una vía para hacer real y efectiva la participación ciudadana en el proceso legislativo. Ahora bien, la Constitución

¹⁸² SALAS, J., “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 27, 1980, pág. 553-562.

¹⁸³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos ...*, *op. cit.*, pág. 88-89.

¹⁸⁴ Art. 162.1 b) de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁸⁵ Art. 66.2, 76.1 y 77.1 de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

Española, cuando regula este instrumento, además de exigir al menos 500.000 firmas acreditadas, impide, entre otras cosas, que materias propias de Ley Orgánica puedan desarrollarse mediante esta iniciativa, por lo que se prohíbe que a través de esta institución se desarrollen los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1º del Capítulo II del Título I¹⁸⁶.

IV.3.C.c. El Defensor del Pueblo

La Constitución Española ha consagrado la institución del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa específica de todos los derechos fundamentales comprendidos en el Título I, para lo que podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes¹⁸⁷. Se faculta al Defensor del Pueblo para interponer el recurso de inconstitucionalidad, así como también el recurso de amparo. De este modo, esta institución puede actuar como portavoz de los derechos e intereses individuales y colectivos que, por carecer de la oportuna legitimación activa para acceder a esas vías de protección jurisdiccional, corren el riesgo de engendrar situaciones de práctica indefensión. Esta institución ha sido desarrollada por la Ley Orgánica de 6 de abril sobre el Defensor del Pueblo¹⁸⁸.

IV.4. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para definir quiénes pueden ser titulares de derechos fundamentales, la Constitución Española utiliza distintas acepciones, tales como, “españoles”, “ciudadanos”, “todos”, incluso a veces, acude a construcciones impersonales. Así, dado que los derechos fundamentales están primariamente pensados para los ciudadanos, los interrogantes sobre la titularidad se centran en dos supuestos: en el de los extranjeros y en el de las personas jurídicas.

IV.4.A. Los derechos fundamentales de los extranjeros

A pesar de que se ha reservado un capítulo completo del presente trabajo al análisis de la figura del extranjero, concretamente, el Capítulo V: “Extranjería”, se estima preciso, en aras a completar el estudio de los derechos fundamentales, adelantar, si bien de forma muy general, la regulación relativa a la titularidad y ejercicio de los derechos

¹⁸⁶ Art. 87.3 de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁸⁷ Art. 54 de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹⁸⁸ BOE núm. 109, de 7 mayo de 1981, pág. 9764 a 9768.

fundamentales por parte de los extranjeros, que después se desarrollará profusamente en el capítulo dedicado íntegramente al estudio de la extranjería.

Es el artículo 13 de la Constitución Española, en sus apartados 1º y 2º, el que regula la titularidad de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los extranjeros, literalmente dice lo siguiente:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”.

El artículo transcrito realiza, a primera vista, una desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, ya que establece que los extranjeros solo podrán ser titulares de tales derechos en la medida en que les sean atribuidos por ley o por tratados internacionales. Esta interpretación de la norma comportaría, no solo que el legislador tendría libertad para reconocerles o no la titularidad de los derechos, sino que podría regularlos sin hallar limitación alguna respecto al contenido esencial de los mismos¹⁸⁹. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido afirmando que aquellos derechos fundamentales que forman parte integrante de la idea de dignidad de la persona (art. 10.1 CE)¹⁹⁰ corresponden a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles¹⁹¹.

IV.4.B. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas

Como ya se ha mencionado anteriormente en el presente capítulo, los derechos fundamentales están primariamente concebidos para los seres humanos, por lo que

¹⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pág. 67-68.

¹⁹⁰ Artículo 10.1 de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de noviembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, es 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.”.

¹⁹¹ STC 107/1984, Sala segunda, de 23 de noviembre de 1984, nº rec. de amparo: 576/1983 (ECLI:ES:TC:1984:107), Fundamento Jurídico 3º.

afirmar que las personas jurídicas son titulares de derechos humanos implicaría una extensión o ampliación de la originaria razón de ser de esos derechos.

La Constitución Española no da una respuesta expresa a la cuestión de si estas pueden ostentar derechos fundamentales, ya que no contiene ninguna norma al respecto. Donde sí aparece una mención expresa de las personas jurídicas es en la regulación de la legitimación para interponer un recurso de amparo por violación de derechos fundamentales, que extiende a estas siempre que invoquen un interés legítimo¹⁹², lo que puede llevar a una apertura de los derechos fundamentales hacia las personas jurídicas.

La doctrina ha argumentado a favor de dicha tesis¹⁹³, manteniendo que los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos de individuos, sino que dan vida también a un orden objetivo de valores cuya efectividad deber ser asegurada por todos los poderes públicos¹⁹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídicas todos aquellos derechos fundamentales que encarnan valores dignos de protección respecto de ellas, esto es, reconoce a las personas jurídicas aquellos derechos fundamentales que pueden serle de utilidad¹⁹⁵. A este respecto resulta interesante traer a

¹⁹² Artículo 162.1 b) de la Constitución Española. BOE núm. 131, de 29 de noviembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que regula lo siguiente:

“1. Están legitimados:

(...)

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.”.

¹⁹³ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.): *Estudios sobre Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 2, Cívitas, 1991, pág. 651-677.

¹⁹⁴ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 65, 2002, pág. 49 y ss.

¹⁹⁵ STC 19/1983, Sala primera, de 14 de marzo de 1984, nº rec. de amparo: 278/1982 (ECLI:ES:TC:1983:19), Fundamento Jurídico 2º:

“La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los artículos 14 a 29, a que antes nos referíamos, acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como “las comunidades” (art. 16), las personas jurídicas (art. 27.6) y los sindicatos (art. 28.2); que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal (art. 17) y el derecho a la intimidad familiar (art. 18); y, por último, en algún supuesto, la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar, como sucede en relación a la expresión “Todas las personas” que utiliza su artículo 24.”.

colación la reflexión que el Tribunal Supremo realizó en la sentencia¹⁹⁶ que resolvió el procedimiento iniciado por el Real Madrid, CF contra la *Corporació Catalan de Mitjans Audiovisuals*, SA, por vulneración a su derecho al honor, cuando en su Fundamento de Derecho 3.5 manifestó lo siguiente:

“No es obstáculo a que se reconozca que está en juego el derecho fundamental al honor el hecho de que quien pretende su protección sea una persona jurídica, concretamente una sociedad anónima deportiva, titular de un conocido equipo de fútbol.

Debe recordarse que, según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza dl derecho considerado y a su ejercicio por aquella (SSTC 223/1992 y 76/1995). Aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991, de 11 de noviembre). A través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor.

La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, incluso en el caso de que sea una entidad mercantil, no viene obligada a probar

¹⁹⁶ STS 35/2017, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017, nº de rec. de casación: 1622/2016 (ECLI:ES:TS:2017:66). Los hechos origen del litigio se remontan al 7 de febrero de 2013, cuando el programa *“Esport Club* del canal de televisión catalán Esport 3, emitió un video en el que se alternaban videos de destacados jugadores del Real Madrid (Juanito, Pepe etc.), en los que se visualizaban lances de juego que producían contactos físicos de considerable intensidad y agresividad con secuencias de imágenes de un documental de *National Geographic* en el que un grupo de hienas daban caza a un ñu, finalizando el mismo con una última imagen de un fotomontaje en el que el jugador Pepe aparecía caracterizado como *Hannibal Lecter* en la película *“El Silencio de los Corderos”*. El club madrileño entendió que el mencionado video vulneraba su derecho al honor, si bien, en última instancia, el Tribunal Supremo consideró que la emisión del vídeo resultaba amparada por el ejercicio de la libertad de expresión, aunque esta fuera materializada de forma bronca o sarcástica.

la existencia del daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor de la entidad y que esta no sea legítima (...)”.

Mención aparte merecen las personas jurídico-públicas, esto es, el Estado y los demás entes de carácter público; en la lógica profunda de los derechos fundamentales está la convicción de que entre gobernantes y gobernados existe una situación de desequilibrio a favor de los primeros, por lo que los segundos han de ser compensados con especiales garantías. Siendo esto así, no tiene sentido sostener que los entes públicos estén protegidos por garantías similares a la de los particulares; tesis que ha sido ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando niega que las instituciones públicas ostenten un derecho al honor, aunque sí que les reconoce el derecho a la protección la dignidad, prestigio y autoridad de las instituciones públicas si bien este derecho no suponga un derecho fundamental que merezca igual nivel de protección que el derecho al honor de las personas¹⁹⁷.

IV.5. EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Al analizar el ejercicio de los derechos fundamentales, existen dos limitaciones: la primera, a causa de la falta parcial o total de capacidad de obrar, es el caso de los menores o de los incapaces y la segunda, a causa de la renuncia.

IV.5.A. Limitaciones por ausencia parcial o total de capacidad de obrar

Respecto a los menores e incapaces, el problema que se plantea no es de titularidad de los derechos fundamentales (pues nadie pondría en tela de juicio que los menores e incapaces poseen idénticos derechos fundamentales que el resto de sus conciudadanos), sino de ejercicio de los mismos. Por tanto, el problema subyace en la falta de capacidad de obrar y no en la capacidad legal o jurídica que sí que ostentan.

IV.5.A.a. Menores

Al igual que ocurría con el apartado de la titularidad referido a los extranjeros, se ha reservado un capítulo para el análisis jurídico de la figura del menor de edad, concretamente el Capítulo IV: “Sujeto de la normativa federativa: Los menores”, pero con el fin de completar el estudio de los derechos fundamentales, se entiende que, al menos, se deba hacer una referencia en este capítulo a dicho colectivo.

¹⁹⁷ STC 214/1991, Sala primera, de 11 de noviembre de 1991, nº rec. de amparo: 101/1990 (ECLI:ES:TC:1991:214), Fundamento Jurídico 6º.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor¹⁹⁸ compila los derechos fundamentales que disfrutarán los menores, pero la clave en esta materia es el modo que los puedan ejercitar. Para ello, es necesario acudir al artículo 162 del Código Civil¹⁹⁹ que literalmente dice lo siguiente:

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3. Los relativos a bienes que están excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de este si tuviera suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”.

A este respecto, se deben hacer las siguientes valoraciones: la primera sería si los derechos de la personalidad del menor se pueden identificar con sus derechos fundamentales; frente autores que abogan por la completa identificación, por tratarse los primeros de derechos inherentes a la persona que conforman manifestaciones de la personalidad cuyo fundamento se halla en el artículo 10 CE²⁰⁰, otros entienden que no son completamente coincidentes (no todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales), si bien las posibles distinciones conceptuales entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales no deben impedir que a estos últimos se les aplique la regulación relativa

¹⁹⁸ Título I “De los derechos y deberes de los menores” de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238.

¹⁹⁹ 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, pág. 249 a 259

²⁰⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, pág. 29-79.

al ejercicio de los derechos de la personalidad de los menores²⁰¹. La segunda se referiría a la definición de las “condiciones de madurez” del menor, que en ocasiones no será fácil discernir si estas son suficientes o no para quedar exento de la representación legal y cuya apreciación necesitará en su caso ayuda pericial²⁰².

IV.5.A.b. Incapaces

Todo lo dicho acerca de los menores es globalmente trasladable a los incapaces²⁰³. En este caso serán los tutores los que ostenten la representación de los incapaces en términos similares a los de los padres con respecto a sus hijos menores²⁰⁴. La única diferencia digna de mención entre menores e incapaces es que la incapacitación admite graduaciones, debiendo la sentencia que la declare fijar su extensión, lo que significa que el juez está habilitado para establecer expresamente qué derechos fundamentales puede el incapaz ejercer por sí solo.

IV.5.B. Renuncia

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que se caracterizan por dejar a su titular la facultad de hacerlos valer cuando así lo estime oportuno. Es a las personas, actuando de manera consciente y libre, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales. Ahora bien, a esta afirmación debe hacerse varias matizaciones: la primera es que la renuncia en general a los derechos fundamentales es sin duda inadmisibles, se podrá renunciar a ejercitar, en un caso concreto, las facultades que otorga un determinado derecho fundamental; la segunda es que toda renuncia será revocable y, como consecuencia de esta, puede dar lugar a que se deba de indemnizar por los daños y perjuicios causados, esto es, la revocación de la renuncia pactada del derecho fundamental en cuestión puede tener como consecuencia el pago de una indemnización

²⁰¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de Derechos ...*, op. cit., pág. 132-135.

²⁰² STC 71/2004, Sala segunda, de 19 de abril de 2004, nº rec. de amparo: 6895/2002 (ECLI:ES:TC:2004:71), Fundamento jurídico 7º.

²⁰³ Artículo 200 del Código Civil (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, pág. 249 a 259), dice lo siguiente:

“Son causas de incapacitación las enfermedades y deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la de julio de persona gobernarse por sí misma.”.

²⁰⁴ Artículo 267 del Código Civil (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, pág. 249 a 259), dice lo siguiente:

“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.”.

por daños y perjuicios por incumplimiento de lo pactado; y, por último, la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales no podrá hacerse jamás a favor del Estado²⁰⁵.

IV.6. LÍMITES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

A pesar de que los derechos y libertades fundamentales expresan valores y principios que han sido proclamados y protegidos al máximo nivel normativo y constituyen un orden superior sobre el que se sustenta la convivencia y las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, debe de sostenerse la posibilidad que estos se sujeten a límites. A ese respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente²⁰⁶:

“En efecto, no existen derechos ilimitados, que todo derecho tiene sus límites, que, como señalaba este Tribunal en sentencia de 8 de abril de 1981 (“Boletín Oficial del Estado” de 25 de abril) (...), en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos.”

Afirmada la posibilidad de la limitación de los derechos y libertades fundamentales, tales límites han de estar expresamente establecidos por la propia norma constitucional o estar implícitamente amparados por ella. La doctrina distingue entre límites intrínsecos (delimitaciones) y límites extrínsecos (restricciones). Los primeros son aquellos que cabe deducir directamente de la propia naturaleza y configuración del derecho en orden a la función social para la cual ha sido reconocido y garantizado, más que límites propiamente dicho; de lo que se trata es de la propia delimitación de los derechos, esto es, de la determinación del ámbito funcional de los derechos que cubren, de la identificación de las fronteras que enmarcan al derecho en cuestión. Los límites extrínsecos o restricciones son aquellos que designan cualquier medida, de alcance general o particular, que reduce el ámbito de aplicabilidad de un derecho, medidas que han sido establecidas por el propio ordenamiento jurídico y en muchas ocasiones se derivan de la propia Constitución. Para

²⁰⁵ STC 117/1994, Sala segunda, de 25 de abril de 1994, nº rec. de amparo: 2016/1990 (ECLI:ES:TC:1994:117), Fundamentos Jurídicos 3º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º.

²⁰⁶ STC 2/1982, Sala primera, de 29 de enero de 1982, nº rec. de amparo: 41/1981 (ECLI:ES:TC:1982:2), Fundamento Jurídico 5º.

averiguar cuándo hay restricción del contenido de un derecho, será preciso antes la delimitación del contenido de ese derecho²⁰⁷.

Ahora bien, existen claros límites para la propia limitación de los derechos y libertades, esto es, lo que la doctrina conoce como “el Límite de los Límites”²⁰⁸; comenzando por lo que la Constitución²⁰⁹ dice, es claro que hay un límite infranqueable a toda intervención legislativa sobre los derechos fundamentales, que viene dado por el contenido esencial.

El contenido esencial posee dos rasgos definitorios: por un lado, no se predica de la declaración de derechos en su conjunto, sino que se extiende a cada derecho fundamental individualmente considerado; y, por otro, designa el contenido mínimo, necesario e indisponible de cada derecho. Respecto a esto último, el Tribunal Constitucional²¹⁰ ha manifestado lo siguiente:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de “contenido esencial”, que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a los que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. (...). Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos

²⁰⁷ CÁMARA VILLAR, G., “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derechos ... op. cit.*, pág. 60-63.

²⁰⁸ ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 84 y ss.

²⁰⁹ Art. 53.1 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

²¹⁰ STC 11/1981, Pleno, de 8 de abril de 1981, nº rec. de inconstitucionalidad: 192/1980 (ECLI:ES:TC:1981:11), Fundamento Jurídico 8º.

subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultad más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por “contenido esencial” de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.”.

Por otra parte, al margen del contenido esencial analizado, el recurso al principio de proporcionalidad²¹¹ ha venido a completar el concepto de los límites a las restricciones de los derechos y libertades fundamentales y desempeña un papel cada día más relevante en materia de derechos fundamentales. En sustancia, constituye un instrumento para controlar cualesquiera actos de los poderes públicos que inciden sobre los derechos e intereses de los particulares. Dichos actos solo podrán reputarse proporcionados y, por tanto, válidos cuando respeten tres requisitos:

- Que la intervención sea adecuada para alcanzar el fin que se propone.
- Que la intervención sea necesaria, en cuanto que no quepa una medida alternativa menos gravosa para el interesado.
- Que sea proporcionada en sentido estricto, en otras palabras, que en ningún caso suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública. Aun cuando la medida sea adecuada y necesaria, deberá considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho o interés en juego.

El principio de proporcionalidad es una técnica tendente a que la consecución de los intereses públicos no se haga a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que se busque un punto de equilibrio entre ambos, mediante la técnica de la ponderación.

²¹¹ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Desarrollo y regulación ...”, *loc. cit.*, 2001, BIB 2002/31.

IV.7. SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La suspensión de derechos y libertades fundamentales está contemplada en el artículo 55 CE²¹², único artículo comprendido dentro del Capítulo V que cierra el Título I. Se prevén dos modalidades de suspensión: la colectiva, ligada a los estados excepcionales; e individual, ligada a la persecución del terrorismo.

Respecto a la suspensión colectiva, nunca se produce automáticamente, sino que en el acto de declaración del correspondiente estado excepcional (de alarma, excepción y sitio)²¹³ debe señalar qué derechos, y en qué medida, quedan suspendidos. La suspensión colectiva de derechos tiene un doble límite: primero, solo puede tener en los estados de excepción y sitio, no en el de alarma que es el estado más liviano de los tres; y segundo, solo pueden ser suspendidos los derechos fundamentales enumerados en el propio artículo 55.1 CE. Hasta la fecha solo en una ocasión se ha declarado el estado excepcional, fue el de alarma, mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre²¹⁴, con el fin de normalizar el servicio público del transporte aéreo, que no supuso ninguna suspensión de derechos.

Por su parte, la suspensión individual de derechos está prevista en el artículo 55.2 CE. A diferencia de la colectiva, esta solo afecta a aquellas personas que se encuentran en una determinada situación, y deberá estar prevista y regulada por una Ley Orgánica y se exige siempre la intervención judicial en cada caso. Esta solo puede afectar al plazo máximo de

²¹² Art. 55 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20 apartados 1 a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.”.

²¹³ Art. 116 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 27 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424 y Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981, pág. 12541 a 12543.

²¹⁴ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. BOE núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, pág. 101222 a 101223.

detención preventiva (artículo 17.2 CE) y a los derechos a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). A diferencia de la suspensión colectiva de derechos, la individual ha sido permanentemente utilizada desde la entrada en vigor de la Constitución. Incluso, en ocasiones, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales y declarados nulos algunos preceptos de determinadas leyes por entender que la suspensión de derechos que se contemplaba en los mismos era del todo desproporcionada e inadecuada, como ocurrió con el intento por parte del legislador de ampliar hasta los 10 días la detención preventiva²¹⁵ o de interpretar el concepto de “flagrante delito” en la entrada y registro en el domicilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²¹⁶.

²¹⁵ STC 199/1987, Pleno, de 16 de diciembre de 1987, nº rec. de inconstitucionalidad acumulados: 285 y 292/1985 (ECLI:ES:TC:1987:199). Fundamento Jurídico 7º y 8º. Tanto el Parlamento Vasco como el de Cataluña impugnaron, entre otros, el artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, que regulaba lo siguiente:

“Los detenidos, por hallarse comprendidos en esta Ley, serán puestos a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención preventiva podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta el plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. EL Juez, en el término de veinticuatro horas, denegará o autorizará la prolongación propuesta”.

El Tribunal Constitucional manifiesta, por una parte, que la prolongación de la detención gubernativa más allá de las 72 horas no podría iniciarse ni llevarse a cabo sin una previa y expresa autorización judicial (de acuerdo con los art. 17.2 y 55.2 CE) y por otra, que permitir una prórroga de la detención hasta un plazo adicional de 7 días no respeta ni el requisito de “no durar más del tiempo estrictamente necesario” (art. 17.2 CE) ni la exigencia del “plazo más breve posible” (art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

²¹⁶ STC 341/1993, Pleno, de 18 de noviembre de 1993, nº rec. de inconstitucionalidad acumulados: 1045, 1279 y 1314/1992 (ECLI:ES:TC:1993:341), Fundamentos Jurídicos 7º y 8º. En este caso se recurrió la inconstitucionalidad de, entre otros, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero de 1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (conocida como Ley Corcuera o Ley de patada en la puerta), que decía lo siguiente (se transcribe el primer apartado del artículo para tener un mejor entendimiento del apartado recurrido):

“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

2. A los efectos de los dispuesto en el párrafo anterior será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.”.

El Tribunal Constitucional manifiesta que la garantía constitucional del domicilio queda salvaguardada, al margen del consentimiento del titular, mediante la previa intervención judicial, que ha sido excepcionada por la propia Constitución (art. 18.2) a través de la noción de “flagrante delito”; noción que no puede entenderse sino como la situación fáctica en la que queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención. El Tribunal añade que mediante la noción de “flagrante delito” la Constitución no ha apoderado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que sustituyan con la suya la valoración judicial a

V. DESARROLLO AUTONÓMICO DE LOS DERECHOS

La inclusión de declaraciones de derechos en algunos Estatutos de Autonomía es un fenómeno reciente; en puridad, comienza con el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana²¹⁷, aunque es el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña²¹⁸ el que realiza una declaración de derechos propiamente dicha, ejemplo que con posterioridad ha sido luego seguido en otras reformas estatutarias²¹⁹.

Doctrinalmente la inclusión de declaraciones de derechos en Estatutos Autonómicos no ha sido pacífica. Ha sido analizada de forma muy diversa, en ocasiones opuesta; existen autores que abogan por la inconstitucionalidad de tales declaraciones²²⁰ frente a otros que entienden que estas son constitucionales en cuanto limitan, orientan e impulsan la acción de los poderes públicos²²¹.

Es el Tribunal Constitucional el que a través de su jurisprudencia ha establecido ciertos criterios de alcance general en relación con las declaraciones estatutarias de derechos. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 de 12 de diciembre²²² (que posteriormente no ha sido alterada por la Sentencia relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña²²³), ante un recurso interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de

fin de acordar la entrada en domicilio, sino que ha considerado una hipótesis excepcional en la que, por circunstancias del delito, se justifica su inmediata intervención. El Tribunal considera que el apartado segundo del artículo 21 de la Ley Orgánica referida incorpora algunos elementos una indeterminación en su enunciado que es incompatible con el rigor que requiere el artículo 18.2 CE; expresiones tales como “conocimiento fundado” y “constancia” van más allá de aquellos que es esencial y nuclear a la situación de flagrancia, en cuanto no integran necesariamente un conocimiento evidente.

²¹⁷ Título II “De los derechos de los valencianos y valencianas” de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006, pág. 13934 a 13954.

²¹⁸ Título I “Derechos, deberes y principios rectores” de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006, pág. 27269 a 27310.

²¹⁹ A modo de ejemplo, Estatuto de Autonomía de Andalucía, Título I “Derechos Sociales, deberes y políticas públicas” de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007, pág. 11871 a 11909); Estatuto de Autonomía de Aragón, Título I “Derechos y principios rectores” de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2007, pág. 17822 a 17841).

²²⁰ DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 78, 2006, pág. 74.

²²¹ CANOSA USERA, R., “Declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pág. 113-114.

²²² STC 247/2007, Pleno, de 12 de diciembre de 2007, nº rec de inconstitucionalidad: 7288/2006 (ECLI:ES:TC:2007:247).

²²³ STC 31/2010, Pleno, de 28 de junio de 2010, nº rec. de inconstitucionalidad: 8045/2006 (ECLI:ES:TC:2010:31).

Aragón contra el artículo 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana²²⁴, que regula el derecho al agua de los valencianos y las valencianas, manifiesta lo siguiente:

- Junto al contenido constitucionalmente previsto de los Estatutos de Autonomía, cabe que estos regulen otras materias y, en especial, que declaren derechos, deberes y principios, siempre que ello tenga como finalidad encauzar u orientar el ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma correspondiente. Ello implica que debe existir una conexión clara y suficiente entre el derecho declarado y la competencia asumida.

- Los derechos declarados en los Estatutos de Autonomía no pueden ser concebidos como verdaderos derechos subjetivos, de ahí que carezcan de eficacia directa y, por tanto, no puedan ser invocados directamente ante los tribunales.

- Los artículos 139²²⁵ y 149.1²²⁶ de la CE no son óbice para la existencia de declaraciones de derechos. El primero, porque es entendido primordialmente como una prohibición de

²²⁴ Art. 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril. BOE núm. 86 de 11 de abril de 2006, pág. 13934 a 13954:

“Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal.

Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derechos a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley.”.

²²⁵ Art. 139 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de noviembre de 1978, pág. 29313 a 29424:

“1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.”.

²²⁶ Art. 149.1 de la Constitución Española. BOE núm. 131 de 29 de noviembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

2ª Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

3ª Relaciones internacionales.

4ª Defensa y Fuerzas Armadas.

5ª Administración de Justicia.

6ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

7ª Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial 9ª Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.

10ª Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.

11ª Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros.

12ª Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.

13ª Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

14ª Hacienda general y Deuda del Estado.

15ª Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

16ª Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

17ª Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

18ª Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

19ª Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas.

20ª Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.

21ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

22ª La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

23ª Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

24ª Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

25ª Bases del régimen minero y energético.

26ª Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

27ª Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.

28ª Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

que los legisladores autonómicos discriminen entre ciudadanos españoles; y el segundo, porque la posibilidad de dictar legislación básica para asegurar la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales no impediría que los Estatutos de Autonomía añadieran nuevos.

Ahora bien, existe parte de la doctrina que entiende que esta posición jurisprudencial iniciada con la STC 247/2007 y continuada con la STC 31/2010, dista de ser satisfactoria por dejar importantes cuestiones sin resolver. A modo de ejemplo, entienden que no establece con nitidez qué tipo de normas y actos están vinculados a las declaraciones estatutarias de derechos o que a través de dichos Estatutos se puedan otorgar derechos de valor supra legal a unos ciudadanos españoles y no a otros²²⁷.

29ª Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

30ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

31ª Estadística para fines estatales.

32ª Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.”.

²²⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Mª., *Sistemas de Derechos ...*, op. cit., pág. 67-68.

CAPÍTULO II

DERECHO DEPORTIVO

I. INTRODUCCIÓN

El precepto normativo objeto del presente estudio viene emanado por la *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), por ello, se estima necesario analizar en profundidad la naturaleza jurídica de la norma y su ámbito de aplicación.

A lo largo del capítulo se estudia la peculiaridad y especificidad del Derecho deportivo que, naciendo como Derecho privado, su ámbito de aplicación invade el Derecho público, haciendo hincapié en aquellas competencias delegadas por la Administración Pública a las federaciones deportivas y las ligas profesionales, en su caso.

En el capítulo se analizan las fuentes normativas de las que bebe el Derecho deportivo, haciendo una distinción inicial entre las fuentes de Derecho público y aquellas de Derecho privado, aportando en cada caso la jurisprudencia más importante y destacable por el impacto que ha supuesto en las diferentes normas aplicables.

El capítulo finaliza con un estudio destacado de la licencia deportiva, cuyo otorgamiento, se puede decir, es una de las más importantes competencias delegadas por la Administración Pública y que en relación al presente trabajo adquiere vital importancia pues es esta autorización administrativa, la licencia deportiva, la que habilita al deportista para participar en competiciones oficiales y, por tanto, le permite ejercitar su derecho fundamental al trabajo.

II. CONCEPTO

El Derecho deportivo es, en un sentido amplio, la norma o conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta de la persona sobre el deporte y su entorno. No obstante, en sentido restringido, es el conjunto de normas jurídicas de Derecho público y privado que regulan la conducta de la persona con relación a la organización y práctica del deporte, así como los sujetos que se le vinculan –estructura y organización- y que, además, dan origen y

fijan el alcance y contenido de las relaciones jurídico-deportivas que surgen entre las personas en sociedad²²⁸.

Cuando se analiza el Derecho deportivo se puede concluir que se trata de un derecho cuyas características con las siguientes:

- Especial, debido a que su objeto de estudio es una materia específica.
- Nacional e internacional. Será nacional cuando son normas internas de cada Estado y será internacional toda vez que se conforma por normas de carácter internacional, primordialmente contenidas en reglamentos, estatutos y códigos de las organizaciones internacionales, como son el Comité Olímpico Internacional o las Federaciones Internacionales.
- Multidisciplinario, debido a que sus principales temas también pueden ser analizados desde diferentes áreas de conocimiento humano.
- Interdisciplinario, pues para comprender en profundidad sus normas, estas deben ser relacionadas con otras áreas de conocimiento.
- Dinámico, debido a los diversos cambios que presenta la materia deportiva.

III. NATURALEZA

La doctrina científica ha realizado diversos esfuerzos a la hora de abordar esta materia, sin que en ningún caso se haya podido obtener una visión unitaria.

Algunos autores²²⁹ proponen una visión restrictiva; según ellos, para proclamar la autonomía científica de una disciplina jurídica es necesario la concurrencia de los siguientes presupuestos determinantes: la manifestación de una realidad social debidamente acotada y claramente identificable; la presencia de unas categorías jurídicas propias y la existencia de unos principios jurídicos singulares. Sin embargo, según esta corriente doctrinal, el derecho del deporte no goza ni de categorías ni de principios propios y, por lo tanto, se sitúa ante un Derecho administrativo en materia de deporte, un Derecho tributario en materia de deporte, un Derecho mercantil en materia de deporte,

²²⁸ MARTÍNEZ FUNES, A., “¿Qué es el Derecho Deportivo?”, www.coarg.org.ar.

²²⁹ CAZORLA PRIETO, L. M., “El artículo 43.3 de la Constitución Española”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte. X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994, pág. 3 y ss.

etc.; esto no es obstáculo a que resulte indudable la conveniencia de su tratamiento científico unitario y sistemático y de su consideración docente homogénea.

Por otra parte, existe otra corriente doctrinal²³⁰ que opina que el Derecho deportivo goza de una suficiente autonomía como para reputarlo una rama peculiar y específica del ordenamiento jurídico, al presentar principios propios de su hermenéutica y dogmática, tales como la federación obligatoria de los deportistas, la igualdad de las condiciones entre los distintos participantes, la amplia libertad en el establecimiento de las reglas de juego, la autonomía normativa y disciplinaria de los entes deportivos, la exigencia de publicidad y control oficial de las marcas y registros para ser reconocidos o el principio de deportividad. Entienden el Derecho deportivo como sistema cuyas características son las siguientes: originalmente libre y extraestatal, jurídicamente intervenido por el Derecho interno de los Estados, de estructura compleja, y carácter autónomo y territorialidad del mismo.

Finalmente, otros autores²³¹ sostienen la autonomía objetiva del propio Derecho deportivo. Para llegar a esta conclusión, se describe dos esferas distintas de pretensiones de autonomía científica: primera, el ordenamiento jurídico deportivo internacional que, si bien tiene una naturaleza privada por emanar de organizaciones no gubernamentales, reúne todas las características de un ordenamiento originario. Y, segunda, una serie de ordenamientos deportivos internos, conectados con su respectivo estatal que, integrados por una serie de normas, públicas unas y privadas otras, tiene común denominador el regular relaciones jurídico-deportivas. En este conjunto de normas se dan los presupuestos para que pueda predicarse la autonomía científica: un ámbito de la realidad social bien acotada, un conjunto de normas y relaciones homogéneas y un conjunto de principios propios.

Según esta última corriente doctrinal el Derecho deportivo tiene autonomía legislativa, ya que los reglamentos federativos nacionales e internacionales regulan específicamente aspectos de materia jurídico-deportiva, constituyendo fuentes de dicho Derecho, al igual que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y de los organismos jurisdiccionales deportivos. Lo característico de este tipo de relaciones es que en su regulación conviven normas emanadas del Estado y que, por tanto, son normas de Derecho público y normas

²³⁰ GRANADO HIJELMO, I., "La fundamentación sistemática del Derecho deportivo", *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 5, 1995, pág. 59-80.

²³¹ REAL FERRER, G., *Derecho público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 140 y ss.

emanadas de determinadas instituciones deportivas, que son claramente normas de Derecho privado. En conclusión, existe un Derecho deportivo como rama diferenciada dentro del Derecho y se aplica tanto a las relaciones jurídicas de los entes participantes en las competiciones como a las relaciones de dichos entes en la competición misma.

IV. ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO

IV.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

El ordenamiento deportivo se puede definir como el conjunto sistemático de reglas jurídicas que tiene por objeto principal la ordenación de las actividades deportivas. La multitud de formas, modalidades y disciplinas del deporte, la variedad y coexistencia de fuentes públicas y privadas en su ordenación, así como la dimensión local, regional, nacional o estatal, y supraestatal del movimiento deportivo obliga a plantearse si es posible que pueda existir un ordenamiento jurídico deportivo, con propia entidad y caracteres singulares²³².

Es fundamental determinar y distinguir la relación existente entre las reglas de juego ordenadoras de cada deporte, de las normas jurídicas que regulan el sector deportivo, esto es, es necesario clarificar y diferenciar la autonomía de las estructuras privadas del deporte, de la intervención pública mediante normas jurídicas aprobadas con la finalidad de ordenar el ámbito deportivo²³³. Esta relación entre las normas de Derecho privado y las de Derecho público es la base teórica del presente estudio.

Es el único ordenamiento jurídico cuyo nacimiento y formación se ha desarrollado a lo largo del siglo XX.

Entre los elementos constitutivos del ordenamiento jurídico deportivo destacan los tres siguientes²³⁴:

- *Plurisubjetividad*, el deporte se presenta como uno de los fenómenos sociales mejor vertebrado, pues posee un tejido estructural de numerosos sujetos revestidos de

²³² BERMEJO VERA, J., *El marco jurídico del deporte en España*, núm. 110, Madrid, 1986, pág. 7.

²³³ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 60 y ss.

²³⁴ JIMENEZ SOTO, I, “Derecho deportivo y Derecho Administrativo: una aproximación conceptual”, en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975- 2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005, pág. 57 y ss.

cualidades jurídicas diversas: deportistas, árbitros, jueces deportivos, técnicos, directivos, auxiliares, organizadores de eventos deportivos, entidades deportivas etc.

- *Cuerpo de normas o normatividad*, como sistema de reglas ordenado de modo jerárquico. En España con tres leyes ordinarias del deporte estatales (1961, 1980 y 1990) y más de veinte autonómicas, junto a la ingente tarea reglamentaria realizadas por las diferentes administraciones, constituye un buen ejemplo, unido a la proliferación de normas de carácter privado provenientes de otros ordenamientos, como son las organizaciones internacionales privadas (COI, FIFA, FIBA, IHL ...), o las públicas como la Unión Europea o el Consejo de Europa y los convenios ratificados por España.

- *Organización* permanente y duradera como nexo de unión e interacción simultánea de un conjunto social. La clásica concepción piramidal del deporte, que asciende desde una base hasta la cúspide, es posible gracias a unas organizaciones como son los clubes, las federaciones deportivas y las ligas profesionales.

IV.2. ESTRUCTURA

El deporte, en general, se estructura dentro de organizaciones entramadas por un vínculo deportivo que une a individuos adscritos a movimientos de ámbito supranacional, que tienen carácter privado y pueden, por tanto, catalogarse como entidades de naturaleza privada. Así, existen diversas federaciones deportivas internacionales²³⁵ cuya peculiaridad viene determinada por la asunción de una especie de monopolio²³⁶ respecto a la organización de cada modalidad deportiva o la organización de determinados eventos deportivos, y que se asientan, en el caso de las federaciones deportivas internacionales, en federaciones de ámbito nacional, radicadas en cada Estado.

Las federaciones deportivas internacionales se dotan de normas jurídicas que se aplican sobre sus asociados, constituyendo un ordenamiento jurídico supranacional, sin que traiga causa de un ordenamiento superior que le confiera legitimidad, ya que su propia legitimidad viene dada por las convenciones a que se llegan dentro de dichas estructuras,

²³⁵ Son asociaciones de derecho privado dotados de personalidad jurídica en el ámbito del ordenamiento interno del Estado en el que está su sede y será ese ordenamiento el que fije los límites de la autonomía de la federación. Muchas federaciones internacionales decidieron tener su sede en Suiza y registrarse por el derecho suizo ya que el ordenamiento jurídico suizo en lo relativo al derecho asociativo permite a las asociaciones disponer de gran autonomía, especialmente en la redacción de sus estatutos y en su organización.

²³⁶ Dudosamente compatible con el marco del derecho de la competencia pero que los Estados en sus leyes y la Unión Europea en sus actuaciones admiten en función de un equilibrio de convivencia.

como son la Carta del Comité Olímpico Internacional²³⁷, así como los Estatutos de las Federaciones.

Las federaciones deportivas internacionales, y también otros organismos deportivos internacionales, tratan de autorregularse respecto de la actividad deportiva sobre la que se desenvuelve su capacidad de organización. La regulación que se proporcionan se extiende a las federaciones nacionales respectivas, con las que están vinculadas, y que representan al deporte correspondiente dentro del territorio de cada Estado. Si se examinan los estatutos de las federaciones deportivas españolas, existe una remisión a la reglamentación de la federación internacional a la que se está afiliada, y una fórmula o cláusula de estilo común por la que se aceptan y se comprometen a cumplir las normas internacionales. Concretamente, en el ámbito del fútbol, materia objeto de la presente tesis, los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol dicen lo siguiente ²³⁸:

“La RFEF está afiliada a la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) y a la Union des Associations Européennes de Football (UEFA), cuyos Estatutos acepta y se obliga a cumplir.

Lo está, asimismo, al Comité Olímpico Español (COE).

La RFEF reconoce la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) exclusivamente en aquellos litigios que surgen entre la RFEF, la FIFA y/o la UEFA.

En consecuencia, la Real Federación Española de Fútbol, sus ligas, clubs, jugadores, árbitros, entrenadores, directivos y en general todas las demás personas físicas o jurídicas que la conforman, se comprometen a:

- a) Cumplir las Reglas de Juego promulgadas por la International F.A. Board y las Reglas de Juego del Futsal promulgadas por el Comité Ejecutivo de la FIFA.*
- b) Observar los principios de lealtad, integridad y deportividad, de acuerdo con los principios del juego limpio.*

²³⁷ Su actual versión es la aprobada el 9 de octubre de 2018.

²³⁸ Art. 1.4 de los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol. Resolución de 24 de enero de 2011, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol. BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2011, pág. 13782 a 13802.

- c) *Respetar en todo momento los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA Y de la UEFA*
- d) *Mantener una posición neutral en temas de religión y política.”.*

Así expuesto, las relaciones jurídicas que se suscitan dentro de estas organizaciones son de Derecho privado, de carácter convencional estatutario. Además, en algunas de las organizaciones, como por ejemplo la relativa al fútbol, se pretende dar solución, de forma interna, a los posibles conflictos que puedan eventualmente suscitarse, evitando que las controversias sean resueltas fuera de la propia organización, llegando incluso, como más adelante se verá, a imponer sanciones a los asociados que acudan a los tribunales ordinarios para defender sus derechos. Debe tenerse en cuenta también que las organizaciones deportivas internacionales tienen normalmente previsto un sistema disciplinario y de resolución de conflictos de ámbito interno, que puede ser entendido como una especie de sistema de autodefensa en la solución de conflictos²³⁹.

Frente a la situación descrita anteriormente, los Estados vienen regulando el fenómeno deportivo y, en cuanto despierta un interés social muy relevante, las administraciones competentes procuran dotarse de instrumentos para llevar a cabo las políticas deportivas que en cada caso definen los gobiernos de cada Estado. Los medios para desarrollar estas políticas difieren según los modelos elegidos por cada Estado, llegándose a sistemas de una mayor o menor intervención²⁴⁰.

V. INTERVENCIÓN O INJERENCIA DE LOS PODERES PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO

V.1. ORDENAMIENTO JURÍDICO ABSTENCIONISTA O INTERVENCIONISTA

En los ordenamientos de tipo abstencionista el Estado no interviene en la esfera jurídica del deporte, lo que cada día parece más difícil, aun cuando fuera la actitud normal en origen. En consecuencia, la normativa de aplicación se disciplina de acuerdo con los parámetros del Derecho privado, y en este modelo lo normal es que las estructuras

²³⁹ RODRÍGUEZ MERINO, A., “Los conflictos deportivos y sus formas de solución, especial referencia al sistema disciplinario deportivo”, en ESPARTERO CASADO, J. (coord.): *Introducción al Derecho Deportivo*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 231-234.

²⁴⁰ CALONGE VELÁZQUEZ, A. y ALLUÉ BUIZA, A., “Derecho de Asociación y Federaciones Deportivas”, en *XII Jornadas de Estudio: Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (I)*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado/ Secretaría General Técnica/Centro de Publicaciones, 1992, pág. 1633-1666.

internacionales impongan su ordenamiento deportivo con total extensión. Este tipo de ordenamientos son defendidos por quienes preconizan la independencia del mundo del deporte frente a la injerencia de los poderes públicos.

No obstante, en la actualidad, dada la relevancia que adquieren las distintas facetas del deporte, la intervención de los poderes públicos parece obligada e inevitable. La cuestión estriba en la graduación del *quantum* de esa intervención, que en ocasiones llega a suplantar totalmente la organización y dirección de las estructuras deportivas, de tal modo que los poderes públicos llegan a ser los interlocutores directos de las estructuras internacionales del deporte. Este es el modelo generalizado en países de escaso desarrollo económico²⁴¹. También fue el modelo imperante en España durante el franquismo.

Por lo general, en los países desarrollados la intervención de los poderes públicos permite la coexistencia razonable entre el ordenamiento deportivo internacional e interno sobre la base, por un lado, de que este absorba las reglas de juego aprobadas de forma universal, y a su vez aquel asuma el respeto a la normativa y organización deportiva interna de cada país con fundamento en los derechos fundamentales y los principios generales de cada ordenamiento jurídico, la denominada “fórmula de un intervencionismo administrativo flexible”²⁴². La fórmula española es un fiel reflejo²⁴³, que se verá analizada detalladamente a lo largo del presente capítulo.

V.2. INJERENCIA O INTERVENCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

V.2.A. Concepto

En términos generales, existe injerencia cuando el sector privado siente que la actuación del sector público afecta a la independencia que necesita para desarrollar su labor. En teoría, la injerencia suele ser unidireccional, los Estados no suelen considerar que la actuación de una entidad privada pueda ser considerada como injerencia, porque, ante todo, el Derecho público es un instrumento imperativo, que representa y protege el interés general de la sociedad y, en caso de conflicto, el Derecho privado cedería ante el público, esto es, existe una superioridad estructural por parte del Derecho público. Sin embargo, en la realidad, cuando se han originado conflictos, a pesar de la mencionada y teórica

²⁴¹ SILANCE, L., *Formation de la règle de droit dans le domaine sportif*, Bruselas, 1971, págs. 296 y ss.

²⁴² BASSOLS, M., “Justicia deportiva y jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980, pág. 199.

²⁴³ Si bien esto no es óbice para que existan multitud de conflictos y sea necesario mejorar el marco de relación asentado sobre el acuerdo y no sobre la imposición.

superioridad del ámbito público, el factor asociativo ha respondido con una referencia asociativa, esto es, con el derecho de expulsión o de exclusión; todos los asociados deben respetar y hacer respetar los estatutos y reglamentos que aprueban y asumen, por lo que aquellos que no lo hagan no habrán cumplido con sus obligaciones y, por tanto, podrán ser sancionados y, en su caso, expulsados.

V.2.B. Casuística

Se estima necesario, con el objetivo de ilustrar lo expuesto, enunciar algunos de los casos más relevantes que han acontecido en los últimos años donde ha habido una colisión directa entre el Derecho público y el Derecho deportivo de carácter privado, si bien es cierto que la resolución en cada caso ha sido muy distinta.

V.2.B.a. *El caso Heysel*²⁴⁴

El 29 de mayo de 1985, cuando se estaba disputando la final de la Copa de Europa de fútbol (Liverpool contra Juventus de Turín) en Bruselas, en el estadio *Heysel*, como consecuencia de una avalancha, murieron 39 aficionados. Después del correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria belga, el Tribunal Supremo de Bélgica, el 15 de octubre de 1991, mediante decisión judicial, confirmó el fallo dictado en apelación²⁴⁵ condenando a la *Union of European Football Association* (UEFA) a pagar a las víctimas la cantidad de 500 millones de francos belgas en concepto de parte de la indemnización. La UEFA, al recibir dicha condena, puso en duda la autoridad de dicho Tribunal, por considerar que era el gobierno belga el que debía hacerse responsable de esas indemnizaciones y afirmó que, por ser una asociación que agrupaba a más de 40 federaciones, no tenía obligación de respetar la Constitución Belga, e incluso advirtió que, en caso de que se le exigiesen el pago efectivo de la indemnización, podría sancionar futbolísticamente a Bélgica, acordando:

- La exclusión de sus equipos y de su selección de las competiciones europeas.
- La negativa a la celebración en Bélgica de finales continentales.
- El veto a la disputa en Bélgica de encuentros internacionales²⁴⁶.

²⁴⁴ DUPONT, J. L., “Deporte Profesional y Ordenamiento Jurídico Comunitario después del Caso Bosman”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 2, mayo-agosto, 1996, pág. 488.

²⁴⁵ Sentencia de *Cour d’Appel de Bruxelles* de 26 de junio de 1990.

²⁴⁶ VICENTE BLANCO, D. F. J., “La relación entre el derecho estatal y el “derecho” deportivo: ¿conflicto de leyes o insumisión al orden jurídico?”, *Revista de estudios europeos*, núm. 18, 1998, págs. 93-102.

V.2.B.b. *El caso Olympique de Marseille*

Los hechos origen de este conflicto se remontan a un procedimiento judicial que se tramitó en contra el club francés *Olympique de Marseille*, al ser acusado de intentar sobornar a jugadores de otro equipo francés para que se dejasen ganar el encuentro de la liga francesa celebrado el 20 de mayo de 1993. Teniendo en cuenta esta circunstancia, el 6 de septiembre de 1993 la *Union of European Football Association* (UEFA) decide excluir de la Copa de Europa de esa temporada al club de fútbol francés, *Olympique de Marseille* (campeón de la Copa de Europa de la temporada anterior), si bien el litigio se había recién iniciado ante los tribunales franceses y todavía no se había dictado sentencia al respecto.

En este caso, la UEFA decidió actuar sobre la base de las investigaciones de las autoridades administrativas francesas, que habían llegado a la conclusión de que efectivamente en aquel encuentro se habían producido “irregularidades”. La jurisdicción competente francesa, sin embargo, no había dictado aún su resolución²⁴⁷.

Contra la resolución de la UEFA, irrecurrible según los Estatutos de la UEFA y FIFA, el Presidente del *Olympique de Marseille* presentó un recurso ante la jurisdicción suiza, concretamente ante el Tribunal de Berna, la que resultaba competente, al ser la UEFA una asociación del Derecho suizo. De inmediato, al admitir a trámite el recurso, el tribunal adoptó las medidas cautelares solicitadas y, con fecha 9 de septiembre de 1993, se suspendió la ejecutividad de la decisión de la UEFA, al entender que dicha resolución era contraria al Derecho suizo por tratarse de una sanción disciplinaria cuyas consecuencias sobrepasaban el ámbito de las reglas de juego y, por tanto, el litigio debía someterse a la jurisdicción ordinaria²⁴⁸.

Por lo tanto, la jurisdicción suiza impuso a la UEFA la obligación de admitir inmediatamente en la Copa de Europa al *Olympique de Marseille*. En caso de inejecución del Auto, este preveía la imposición de multas de hasta 5.000 francos suizos, e incluso medidas penales por incumplimiento de una decisión judicial.

²⁴⁷ LANDABEREA UNZUETA, J. A., “El “affaire Olympique de Marsella” y el derecho a la tutela judicial en el Deporte”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte, X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1993, pág. 113 y ss.

²⁴⁸ KARAQUILLO, J. P., “Réflexions sur la décision du tribunal du Berne dans l’affaire UEFA-FIFA/O.M.-FFF”, *Revue Juridique et Economique du Sport*, núm. 26, 1993, pág. 19-22.

Como respuesta a la intervención judicial, la UEFA y la FIFA amenazaron al club con excluirlo definitivamente de toda competición, incluida la competición nacional francesa, porque sus estatutos asociativos prohibían a los clubes y a los deportistas recurrir a los tribunales ordinarios, al considerar que cualquier disputa deportiva debía resolverla exclusivamente una autoridad deportiva o, en su caso, acudiendo al arbitraje, y siempre de acuerdo con las normas deportivas. Y así quedó reflejado en las declaraciones, recogidas por el Diario El País, del portavoz de la FIFA cuando manifestó lo siguiente²⁴⁹:

"Nosotros no tenemos ningún comunicado al respecto. Por el momento, es la UEFA la que lleva el caso. Pero, si se confirmara esa decisión, está claro que el Marsella y la Federación Francesa violan nuestros estatutos, que establecen claramente que las disputas deben ser reguladas por los tribunales estrictamente futbolísticos. El riesgo de suspensión que corre esa Federación es muy grande."

El día 10 de septiembre de 1993, el Presidente del *Olympique de Marseille* retiró la demanda presentada contra la UEFA ante el Juzgado suizo, a causa de las presiones de la Federación Francesa de Fútbol²⁵⁰. Esta federación había recibido el requerimiento de la UEFA y de la FIFA para que excluyese al club francés de cualquier competición futbolística (incluida la liga francesa), a riesgo de, en caso contrario, ver fuera de las competiciones europeas a todos los clubes franceses y no permitir la participación de la selección francesa en el Campeonato del Mundo para el que ya estaba clasificada. El Presidente de la Liga francesa solicitó personalmente al Presidente del *Olympique de Marseille* la retirada de la demanda.

V.2.B.c. El caso Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.

El 13 de diciembre de 1996, el Comité Español de Disciplina Deportiva resolvió confirmar la sanción por el Comité de Competición y el Comité de Apelación impuesta al Real Club Deportivo de La Coruña, S.A.D., consistente en el cierre del Estadio de Riazor para el partido que debía jugarse el 4 de enero de 1997, como consecuencia del lanzamiento, por parte de un aficionado infantil, de una moneda que impactó en el árbitro al finalizar el partido celebrado el 2 de octubre de 1996 en el Estadio de Riazor²⁵¹.

²⁴⁹ MARTÍ, O., "Un Juez Suizo ordena la suspensión provisional de la sanción al Marsella", EL PAÍS, 10 de septiembre de 1993.

²⁵⁰ HOURCADE, M., "Le sport et l'Etat de droit: approche sociologique", *Droit et Société*, vol. 32, nº 1, 1996, pág. 141-155.

²⁵¹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública ...*, op. cit., 1998, pág. 80 y ss.

Con fecha 17 de diciembre de 1996, el Real Club Deportivo de La Coruña, S.A.D. solicitó la suspensión de la sanción de cierre del Estadio ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, suspensión que fue concedida por el referido Tribunal el 20 de diciembre de 1996.

La Junta Directiva de la Real Federación Española de Fútbol advirtió al club gallego de las gravísimas consecuencias que podía provocar su decisión de someter el litigio a la jurisdicción ordinaria y el 20 de diciembre envió el expediente completo del caso a la FIFA. Esta remitió un comunicado el 23 de diciembre al club, a través de la RFEF, en el que se le comunicó que la cuestión incumbía únicamente al ámbito y jurisdicción del Derecho deportivo, que solo las instancias deportivas dependientes de la Real Federación Española de Fútbol eran las competentes para dirimir los posibles conflictos y, finalmente, se informaba de que, en caso de no cejar en su empeño, el Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D. podría ser suspendido indefinidamente para toda actividad deportiva de carácter internacional.

No hay que olvidar que los Estatutos de la FIFA²⁵², asumidos por la Real Federación Española de Fútbol por ser miembro de la FIFA y estar obligado a cumplir con sus Estatutos, reglamentos y decisiones²⁵³, por una parte, mantienen la prohibición de acudir a los tribunales ordinarios (regulan una excepción por la cual solo podrá acudir a los tribunales ordinarios cuando expresamente así lo prescriban los propios reglamentos de

²⁵² Los Estatutos vigentes son los aprobados por el Congreso celebrado en París el 5 de junio de 2019.

²⁵³ Artículo 1.4 de los Estatutos de la RFEF (Resolución de 24 de enero de 2011, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol. BOE núm. 34, de 9 de febrero de 2011, pág. 13782 a 13802).

“La RFEF está afiliada a la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) y a la Union des Associations Européennes de Football (UEFA), cuyos Estatutos acepta y se obliga a cumplir.

Lo está, asimismo, al Comité Olímpico Español (COE).

La RFEF reconoce la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) exclusivamente en aquellos litigios que surgen entre la RFEF, la FIFA y/o la UEFA.

En consecuencia, la Real Federación Española de Fútbol, sus ligas, clubs, jugadores, árbitros, entrenadores, directivos y en general todas las demás personas físicas o jurídicas que la conforman, se comprometen a:

- a) *Cumplir las Reglas de Juego promulgadas por la International F.A. Board y las Reglas de Juego del Fútbol promulgadas por el Comité Ejecutivo de la FIFA.*
- b) *Observar los principios de lealtad, integridad y deportividad, de acuerdo con los principios del juego limpio.*
- c) *Respetar en todo momento los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA Y de la UEFA*
- d) *Mantener una posición neutral en temas de religión y política.”.*

la FIFA o disposiciones vinculantes de la ley) y, por otra, establece la obligación de someter todos los litigios al arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte. Así lo dispone en su artículo 59 “Obligaciones relativas a la resolución de disputas” cuando literalmente regula lo siguiente:

“1. Las confederaciones, las federaciones miembro y las ligas se comprometerán a reconocer al TAD como instancia jurisdiccional independiente. Deberán garantizar que sus miembros, jugadores afiliados y oficiales acaten las sentencias del TAD. Esta obligación será igualmente de aplicación en el caso de los intermediarios y los agentes organizadores de partidos con licencia.

2. Queda prohibida la vía del recurso ante los tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación de la FIFA. Queda excluido igualmente la vía ordinaria en el caso de medidas cautelares de toda índole.

3. Las federaciones tendrán la obligación de incorporar a sus estatutos o su normativa una cláusula que, en el caso de litigios internos de la federación o de litigios con ligas, miembros de una liga, clubes, miembros de un club, jugadores, oficiales o cualquier otra persona adscrita a la federación, prohíba ampararse en los tribunales ordinarios, a no ser que la reglamentación de la FIFA o disposiciones vinculantes de la ley prevean o prescriban expresamente el sometimiento a tribunales ordinarios. En lugar de los tribunales ordinarios, se deberán prever procedimientos arbitrales. Los litigios mencionados se someterán a un tribunal de arbitraje independiente, debidamente constituido y reconocido por la reglamentación de la federación o de la confederación, o al TAD.

Asimismo, las federaciones se comprometerán a garantizar que esta disposición se cumpla cabalmente en su seno y, siempre que sea necesario, imponiendo una obligación vinculante a sus miembros. En caso de incumplimiento de esta obligación, las federaciones impondrán a quien corresponda las sanciones pertinentes; además, los recursos de apelación contra dichas sanciones se someterán estrictamente y de igual modo a la jurisdicción arbitral y no a los tribunales ordinarios.”.

En relación a la obligatoriedad de acudir al arbitraje, el Tribunal Supremo, en un asunto no relacionado con el mundo del fútbol, pero sí con el del ciclismo, ha declarado que el arbitraje obligatorio es inconstitucional en España, pues vulnera el derecho a la tutela

judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución Española, siempre que una de las partes no haya prestado libremente su consentimiento²⁵⁴. Este aspecto se desarrolla profusamente en el Capítulo III: “Eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales” del presente trabajo.

Finalmente, el club gallego retiró las acciones judiciales interpuestas, una vez cumplido su objetivo de jugar contra el FC Barcelona en Riazor. La FIFA sancionó al Presidente del club gallego, Sr. Lendoiro, inhabilitándolo para el ejercicio de sus funciones por dos años y multándole con 10 millones de pesetas²⁵⁵.

*V.2.B.d. El caso Harry Butch Reynolds*²⁵⁶

En Agosto de 1990 el atleta *Harry Butch Reynolds*, estadounidense de veintiocho años, plusmarquista mundial en los 400 metros, dio positivo en el control antidopaje de la prueba internacional “Hercules 90” celebrada de Montecarlo (Mónaco). Había consumido, según el análisis de orina, un esteroide anabolizante, nandrolona, sustancia prohibida por el Reglamento Internacional de la Federación Internacional de Atletismo (IAAF)²⁵⁷.

La IAAF, como consecuencia del positivo, suspendió a *Reynolds* por dos temporadas privándolo de acudir a los Juegos Olímpicos de Barcelona. Para ello, la IAAF emitió un comunicado de prensa el 5 de noviembre de 1990.

Inmediatamente el atleta interpuso una demanda ante el Juzgado del Distrito de Ohio (*Southern District Court*) alegando que el test al que había sido sometido era erróneo y que él no había tomado esteroides. El Juzgado declaró que, antes de interponer la demanda, debía agotar la vía administrativa tal y como lo exigía la Ley del Deporte Aficionado (*Amateur Sports Act*) y el propio TAC (la Asociación Nacional de Atletismo)²⁵⁸.

²⁵⁴ STS 708/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 5ª, de 25 de abril de 2017, nº rec. de casación: 606/2016 (ECLI:ES:TS:2017:1621), Fundamento jurídico 2º.

²⁵⁵ PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R., “La reforma del deporte profesional: ¿necesidad o capricho?: el fútbol como pretexto”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 29, 2010, pág. 171-195.

²⁵⁶ WONG, G. M., *Essential of Sports Law*, ABC-CLIO, 2010, pág. 299.

²⁵⁷ La Federación Internacional de Atletismo (IAAF) es una asociación cuyo domicilio social se encuentra en Mónaco, que aúna a 250 asociaciones nacionales, y entre ellas, el *U.S.A. Track and Field antes The Athletics Congress of the United States (TAC)*.

²⁵⁸ Caso *Reynolds v. TAC*, 935 F.2d270 (6th Cir. 1991).

Como consecuencia de esta resolución, en junio de 1991, *Reynolds* presentó la reclamación ante la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) que dictó un laudo en el que exoneraba al atleta por creer que las muestras de orina llevadas a París para su análisis no pertenecían a *Reynolds*. Tanto la IAAF como el TAC se negaron a aceptar dicho laudo alegando que el arbitraje no se había sometido al Reglamento de la IAAF.

En septiembre de 1991, y siguiendo lo dispuesto en el Reglamento de la IAAF, el deportista apeló la decisión de suspenderle por dos años, ante el TAC, y su Comité de Revisión del Control del Dopaje (*TAC Doping Control Review Board*) exoneró al atleta, al encontrar pruebas suficientes de la contaminación de las muestras de orina. Una vez más, la IAAF se negó a admitir la resolución y abrió el caso instando a las partes a un procedimiento arbitral que se celebró el 10 y 11 de mayo de 1992 en Londres. La formación arbitral, configurada al efecto por la IAAF, declaró que los test de drogas eran válidos y que no había duda de la culpabilidad de *Reynolds*.

Ante estos hechos, el atleta presentó demanda ante el Juzgado del Distrito de Ohio (*Southern District Court*)²⁵⁹ alegando que había habido un incumplimiento contractual por parte de la IAAF y que, como consecuencia de las difamaciones vertidas por la asociación internacional, había habido un daño en sus relaciones mercantiles. *Reynolds* reclamaba, además de una indemnización pecuniaria, el levantamiento de la orden de suspensión con la finalidad de participar en las pruebas clasificatorias para las Olimpiadas de 1992. La IAAF se negó a contestar a la demanda por entender que el Juzgado del Distrito de Ohio no era competente y que no tenía jurisdicción sobre ella.

El Juzgado del Distrito de Ohio dictó una medida cautelar²⁶⁰ (que fue recurrida hasta en dos ocasiones²⁶¹ y confirmada en última instancia por el Juez del Tribunal Supremo *John Paul Stevens*) por la que alzó la suspensión de la IAAF y permitió al atleta disputar las pruebas clasificatorias para las Olimpiadas de 1992, clasificación que consiguió, todo ello a pesar de las amenazas vertidas por la IAAF.

²⁵⁹ Caso *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation*, 841 F. Supp. 1444 (S.D. Ohio 1992).

²⁶⁰ Caso *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation & US*, 112SCT2512, 120 L.Ed.2d 861 (1992).

²⁶¹ Caso *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation*, 968F2d 1216 (6th Cir. 1992).

Finalmente, la IAAF hizo uso de su poder y se negó a que *Reynolds* participara en las Olimpiadas de Barcelona de 1992, incluso incrementó en 4 meses más la suspensión de 2 años impuesta anteriormente.

El 3 de diciembre de 1992 el Juzgado del Distrito de Ohio (*Southern District Court*) dictó una sentencia por la cual condenó a la IAAF a pagar al *Sr. Reynolds* la suma de 27.356.008 dólares por entender que la actuación dolosa de la IAAF le había generado unos daños materiales y morales. El Juez *Joseph P. Kinneary* manifestó en su sentencia que la IAAF había difamado al atleta, que había actuado con “malicia” y con “espíritu de venganza”, y que “había evitado a propósito la verdad”.

En febrero de 1993, *Reynolds* presentó la demanda de ejecución y procedimiento de embargo ante el Juzgado del Distrito de Ohio (*Southern District Court*), y es entonces cuando la IAAF se presentó por primera vez interponiendo una moción para anular el procedimiento de embargo así como para anular de la Sentencia dictada el 3 de diciembre de 1992, por entender que los tribunales americanos no tenían jurisdicción sobre la IAAF y, por tanto, no tenían competencia para dirimir el litigio en cuestión; cuestión que fue rechazada en su sentencia y que fue recurrida por la IAAF ante Tribunal de Apelación del 6º Circuito de los Estados Unidos (*U.S. Sixth Circuit Court of Appeals*)²⁶². Finalmente, y para satisfacción de la IAAF, el Tribunal de Apelación revocó la sentencia dictada por el Juzgado del Distrito de Ohio por entender que la IAAF no estaba sujeta a la jurisdicción personal del juzgado, porque no mediaba entre ambos litigantes (la IAAF y el *Sr. Reynolds*) una relación contractual y por no haberse producido los daños en territorio norteamericano²⁶³.

El fallo del Tribunal de Apelación tenía la evidente lectura de que hacía suya la tesis de la autonomía jurídica de los órdenes deportivos, sustrayendo a la ley y a la jurisdicción estatal el conocimiento de los litigios deportivos²⁶⁴.

²⁶² Caso *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation*, 23 F.3 1110 (6th Cir. 1994), de 17 de mayo de 1994.

²⁶³ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., “La justicia deportiva internacional: el Tribunal Arbitral del Deporte”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 27, 2009, pág. 17-27.

²⁶⁴ VICENTE BLANCO, D. F. J., “La relación entre el derecho ...”, *loc. cit.*, pág. 61.

V.2.B.e. *El caso Bosman C-415/93*²⁶⁵

Jean Marc Bosman, jugador de fútbol profesional de nacionalidad belga, suscribió un contrato laboral con el club Real Club de Lieja, S.A, equipo de la primera división de Bélgica, por dos temporadas, finalizando este el 30 de junio de 1990. De acuerdo con el contrato, el salario mensual del futbolista se fijó en 120.000 francos belgas. Pocos meses antes de finalizar su contrato, y en aplicación de la normativa federativa²⁶⁶, el Real Club de Lieja ofreció un nuevo contrato, en el que redujo el monto salarial a una cuarta parte, esto es, a 30.000 francos belgas mensuales. El Sr. *Bosman* rechazó dicha oferta y se le incluyó, por lo tanto, en la lista de jugadores a transferir, fijando una indemnización por la posible transferencia, según los coeficientes establecidos en el Reglamento de la URBSFA, de alrededor de 12 millones de francos belgas.

No existiendo interés de club alguno en Bélgica, el jugador intentó traspasar las fronteras y contactó con un equipo de segunda división francesa, S.A. de Economía Mixta Dunkerque consiguiendo que el Real Club de Lieja, S.A. accediera a ceder temporalmente al jugador al club francés.

A pesar del acuerdo, y de incluso fijar una cuantía de indemnización por la cesión temporal (préstamo deportivo) del jugador, llegado el momento de obtención del Certificado de Transferencia Internacional (trámite imprescindible para aquellos traspasos, sean temporales como definitivos, que se realicen entre diferentes asociaciones nacionales y que se analizará detalladamente en el Capítulo VII: “Transferencia Internacional de futbolistas” del presente trabajo) en este caso, el Real Club de Lieja no la facilitó a su federación (URBSFA), escudándose en la falta de solvencia del club francés, impidiendo de esa guisa la prestación laboral y deportiva del Sr. *Bosman* en el Dunkerque.

²⁶⁵ STJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto C- 415/93, Union Royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean- Marc Bosman y otros (ECLI:EU:C:1995:463).

²⁶⁶ Según el Reglamento federal de la *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association* (URBSFA) de 1983, aplicable cuando ocurrieron los hechos, antes de la expiración de todo contrato profesional, el club debía proponer un nuevo contrato al jugador. En caso de que el jugador no aceptara las condiciones del nuevo contrato, este quedaría inscrito en una lista de jugadores para ser transferibles, siempre y cuando el nuevo club interesado en la adquisición de los servicios del jugador, abonara una compensación cuyo importe se calculaba multiplicando los ingresos anuales brutos del jugador por unos coeficientes según la edad de este. Ante la circunstancia de que no hubiera ningún club interesado en el jugador transferible y este persistiera en su negativa a suscribir el contrato propuesto por el club con el que había mantenido la relación laboral, este, según el reglamento referido, podía llegar a suspender al jugador impidiéndole ejercer su profesión hasta por dos temporadas.

Como consecuencia de todo ello, el futbolista comenzó su periplo judicial comenzando en primer lugar con la demanda contra el Real Club de Lieja, S.A. y la UEBSFA, el 8 de agosto de 1990, ante el *Tribunal de Premiere Instance de Liègeois* (vulnerando abiertamente los Estatutos de la FIFA y de la UEFA al acudir a los tribunales ordinarios de un Estado para resolver una cuestión deportiva, cuando solo debían conocerlas autoridades deportivas, o en su caso un tribunal arbitral)²⁶⁷ en el que solicitaba una indemnización por incumplimiento de contrato además de unas medidas provisionales tendientes a facilitar al jugador una nueva contratación con un tercer club y su propia subsistencia entretanto. A todo ello, el Tribunal de instancia acordó las medidas cautelares solicitadas, que fueron ratificadas posteriormente por la *Cour d'Appel de Liègeois*, condenando al club belga al pago del salario mínimo (30.000 francos belgas mensuales) además de ordenarles que no obstaculizaran la futura contratación del jugador, cuestión que no fue del todo respetada y así lo declara la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que puso fin al procedimiento cuando reconoció en su apartado 37 lo siguiente:

“Según el órgano jurisdiccional de remisión, determinados indicios graves y concordantes permiten pensar que, a pesar del estatuto de “libertad” que le había concedido la resolución de medidas provisionales, el Sr. Bosman fue objeto de un boicot por parte de todos los clubes europeos que hubieran podido contratarle.”.

El Sr. *Bosman* sufrió entonces un boicot por parte de los clubes que podían contratarle, es por ello que amplió sucesivamente su demanda, solicitando que se declarasen no aplicables las normas sobre transferencias que condicionaban su traspaso al pago de una indemnización al club de origen, así como las cláusulas de nacionalidad²⁶⁸ que restringían el número de no nacionales que cada club podría alinear por partido (cuotas de extranjero) tanto en competiciones nacionales como europeas, ya que ambos tipos de normas suponían una vulneración del Derecho comunitario.

²⁶⁷ CRESPO PEREZ, J. D., “El caso Bosman y sus consecuencias”, *Revista General del Derecho*, núm. 622-623, 1996, págs. 8093-8120.

²⁶⁸ A partir de los años sesenta, numerosas asociaciones nacionales de fútbol adoptaron normas por las que se limitaba la posibilidad de contratar o alinear en competición a jugadores de nacionalidad extranjera, las conocidas como “cláusulas de nacionalidad”. En 1978 la UEFA suprimió las limitaciones el número de contratos celebrados por cada club con jugadores de otros Estados miembros, pero fijó en dos el número de estos jugadores que podían participar en cada partido. En 1991 la UEFA adoptó la regla denominada “3+2” por la que preveía que cada asociación nacional pudiera limitar a tres el número de jugadores extranjeros que pudieran ser alineados en cada partido de Primera División, más dos jugadores que hubieran jugado durante 5 años, de forma ininterrumpida en el país de dicha asociación.

La invocación del Derecho comunitario ante el *Tribunal de Premiere Instance*, conllevó, con la llegada de la instancia al *Tribunal d'Appel*, que se suspendieran las actuaciones y se presentara por este órgano jurisdiccional una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), quien debía pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas deportivas (transferencia y cuota de extranjeros) con el Derecho comunitario. Y ello significaba también que el litigio no quedaba exclusivamente en el ámbito de un Estado, sino que extendía su alcance, desde el punto de vista jurídico, a la Comunidad Europea y, por ende, a los entonces 12 Estados miembros. Al resultar implicados todos los Estados comunitarios, difícilmente la UEFA pudo poner en marcha los medios de coacción habituales de su “ordenamiento deportivo” que había utilizado con anterioridad, porque no podía anunciar que excluiría de las competiciones europeas a los equipos de los Estados miembros. Sus medios de coacción por exclusión resultaban eficaces frente a un Estado aislado, pero carecían de idéntica fuerza frente a la Comunidad Europea en su conjunto²⁶⁹.

Las normas del Derecho comunitario invocadas por *Jean Marc Bosman* contra las normas deportivas sobre las transferencias y sobre cuotas de extranjeros fueron las relativas a la libre circulación de trabajadores, pero también al derecho de libre competencia.

En primer lugar, en lo que hacía referencia a la libre circulación de trabajadores, aunque no conlleva una discriminación por razón de nacionalidad, eran contrarias al artículo 48 (actual artículo 45 TFUE) del TCEE, ya que constituían un obstáculo que limitaba el libre movimiento de los trabajadores comunitarios sin que existiese una justificación de interés mayor (se pretendía trasladar al ámbito de la libre circulación de trabajadores la doctrina elaborada por el TJCE en materia de libre circulación de mercancías) y, por ello, contrarias al Derecho comunitario. Por otro lado, para el Sr. *Bosman*, las cláusulas de nacionalidad constituían un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, ya que suponían una discriminación por razón de la nacionalidad que conllevaba una limitación de las posibilidades de empleo²⁷⁰.

Finalmente, el Sr. *Bosman* invocó las normas relativas al derecho de libre competencia (actualmente art. 101 y ss. de la TFUE), al entender que los reglamentos de las

²⁶⁹ VICENTE BLANCO, D. F. J., “La relación entre el derecho ...”, *loc. cit.*, pág. 55 y ss.

²⁷⁰ ADRIÁN ARNAIZ, A. J., “Entre el Pasado y el Futuro de la Libre Circulación de Personas: la sentencia *Bosman* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, Mayo-Agosto, 1997, pág. 51-64.

federaciones constituían acuerdos entre empresas que perseguían regular el mercado de trabajo y restringir la libre competencia²⁷¹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sito en Luxemburgo, con fecha 15 de diciembre de 1995 dictó sentencia declarando ilegales las indemnizaciones por traspaso y los cupos de extranjeros de jugadores nacionales de Estados miembros de la UE, admitiendo así la tesis del obstáculo contrario a la libertad de circulación y aclarando que la práctica del deporte solo se regulaba por el Derecho comunitario en la medida en que esta constituía una actividad económica, tal y como sucede en el caso de los jugadores de fútbol profesional²⁷².

V.2.B.f. El caso de la Federación Pakistaní de fútbol (PFF)

Con fecha 10 de octubre de 2017 el *Bureau* del Consejo de la FIFA adoptó la decisión de suspender a la PFF por injerencia de terceros. La FIFA adoptó esta decisión como resultado del hecho de que las oficinas y cuentas de la federación seguían bajo el control de un administrador nombrado por los tribunales del Estado, lo cual, de conformidad con los Estatutos de la FIFA, constituía una violación de las obligaciones de la federación de gestionar su actividad de manera independiente y sin la injerencia de terceros.

En aplicación de los Estatutos de la FIFA, la suspensión supuso la pérdida de todos los derechos como miembro de la Federación internacional. Por un lado, ni las selecciones nacionales ni los clubes de la PFF tuvieron derecho a participar en ninguna competición internacional hasta finalizar su suspensión y, por otro lado, ni la PFF ni ninguno de sus miembros u oficiales pudo ser beneficiario de ningún programa de desarrollo, curso o formación auspiciado por la FIFA o la Confederación Asiática de Fútbol. Asimismo, el resto de federaciones miembro no pudieron mantener contacto de carácter deportivo con la PFF mientras estuviera vigente la suspensión, que se levantaría cuando las oficinas y el acceso a las cuentas de la federación hubieran sido restituidas a la propia Federación²⁷³. El 13 de marzo de 2018 la FIFA levantó la suspensión después de que el Tribunal Supremo de *Lahore* ordenase al administrador nombrado por los tribunales que

²⁷¹ DUPONT, J. L., “Deporte profesional y ordenamiento Jurídico ...”, *loc. cit.*, pág. 498.

²⁷² BERMEJO VERA, J., “Comentario de urgencia a la decisión del Tribunal Europeo adoptada en el “Asunto Bosman””, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 5, 1995, pág. 101-106.

²⁷³ <http://es.fifa.com/governance/news/y=2017/m=10/news=la-fifa-suspende-a-la-federacion-pakistani-de-futbol-2913301.html>

transmitiese la gestión de la PFF, tras recibir la confirmación de que esta había logrado recuperar el control de las oficinas y cuentas²⁷⁴.

V.2.B.g. El caso de la Federación peruana de fútbol

En 2017, la congresista peruana Doña Paloma Noceda presentó un proyecto de Ley, PL 1517, que modificaba la vigente Ley del deporte peruano. Al conocer la FIFA el contenido de dicha propuesta, se dirigió a la Federación peruana de fútbol, asociación que se había clasificado para disputar el Mundial de Rusia 2018, y fue advertida de la posibilidad de que se le suspendiera si el gobierno no retiraba un proyecto de Ley que, a criterio de la FIFA, suponía una injerencia gubernamental en el funcionamiento de la asociación nacional. La FIFA consideraba que el proyecto de Ley, de ser aprobado, otorgaba excesivas facultades fiscalizadoras y un inadecuado intervencionismo al Instituto Peruano del Deporte, organismo dependiente del Ministerio de Educación. Según la FIFA, esa norma permitiría al Instituto Peruano del Deporte dirigir el desarrollo del deporte en el país reduciendo el margen de actuación de la propia federación peruana; asimismo, la FIFA criticaba que el proyecto de Ley permitiría que se fiscalizaran todos los recursos de la federación, tanto públicos como privados, y criticó que se establecieran requisitos muy estrictos para ser miembro de la junta directiva de las federaciones²⁷⁵.

Ante la advertencia y el temor de que fuera suspendida la federación deportiva y, en consecuencia, no pudieran participar el Campeonato del Mundo de Rusia 2018, finalmente, con fecha 12 de diciembre de 2017, la congresista, que presentó dicho proyecto de Ley, Doña Paloma Noceda, lo retiró y así lo hacía público en su cuenta de *Twitter* a través de su cuenta @PalomaNoceda²⁷⁶.

²⁷⁴ <https://es.fifa.com/governance/news/y=2018/m=3/news=la-fifa-levanta-la-suspension-impuesta-a-la-federacion-pakistani-de-futbol.html>

²⁷⁵ PALOMAR OLMEDA, A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Reflexiones en relación con el concepto de injerencia en el ámbito de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 58, 2018, BIB 2018/6195.

²⁷⁶ Concretamente decía lo siguiente:

“1/2 Es lamentable que se haya creado un psicosocial por la propuesta multipartidaria PL 1517 que se basa en la ley del deporte vigente! Deplorable utilizar este trabajo para campaña de desprestigio, alarmando a la población y jugando con los sueños de los peruanos!.

2/2 Con el esfuerzo y corazón se logró la meta de llegar al mundial. Todos los peruanos gritamos a un solo pulmón! Para tranquilidad de todos y para evitar que se use de excusa para alargar psicosocial, se retirará el proyecto multipartidario! “.

V.2.C. Conclusión

Los casos anteriores pueden ser interpretados desde dos perspectivas jurídicas abiertamente contradictorias que son las que pueden observarse en las distintas aproximaciones hechas a la relación entre la actividad deportiva y el Derecho público estatal.

Por un lado, se encuentra la interpretación, en virtud de la cual, el orden jurídico deportivo se constituye con la confluencia de normas, que organizan el deporte en sí mismo, elaboradas por parte de las federaciones de diferentes ámbitos (internacional, estatal o regional), junto con la intervención de las autoridades deportivas que se encargan de legislar, ejecutar, interpretar y hacer cumplir esas normas, constituyendo, todo ello, un orden jurídico autónomo, similar al orden jurídico de un Estado. Según esta perspectiva, se estaría, ante un orden jurídico sectorial que regiría un sector de la vida social, el deporte, y quienes quisieran practicarlo en competición deberían acatar las reglas de cada organización y sus resoluciones internas referidas a las condiciones de ejercicio de la actividad. Según esta doctrina, los Estados aceptarían, tácita o expresamente, el ámbito propio de competencia de ese orden jurídico deportivo, atribuyéndoles potestad de regular y normar la actividad deportiva. A modo de ejemplo, desde este punto de vista, la regla que prohíbe a los clubes y deportistas acudir a los tribunales ordinarios resultaría adecuada y lógica porque la actividad deportiva se regiría por las normas deportivas y los conflictos deberían resolverse por las autoridades y medios deportivos²⁷⁷.

Y por otro lado, según otra perspectiva, se considera que “Derecho” es exclusivamente el Derecho estatal y, por tanto, las actividades deportivas son actividades privadas que en todo caso deben someterse a las normas jurídicas estatales. Desde este punto de vista, las amenazas de exclusión de los equipos nacionales de la competición, por parte de las autoridades deportivas, no serían más que una venganza ilegítima, porque todos los ámbitos de la vida privada deben someterse a las reglas del Estado (Derecho público) y solo en aquello que el Estado no entre a regular se dejaría a los particulares que reglamentaran autónomamente sus relaciones, siempre y cuando dicha regulación federativa no atentara contra los derechos de los participantes (aun cuando se existiera una renuncia expresa). Utilizando el ejemplo empleado anteriormente, según esta posición, la prohibición de acudir a la jurisdicción ordinaria dentro de la normativa

²⁷⁷ VICENTE BLANCO, D. F. J., “La relación entre el derecho estatal ...”, *loc. cit.*, pág. 50 y ss.

federativa atentaría contra el Derecho estatal, por tanto, los poderes públicos podrían entrar a conocer del asunto porque ante todo debería primar el derecho a la tutela judicial efectiva y no cabe dejar a nadie en una situación de indefensión²⁷⁸. Desde esta perspectiva, las organizaciones deportivas estarían sometidas en su vida interna al Derecho público estatal que les otorga su personalidad jurídica.

Ahondando más en el análisis de si el ordenamiento jurídico deportivo se debiera interpretar, bien como una rama independiente y sectorial del Derecho, o bien como un Derecho de carácter privado que debiera quedar supeditado al control del Derecho estatal y, por tanto, al Derecho público, es interesante traer a colación la declaración que realizó el Parlamento Europeo, con fecha 29 de marzo de 2007, al pronunciarse sobre el futuro del fútbol profesional en Europa, cuando manifestó que, aunque los órganos de gobierno del deporte pudieran albergar el deseo legítimo de defender sus propios procedimientos deportivos, el recurso a los tribunales ordinarios, incluso cuando no estuviera justificado en términos, no podía ser objeto de penalización en el marco de la disciplina reglamentaria, condenando explícitamente las decisiones arbitrales de la FIFA a este respecto e instando a esta organización a que revisase sus Estatutos, en cooperación con la Comisión y los órganos de gobierno nacionales. Todo ello se declaró con miras a establecer un equilibrio adecuado entre el derecho legítimo de todos los agentes del deporte a recurrir a los tribunales ordinarios, por una parte, y el normal funcionamiento de las competiciones, por otra²⁷⁹.

VI. ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO VIGENTE EN ESPAÑA

A la hora de examinar el ordenamiento jurídico deportivo, es necesario establecer, fundamentalmente por su complejidad, una diferencia entre las normas aprobadas por poderes públicos y aquellas aprobadas por organismos de carácter privado.

Las leyes y las disposiciones normativas aprobadas directamente por los poderes públicos territoriales son las que ordenan, en el ámbito de sus respectivas competencias, el Derecho deportivo; no hay singularidades desde esta perspectiva, al reconocerse la primacía de las fuentes del Derecho comunitario, estatal y autonómico. No obstante, las peculiaridades

²⁷⁸ NAFZIGER, J. A. R., “International Sports Law as a Process for Resolving Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, enero, 1996, pág. 131- 133.

²⁷⁹ Apartados 15 y 16 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, sobre el futuro del fútbol profesional en Europa (2006/2130 (INI)).

radican en que este Derecho deportivo debe cohererse con las disposiciones de Derecho internacional privado que desbordan su ámbito de aplicación directa y manifiestan la autonomía del deporte²⁸⁰.

VI.1. FUENTES NORMATIVAS PÚBLICAS

VI.1.A. Derecho Comunitario

Puede afirmarse que, al menos en sentido estricto, la Unión Europea ha carecido durante años de una política comunitaria del deporte, al menos si por política comunitaria entendemos el conjunto de normas y medidas que derivan del ejercicio de una competencia atribuida por los Estados miembros a las instituciones comunes de manera específica.

En el ámbito comunitario la doctrina ha distinguido entre política europea del deporte “directa” e “indirecta”; la primera derivaría de la acción de las instituciones tendente a la potenciación de las dimensiones cultural, social y educativa de la actividad deportiva, y se apoyaría precisamente en los artículos del Tratado que regulan las competencias comunitarias sobre aquellas materias; la segunda, la “indirecta”, hace referencia a la doctrina del TJUE que, tomando la actividad deportiva en su vertiente económica, ha sentado las bases de la aplicación a la misma de las reglas del mercado único.

VI.1.A.a. Normas emanadas por las instituciones europeas

Son las normas que se derivan de la acción de las instituciones que pretenden potenciar la dimensión cultural, de salud pública, social y educativa de la actividad deportiva de acuerdo con las bases jurídicas que regulan las competencias comunitarias sobre aquellas materias²⁸¹.

La inclusión de una base jurídica que, de manera autónoma y explícita, habilite a las instituciones de la UE para legislar en materia deportiva, ha tenido un recorrido largo y complejo. El principal problema se ha centrado en la conveniencia o no de dicha base jurídica, de ser incorporada al Tratado, tuviese en cuenta la especificidad del deporte.

²⁸⁰ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del Deporte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, sept- dic. 1999, pág. 33 y ss.

²⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El derecho comunitario y el deporte profesional”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Bosch, 2009, pág. 377 y ss.

Esta inclusión del deporte, como título competencial, se materializa en el Tratado de Reforma de Lisboa, consecuencia del Consejo de Europa de 2007²⁸², lo que supone un paso formal sin precedentes en la historia legislativa de la UE, pues reconoce, por primera vez a través del Derecho originario, diferentes aspectos reclamados desde instituciones deportivas²⁸³. Es el artículo 165²⁸⁴ el que regula esta nueva competencia cuando manifiesta lo siguiente:

“1.- (...)”

La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa.

2.- *La acción de la Unión se encaminará a:*

- desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportivos, especialmente los más jóvenes.”

VI.1.A.b. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha hecho recaer la actividad deportiva bajo el ámbito comunitario en la medida en que supone una actividad económica. Se trata de una doctrina plenamente consolidada que el TJUE ha desarrollado a partir de las cuestiones prejudiciales de interpretación que hace el Tribunal de Justicia de las normas comunitarias y de las normas federativas que regulan el ejercicio del deporte como actividad profesional. Por tanto, cuando la actividad deportiva puede ser caracterizada como una actividad por cuenta ajena o como una prestación de servicios retribuida, estará comprendida en el ámbito de aplicación del Tratado y le serán de aplicación las libertades económicas. Esta misma doctrina se ha aplicado por el TJUE en

²⁸² TUÑÓN NAVARRO, J., “La incorporación del Deporte al Tratado de Lisboa”, *Revista Aranzadi de deporte y entretenimiento*, núm. 29, 2010, pág. 77-93.

²⁸³ GARCÍA SILVEIRO, E. A. y SIGNES DE MESA, J. I., *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el deporte*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 31-33.

²⁸⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, DOUE C-202, 7 de junio de 2016.

controversias de ciudadanos de terceros Estados que han suscrito acuerdos internacionales con la UE en los que se han incluidos cláusulas de no discriminación.

Por la importancia que la jurisprudencia ha tenido en el devenir del Derecho deportivo como parte integrante del Derecho comunitario, se estima necesario señalar y analizar las sentencias más relevantes dictadas por el Tribunal al efecto.

La evolución de la jurisprudencia del TJUE en relación al deporte se inicia en la década de los 70 con las sentencias dictadas en los *Casos Walrave*²⁸⁵ y *Donà Mantero*²⁸⁶. En ambas sentencias el Tribunal advierte que, a pesar de la ausencia de un título competencial expreso en los Tratados, el Derecho comunitario será de aplicación a la actividad deportiva en tanto en cuanto esta sea considerada una actividad económica.

Este reconocimiento por parte del Derecho comunitario, de que la actividad deportiva es parte de su ordenamiento jurídico, tendrá importantes y definitivas consecuencias jurídicas como resultado de la ya comentada sentencia del *Caso Bosman*²⁸⁷.

²⁸⁵ STJCE del 12 de diciembre de 1974, C-36/74, B.N.O. *Walrave and L.J.N. Koch v. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie and Federación Española de Ciclismo* (ECLI:EU:C:1974:140). Los hechos origen del conflicto nacen con la aprobación, en 1973, del nuevo reglamento de la Unión Ciclista Internacional (UCI); este impuso que, en el marco de los campeonatos mundiales de la modalidad de ciclismo tras motos (donde el ciclista va acompañado por un entrenador que conduce la moto a la que sigue el ciclista), el entrenador y el ciclista tuvieran la misma nacionalidad. En este caso, el Sr. *Walrave* y el Sr. *Koch*, ambos de nacionalidad holandesa, que participaban habitualmente como entrenadores en carreras del tipo descrito, interpusieron una demanda contra la UCI, así como contra las federaciones ciclistas holandesa y española, al entender que dicho precepto del reglamento era discriminatorio. La sentencia declaró que la práctica del deporte estaba regulada por el Derecho comunitario en la medida que esta constituía una actividad económica y respecto al fondo del asunto manifestó que si bien el Tratado prohibía toda discriminación por razón de la nacionalidad, esta prohibición no afectaba a la composición de equipos deportivos, en particular en forma de equipos nacionales, al ser la constitución de estos una cuestión de índole exclusivamente deportiva que, como tal, era ajena a la actividad económica.

²⁸⁶ STJCE de 14 de julio de 1976, C-13/76, *Gaetano Donà y Mario Mantero* (ECLI:EU:C:1976:115). Los hechos origen del conflicto resultan de la prohibición que en los años 70 había de fichar jugadores extranjeros en los equipos profesionales italianos. En este caso los Sres. *Donà* y *Mantero*, que eran responsables de fichar jugadores para un club de fútbol italiano, interpusieron una demanda contra la Federación de Fútbol italiana al entender que dicha prohibición vulneraba los preceptos del Tratado. La sentencia manifestó lo siguiente: que era incompatible con la norma comunitaria toda disposición nacional que reservara a los nacionales de un Estado miembro una actividad incluida en el ámbito de aplicación del Tratado; que la práctica del deporte era objeto del Derecho comunitario en cuanto constituía una actividad económica, por lo que los jugadores que tuvieran la nacionalidad de un Estado miembro se beneficiaría, en todos los Estados miembros, de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y servicios; pero que, sin embargo, el Tratado no se oponía a una normativa o práctica en la que se excluyera a los jugadores extranjeros de la participación en determinados encuentros por motivos no económicos relativos al carácter y al marco específico de dichos encuentros y que, por lo tanto, se refirieran únicamente al deporte como tal, como eran los encuentros entre equipos nacionales de diferentes países.

²⁸⁷ STJCE de 15 de diciembre de 1995, C-415/93, *Union Royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean- Marc Bosman* y otros (ECLI:EU:C:1995:463).

Esta sentencia vino a consagrar el derecho a la libre circulación de deportistas profesionales en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea. El TJCE afirmó, de un lado, que el artículo 48 del Tratado CEE (actual 45 de TFUE)²⁸⁸ resultaba contrario a las cláusulas de nacionalidad, establecidas por las federaciones deportivas, por violar el principio de no discriminación. La aplicación de las normas adoptadas por asociaciones deportivas, según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol solo podían alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros, vulneraba el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. La misma línea siguió la sentencia de TJCE en el *Caso Lehtonen*²⁸⁹, solo justificando un posible trato diferente por razones

²⁸⁸ Art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, DOUE C-202, 7 de junio de 2016, dice lo siguiente:

“1. *Quedaría asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.*

1. *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.*
2. *Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:*
 - a) *de responder a ofertas efectivas de trabajo;*
 - b) *de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;*
 - c) *de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;*
 - d) *de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.*
3. *Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.”*

²⁸⁹ STJCE, Sala sexta, de 13 de abril de 2000, C-176/96, *Jyri Lehtonen y Castors Canada Dry Naumur-Braine ASBL c. Fédération Royale Belge des Sociétés de Basket-Ball ASBL (FRBSB)* (ECLI:EU:C:2000:201). Los hechos origen del litigio nacen como consecuencia de los periodos habilitantes para la consecución de los traspasos de los jugadores de baloncesto; por una parte, el reglamento de la Federación belga de Baloncesto establecía que las transferencias de jugadores afiliados a la Federación belga se debería realizar con anterioridad al inicio del campeonato y, por otra parte, el reglamento de la Federación Internacional de Baloncesto permitía que se incorporase jugadores extranjeros de la zona europea hasta el 28 de febrero de cada año y para el caso de que los jugadores extranjeros fueran de la zona no europea la fecha límite se ampliaba hasta el 31 de marzo de cada año. En este caso el Sr. *Lehtonen*, jugador profesional de baloncesto de nacionalidad finlandesa, fue fichado por un equipo belga, el *Castors Canada Dry Naumur-Braine ASBL*, el 30 de marzo de 1996, al entenderse que dicha transferencia estaba fuera de plazo se dio por perdido el partido oficial en el que intervino. Como consecuencia de dicha decisión, el jugador y su equipo interpusieron una demanda contra la Federación belga de Baloncesto solicitando que se levantara la sanción de pérdida del partido impuesta, así como se le prohibiera imponer al club cualquier otra sanción que le impidiera hacer participar al jugador en el campeonato. La sentencia del Tribunal reconoció que las normas referidas constituían un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores, si bien las justificó porque respondían al objetivo de garantizar la regularidad de las competiciones deportivas, ya que las transferencias tardías podrían modificar el valor deportivo de un equipo durante el campeonato.

objetivas que se refirieran únicamente al deporte como tal o que obedecieran a diferencias existentes entre la situación de los jugadores procedentes de una federación que perteneciera a la zona europea y la de los jugadores procedentes de una federación que no perteneciera a dicha zona²⁹⁰. A este respecto, y como prueba de su evolución jurisprudencial, ha de señalarse el caso *Kolpak*²⁹¹ ya que, en este caso, el Tribunal aplicó la doctrina establecida por el caso *Bosman* a una controversia originada por un ciudadano de un tercer Estado, República Eslovaca, país que había suscrito un acuerdo internacional con la UE en el que se había incluido una cláusula de no discriminación a favor de los trabajadores legalmente contratados.

Siguiendo con el análisis de la sentencia *Bosman*, esta también reconoció que el citado artículo 48 del Tratado CEE (actual 45 de TFUE) se oponía a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas, con arreglo a las cuales un jugador profesional de fútbol nacional de un Estado miembro solo podía, al término del contrato que le vincula a un club, ser empleado por un club de otro Estado miembro si este último había abonado al club de origen una compensación por transferencia, formación o promoción; esta afirmación fue matizada por el TJUE en el *Caso Olivier Bernard*²⁹² que, si bien se partía

²⁹⁰ LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *El derecho deportivo entre el servicio público y el mercado*, Dykinson, S.L., Madrid, 2003, pág. 45 y ss.

²⁹¹ STJCE, Sala quinta, de 8 de mayo de 2003, asunto C-438/00, caso *Deutscher Handballbund eV contra Maros Kolpak* (ECLI:EU:C:2003:255). Los hechos origen de la controversia son los siguientes: *Maros Kolpak*, nacional eslovaco, suscribió un contrato de trabajo, de duración determinada, que expiraba el 30 de junio de 2003, con el *TSV Östringen eV Handball*; como consecuencia de la formalización de dicho contrato se solicitó que se le expidiese una licencia de jugador que no incluyese la mención correspondiente a los nacionales de países terceros, alegando que la República Eslovaca era uno de los países cuyos nacionales podían participar sin ninguna restricción en las competiciones en las mismas condiciones que los jugadores alemanes y comunitarios, gracias al Acuerdo de Asociación entre las Comunidades y Eslovaquia. El Tribunal consideró que, puesto que el Sr. *Kolpak* disfrutaba de un contrato legal de trabajo firmado con un equipo alemán de balonmano y dado que residía legalmente en Alemania, había accedido ya al mercado de trabajo alemán y que la norma objeto del litigio era similar a las cláusulas de nacionalidad contempladas en la sentencia del caso *Bosman* y por tanto contraria al Derecho comunitario.

²⁹² STJUE, Gran Sala, de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP contra Olivier Bernard* y otros (ECLI:EU:C:2010:143). Los hechos origen del presente caso son los siguientes: en 1997, el jugador *Olivier Bernard* suscribió un contrato como jugador promesa, figura regulada en la Carta del Fútbol Profesional, con el club *Olympique Lyonnais* por una duración de tres temporadas; antes de la finalización del contrato el club francés ofreció al jugador un contrato, esta vez de carácter profesional, de una temporada de duración, oferta que rechazó el jugador al decidir suscribir un contrato profesional con el club inglés *Newcastle United*. El club francés demandó al jugador y al club inglés, ante la jurisdicción laboral, solicitando que se les condenara solidariamente al abono de una indemnización equivalente a la retribución ofertada. El club francés fundamentó su reclamación en la violación del jugador del artículo 23 de la Carta del Fútbol Profesional que establecía la obligación del jugador promesa de suscribir su primer contrato como profesional con el club que le había formado si el último así lo exigía. El Tribunal, en este caso, se concentró en interpretar el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el cual tiene por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión Europea. El Tribunal partió de dos premisas: la primera de ellas era el reconocimiento de que el régimen por el cual un jugador promesa estaba obligado al término de su

de un reglamento distinto al que se aplicó en el Caso *Bosman*, el Tribunal precisó que un sistema que prevé el pago de una compensación por formación en el caso de que un joven jugador celebre al término de su formación un contrato como jugador profesional con un club distinto del que le ha formado puede, en principio, justificarse por el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores. No obstante, dicho sistema tiene que ser efectivamente apto para lograr ese objetivo y proporcionado en relación con este, teniendo en cuenta los gastos soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo.

Siguiendo con el análisis evolutivo de la jurisprudencia del Tribunal respecto a la actividad deportiva, la sentencia dictada en el *Caso Deliège*²⁹³ supuso un paso hacia adelante en este ámbito. De un lado, porque el fondo del asunto trataba sobre la actividad realizada por los deportistas en el marco de las selecciones nacionales y, de otro, porque se dirimía un asunto relativo a una deportista aficionada. Hay que tener en cuenta que, hasta la fecha, los casos dirimidos ante el Tribunal habían sido protagonizados por deportistas profesionales que se asimilaban a trabajadores. En este caso, la protagonista del procedimiento era una deportista aficionada y con el objeto de que su actividad pudiese ser considerada como económica (requisito necesario para que el Tribunal de justicia pudiera ser competente para dirimir el asunto), el Tribunal argumentó que los servicios prestados por la Sra. *Deliège* se encuadraban en el marco del artículo 56 del

formación a suscribir un contrato profesional con el club que le había formado, bajo la consecuencia de tener que pagar una indemnización en caso de que rehusara a hacerlo, pudiera contravenir los preceptos reguladores del derecho a la libre circulación; y la segunda, que el Tribunal también reconoció que los clubes formadores tenía derecho a que se les compensase por la formación dispensada, dado que soportaban los gastos de formación de un conjunto de jugadores, cuando la realidad era que solo unos pocos alcanzarían la posibilidad de llegar a ser profesional. Esto es, el Tribunal apreció una restricción del artículo 45 del TFUE si bien reconoció un interés legítimo para imponerla siempre que la medida impuesta fuera proporcionada.

²⁹³ STJCE de 11 de abril de 2000, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, *Christelle Deliège c. Ligue Francophone de Judo et disciplines associées ASBL* y otros (ECLI:EU:C:2000:199). En este caso la Sra. *Deliège* judoca desde 1983, cuyo palmarés acumulaba títulos tales como el de campeona de Bélgica, de Europa y del mundo en su categoría de menos de 52 kg., interpuso varias demandas contra la *Ligue Franchophone de Judo et disciplines associées* (LFJ), la *Ligue Belge de judo* (LBJ), *Union Européenne de judo* (UEY) con la finalidad de que el Tribunal declarara que el sistema de selección de yudocas para los torneos internacionales, según lo establecido por los reglamentos de las federaciones denunciadas, era ilegal en la medida en que confería a estas una facultad que podría conculcar el derecho de los yudocas a la libre prestación de servicios y obstaculizar la libertad profesional de estos deportistas. El Tribunal entendió que las normas de selección controvertidas no determinaban las condiciones de acceso de deportistas profesionales al mercado de trabajo, ni contenían cláusulas de nacionalidad que limitaran el número de nacionales de otros Estados miembros que pudieran participar en una competición. Según la sentencia la finalidad de dichas normas no era otra que limitar el número de participantes en un torneo, limitación necesaria al desarrollo de una competición deportiva internacional de alto nivel, que en ningún caso constituía una restricción a la libre prestación de servicios prohibida por el Tratado.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁹⁴, pues las competiciones en las que participaba la deportista, aun siendo ella aficionada, eran actividades económicas, porque estas suponían un espectáculo deportivo en el que el organizador se beneficiaba de los ingresos que pudiera recibir por la asistencia del público, las retransmisiones televisivas o, incluso, las aportaciones de los anunciantes publicitarios y de los patrocinadores. Según el Tribunal, debía ser el juez nacional el que debiera determinar si eso era así, para lo cual, debería tener en cuenta si se cumplían requisitos, exigidos por la jurisprudencia del TJUE, tales como que las actividades desarrolladas fueran reales y efectivas y que no resultaran marginales ni accesorias. La evolución jurisprudencial, a este respecto, ha sido definitiva, ya que en el reciente caso *Daniele Biffi*²⁹⁵ la circunstancia de que el deportista sea aficionado en ningún caso ha sido tomada en cuenta en aras a evitar que el Tribunal entre en el análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas. De hecho, reconoce que el acceso a las actividades recreativas constituye el corolario de la libertad de circulación y que, por tanto, no puede ser objeto de discriminación alguna por causa de la nacionalidad²⁹⁶ y que únicamente se aceptará normativa que establezca alguna limitación

²⁹⁴ Art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007. DOUE C-202, 7 de junio de 2016, dice lo siguiente:

“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión”.

²⁹⁵ STJUE, Sala tercera, de 13 de junio de 2019, asunto C-22/18 *TopFit eV, Danielle Biffi c. Deutscher Leichtathletikverband eV* (ECLI:EU:T:2019:497). Los hechos origen del procedimiento son consecuencia de la modificación del reglamento de la Federación alemana de Atletismo, concretamente de su artículo 5.2, que se realizó el 17 de junio de 2016, por el cual a partir de entonces solo los nacionales alemanes podían participar en los campeonatos alemanes. Ante dicha circunstancia *Danielle Biffi*, nacido en 1972 y de nacionalidad italiana, que residía en Alemania desde 2003 y que participaba como aficionado en competiciones de carreras de atletismo en las distancias de 60 metros, 100 metros, 200 metros y 400 metros en la categoría sénior interpuso, conjuntamente con su club *TopFit eV*, una demanda ante el órgano jurisdiccional pertinente solicitando que su participación fuera admitida en futuros campeonatos alemanes de atletismo para seniors y pudiera obtener una clasificación en los mismos, alegando que cumplía con todos los requisitos exigidos por la Federación alemana de atletismo salvo el requisito de la posesión de la nacionalidad alemana. Finalmente, esta cuestión llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de la cuestión prejudicial, y esta dictaminó que la normativa de una federación deportiva nacional de un Estado miembro que no permitiera a una ciudadano de la UE (nacional de otro Estado miembro y que residiera en el primero) participar por razón de su nacionalidad en los campeonatos nacionales de la categoría sénior o solo pudiera participar en los mismos “fuera de clasificación” o “sin clasificación” vulneraría el Derecho comunitario, salvo que pudiera justificarse por razones objetivas y proporcionadas al objetivo perseguido.

²⁹⁶ Arts. 18 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007. DOUE C-202, 7 de junio de 2016, dicen lo siguiente:

- Artículo 18.

o restricción al respecto cuando esta normativa esté justificada por consideraciones objetivas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido.

En otro orden de cosas, cabe destacar la sentencia dictada en el Caso Meca- Medina²⁹⁷, en el que se solicitaba por parte de los nadadores la declaración de incompatibilidad de determinadas normas adoptadas por el Comité Olímpico Internacional (COI), aplicadas por la Federación Internacional de Natación (FINA), relativas a prácticas de control antidopaje con normas del Tratado. El Tribunal argumentó que la compatibilidad de una reglamentación determinada con las normas comunitarias debería apreciarse teniendo en cuenta el contexto global en el que se adoptaba y los objetivos cuya consecución se buscaba con su adopción. El Tribunal concluyó que, si bien la normativa antidopaje pudiera ser interpretada como restrictiva de la libertad de competencia incompatible con el mercado común, la normativa estaba justificada por un objetivo legítimo y necesario

“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda la discriminación por razón de la nacionalidad.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.”.

- Artículo 21.

“1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

2. Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.

3. A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.”.

²⁹⁷ STJCE, Sala tercera, de 18 de julio de 2006, C-519/04 P, David Meca Medina y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas (ECLI:EU:C:2006:492). Los hechos originarios fueron los siguientes: David Meca e Igor Majcen, ambos nadadores profesionales de larga distancia, con ocasión de un control antidopaje efectuado el 31 de enero de 1999, durante la Copa del Mundo de dicha disciplina en Salvador de Bahía (Brasil), en que habían terminado primero y segundo, los resultados de los controles que se les practicaron fueron positivos en relación con la nandrolona. En un primer momento la Federación Internacional de Natación (FINA) acordó suspenderles por un periodo de cuatro años, sanción que fue recurrida ante el Tribunal Arbitral del Deporte sito de Lausana, reduciéndose la sanción a dos años. No satisfechos con la resolución acudieron a la Comisión Europea por entender que la normativa que aplicaba la FINA no era compatible con las normas comunitarias sobre competencia y sobre la libre prestación de servicios, llegando dicha denuncia, finalmente, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal manifestó que la compatibilidad de una normativa con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta, pues no todo acuerdo que restrinja la libertad de acción está prohibida de acuerdo con el Tratado.

para lograr el buen funcionamiento de la competición deportiva y garantizar una rivalidad sana entre los atletas²⁹⁸.

Finalmente se estima necesario finalizar este análisis jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la mención del caso *Piau*²⁹⁹, porque es la primera ocasión en que el Tribunal se pronuncia sobre la aplicación de las normas de competencia del Tratado en el ámbito de Derecho deportivo, al considerar que la FIFA se configura como una asociación de empresas, en el sentido del artículo 81 de Tratado de la Unión Europea (actual art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)³⁰⁰, y los

²⁹⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El derecho comunitario y el deporte profesional”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte ... op. cit.*, pág. 395 y ss.

²⁹⁹ ATJUE, Sala tercera, de 23 de febrero de 2006, caso C-171/05P, caso *Piau/Comisión*, (ECLI:EU:C:2006:149). Los hechos que originan el auto de referencia son los siguientes: Don *Laurent Piau* era un agente de jugadores que planteó una denuncia ante la Comisión Europea por considerar que el contenido y los objetivos del Reglamento relativo a los agentes de jugadores de la FIFA era incompatible con las disposiciones en materia de libre circulación de trabajadores. A resultas de esa denuncia la Comisión Europea obligó a la FIFA a flexibilizar las condiciones de acceso a la profesión de agente de jugadores, sin embargo, el Sr. *Piau* persistió en su demanda que finalmente terminó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, ratificando lo declarado por el Tribunal de Primera Instancia, afirmó que la FIFA era una asociación de empresas y que sus reglamentos eran decisiones que debían respetar el artículo 81 del TUE, y que si bien entendía que los requisitos impuestos por el Reglamento relativo a los agentes de jugadores suponían una barrera al acceso a la actividad económica (afectando a la competencia) estos podían ser admitidos, por estar justificados, en la medida que cumplían con lo regulado en el propio artículo 81 en su tercer apartado.

³⁰⁰ Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007. DOUE C-202, 7 de junio de 2016 dice lo siguiente:

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

reglamentos elaborados por ella son, por tanto, decisiones adoptadas en el sentido del precepto referido.

VI.1.B. Derecho Estatal

VI.1.B.a. Constitución Española³⁰¹

Por lo que concierne al marco estatal, el artículo 43.3 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de fomentar la educación física y el deporte.

“3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.”.

Según la jurisprudencia³⁰², el artículo 43.3 de la Constitución Española no consagra ciertamente un derecho al deporte, sino que únicamente establece su fomento público, pero la inclusión del fenómeno del deporte en el marco constitucional no entraña únicamente un significado simbólico, pues origina unas consecuencias jurídicas. El poder constituyente, al comprender la importancia del hecho deportivo en la sociedad moderna y recogerlo así en la Constitución, ha manifestado su criterio de que el deporte, como las demás instituciones del país, debe empaparse de los principios sustanciales de la Constitución, lo que ha tenido una importante repercusión dentro del ordenamiento jurídico-deportivo; se trata de amparar una actividad de indudable utilidad pública, y que forma parte del conjunto de elementos que tienden, no solo ya a proporcionar medios materiales a los ciudadanos, sino a mejorar la calidad de su vida cotidiana³⁰³.

Es el artículo 149 CE el que recoge, si bien no de modo explícito, las competencias del Estado en materia de deporte y es por ello que será preciso analizar los distintos títulos

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”.

³⁰¹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública ...*, op. cit., pág. 97-98.

³⁰² STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2ª, de 20 de enero de 1989 (RJ 1989/150), Fundamento Jurídico 3º.

³⁰³ CAMPS I POVILL, A., “El artículo 43.3 de la Constitución Española”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte. X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994, pág. 22.

competenciales contenidos en el mencionado artículo para analizar la competencia estatal en materia deportiva:

- En cuanto que el deporte tiene una relación directa con el derecho de asociación (art. 22 de la CE), el artículo 149.1.1 CE dice lo siguiente:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”.

- Porque pueda entenderse que las manifestaciones internacionales del deporte justifiquen la intervención del Estado, el artículo 149.1.3 CE establece lo siguiente:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

3. Relaciones internacionales.”.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta la doctrina constitucional³⁰⁴ según la cual, la dimensión exterior de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva de este artículo que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de cierta incidencia exterior por remota que sea, ya que, si así fuera, se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La reserva de esta competencia a favor del Estado se refiere, según la referida doctrina constitucional, a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado.

- En relación a que en el ámbito del deporte entre en juego la legislación mercantil y laboral, los apartados 6º y 7º del primer punto del artículo 149 CE regula lo siguiente:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(.....)

³⁰⁴ STC 153/1989, Pleno, de 5 de octubre, nº conflicto positivo: 94/1985 (ECLI:ES:TC:1898:153), Fundamento Jurídico 8º y STC 80/1993, Pleno, de 8 de marzo, nº conflictos positivos acumulados: 1043/86 y 336/87 (ECLI:ES:TC:1993:80), Fundamento Jurídico 3º.

1. *Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.*

2. *Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de la Comunidades Autónomas.*”.

- En lo relativo a la seguridad en los espectáculos deportivos, competencia del Estado será según el art. 149.1.29 CE manifiesta lo siguiente:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...)

29. *Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.*”.

Esta competencia ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional³⁰⁵ cuando desestimó el conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la Prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos³⁰⁶.

- Y, finalmente, el artículo 149.2 de la Constitución Española cuando expone que, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial, facilitando la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas, entendiéndose que la cultura tiene una conexión evidente con la actividad deportiva³⁰⁷.

³⁰⁵ STC 148/2000, Pleno, de 1 de junio de 2000, nº conflicto positivo de competencia: 3242/93 (ECLI:ES:TC:2000:148). En este caso, la Generalitat de Cataluña, promotora del conflicto, consideró que el Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, por el que se aprobaba el Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, vulneraba sus competencias en materia de “espectáculos” y de “creación de su propia policía”. Por su parte, el Abogado del Estado defendía su validez aduciendo que el Real Decreto referido era consecuencia del ejercicio de las competencias estatales relativas a la “seguridad pública” y el “deporte”. El Tribunal, a lo largo de toda la sentencia, analizó todos y cada uno de los preceptos de la mencionada ley para, finalmente, concluir que ninguno de los preceptos del Real Decreto 769/1993 vulneraba las competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña.

³⁰⁶ BOE núm. 146, de 19 de junio de 1993, pág. 18902 a 18912, actualmente disposición derogada.

³⁰⁷ STC 16/1996, Pleno, de 1 de febrero de 1996, nº rec. de inconstitucionalidad: 2280/1990 (ECLI:ES:TC:1996:16), Fundamento Jurídico 2º. En este procedimiento la Generalitat de Cataluña impugnó determinadas partidas presupuestarias para financiar actividades deportivas y el Tribunal señaló lo siguiente:

VI.1.B.b. Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte³⁰⁸

La primera Ley del deporte posterior a la Constitución Española fue la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte³⁰⁹ que, si bien regulaba el fenómeno deportivo, nada disponía acerca del deporte profesional, dejando que este se desarrollase en el marco de las federaciones deportivas.

Es con la aprobación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que se consigue aunar, en una misma ley, la normativa relativa al deporte como actividad lúdica y el deporte como actividad profesional. El objetivo fundamental de la Ley es regular el marco jurídico en que debe desenvolverse la práctica deportiva en el ámbito del Estado, rechazando, por un lado, la tentación de asumir un protagonismo público excesivo y, por otro, la propensión a abdicar de toda responsabilidad en la ordenación y racionalización de cualquier sector de la vida colectiva.

Según el Preámbulo de la Ley, el fenómeno deportivo, actividad libre y voluntaria, presenta aspectos y realidades claramente diferenciados, que requieren tratamientos específicos, como son, por una parte, la práctica deportiva del ciudadano como actividad espontánea, desinteresada y lúdica; por otra, la actividad deportiva organizada a través de estructuras asociativas; y, finalmente, el espectáculo deportivo, fenómeno de masas cada vez más profesionalizado y mercantilizado.

La Ley pretende unos objetivos directamente relacionados con las realidades anteriormente expuestas, como son:

- Fomentar la práctica deportiva y ordenar su funcionamiento, cuando esta trasciende del ámbito autonómico.
- Reconocer y facilitar la actividad deportiva organizada a través de estructuras asociativas.
- Regular el espectáculo deportivo, considerándolo como una actividad progresivamente mercantilizada.

“(…) no cabe desconocer que el Estado ostenta competencias sobre determinadas materias, singularmente educación y cultura, que pueden incidir también sobre el deporte; todo ello sin perjuicio de las competencias específicas que la Ley 10/1990, del Deporte, atribuye al Estado, en especial de coordinación con las Comunidades Autónomas respecto de la actividad deportiva general y apoyo, en colaboración también con las Comunidades Autónomas, del deporte de alto nivel.”.

³⁰⁸ BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

³⁰⁹ BOE núm. 89, de 12 de abril de 1980, pág. 7908 a 7913.

La Ley propone un nuevo modelo de asociacionismo deportivo que persigue, por un lado, el favorecer el asociacionismo deportivo de base, mediante la creación de clubes deportivos y, por otro, establecer un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollan actividades de carácter profesional, mediante la conversión de los clubes profesionales en Sociedades Anónimas Deportivas³¹⁰.

Se establece la obligatoriedad de constitución, en el seno de las estructuras federativas, de ligas integradas exclusiva e imperativamente por todos los clubes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional³¹¹. De ello se deduce que en el modelo legal deportivo español no se pueden crear ligas allá donde no haya federación.

Por primera vez se reconoce en la legislación la naturaleza jurídica privada de las federaciones, al tiempo que se les atribuyen funciones públicas de carácter administrativo³¹². Es en esta última dimensión en la que se sustentan las diferentes reglas de tutela y control que la Administración del Estado puede ejercer sobre las federaciones y que la ley, cautelarmente, ha establecido con un respeto de los principios de auto-organización que resultan compatibles con la vigilancia y protección de los intereses públicos³¹³.

Asimismo, declara que las ligas profesionales tendrán personalidad jurídica, y que gozarán de autonomía para su organización interna y funcionamiento respecto de la

³¹⁰ DE LA IGLESIA PRADOS, E., "Derecho Deportivo y Derecho de Asociación", en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975- 2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005, pág. 435 y ss.

³¹¹ Art. 12 de la Ley 10/90, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

³¹² Art. 30 de la Ley 10/90, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dice lo siguiente:

"1. Las Federaciones deportivas españolas son Entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte.

2. Las Federaciones deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública."

³¹³ TEROL GÓMEZ, R., "Derecho del Deporte y Deporte profesional: Las Ligas profesionales", en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975- 2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005, pág. 495 y ss.

federación deportiva española correspondiente de la que formen parte, sin perjuicio de las competencias que pueda delegarles la federación deportiva española correspondiente³¹⁴.

Y así lo establece la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 61/1997 de 6 de febrero (AC 1997\1742) cuando dice lo siguiente:

“Hay que señalar, previamente, que las asociaciones están facultadas para auto organizarse. En concreto, las Ligas Profesionales tienen encomendadas «ex lege» -artículo 41.4, b) de la Ley 10/1990, de 15 octubre, del Deporte- unas funciones de tutela, control y supervisión de la actuación de sus asociados.

Por ello, el control judicial de la actividad de dichos entes, en sus relaciones con los asociados, ha de limitarse a los casos de superación de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad por las normas que dicten o de inadecuación de sus actos a dichas normas.”.

Otro aspecto importante, y anteriormente mencionado, es la necesaria y obligatoria conversión en Sociedades Anónimas Deportivas (SAD) de los clubes que integran las ligas profesionales³¹⁵ (hasta la aprobación de la ley se constituían en sociedades deportivas sin ánimo de lucro, situación que no casaba con la realidad que se vivía dentro de las ligas profesionales, a ello se unió la circunstancia de que desde finales de los años 80, la situación financiera de la mayoría de clubes españoles se había convertido en inasumible y era necesario establecer un sistema en el que hubieran mayores controles organizativos y económicos)³¹⁶. Estas Sociedades Anónimas Deportivas quedarían sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades establecidas en la Ley del Deporte y en sus normas de desarrollo (RD 1084/1991, de 5 de julio, de sociedades anónimas deportivas³¹⁷). Se incluyó una única excepción a la obligación de conversión en la Disposición Adicional Séptima de la Ley del Deporte, según la cual, no tendrían obligación de convertirse en Sociedad Anónima Deportiva aquellos clubes que, estando participando ya en competiciones deportivas profesionales,

³¹⁴ Auto de la AP Civil de Madrid 123/2015, sección 28ª, del 8 de junio, nº rec. de apelación: 74/2015 (JUR 2015/156044), Fundamento Jurídico 2º.

³¹⁵ Art. 19 de la Ley 10/90, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

³¹⁶ LATORRE MARTÍNEZ, J., “Las anónimas sociedades deportivas: desconcertante presente e incierto futuro”, en MILLAN GARRIDO, A. (coord.): *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Ed. Reus, Madrid, 2010, pág. 427-450.

³¹⁷ BOE núm. 168, de 15 de julio de 1991, pág. 23468 a 23472.

hubieran demostrado una buena gestión con el régimen asociativo, manteniendo un patrimonio neto positivo durante los cuatro últimos ejercicios; excepción a la que se acogieron el Real Madrid Club de Fútbol, el Fútbol Club Barcelona, Athletic Club de Bilbao y Club Atlético Osasuna³¹⁸. Esta decisión en ningún caso ha sido pacífica y ha terminado siendo objeto de un litigio judicial cuyo recurso de casación está pendiente de resolución ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹⁹.

En la actualidad, el gobierno español ha visto la necesidad de modernizar la Ley vigente por lo que el pasado 1 de febrero de 2019, en el seno del Consejo de Ministros, se aprobó el Anteproyecto de la nueva Ley del Deporte, que aborda, en la práctica, la totalidad de las nuevas realidades del mundo del deporte e introduce avances en materias de igualdad, deporte inclusivo, gobernanza en las entidades deportivas, entre otros aspectos. Su tramitación se ha visto suspendida temporalmente como consecuencia del adelanto electoral del 28 de abril de 2019.

³¹⁸ HERVÁS MARTÍNEZ, J., FORTÚN COSTEA, A., GARCÍA LUCAS, R., LASA AZPEITIA y J., ROCA ALOMAR, J., “La organización en forma de ligas del deporte profesional en el ordenamiento jurídico español: historia reciente, problemática y análisis de los principales instrumentos”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, 2009, pág. 81 y ss.

³¹⁹ En noviembre de 2009, la Comisión fue advertida sobre un posible trato preferente, en lo relativo al impuesto sobre sociedades, a los cuatro clubes deportivos que se acogieron a la excepción regulada en el Disposición adicional séptima de la Ley del Deporte, Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna, FC Barcelona y el Real Madrid CF, en comparación con las sociedades anónimas deportivas. Consecuencia de la información recibida, la Comisión decidió incoar el oportuno procedimiento partiendo de la premisa de que el trato fiscal dispensado a los clubes deportivos difería (era sensiblemente inferior) del aplicable a las sociedades anónimas deportivas. Los clubes deportivos implicados negaron que el diferente trato fiscal supusiera un trato favorable hacía ellos, basándose, por una parte, en que al ser entidades sin ánimo de lucro su régimen de responsabilidades impuesto a sus órganos de gestión era muchísimo más estricto, que en el caso de las sociedades anónimas deportivas, llegando sus gestores a ser responsables personal e ilimitadamente de las eventuales pérdidas y, por otra, en que la posible ventaja derivada de los diferentes tipos impositivos podía verse contrarrestada con la diferencia en las deducciones que se pudieran aplicar en el impuesto de sociedades, ya que en el caso de las sociedades anónimas deportivas las deducciones eran superiores a las que pudieran aplicarse los clubes deportivos. La Comisión en su Decisión 2016/2391 de 4 de julio de 2016, relativa a la ayuda estatal S.A. 29769 (2013/C) (ex (2013/NN) concedida por España a determinados clubes de fútbol (DOEU L-357, de 28 de diciembre de 2016), manifestó que España había introducido ilegalmente una ayuda en forma de privilegio fiscal en el impuesto sobre sociedades para los cuatro clubes deportivos, infringiendo el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la UE y que dicha ayuda no era compatible con el mercado interior. La Comisión condenó a España a que pusiera fin al trato fiscal favorable y a que se recuperara las cantidades dejadas de cobrar como consecuencia de dicho trato.

Esta sentencia fue recurrida ante el Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-865/16, de 26 de febrero de 2019 (ECLI:EU:T:2019:113), por la que anuló la decisión dictada por la Comisión Europea, al considerar que la Comisión Europea no había acreditado convenientemente las ayudas ilegales reprobadas, concretamente le reprochó que cuando la Comisión llevó a cabo la comparación formal de los tipos de gravamen aplicables, la aplicable a la sociedad anónima deportiva y al club deportivo, no analizó el alcance de las diferentes deducciones fiscales a las que una y otro tenían derecho.

En la actualidad, la Comisión Europea ha recurrido dicha sentencia en casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estando pendiente de resolución.

*VI.1.B.c. Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas*³²⁰

El Real Decreto 1835/1991 define a las federaciones deportivas españolas como entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio que, además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.

Así lo ratificó el Tribunal Constitucional³²¹ cuando, en relación a la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas, manifestó lo siguiente:

“Las Federaciones se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva si bien se estimula la adscripción a la respectiva Federación en cuanto constituye un requisito para que los clubs deportivos puedan participar en competiciones oficiales y en cuanto canalizan la asignación de subvenciones. (...) (...) las Federaciones aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo.”.

Asimismo, reconoce a las ligas profesionales como figuras jurídicas individualizadas de naturaleza asociativa privada, que se han de constituir en el seno de las estructuras federativas.

Más adelante en el apartado VII del presente capítulo se ahondará más en profundidad en ambas instituciones: las federaciones deportivas y las ligas profesionales.

*VI.1.B.d. Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte*³²²

La Ley nace con el objetivo de erradicar la violencia del deporte, además de prevenir, controlar y sancionar con rigor cualquier manifestación violenta en el ámbito de la actividad deportiva y, muy especialmente, cuando adquiere connotaciones de signo racista, xenófobo o intolerante.

³²⁰ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

³²¹ STC 67/85, Pleno, de 24 de mayo de 1985, n° cuestión de inconstitucionalidad: 364/1983 (ECLI:ES:TC:1985:67), Fundamento Jurídico 4º.

³²² BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964.

La Ley reordena el compromiso de los poderes públicos en el impulso de políticas activas contra actuaciones violentas o de incitación a la violencia y conductas constitutivas de actos racistas, xenófobos o intolerantes.

Respecto a su contenido, cabe destacar, por la importancia que adquirirá en el presente trabajo de investigación, las disposiciones adicional segunda, en su apartado segundo³²³, y quinta³²⁴ de la Ley que, por una parte, exige que los reglamentos, estatutos y normas federativas eliminen cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de los extranjeros, que se encuentran legalmente en España, en actividades deportivas no profesionales; y por otra, modifica el contenido del artículo 32.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre del deporte, imponiendo a las federaciones autonómicas, para el caso de que quieran integrarse en las federaciones deportivas españolas, la eliminación de cualquier obstáculo que impida o dificulte la participación de los extranjeros, así como de sus familiares en actividades deportivas no profesionales.

VI.1.C. Derecho autonómico

Como consecuencia del artículo 148.1.19 de la Constitución Española que dice que las Comunidades Autónomas podrán asumir la competencia en materia de promoción del

³²³ Apartado segundo de la Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964, dice lo siguiente:

“2. Asimismo, las citadas entidades deberán modificar, en el mismo plazo previsto en el apartado anterior, su normativa y eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación en actividades deportivas no profesionales de los extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias. Excepcionalmente, se podrá autorizar por el Consejo Superior de Deportes medidas de acción positiva basadas en exigencias y necesidades derivadas del deporte de alto nivel y de su función representativa de España.”

³²⁴ Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964, dice lo siguiente:

“Disposición adicional quinta. Modificación del artículo 32.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

El apartado 2 del artículo 32 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte queda redactado de la forma siguiente:

2. Los estatutos de las federaciones deportivas españolas incluirán los sistemas de integración y representatividad de las federaciones de ámbito autonómico, según lo establecido en las disposiciones de desarrollo de la presente Ley. A estos efectos, la presidencia de las Federaciones de ámbito autonómico formará parte de las Asambleas generales de las Federaciones deportivas españolas, ostentado la representación de aquéllas.

En todo caso, para que las federaciones de ámbito autonómico puedan integrarse en las federaciones deportivas españolas o, en su caso, mantener esa integración, deberán eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias en las actividades deportivas no profesionales que organicen.”

deporte, todas ellas han dictado leyes en materia del deporte, las cuales han sido objeto de posteriores desarrollos normativos subordinados. Tal actividad normativa tuvo su origen en Cataluña, primera en ejercer la competencia legislativa en el año 1988.

Todas las leyes siguen un patrón similar, y su contenido se puede clasificar en dos grupos diferentes: contenidos básicos y contenidos adicionales³²⁵.

Los primeros disponen de una extensión normativa semejante en todas las disposiciones autonómicas, y las diferencias entre unas leyes y otras radican en consideraciones terminológicas. Entre estas materias se incluyen los aspectos organizativos (sector público, sector privado, relaciones interadministrativas ...), y el régimen sancionador y disciplinario deportivo.

Respecto a los contenidos adicionales, partiendo de la raíz común anteriormente indicada, cada ley autonómica confiere mayor énfasis a la regulación de cuestiones específicas que difieren unas de otras. Por ejemplo, la prevención de la violencia y el dopaje son materias que no contemplan todas las leyes autonómicas; los contenidos normativos adicionales tienden a ampliarse cuanto más reciente es la Ley. Todas las Comunidades Autónomas han tomado como referencia el mismo modelo deportivo dispuesto por la legislación del Estado³²⁶.

El análisis de la normativa deportiva de cada Comunidad Autónoma³²⁷ daría suficiente contenido como para elaborar una tesis doctoral, es por ello, y por una coincidencia

³²⁵ GAMERO CASADO, E., “Derecho deportivo y derecho autonómico”, en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975- 2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005, pág. 107 y ss.

³²⁶ BERMEJO VERA, J., “El marco jurídico ...”, *loc. cit.*, pág. 7 y ss.

³²⁷- Comunidad de Madrid. Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 9, de 11 de enero de 1995, pág. 11 a 24, BOE núm. 85, de 10 de abril de 1995, pág. 10654 a 10667).

- Comunidad de Asturias. Ley 2/1994, de 29 de diciembre, del deporte (BOPA núm. 10, de 14 de enero de 1995, pág. 289 a 302, BOE núm. 94, de 20 de abril de 1995, pág. 11597 a 11610).

- Comunidad de Extremadura. Ley 2/1995, de 6 de abril, del Deporte de Extremadura (DOE núm. 50 de 29 de abril de 1995, pág. 1643 a 1661, BOE núm. 128, de 30 de mayo de 1995, pág. 15700 a 15713).

- Comunidad de Cantabria. Ley 2/2000, de 3 de julio, del Deporte (BOC núm. 134, de 11 de julio de 2000, pág. 5211 a 5226, BOE núm. 177, de 25 de julio de 2000, pág. 26422 a 26439).

- Comunidad de Cataluña. Decreto legislativo 1/2000, de 31 de julio, por el que se aprueba el Texto único de la Ley del Deporte (DOGC núm. 3199, de 7 de agosto de 2000, pág. 10172 a 10189).

- Comunidad de Navarra. Ley Foral 15/2001, de 5 de julio, del Deporte de Navarra (BON núm. 86, de 16 de julio de 2001, pág. 5501 a 5519, BOE núm. 190, de 9 de agosto de 2001, pág. 29749 a 29775).

geográfica obvia, se ha decidido central el estudio de la normativa relativa al deporte elaborada por la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Respecto a las disposiciones relativas al País Vasco, cabe destacar en primer lugar el artículo 10.36 de su Estatuto Autonómico³²⁸ que dice que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en Deporte y, como consecuencia de dicha atribución competencial, se han aprobado distintas normas.

*VI.1.C.a. Ley 14/1998 de 11 de junio, del Deporte del País Vasco*³²⁹

La Ley reconoce el derecho fundamental de todas las personas a la práctica del deporte de forma libre y voluntaria y resalta la obligación de los poderes públicos de garantizar la práctica del deporte mediante la incentivación del patrocinio privado. La obtención de recursos económicos para el deporte debe realizarse a través de una financiación desde el sector privado que complemente la acción pública. Asimismo, la Ley incluye nuevos

- Comunidad Illes Balears. Ley 14/2006, de 17 de octubre, del deporte de las Illes Balears (BOIB núm. 151, de 26 de octubre de 2006, pág. 40 a 62, BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, pág. 41869 a 41896).

- Comunidad de Valencia. Ley 2/2011, de 22 de marzo, del deporte y la actividad física de la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 6487, de 24 de marzo de 2011, pág. 12328 a 12375, BOE núm. 91, de 16 de abril de 2011, pág. 39440 a 39495).

- Comunidad de Galicia. Ley 3/2012, de 2 de abril, del deporte de Galicia (DOG núm. 71, de 13 de abril de 2012, pág. 13194 a 13295, BOE núm. 101, de 27 de abril de 2012, pág. 32376 a 32439).

- Comunidad de La Rioja. Ley 1/2015, de 23 de marzo, del ejercicio físico y del deporte de La Rioja (BOR núm. 40, de 25 de marzo de 2015, pág. 6317 a 6383, BOE núm. 90, de 15 de abril de 2015, pág. 31808 a 31891).

- Comunidad de Murcia. Ley 8/2015, de 24 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de la Región de Murcia (BORM núm. 71, de 27 de marzo de 2015, pág. 12448 a 12528, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2015, pág. 37692 a 37762).

- Comunidad de Castilla la Mancha. Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha (DOCM núm. 67, de 8 de abril de 2015, pág. 9314 a 9374, BOE núm. 148, de 22 de junio de 2015, pág. 51777 a 51846).

- Comunidad de Andalucía. Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía (BOJA núm. 140, de 22 de julio de 2016, pág. 10 a 65, BOE núm. 188, de 5 de agosto de 2016, pág. 56055 a 56129).

- Comunidad de Aragón. Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón (BOA núm. 244, de 19 de diciembre de 2018, pág. 42815 a 42862, BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019, pág. 7291 a 7350).

- Comunidad de Canarias. Ley 1/2019, de 8 de febrero de 2019 (BOC núm. 27, de 8 de febrero de 2019, pág. 4868 a 4939, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2019, pág. 18568 a 18622).

- Comunidad de Castilla León. Ley 3/2019, de 25 de febrero, de la Actividad Físico-Deportiva de Castilla y León (BOCYL núm. 44, de 5 de marzo de 2019, pág. 9671 a 9748, BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2019, pág. 31286 a 31347)

³²⁸ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979, pág. 29357 a 29363.

³²⁹ BOPV núm. 118, de 25 de junio de 1998, pág. 11696 a 11754, BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011, pág. 147138 a 147182.

principios rectores tendentes a la erradicación de la violencia en el deporte, a la promoción de las condiciones que favorezcan la integración de la mujer en la práctica deportiva en todos los niveles, a la represión del dopaje o, por ejemplo, a la promoción del deporte de la Universidad³³⁰.

La Ley realiza un reconocimiento expreso de las sociedades anónimas deportivas, que se regirán por la legislación estatal específica y, en lo relativo a las federaciones deportivas, se realiza una reestructuración en orden a dar una solución al entramado federativo existente. Por ello, se establecen nuevas condiciones para la creación de federaciones deportivas, de forma que las modalidades que no tengan una adecuada implantación no puedan constituirse en federaciones deportivas. Además, se recogen con rango legal diversos mecanismos para revocar el reconocimiento oficial de federaciones deportivas cuando hubieran desaparecido los motivos que dieron lugar al mismo. En consonancia con el importante papel atribuido a las federaciones deportivas, como agentes colaboradores de la Administración Pública en orden a la organización de su respectiva modalidad deportiva, y como entidades de utilidad pública, se incluyen diversos preceptos de intervención y de control, así como de protección y apoyo.

Se reconoce a la federación vasca de cada modalidad deportiva, a través del apartado sexto de su artículo 16, como la única representante del deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional. Este precepto ha resultado muy controvertido, pues fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, número 4033/1998, interpuesto por el Presidente del Gobierno Español, porque este entendía que la representación del deporte federado en las competiciones deportivas internacionales correspondía a las federaciones deportivas españolas y no de forma única y en exclusiva a las federaciones deportivas vascas, como reza el mencionado artículo 16.6 de la Ley. El recurso, por tanto, se motivó en base a razones estrictamente competenciales, esto es, entendían que el precepto legal autonómico invadía las competencias estatales en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) y de cultura (art. 149.2 CE). Además, señalaba que el art. 10.36 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (competencia exclusiva en materia de deporte) no legitimaba el ejercicio de competencias autonómicas a nivel internacional.

³³⁰ Artículo 2 de la Ley 14/1998 de 11 de junio, del Deporte del País Vasco. BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011, pág. 147138 a 147182.

En la Sentencia³³¹ que dirime este recurso, el Tribunal primeramente recuerda su propia doctrina respecto la posibilidad de que las Comunidades Autónomas realicen actividades que se proyecten fuera de España, y dice que, como las Comunidades Autónomas han asumido, de forma exclusiva o de forma compartida un conjunto de funciones públicas, no puede excluirseles, para llevar a cabo correctamente las funciones que tengan atribuidas, la posibilidad de realizar determinadas actividades fuera de los límites territoriales de España³³². Partiendo de dicha premisa, el Tribunal, asimismo, limita la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades con proyección exterior a aquellas que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi* y/o *ius legationis*³³³. Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional declara constitucional el artículo 16.6 de la Ley del deporte, siempre que se interprete que:

“6. Las federaciones vascas de cada modalidad deportiva serán las únicas representantes del deporte federado vasco en el ámbito internacional siempre que se trate de deportes en los que no existan federaciones españolas y que, en ningún caso, se impidan o perturben las competencias del Estado de coordinación y representación del deporte español.”.

Por último, el texto de la Ley aborda un aspecto trascendental como es el explícito carácter reglado de las distintas clases de licencias, así como su contenido mínimo y efectos, distinguiendo entre las licencias emitidas por las federaciones vascas y habilitantes para competir a nivel oficial, de aquellas emitidas por la Administración con el objetivo de desarrollar el deporte escolar y universitario³³⁴.

³³¹ STC 80/2012, Pleno, de 18 de abril de 2012, n° rec. de inconstitucionalidad: 4033/1998 (ECLI:ES:TC:2012:80), Fundamentos Jurídicos 4° y 11°.

³³² STC 165/1994, Pleno, de 26 de mayo de 1994, n° de conflicto positivo de competencia: 1501/88 (ECLI:ES:TC:1994:165), Fundamentos Jurídicos 3°-6° y STC 31/2010, Pleno, de 28 de junio de 2010, n° rec. de inconstitucionalidad: 8045/2006 (ECLI:ES:TC:2010:31), apartado 125°.

³³³ STC 137/1987, Sala segunda, de 22 de julio de 1987, n° rec. de amparo: 306/86 (ECLI:ES:TC:1987:137), Fundamento Jurídico 3°, STC 153/1989, Pleno, de 5 de octubre de 1989, n° conflicto positivo de competencia: 94/1985 (ECLI:ES:TC:1989:153), Fundamentos Jurídicos 4° y 8° y STC 80/1993, Pleno, de 31 de mayo de 1993, n° de conflicto positivo de competencia acumulados: 1043/1986 y 336/1987 (ECLI:ES:TC:1993:80), Fundamento Jurídico 3°.

³³⁴ Art. 47.2 y 49 de la Ley 14/1998 de 11 de junio, del Deporte del País Vasco. BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011, pág. 147138 a 147182.

VI.1.C.b. Decreto 16/2006, de 31 de enero, de Federaciones Deportivas del País Vasco³³⁵

Con esta disposición se pretendió desarrollar un nuevo modelo federativo diseñado en la Ley 14/1998 y, al mismo tiempo, dar respuesta a los diversos problemas suscitados con la aplicación del anterior Decreto.

El Decreto establece detalladamente la regulación del ejercicio de las funciones públicas (que tienen delegadas) por las federaciones deportivas, en su actuación como agentes colaboradores de la Administración Pública. Entre ellas, la tramitación de licencias para cada modalidad deportiva, siendo estas de carácter reglado, no pudiéndose denegar su expedición en caso de que se reúnan las condiciones necesarias para su obtención³³⁶.

Cabe reseñar, por la importancia que adquirirá en la presente tesis, la prohibición explícita que impone esta norma a la discriminación, y en concreto, a la resultante de ostentar la condición de extranjero, cuando regula lo siguiente³³⁷:

“Prohibición de discriminación.

1. *Las competiciones deben estar abiertas a todas las personas físicas y jurídicas con la licencia correspondiente, no admitiéndose discriminaciones de ningún tipo, únicamente podrán establecerse diferencias derivadas de las condiciones físicas o técnico-deportivas de las y los participantes.*

2. *Las limitaciones estatutarias o reglamentarias de las federaciones para la participación de extranjeras y extranjeros en competiciones deportivas deberá ser respetuosa con el ordenamiento jurídico en materia de extranjería. Asimismo, las federaciones deportivas deberán velar a través de sus normas por la especial protección de las extranjeras y extranjeros menores de edad con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma posibilitando en todo momento su integración social a través de las competiciones deportivas.”.*

En este caso la normativa autonómica será más permisiva respecto de la nacional, en relación al trato al extranjero, ya que mientras esta última exige que se acredite la residencia legal del extranjero, en la normativa autonómica vasca basta con que acredite

³³⁵ BOPV núm. 31, de 14 de febrero de 2006, pág. 2580 a 2647.

³³⁶ Art. 13 f) y 30 del Real Decreto 16/2006, de 31 de enero, de las Federaciones Deportivas del País Vasco. BOPV núm. 31, de 14 de febrero de 2006, pág. 2580 a 2647.

³³⁷ Art. 41 del Real Decreto 16/2006, de 31 de enero, de las Federaciones Deportivas del País Vasco. BOPV núm. 31, de 14 de febrero de 2006, pág. 2580 a 2647.

su vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma Vasca; huelga señalar que la vecindad administrativa se obtendrá con el empadronamiento en un municipio y que, para la inscripción en el padrón, en ningún caso se le exigirá al extranjero la acreditación de la residencia legal; será suficiente la presentación de su pasaporte³³⁸.

Para finalizar, respecto a las referencias realizadas en el Decreto a la representación internacional de las federaciones deportivas vascas, fueron declaradas nulas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco³³⁹ por no existir norma de rango de Ley vigente que sirviera de cobertura a las normas reglamentarias. Ha de recordarse que la referencia a la representación internacional regulada por la ya analizada Ley 14/1998, del Deporte, fue suspendida durante catorce años, mientras duró el procedimiento ante el Tribunal Constitucional iniciado por el recurso de inconstitucionalidad nº 4033/1998 antes analizado³⁴⁰.

VI.2. FUENTES NORMATIVAS PRIVADAS

Cada modalidad deportiva conforma un microcosmos jurídico con sus propios estatutos y reglamentos normativos, en el marco del ordenamiento jurídico general deportivo, que establecen las reglas de juego y las disposiciones que regulan las especificidades de organización y funcionamiento de que se dota cada modalidad deportiva³⁴¹.

Pueden distinguirse entre aquellas disposiciones que emanan de las federaciones estatales o autonómicas y las que tienen su origen en las estructuras internacionales del deporte.

La autonomía máxima de las federaciones reside en la ordenación de las reglas de juego o técnico deportivas, como preceptos reguladores de la acción u omisión en la práctica de cada modalidad y de aplicación inmediata en el desarrollo de las pruebas deportivas. Estas

³³⁸ Resolución de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal. BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2015, págs. 25378 a 25416.

³³⁹ STSJPV 645/2010, de 28 de septiembre de 2010, nº rec. contencioso administrativo: 969/07 (ECLI:ES:TSJPV:2010:2786), Fundamento Jurídico 2º.

³⁴⁰ PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “¿La necesaria articulación de la representación internacional del deporte de las Federaciones Deportivas autonómicas tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y las del Tribunal Supremo sobre las Federaciones Deportivas vascas?”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011, págs. 71-82.

³⁴¹ GARCÍA CABA, M. Mª, “Licencias y Fútbol profesional”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Estudios jurídicos sobre el fútbol profesional*, Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 282.

reglas se determinan normalmente en el seno de las federaciones supraestatales y, en ocasiones, su trasposición al Derecho interno se lleva a cabo por referencia, como consecuencia de la afiliación a la correspondiente federación internacional.

La potestad para elaborar los estatutos³⁴² y reglamentos federativos³⁴³ se deriva del derecho y de la capacidad de autorregulación que toda asociación ostenta, si bien en el caso de las federaciones deportivas estatales, la Administración ejercerá un control de legalidad que hace que su aprobación, por el Consejo Superior de Deportes o el órgano autonómico correspondiente, sea una condición determinante para su existencia en cuanto norma jurídica³⁴⁴.

Por otro lado, en el deporte calificado como profesional, según la Ley 10/1990 del Deporte³⁴⁵, esto es, en la modalidad deportiva del fútbol y del baloncesto, los convenios entre las federaciones y las respectivas ligas profesionales serán también fuentes normativas³⁴⁶. La razón de ser de estos convenios es la amplia diversidad de situaciones y aspectos que se desean abarcar que mediante una unitaria regulación estatal sería imposible de acometer, es por ello que se invoca constantemente a la negociación colectiva como fuente de integración del régimen jurídico normativo de los deportistas profesionales³⁴⁷. En cuanto a los convenios, en su aprobación no interviene la Administración, pero en tanto que su contenido pueda afectar al ejercicio de funciones públicas delegadas, pueden ser susceptibles de ser recurridos ante el Consejo Superior de Deportes³⁴⁸.

La premisa normativa de la que nace el presente trabajo precisamente es una norma de carácter privado emanada por la *Fédération Internationale de Football Association*

³⁴² Constituyen la norma suprema de la federación deportiva, son un conjunto de reglas que establecen la estructura básica de la federación deportiva y sus principios organizativos y funcionales. Deberán estar publicados en el Boletín Oficial del Estado.

³⁴³ Son normas de eficacia general que desarrollan o complementan los estatutos.

³⁴⁴ MILLÁN GARRIDO, A., “Ligas profesionales: Estatutos y Reglamentos”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Derecho del Fútbol: presente y futuro*, Editorial Reus, Madrid, 2016, pág. 197–210.

³⁴⁵ BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

³⁴⁶- Modalidad de fútbol: Convenio de coordinación entre RFEF y LNFP de 3 de julio de 2019.

- Modalidad de baloncesto: Convenio de coordinación entre FEB y ACB de 1 de julio de 2008.

³⁴⁷ ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo de los baloncestistas profesionales en la Liga Endesa y en la Euroliga”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 62, 2019, BIB 2019/2337.

³⁴⁸ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Claves para la comprensión del ordenamiento ...”, *loc. cit.*, págs. 33-64.

(FIFA), concretamente el artículo 19 de su Reglamento sobre el Estatuto y Tránsito de Jugadores, que tiene su trasposición literal en el artículo 120.5 del Reglamento de la Real Federación Española de Fútbol³⁴⁹.

VII. INSTITUCIONES RELEVANTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEPORTIVO ESPAÑOL

La intervención pública en materia de deporte resulta abrumadora en el ordenamiento jurídico español. El ejercicio de las funciones públicas en el ámbito deportivo se canaliza bien directamente a través de órganos de la Administración, o bien indirectamente mediante la delegación de funciones públicas en entidades privadas como son las federaciones deportivas³⁵⁰. Entre las instituciones más relevantes se encuentran las siguientes:

VII.1. CONSEJO SUPERIOR DE DEPORTES (CSD)

VII.1.A. Definición y funciones

El Consejo Superior de Deportes es un organismo autónomo estatal de carácter administrativo que ejerce directamente las competencias de la Administración General del Estado en el ámbito del deporte y está adscrito al Ministerio de Cultura y Deporte.

Entre sus atribuciones podemos señalar las siguientes³⁵¹:

- Reconocimiento oficial de una modalidad deportiva como paso previo a la creación, constitución y tutela administrativa de las federaciones deportivas.
- Calificación de las competiciones oficiales de carácter profesional y estatal.
- Impulso de medidas de prevención, control y represión del uso de sustancias prohibidas.
- Fomento de la actividad deportiva y control económico-financiero de las federaciones.
- Coordinación con las Comunidades Autónomas del deporte escolar y deporte universitario.
- Reglamentación de las enseñanzas y titulaciones deportivas.

³⁴⁹ Se ha reservado el Capítulo VII: “Tránsito Internacional de futbolistas” del presente trabajo para analizar en profundidad el Reglamento sobre el Estatuto y Tránsito de jugadores.

³⁵⁰ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública...*, *op. cit.*, pág. 125-250.

³⁵¹ Artículo 8 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

- Fomento del deporte de alto nivel como estímulo para el deporte base.
- Autorización de la inscripción de sociedades anónimas deportivas en el Registro de Asociaciones Deportivas, así como de las federaciones deportivas españolas en las correspondientes federaciones deportivas de carácter internacional.

Son órganos rectores del CSD la Presidencia, que ostenta la representación del mismo, administra su patrimonio, celebra contratos y dicta los actos administrativos, y la Comisión Directiva, que será el órgano específico que llevará a cabo las labores competenciales arriba expuestas.

VII.1.B. Tribunal Administrativo del Deporte

Se hace necesario destacar la creación del Tribunal Administrativo del Deporte³⁵² que ha afectado profundamente al régimen jurídico de los recursos administrativos y de la revisión de la actuación administrativa en materia deportiva³⁵³, sustituyendo al Comité Español de Disciplina Deportiva y a la Junta de Garantías Electorales, órganos, estos últimos, creados por la Ley 10/1990 de 15 de octubre, del Deporte, como órganos adscritos al Consejo Superior de Deportes³⁵⁴.

El Tribunal Administrativo del Deporte es un órgano de ámbito estatal, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, que actúa con independencia de este y que entre sus competencias destacan las siguientes³⁵⁵:

- Decidir en vía administrativa y en última instancia las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia, las señaladas en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva³⁵⁶.

³⁵² Disposición final 4ª de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la Salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, que modifica el artículo 84 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013, pág. 46652 a 46699.

³⁵³ PALOMAR OLMEDA, A., “El Tribunal Administrativo del Deporte”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales de derecho de del deporte*, Editorial Reus, Madrid, 2015, pág. 75 y ss.

³⁵⁴ Dictamen 29/2014 del Consejo de Estado de 23 de enero de 2014.

³⁵⁵ Art. 1 del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte. BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2014, pág. 7107 a 7112.

³⁵⁶ BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013, pág. 46652 a 46699.

- Tramitar y resolver expedientes disciplinarios, en última instancia administrativa, a requerimiento de la Presidencia del CSD o de su Comisión Directiva, en los supuestos de infracciones de disciplina deportiva (Art. 76 de la Ley del Deporte).
- Velar, de forma inmediata y en última instancia administrativa, por la conformidad a Derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las federaciones deportivas españolas.

El Tribunal Administrativo del Deporte tramitará y resolverá todos los expedientes que conozca ajustándose a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁵⁷, salvo en aquellos casos cuyo objeto del expediente sea la violación de las reglas de juego o competición que se registrarán por las normas deportivas específicas.

VII.2. FEDERACIONES DEPORTIVAS

VII.2.A. Definición

Las federaciones deportivas españolas son el eje nuclear en torno al cual gira el modelo español de la organización del deporte. La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, presta una especial atención a las mismas³⁵⁸ y define las federaciones españolas³⁵⁹ de la siguiente forma:

“1. Las Federaciones deportivas españolas son Entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas profesionales, si las hubiere, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte.

2. Las Federaciones deportivas además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública.”

³⁵⁷ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pág. 89343 a 89410.

³⁵⁸ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 198.

³⁵⁹ Artículo 30 de la Ley 10/1990 de 15 de octubre del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

Esta definición aparecerá más perfilada en el artículo 1.1. del Real Decreto 1835/1991 sobre Federaciones Deportivas Españolas³⁶⁰ cuando las define como entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del de sus asociados y que ejercen, además de sus propias atribuciones, por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública.

La naturaleza compleja definida por los diferentes preceptos expuestos ha sido refrendada, tal como se ha expuesto anteriormente en el presente capítulo por el Tribunal Constitucional³⁶¹.

VII.2.B. Constitución

Solo podrá existir una federación española por cada modalidad deportiva. La constitución de una federación deportiva española aparece fundamentalmente condicionada por una intensa intervención administrativa, toda vez que corresponde al Consejo Superior de Deporte (CSD) autorizar y revocar de forma motivada la constitución y aprobar sus estatutos y reglamentos. Asimismo, también corresponde al CSD la autorización para la preceptiva inscripción en el Registro de Asociaciones Deportivas, que tendrá carácter provisional durante 2 años, si bien esta se autorizará o denegará, sobre la base de criterios tan abstractos como el “interés deportivo, nacional e internacional” y “la implantación real de la modalidad deportiva”, que implica una apreciación discrecional de CSD.

Transcurrido el plazo de dos años, el CSD autorizará la constitución e inscripción definitiva o revocará la autorización cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la misma, habiendo de ser la resolución, en este último caso, adecuadamente motivada.

³⁶⁰ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41680 a 41826, que luego pasará a denominarse Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, según el art. 1 del Real Decreto 1252/1999, de 16 de julio, de modificación parcial del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas. BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999, pág. 27080 a 27086.

³⁶¹ STC 67/1985, Pleno, de 24 de mayo de 1985, nº de cuestión de inconstitucionalidad: 364/1983 (ECLI:ES:TC:1985:67) cuando en su Fundamento Jurídico 4º dice lo siguiente:

“Las Federaciones se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva si bien se estimula la adscripción a la respectiva Federación en cuanto constituye un requisito para que los clubs deportivos puedan participar en competiciones oficiales y en cuanto canalizan la asignación de subvenciones. (...)

(...) las Federaciones aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo.”.

Es la autorización administrativa del CSD la que origina o constituye una federación deportiva española³⁶².

Por tanto, la Ley del deporte atribuye al CSD una triple función competencial intensa en el marco constitutivo de las federaciones deportivas españolas: autorizar y revocar su constitución, autorizar su inscripción y revocación de su reconocimiento, en su caso.

Todo ello hace evidente que la intensidad y la discrecionalidad de la intervención administrativa obligatoria y preceptiva, para la constitución e inscripción de una federación deportiva española, dista enormemente de la constitución e inscripción que rige el régimen asociativo privado o común. Esta intervención ha sido respaldada por el propio Tribunal Constitucional, al entender que está absolutamente justificada la exigencia de determinados requisitos adicionales, respecto a los exigidos a las asociaciones privadas comunes, dada la importancia de la atribución de funciones públicas delegadas³⁶³.

VII.2.C. Naturaleza jurídica: privada o pública

En las genuinas asociaciones es el acuerdo privado de sus miembros el que alumbra la constitución de las mismas. Por el contrario, las federaciones deportivas no se constituyen libremente por acuerdo de sus integrantes sino, como ya se ha expuesto, por resolución del CSD; es esta la que produce efectos jurídicos y no el acuerdo asociativo previo. Así, aun admitiéndose la eventual existencia de un impulso asociativo privado, forzosamente debe convenirse que poca relevancia tendría este si finalmente esa iniciativa no fuese aceptada por el CSD.

De modo que la constitución de estas entidades viene determinada por la Administración deportiva, junto a la clase de funciones que la Administración les asigna o delega, la que les va a conferir esa dimensión jurídico-pública³⁶⁴.

³⁶² DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Derecho deportivo y derecho ...”, *loc. cit.*, pág. 447.

³⁶³ STC 67/1985, Pleno, de 24 de mayo de 1985, nº de cuestión de inconstitucionalidad: 364/1983 (ECLI:ES:TC:1985:67), Fundamento Jurídico 4º dice lo siguiente:

“La configuración de las Federaciones Españolas como un tipo de asociaciones a las que la Ley atribuye el ejercicio de funciones públicas, justifica que se exijan determinados requisitos para su constitución.”.

³⁶⁴ ESPARTERO CASADO, J., “Derecho de asociación y deporte”, en ESPARTERO CASADO, J. (coord.): *Introducción al derecho del deporte*, Dykinson., Madrid, 2009, pág. 202 y ss.

Es necesario aclarar, y así lo ha hecho la doctrina del Tribunal Supremo³⁶⁵, que la delegación “*ex lege*” que hace el CSD a favor de las federaciones deportivas no se refiere a la delegación de competencias administrativas propiamente dichas y en los términos regulados en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público³⁶⁶. Conforme a este texto legal, dicha delegación debe ser publicada en el Boletín Oficial del Estado, Comunidad Autónoma o Provincia y las resoluciones realizadas deben indicar expresamente su carácter de delegada y se considerarán dictadas por el órgano delegante. Según el Tribunal Supremo, las resoluciones dictadas por las federaciones deportivas españolas en el ejercicio por delegación “*ex lege*” de funciones públicas de carácter administrativo, actuando como agente colaborador de la Administración Pública, serán recurribles en alzada ante el Consejo Superior de Deporte.

A pesar de lo explícito de la Ley y de la jurisprudencia existe un sector doctrinal (autores como Agirreazkuenaga³⁶⁷, Parada Vázquez³⁶⁸ y Lora-Tamayo³⁶⁹) que entiende que, en cuanto al problema de la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas, el legislador se debía haber decidido firmemente por el carácter público de estos entes (naturaleza corporativa), aunque su esencia fuera privada y sin que ello significara identificar a las federaciones con la Administración Pública. Esta parte de la doctrina entiende que la naturaleza de las federaciones deportivas es pública en tanto en cuanto es un acto por parte del CSD el que origina su propia constitución y es entonces cuando se le dota de la condición de federación deportiva a la que el ordenamiento jurídico le atribuye funciones públicas. Además, dicha naturaleza pública corporativa de las federaciones deportivas basan dichos autores en sus funciones de carácter monopolístico, en la obligatoriedad de la pertenencia a las federaciones para permitir la práctica profesional del deporte, en su régimen patrimonial, en la intensa tutela que de la misma hace el CSD, y en el particular interés que reviste, en cuanto dato decisivo que, según ellos, avala definitivamente la naturaleza corporativa y pública de las federaciones. En concreto, se refieren a la

³⁶⁵ STS, de 14 de noviembre de 2013, nº rec. contencioso-administrativo: 64/2013 (ECLI:ES:TS:2013:5537), Fundamentos Jurídicos 2º y 3º.

³⁶⁶ Art. 9 apartados 1, 3 y 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pág. 89411 a 89530.

³⁶⁷ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Claves para la comprensión del ordenamiento ...”, *loc. cit.*, págs. 45.

³⁶⁸ PARADA VAZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Marcial Pons, 2000, págs. 355-359.

³⁶⁹ LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *El derecho deportivo entre ...*, *op. cit.*, pág. 250 y ss.

regulación de la disciplina de deportiva que debe ajustarse a los principios del Derecho disciplinario y sancionador, que son recurribles ante el Tribunal Administrativo del Deporte agotando la vía administrativa³⁷⁰.

VII.2.D. Funciones

El proceso de delimitar entre funciones públicas y privadas de las federaciones deportivas con frecuencia se encuentra enmarañado por una nebulosa funcional, al menos de forma inicial, porque la relación de las funciones públicas no es siempre todo lo precisa que debiera y, además, porque la intervención administrativa no solo se manifiesta por medio de la delegación de funciones públicas, sino que también inciden o tercián las disposiciones administrativas que esbozan y ordenan la materia organizativa, presupuestaria, etc.³⁷¹

La consecuencia de que se considere la función ejercida por la federación deportiva como pública o privada no es baladí, ya que la naturaleza de la misma condicionará que los actos adoptados ejerciendo dichas funciones sean recurribles ante instancias jurisdiccionales diferentes, y así lo ha ratificado la doctrina del Tribunal Supremo³⁷² cuando señala lo siguiente:

“el orden jurisdiccional competente para conocer de controversias relativas al otorgamiento de licencias a deportistas extranjeros por las correspondientes Federaciones deportivas, es el contencioso-administrativo y no el social, habida

³⁷⁰ Art. 1.1. del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte, BOE núm. 28 de 1 de febrero de 2014, págs. 7107 a 7112, dice lo siguiente:

“1. El Tribunal Administrativo del Deporte es un órgano colegiado de ámbito estatal, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes que, actuando con independencia de éste, asume las siguientes funciones:

a) Decidir en vía administrativa y en la última instancia las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia, las señaladas en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva y conocer del recurso administrativo especial regulado en el artículo 40 de la citada Ley Orgánica.

b) Tramitar y resolver expedientes disciplinarios, en última instancia administrativa, a requerimiento del Presidente del Consejo Superior de Deportes o de su Comisión Directiva, en los supuestos específicos a que se refiere el artículo 76 de la Ley del Deporte.

c) Velar, de forma inmediata y en última instancia administrativa, por la conformidad a derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las Federaciones deportivas españolas.”.

³⁷¹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública...*, op. cit., págs. 254 y ss.

³⁷² STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de junio de 2003, nº cuestión de competencia negativa: 76/2002 (ECLI:ES:TS:2003:4235), Fundamento Jurídico 2º.

cuenta que, si bien tanto la Real Federación Española de Fútbol como la Liga Nacional de Fútbol tienen naturaleza privada (...) sin embargo, (...) además de sus atribuciones, ejercen por delegación, funciones públicas de carácter administrativo.”.

VII.2.D.a. Funciones públicas delegadas

Son funciones públicas de carácter administrativo que son ejercidas por las federaciones deportivas bajo la tutela y coordinación del Consejo Superior de Deporte, las siguientes³⁷³:

- Calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones oficiales de ámbito estatal.
- Actuar en coordinación con las federaciones de ámbito autonómico para la promoción general de su modalidad deportiva en todo el territorio nacional
- Diseñar, elaborar y ejecutar, en colaboración, en su caso, con las federaciones de ámbito autonómico, los planes de preparación de los deportistas de alto nivel en su respectiva modalidad deportiva.
- Colaborar con la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas en la formación de técnicos deportivos, y en la prevención, control y represión del uso de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios en el deporte.
- Organizar o tutelar las competiciones oficiales de carácter internacional que se celebren en el territorio del Estado.
- Ejercer la potestad disciplinaria³⁷⁴.

³⁷³ CAMPS POVILL, A., *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996, 206 y ss.

³⁷⁴ Ahora bien, no siempre que la federación deportiva ejerza esta potestad disciplinaria estará ejerciendo una función pública delegada por la Administración Pública, ya que puede que, en ocasiones, la federación deportiva nacional ejerza esta función como representante de la federación deportiva internacional a la que esté adscrita. Las consecuencias jurídicas en cada caso serán bien distintas, ya que cuando la federación deportiva ejerza la función sancionadora, como agente colaborador de la Administración Pública, sus resoluciones serán recurribles ante la jurisdicción ordinaria, concretamente ante la contencioso administrativa; mientras que cuando la federación deportiva ejerza dicha función como organismo delegado de la federación deportiva internacional, a la que pertenece, sus resoluciones serán recurribles ante el Tribunal Arbitral del Deporte sito en Lausana. Esta doble función ha sido ratificada por la SAN núm. 236/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 15 de junio, núm. rec. de apelación: 20/2015 (ECLI:ES:AN:2016:2290), cuando refiriéndose al caso de dopaje de Marta Domínguez en su Fundamento de Jurídico 4º dice lo siguiente:

“En esencia, la referida Sentencia, cuyos razonamientos asumimos plenamente, señala lo siguiente:

1º. Las Federaciones deportivas españolas son entes privados con personalidad propia que pueden formar parte de organizaciones internacionales.

- Ejercer el control de las subvenciones que asignen a las asociaciones y entidades deportivas en la forma que reglamentariamente se determine.
- Ejecutar en su caso las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte.
- Aprobar los estatutos y reglamentos federativos, ya que, aun siendo su naturaleza parece formalmente privada, su contenido puede afectar al ejercicio de funciones públicas delegadas. Además, es el Consejo Superior de Deportes quien finalmente los aprueba.
- Expedir las licencias necesarias para la participación en competiciones oficiales.
- Formar técnicos deportivos, jueces y árbitros deportivos, las federaciones colaboran con la Administración.
- Ostentar la representación de España en las actividades y competiciones deportivas de carácter internacional³⁷⁵.

VII.2.D.b. Funciones de carácter privado

Entre las funciones indiscutiblemente privadas de las federaciones destacan las siguientes³⁷⁶:

- Contratar el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones y la prestación de sus servicios.
- Tutelar y controlar a sus asociados.

2º. La pertenencia a una organización internacional implica asumir el compromiso de respetar su normativa y fines, con sujeción a sus instancias disciplinarias, que reconocen al Tribunal Arbitral del Deporte de Lausana como única instancia de apelación.

3º. Lo anterior no es incompatible con el hecho de que en el ámbito estatal o inferior, las Federaciones nacionales actúen como delegadas de la Administración Pública española y sus resoluciones sean sometidas a la jurisdicción contencioso- administrativa.

4º. Los artículos 32 y 33 de la LO 7/2006 validan la interpretación de que las Federaciones pueden actuar como delegadas de una Federación internacional y sus decisiones disciplinarias verse sometidas al Tribunal de Lausana.”.

³⁷⁵ Si bien se ha aclarado por parte del Consejo Superior de Deportes mediante su Oficio del Subdirector General de Régimen Jurídico del Deporte, de 13 de julio de 2016, que la elección de los deportistas para integrar los equipos nacionales sigue siendo una función privada; esta manifestación se realizó ante la exclusión del equipo nacional de los regatistas Sr. Barreiros y Sr. Curbelo, en la participación de los juegos olímpicos de Río de Janeiro y expuso lo siguiente:

“Así, el artículo 3.3 permite recurrir ante el CSD las decisiones federativas dictadas en el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo, funciones que enumera el artículo 3.1 del citado Real Decreto, y entre las que no se incluye la elección de los deportistas que integran las selecciones nacionales. Esta función se considera como una competencia federativa de carácter privado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5.1 del Real Decreto 1835/1991, que dispone que “Las Federaciones deportivas españolas ostentarán la representación de España en las actividades y competiciones deportivas oficiales de carácter internacional celebradas fuera y dentro del territorio español. A estos efectos, será competencia de cada Federación la elección de los deportistas que han de integrar las selecciones nacionales.””.

³⁷⁶ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública ...*, op. cit., pág. 260 y ss.

- Organizar internamente los distintos Comités de jueces, técnicos, entrenadores.
- Ostentar la representación de las Federaciones Internacionales en España.
- Autorizar y organizar las competiciones no oficiales.
- Desarrollar actividades de carácter industrial, comercial, profesional o de servicios, destinando en todo caso los beneficios económicos que reporten tales actividades al cumplimiento de su objeto de promoción deportiva.

VII.2.D.c. Controversias respecto a la naturaleza de las competencias

Si bien normativamente está perfectamente definida la naturaleza jurídica de las competencias que las federaciones deportivas llevan a cabo, en la práctica, se han dado casos en los que algunos tribunales no han seguido los criterios establecidos en las normas o, al menos, los han interpretado de forma muy diferente, como ha ocurrido en el caso de la potestad disciplinaria.

Tal como se ha expuesto anteriormente y según el artículo 33.1 f) de la Ley del Deporte³⁷⁷ así como el artículo 3.1 f) del Real Decreto de las Federaciones Deportivas³⁷⁸, el ejercer la potestad disciplinaria es una de las competencias que las federaciones deportivas españolas ejercen bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes y, por tanto, es de naturaleza pública. Por otro lado, los artículos 73 de la Ley del Deporte³⁷⁹ y

³⁷⁷ Art. 33.1 f) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dice lo siguiente:

“1. Las Federaciones deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, ejercerán las siguientes funciones:

(...)

f) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos establecidos en la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo.”.

³⁷⁸ Art. 3.1 f) del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826, dice lo siguiente:

“1. Las Federaciones deportivas españolas, además de sus actividades propias de gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación de las especialidades deportivas que corresponden a cada una de sus modalidades deportivas, ejercen bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, las siguientes funciones públicas de carácter administrativo:

(...)

f) Ejercer la potestad disciplinaria deportiva, en los términos establecidos en la Ley del Deporte, sus específicas disposiciones de desarrollo y sus Estatutos y reglamentos.”.

³⁷⁹ Art. 73 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dice lo siguiente:

“1. El ámbito de la disciplina deportiva, a los efectos de la presente ley, y cuando se trate de actividades o competiciones de ámbito estatal y, en su caso, internacional, o afecte a personas que participen en ellas, se extiende a las infracciones de reglas del juego o competición y normas generales deportivas tipificadas

2.2 del Real Decreto sobre disciplina deportiva³⁸⁰ extienden la competencia disciplinaria tanto a competiciones de ámbito estatal como internacional. Por lo que se podría concluir, haciendo una interpretación literal del contenido de los mencionados preceptos, que la potestad disciplinaria en todas las competiciones deportivas internacionales, sobre todo las oficiales, que se celebren en territorio del Estado, se han publicado y se debe aplicar únicamente la Ley del Deporte y su normativa de desarrollo (estando sometidas al Derecho administrativo), tanto a los deportistas con licencia expedida por una federación deportiva española como aquellos que poseen una licencia expedida por una federación deportiva extranjera³⁸¹.

A pesar de que esta postura ha sido respaldada por jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸² en el caso de dopaje del ciclista Don Roberto Heras, la Audiencia Nacional³⁸³ no la ha seguido en los casos del ciclista Don Aitor Kintana o la atleta Doña Marta Domínguez al entender que, si bien las federaciones deportivas pueden actuar ejerciendo funciones delegadas de la Administración Pública (naturaleza pública), en cuyo caso sus actos quedarían sometidos al control jurisdiccional de los tribunales contencioso-

en esta Ley, en sus disposiciones de desarrollo y en las estatutarias o reglamentarias de Clubes deportivos, Ligas profesionales y Federaciones deportivas españolas.

2. Son infracciones de las reglas de juego o competición las acciones u omisiones que, durante el curso del juego o competición, vulneren, impidan o perturben su normal desarrollo.

Son infracciones a las normas generales deportivas las demás acciones u omisiones que sean contrarias a los dispuesto por dichas normas”.

³⁸⁰ El artículo 2.2 del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 1993, pág. 5259 a 5273 dice lo siguiente:

“Lo dispuesto en el presente Real Decreto resultará de aplicación general cuando se trate de actividades o competiciones de ámbito internacional o estatal, o afecte a personas que participen en ellas.”.

³⁸¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Las relaciones entre las federaciones deportivas internacionales y las federaciones deportivas nacionales y sus miembros. Especial referencia a la disciplina deportiva aplicable en competiciones internacionales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, pág. 107-158.

³⁸² STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 11 de diciembre de 2012, nº rec de casación: 4569/2011 (ECLI:ES:TS:2012:8350) y STS 708/2007, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 25 de abril de 2017, nº rec. de apelación: 606/2016 (ECLI:ES:TS:2017:1621). Ambas sentencias tienen su origen en el test de control de sustancias antidopaje que se le realizó a Don Roberto Heras, el 17 de septiembre de 2005 en el transcurso de la Vuelta Ciclista a España, prueba de ámbito internacional.

³⁸³ Auto AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de 9 de mayo de 2007, nº rec. de apelación: 6/2007 (ECLI:ES:AN:2007:70A), los hechos origen del auto se remontan al 22 de junio de 2003 cuando el ciclista, titular de una licencia expedida por la Real Federación Española de Ciclismo es sometido a instancia de la Unión Ciclista Internacional (UCI) a un control de dopaje y SAN 236/2016, Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección 6ª, de 15 de junio de 2016, nº rec. de apelación: 20/2015 (ECLI:ES:AN:2016:2290), en este caso la sentencia tiene origen en el requerimiento formulado por la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF) al observar ciertas variaciones en las analíticas hematológicas de la atleta tomadas entre 2009 y 2013.

administrativos, también actúan, en cuanto entes privados integrantes de una organización internacional que las agrupa, como delegados de dicho organismo internacional y cuando así lo hace no estarían ejerciendo funciones delegadas por una Administración Pública, sino las delegadas por dicho organismo internacional, cuya normativa (de carácter privado) sería aplicada en tales casos y cuyas decisiones quedarían sometidas a los mecanismos de control establecidos en sus propias normas.

VII.2.E. Federaciones deportivas de ámbito internacional y de ámbito autonómico

Todo lo expuesto hasta ahora se refiere a las federaciones deportivas de ámbito nacional, pero el análisis quedaría incompleto si no se hiciera una breve referencia sobre las federaciones de ámbito internacional y sobre las de ámbito autonómico, porque es el conjunto de todas ellas el que vertebra la estructura institucional del deporte en España.

VII.2.E.a. *Federaciones deportivas internacionales*

Las federaciones internacionales son asociaciones de Derecho privado dotadas de personalidad jurídica en el ámbito del ordenamiento interno del Estado en que está su sede y surgen con el objetivo de agrupar las federaciones de ámbito nacional de la correspondiente modalidad deportiva para favorecer la organización de las competiciones a nivel mundial³⁸⁴. La mayoría de las federaciones deportivas internacionales se han

³⁸⁴ Los artículos 25 y 26 de la Carta Olímpica de Comité Olímpico Internacional, en su versión de fecha 9 de octubre de 2018 dicen lo siguiente:

“25 Reconocimiento de las Federaciones Internacionales

Con el objeto de desarrollar y promover el Movimiento Olímpico, el COI puede reconocer en calidad de FI a organizaciones internacionales no gubernamentales que administren uno o varios deportes en el plano mundial y que incluyan organizaciones rectoras de estos deportes en el plano nacional.

Los estatutos, prácticas y actividades de las FI en el seno del Movimiento Olímpico han de ser conformes a la Carta Olímpica, particularmente en todo lo referente a la adopción y aplicación del código mundial antidopaje. Sin perjuicio de lo que precede, cada FI conserva su independencia y su autonomía en la administración de su deporte.

26 Misión y función de las Federaciones Internacionales en el Movimiento Olímpico

1. La misión y función de las FI en el Movimiento Olímpico son:

1.1 establecer y aplicar, de acuerdo con el espíritu olímpico, las reglas relativas a la práctica de sus respectivos deportes y velar por su aplicación;

1.2 asegurar el desarrollo de sus deportes en todo el mundo;

1.3 contribuir a la realización de los objetivos fijados en la Carta Olímpica, especialmente a través de la difusión del Olimpismo y de la educación olímpica;

1.4 expresar su opinión sobre las candidaturas a la organización de los Juegos Olímpicos, especialmente en lo referente a los aspectos técnicos de las instalaciones de sus respectivos deportes;

1.5 establecer sus criterios de admisión para las competiciones de los Juegos Olímpicos, de acuerdo con la Carta Olímpica, y someterlos a la aprobación del COI;

constituido en Suiza, dado el sistema liberal y flexible previsto en la normativa de las asociaciones del Código Civil Suizo³⁸⁵.

Tanto la Ley del Deporte³⁸⁶ como el Real Decreto regulador de las federaciones deportivas³⁸⁷ prevén la posibilidad de que las federaciones deportivas de ámbito nacional se inscriban en las correspondientes federaciones deportivas de ámbito internacional. Incluso, de la literalidad de la normativa, se puede concluir que el legislador obliga a ello dada la existencia de criterios de interés deportivo, nacional o internacional, relevantes para el interés general. Una vez producida la integración, entre ambas asociaciones se establecerá un reconocimiento exclusivo y excluyente, de tal manera que la federación deportiva de ámbito nacional se comprometerá a reconocer únicamente a la respectiva federación internacional, y esta, a su vez, reconocerá en el territorio correspondiente únicamente a esa federación de ámbito nacional. A este respecto, cabe exponer lo ocurrido en relación con la modalidad deportiva del surf; hasta la constitución de la Federación Española de Surf³⁸⁸ y su posterior integración como miembro de la *European Surfing Federation*, era la Federación Vasca de Surf (Euskal Herriko Surfing Federazioa) la que

1.6 *asumir la responsabilidad de la dirección y control técnicos de sus deportes en los Juegos Olímpicos y en los Juegos patrocinados por el COI;*

1.7 *facilitar asistencia técnica para poner en práctica los programas de Solidaridad Olímpica.*

2. *Además, las FI tienen derecho a:*

2.1 *formular propuestas al COI en lo que respecta a la Carta Olímpica y al Movimiento Olímpico;*

2.2 *colaborar en la preparación de los Congresos Olímpicos;*

2.3 *participar, a solicitud del COI, en las actividades de las comisiones del COI.”*

³⁸⁵ PALOMAR OLMEDA, A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Reflexiones en relación con el concepto ...”, *loc. cit.*, BIB 2018\6195.

³⁸⁶ Art. 34.3 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dice lo siguiente:

“3. Las Federaciones deportivas españolas se inscribirán, con autorización del Consejo Superior de Deportes, en las correspondientes Federaciones deportivas de carácter internacional.”

³⁸⁷ Art. 9 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826, dice lo siguiente:

“1. Las Federaciones deportivas españolas, se inscribirán en su caso, en las correspondientes Federaciones deportivas internacionales, con la autorización expresa de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes.

2. Presentada la solicitud de autorización en el Consejo Superior de Deportes, la Comisión Directiva del mismo resolverá sobre la misma.”

³⁸⁸ Resolución de 29 de febrero de 2000, del Consejo Superior de Deportes, por la que se dispone la publicación de la aprobación de los Estatutos de la Federación Española de Surf, BOE núm. 69 de 21 de marzo de 2000, pág. 11856 a 11858, modificada por la Resolución de 26 de marzo de 2012, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publica la modificación de los Estatutos de la Federación Española del Surf, BOE núm. 88, de 12 de abril de 2012, pág. 29326.

era miembro de pleno de derecho en la *European Surfing Federation*, concurriendo su selección en campeonatos organizados por la mencionada federación internacional. Cuando se constituyó la federación española y se integró dentro de la *European Surfing Federation*, fue esta la que empezó a participar en las competiciones organizadas por la federación internacional, sustituyendo a la federación vasca en las mismas³⁸⁹.

VII.2.E.b. Federaciones deportivas autonómicas

El modelo autonómico, surgido como consecuencia de la aprobación de la Constitución en 1978, hizo adaptar el sistema estructural deportivo al nuevo marco político y así quedó plasmado en la Ley del Deporte cuando previó que la organización territorial de las federaciones deportivas españolas se ajustaría a la del Estado en Comunidades Autónomas³⁹⁰.

Las federaciones deportivas de ámbito autonómico, al igual que las estatales, son asociaciones de carácter deportivo, con personalidad jurídica propia y naturaleza jurídico privada, que ejercen funciones públicas delegadas y cuyo ámbito territorial coincide con el de la respectiva Comunidad Autónoma³⁹¹. Es cada una de ellas la competente para regular cada federación deportiva coincidente con su territorio. Dentro del ámbito autonómico, se establecerá una estructura formada por federaciones o delegaciones provinciales carentes de autonomía, que operarán como meras oficinas delegadas de las autonómicas; como excepción, se encuentra el caso del País Vasco, donde se reconoce la autonomía de las tres federaciones provinciales diferenciadas de la autonómica³⁹².

Los estatutos de las federaciones deportivas españolas incluirán los sistemas de integración y representatividad de las federaciones de ámbito autonómico para que así sus miembros puedan participar en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal o internacional.

³⁸⁹ PRADOS PRADOS, S., “La proyección de las Federaciones deportivas autonómicas en el ámbito internacional: el caso de la Federación Catalana de Fútbol Sala”, *Derecho Deportivo*, núm. 6, 2004, pág. 52-53.

³⁹⁰ Art. 32.5 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

³⁹¹ MARTÍN DOMÍNGUEZ, M. J. y CASTREJANA FERNÁNDEZ, C., “La organización del deporte profesional no reconocido como tal”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág. 217.

³⁹² RODRIGUEZ TEN, J., “Constitución y estructura orgánica”, en MILLA GARRIDO, A. (coord.): *Compendio elemental de Derecho federativo (Examen sistemático del régimen jurídico de las federaciones deportivas)*, Editorial Reus, Madrid, 2015, pág. 84-86.

Desde la aprobación de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa³⁹³, que modifica el artículo 32.4 de la

³⁹³ Art. 23 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014, páginas 72336 a 72386, dice lo siguiente:

“Se modifica el apartado 4 del artículo 32 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que queda redactado en los siguientes términos:

“4. Para la participación en cualquier competición deportiva oficial, además del cumplimiento de los requisitos específicos que se exijan en cada caso, de acuerdo con el marco competencial vigente, será preciso estar en posesión de una licencia deportiva autonómica, que será expedida por las federaciones deportivas de ámbito autonómico que estén integradas en la correspondiente federación estatal, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente. La licencia producirá efectos en los ámbitos estatal y autonómico, desde el momento en que se inscriba en el registro de la federación deportiva autonómica. Las federaciones deportivas autonómicas deberán comunicar a la federación estatal correspondiente las inscripciones que practiquen, así como las modificaciones de dichas inscripciones; a estos efectos bastará con la remisión del nombre y apellidos del titular, sexo, fecha de nacimiento, número de DNI y número de licencia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de inexistencia de federación autonómica, imposibilidad material, cuando así se determine por la propia federación autonómica, o cuando la federación autonómica no se hallare integrada en la federación estatal, la expedición de licencias será asumida por la federación correspondiente de ámbito estatal. También a ésta le corresponderá la expedición de aquellas licencias para las que sea necesario contar con un visado o autorización previa de la federación deportiva internacional correspondiente, y en particular cuando así se desprenda de lo dispuesto en los estatutos de dichas federaciones internacionales.

Reglamentariamente se determinarán los criterios para fijar el reparto económico correspondiente a la cuantía global percibida por las federaciones autonómicas por la expedición de las licencias, atendiendo principalmente a los servicios recíprocamente prestados entre la federación estatal y las autonómicas y respetando la libertad de cada federación autonómica para fijar y percibir su propia cuota autonómica diferente. El acuerdo de reparto deberá ser adoptado en la Asamblea General respectiva, debiendo contar, además, con el voto favorable de, al menos, dos tercios de los responsables de las federaciones territoriales que sean designados a estos efectos. Estas federaciones deberán representar, a su vez, al menos las dos terceras partes de las licencias de esa modalidad deportiva. En el supuesto de que no se consiguiera llegar a un acuerdo para la determinación de la cuantía económica que corresponde a cada federación autonómica y a la federación estatal, dicha determinación se someterá a decisión de un órgano independiente, cuyo Presidente y demás miembros serán designados de forma equilibrada por el Consejo Superior de Deportes y por los representantes de todas las Comunidades Autónomas.

Corresponde a las federaciones de ámbito estatal la elaboración y permanente actualización del censo de licencias deportivas, que deberá estar a disposición de todas las federaciones autonómicas, las cuales podrán disponer de sus propios censos o registros de las licencias que expidan, respetando en todo caso la legislación en materia de protección de datos.

Estarán inhabilitados para obtener una licencia deportiva que faculte para participar en las competiciones de cualquier modalidad deportiva a las que hace referencia el párrafo primero los deportistas y demás personas de otros estamentos que hayan sido sancionados por dopaje, tanto en el ámbito autonómico como en el estatal y el internacional, mientras se encuentren cumpliendo la sanción respectiva. Esta inhabilitación impedirá, igualmente, que el Estado o que las Comunidades Autónomas competentes reconozcan o mantengan la condición de deportista o técnico de alto nivel. El Consejo Superior de Deportes y las Comunidades Autónomas acordarán los mecanismos que permitan extender los efectos de estas decisiones a los ámbitos competenciales respectivos, así como dotar de reconocimiento mutuo a las inhabilitaciones para la obtención de las licencias deportivas que permitan participar en competiciones oficiales. De igual forma y en los mismos términos que el párrafo anterior, no podrán obtener licencia aquellas personas que se encuentren inhabilitadas, como consecuencia de las infracciones previstas en la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y de lucha contra el dopaje en la actividad deportiva y en su caso en la normativa autonómica vigente. Todo lo dispuesto en este

Ley del Deporte, las federaciones deportivas de ámbito autonómico han adquirido una importante relevancia, ya que estas se han convertido en las competentes para la emisión de las licencias deportivas. Hasta entonces, el deportista que participaba en competiciones de carácter autonómico disponía de su licencia autonómica y el que participaba en categoría estatal disponía de una licencia obtenida directamente en la federación de ámbito nacional o en la autonómica pero adaptada para competir a nivel nacional (conocida como licencia autonómica homologada); mediante la modificación introducida por la Ley 15/2014, todas las licencias serán expedidas por las federaciones de ámbito autonómico bien sea para competir a nivel nacional como territorial.

Esta modificación no ha quedado exenta de polémica e incluso ha sido matizada su interpretación por el Tribunal Constitucional³⁹⁴ como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña. Según la *Generalitat*, el sistema de licencia única supondría desplazar el régimen establecido por la Comunidad Autónoma para el deporte federado; el Tribunal reconoce que el precepto impugnado se encuadra en la materia del deporte, donde el Estado ostenta competencias exclusivamente sobre los intereses generales de deporte español en su conjunto; según su criterio, la norma impugnada se considerará constitucional siempre que se persiga dicho interés y, por el contrario, deberá ser declarada inconstitucional si la norma afecta a intereses deportivos no generales o estrictamente autonómicos. La sentencia recuerda la importancia de respetar el orden constitucional de distribución de competencias, porque, en caso de que la norma recurrida afectara a intereses no generales, se produciría un vaciado de contenido competencial de las Comunidades Autónomas. Finalmente, el Tribunal aboga por la interpretación vertical de la norma, esto es, al ser esta una norma estatal, solo se refiere a competiciones de ámbito estatal y reconoce la inconstitucionalidad de la interpretación horizontal de la norma, porque esta supondría una intromisión en las competencias autonómicas de las Comunidades, concretamente en aquella de organizar autónomamente el deporte en su territorio.

párrafo se entenderá en los términos que establezca la legislación vigente en materia de lucha contra el dopaje.”

Los deportistas que traten de obtener una licencia deportiva podrán ser sometidos, con carácter previo a su concesión, a un control de dopaje, con el fin de determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta normativa.”

³⁹⁴ STC 33/2018, Pleno, de 12 de abril de 2018, núm. rec. inconstitucionalidad: 3447/2015 (ECLI:ES:TC:2018:33), Fundamento Jurídico 3º.

VII.2.F. Modalidad deportiva: fútbol

Dado que el objeto de análisis de presente trabajo no es otro que un artículo del Reglamento aprobado por la *Fédération Internationale de Football Association* que es transcrito literalmente, a su vez, por la Real Federación Española de fútbol en el suyo, se estima procedente aprovechar este capítulo para hacer una breve presentación de ambas instituciones.

VII.2.F.a. *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*

La FIFA, fundada en Zúrich en 1904, es una asociación de naturaleza privada, inscrita en el Registro Mercantil del cantón de Zúrich, que se rige por el Código Civil suizo. Los objetivos de la FIFA los regula el artículo 2 de sus Estatutos³⁹⁵ y son los siguientes:

- Mejorar constantemente el fútbol y promoverlo en todo el mundo, considerando su carácter universal, educativo y cultural, así como sus valores humanitarios, particularmente mediante programas juveniles y de desarrollo.
- Organizar competiciones internacionales propias.
- Elaborar disposiciones y reglamentos rectores del fútbol y de todo aquello relacionado con este deporte y garantizar su aplicación.
- Controlar todas las formas de fútbol, adoptando las medidas adecuadas para evitar la violación de los Estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA, así como de las reglas de juego.
- Hacer todo lo posible por garantizar que todos aquellos que quieran practicar este deporte lo hagan en las mejores condiciones, independientemente del género o la edad.
- Fomentar el desarrollo del fútbol femenino y la participación de las mujeres en todos los niveles de gobernanza del fútbol.
- Promover la integridad, el comportamiento ético y la deportividad con el fin de impedir que ciertos métodos o prácticas, tales como la corrupción, el dopaje o la manipulación de partidos, pongan en peligro la integridad de partidos, competiciones, jugadores, oficiales y federaciones miembro o den lugar a abusos en el fútbol asociación.

Entre sus principios rectores, la FIFA destaca el compromiso de respeto de los derechos humanos manifestando su esfuerzo por garantizarlos; a este respecto, prohíbe toda discriminación de cualquier país, individuo o grupo de personas por cuestiones de raza,

³⁹⁵ Estatutos adoptados en el Congreso de París celebrado el 5 de junio de 2019.

color de piel, origen étnico, nacional o social, género, discapacidad, lengua, religión, posicionamiento político o de cualquier índole, poder adquisitivo, lugar de nacimiento o procedencia, orientación sexual o por cualquier otra razón, so pena de sancionar al infractor con la suspensión incluso expulsión de la Federación.

En la actualidad la FIFA se compone de 211 asociaciones o de federaciones deportivas y todas aquellas pertenecientes al mismo continente formarán, a su vez, confederaciones reconocidas por la FIFA, como las siguientes: la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL); la Confederación Asiática de Fútbol (AFC); la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA); la Confederación Africana de Fútbol (CAF); la Confederación de Fútbol de Norteamérica, Centroamérica y el Caribe (CONCACAF) y la Confederación de Fútbol de Oceanía (OFC).

Entre las obligaciones de cada una de las federaciones miembro se puede mencionar la de observar en todo momento los Estatutos, los reglamentos, las disposiciones y las decisiones de los órganos de la FIFA, así como la de reconocer y acatar las resoluciones del Tribunal de Arbitraje Deportivo³⁹⁶ (órgano independiente ante el cual se interponen

³⁹⁶ El Tribunal de Arbitraje Deportivo, más conocido como *Court of Arbitration for Sport (CAS)* o como *Tribunal de Arbitral du Sport (TAS)*, se creó a principios de la década de 1980 por decisión del entonces Presidente del Comité Olímpico Internacional (COI), Don Juan Antonio Samaranch, como consecuencia del gran número de disputas internacionales relacionadas con el deporte y la ausencia de una autoridad independiente especializada en la resolución de las mismas. La idea era crear una jurisdicción arbitral dedicada a resolver disputas directa o indirectamente relacionadas con el deporte. En 1983, el COI ratificó oficialmente los Estatutos del CAS (que fueron acompañados por un conjunto de Reglamentos de procedimiento) que entraron en vigor el 30 de junio de 1984.

Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 15 de marzo de 1993, se inició una importante reforma, ya que, si bien esta reconoció al CAS como un verdadero tribunal de arbitraje que ofrecía suficientes garantías de independencia y objetividad para que sus laudos tuvieran igual consideración que las sentencias y pudieran ser firmes y obligatorias, también mostró ciertas reservas al destacar los numerosos vínculos que existían entre el Tribunal y el COI. La reforma se centró en la revisión completa de los Estatutos y el Reglamento de la CAS para hacerlos más eficientes, en la modificación de la estructura de la institución (para hacerlo definitivamente independiente de la COI que lo había patrocinado desde su creación) y en la creación del Consejo Internacional de Arbitraje para el Deporte (CIAS), para velar por el funcionamiento y la financiación del CAS, y de ese modo ocupar el lugar del COI.

Desde el 22 de noviembre de 1994, el Código de arbitraje deportivo ha regido la organización y los procedimientos de arbitraje del CAS, siendo objeto de varias modificaciones.

El CAS está dividido en dos Cámaras, la ordinaria (para resolver conflictos deportivos en mediación) y la de apelación (para resolver conflictos concernientes a las decisiones adoptadas por federaciones, asociaciones u otros organismos deportivos). Para cada procedimiento se constituirá una Formación formada por árbitros (3 o 1 depende de cada caso) elegidos por las partes. La ley aplicable será aquella escogida por las partes o en su defecto aquella que la formación del Tribunal arbitral entienda que sea más adecuada, quedando el Derecho suizo como subsidiario en cada caso. Los laudos dictados por el Tribunal arbitral serán ejecutables en 159 Estados que han suscrito de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, entre ellos España, mediante el Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de

los recursos contra los fallos adoptados en última instancia por la FIFA) ya que los Estatutos de la FIFA, como ya se avanzó en el presente capítulo, prohíben acudir ante los tribunales ordinarios en caso de conflicto³⁹⁷.

VII.2.F.b. Real Federación Española de Fútbol (RFEF)

La RFEF es el organismo rector del fútbol en España, fundada el 29 de septiembre de 1913³⁹⁸ y tiene su sede en Las Rozas (Madrid).

Se rige por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte³⁹⁹, por el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas⁴⁰⁰, por las restantes disposiciones que conforman la legislación española vigente, por sus Estatutos⁴⁰¹, su Reglamento General, así como por las demás normas de orden interno que se dicte en el ejercicio de sus competencias.

Está constituida como una entidad asociativa de carácter privado, si bien de utilidad pública, con personalidad jurídica y patrimonio propio. La RFEF está afiliada tanto a la FIFA como la UEFA, cuyos Estatutos acepta y se obliga a cumplir, como al Comité Olímpico Español. Reconoce explícitamente la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje (CAS) en aquellos litigios que surjan entre la RFEF, la FIFA y/o la UEFA.

Entre sus obligaciones se encuentran las siguientes: cumplir con las reglas de juego aprobadas por la FIFA; observar los principios de lealtad, integridad y deportividad, de acuerdo con los principios de juego limpio; respetar en todo momento los Estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA y de la UEFA y mantener una posición neutral en temas de religión y política.

Respecto a sus competencias, se distinguen las de carácter privado (la gobernanza, y administración del fútbol) de las de carácter público ejercidas por delegación del Consejo

sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977, pág. 15511 a 15512).

³⁹⁷ Art. 59 de los Estatutos adoptados en el Congreso de París celebrado el 5 de junio de 2019.

³⁹⁸ El primer antecedente de la RFEF fue la Federación Española de Clubs de *Football*, entidad que se constituyó en Madrid el 14 de octubre de 1909 y se disolvió el 18 de octubre de 1913.

³⁹⁹ BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁴⁰⁰ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

⁴⁰¹ Resolución de 31 de julio de 2009, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol. BOE núm. 232, de 25 de septiembre de 2009, pág. 81104 a 81173.

Superior de Deportes, que ya han sido anteriormente expuestas cuando se han analizado las funciones de las federaciones deportivas.

VII.3. LIGAS PROFESIONALES

La habilitación de las ligas profesionales se basa en el artículo 41 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte⁴⁰², que ordena la constitución de ligas profesionales en todas aquellas federaciones deportivas en las que se compita oficialmente con carácter profesional. Estas ligas, con personalidad jurídica propia y autonomía suficiente para su organización interna y funcionamiento, deberán estar integradas por la totalidad de los clubes y sociedades anónimas deportivas que participen en las competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal y, estas (las ligas profesionales) a su vez, en su respectiva federación deportiva española⁴⁰³. No obstante, el grado de libertad de actuación y autonomía de las mismas no es, ni mucho menos, total; la sujeción a la aprobación ulterior de sus estatutos⁴⁰⁴ y reglamentos por parte del CSD, así como la colaboración y coordinación de determinadas materias con sus respectivas federaciones deportivas, configuran un panorama en el que la interactuación es obligada⁴⁰⁵.

Las ligas profesionales, al igual que ocurre con las federaciones deportivas, están sometidas a un régimen jurídico complejo; la fuente normativa básica es la Ley del Deporte, antes referida, y el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas⁴⁰⁶, además de los estatutos y reglamentos que las propias ligas puedan aprobar partiendo de las facultades de auto gobernanación que tienen concedidas.

Son competencias⁴⁰⁷ de las ligas profesionales, además de las que pueda delegarles la federación deportiva española correspondiente, las siguientes:

⁴⁰² BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁴⁰³ MILLÁN GARRIDO, A., “Ligas profesionales: Estatutos y Reglamentos”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Derecho del fútbol...*, op. cit., pág. 197-210.

⁴⁰⁴ A diferencia de lo que ocurre con los estatutos de las federaciones deportivas españolas, los estatutos de las ligas profesionales no se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.

⁴⁰⁵ HERVÁS MARTÍNEZ, J., FORTÚN COSTEA, A., GARCÍA LUCAS, R., LASA AZPEITIA, J. y ROCA ALOMAR, J., “La organización en forma de ligas del deporte profesional en el ordenamiento jurídico español: historia reciente, problemática y análisis de los principales instrumentos”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte ...*, op. cit., pág. 81 y ss. 86-87.

⁴⁰⁶ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

⁴⁰⁷ Artículo 41.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

- Otorgar sus propias competiciones, en coordinación con la respectiva federación deportiva española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el CSD.
- Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión.
- Ejercer la potestad disciplinaria.

Como resultado de lo regulado en la disposición adicional 6ª del Real Decreto 1251/1999 de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas⁴⁰⁸, las únicas ligas profesionales en España serán las que se conformen al amparo de las competiciones de carácter profesional y de ámbito estatal en las modalidades deportivas de fútbol (Liga Santander y Liga 1,2,3) y baloncesto (Liga ACB).

Al igual que ocurría con las federaciones deportivas, existen autores que entienden que las ligas profesionales no deberían ser calificadas como asociaciones estrictamente de carácter privado, porque, en primer lugar, la competición que organizan las ligas profesionales es oficial, de carácter profesional y organizada en régimen de monopolio; y, en segundo lugar, porque ostenta unas competencias que le han sido atribuidas (delegadas) por la Administración Pública para la consecución de unos fines de carácter público que, en la medida en que se vean afectadas por la actuación de la liga profesional, van a justificar su intervención activa en el ámbito de competencias de esta⁴⁰⁹.

VII.4. CONFLICTOS ENTRE FEDERACIONES DEPORTIVAS Y LIGAS PROFESIONALES

Por la interdependencia entre las instituciones analizadas son muchas las ocasiones en las que han surgido fricciones y conflictos entre ellas. De hecho, en la actualidad existen varios procedimientos abiertos en los que aún no se ha alcanzado una resolución firme. Es por ello que se estima interesante analizar alguno de dichos conflictos cuya resolución es firme y definitiva, como son los siguientes:

VII.4.A. Resolución del Consejo Superior de Deportes de 30 de octubre de 2014

A principios de septiembre de 2014, la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) se negó a visar la licencia de jugador profesional Don Pedro León con el Getafe, C.F., S.A.D

⁴⁰⁸ BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999, pág. 27070 a 27080.

⁴⁰⁹ LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *El derecho deportivo entre el servicio ...*, op. cit., pág. 296 y ss.

(jugador que pertenecía a su plantilla desde 2011/2012); el argumento justificativo de la LNFP para la adopción de tal decisión fue que el club había sobrepasado su límite de gasto en la plantilla deportiva (según la regulación del *Fair Play* financiero vigente). Ante esta negativa, el 8 de septiembre el jugador interpuso el recurso de alzada ante el Consejo Superior de Deportes, para que este declarara la nulidad de la denegación del visado de la licencia y declarara que la solicitud del citado visado era acorde al ordenamiento jurídico. Tramitándose el procedimiento ante el Consejo Superior de Deportes, el 18 de septiembre de 2014, la RFEF (por voluntad propia y de forma independiente) dictó una resolución por la que accedía a expedir la licencia de jugador profesional del Sr. León a favor del club madrileño.

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, el Consejo Superior de Deporte realizó un análisis en profundidad respecto de quién era competente para expedir las licencias de jugadores profesionales. Para ello, en primer lugar, aplicó al artículo 32.4 de la Ley del Deporte⁴¹⁰ (cuyo contenido fue posteriormente modificado por el artículo 23 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa⁴¹¹) que decía lo siguiente:

“Para la participación en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de una licencia deportiva expedida por la correspondiente Federación Española, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente.”.

Y en segundo lugar, acudió al contenido del artículo 7.1 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas⁴¹² que establecía que, si bien para la participación en actividades o competencias deportivas oficiales de ámbito estatal era preciso estar en posesión de una licencia expedida por la correspondiente federación deportiva, para la participación en competiciones de carácter profesional, las licencias deberían ser visadas, previamente a su expedición, por la Liga Profesional correspondiente.

⁴¹⁰ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁴¹¹ BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014, pág. 72336 a 72386.

⁴¹² BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

El Consejo Superior de Deportes, finalmente, concluyó que, sea en forma de visado, sea en forma de expedición, se estaba ante un acto conjunto que claramente exigía la doble formación de voluntad, de forma que ambas instancias tenían potestad de control último sobre las licencias generadas.

VII.4.B. Resolución del Consejo Superior de Deportes de 12 de mayo de 2016

En este caso el Consejo Superior de Deportes resolvió el conflicto planteado entre la Federación Española de Baloncesto, FEB (federación deportiva) y la Asociación de Clubes de Baloncesto, ACB (liga profesional), asumiendo su función de coordinación y control entre los distintos agentes competentes en el ámbito deportivo al objeto de conseguir la eficaz organización del mismo y la consecución de los fines públicos que la Constitución establece.

Con fecha 28 y 29 de abril de 2016, el Presidente de la Federación Española de Baloncesto (FEB) presentó sendos escritos ante el Consejo Superior de Deporte (CSD), en los cuales se le informaba de la comunicación remitida por la Confederación Europea de Baloncesto (FIBA *Europe*) en la que se sancionaba⁴¹³ a la FEB con la pérdida de los derechos de participación de la selección española de baloncesto senior masculina en competiciones organizadas por FIBA Europa (en particular, en el Campeonato de Europa de Baloncesto a celebrar en 2017), como consecuencia de una decisión adoptada unilateralmente por la Liga Profesional de Baloncesto (ACB), de fecha 4 de abril de 2016, en la que decidía que los clubes españoles adscritos a la ACB participarían en la *Euroleague Commercial Assets, S.A.*, conocida como ECA⁴¹⁴. En relación con ello, la FEB acompañó documentación de la que se desprendía que el máximo representante de la ECA declaraba que no interrumpiría su calendario para permitir la participación de los jugadores de *Euroleague* con sus selecciones nacionales.

El Presidente del CSD entendió en su resolución que lo que se planteaba era un conflicto de intereses entre la FEB y la ACB por razón de la materia, que incidía en la participación de clubes españoles y de la selección española senior-masculina de baloncesto en competiciones internacionales. En este sentido, la resolución puso de manifiesto que las

⁴¹³ Sanción que fue objeto de litigio, con posterioridad a esta resolución, ante el Tribunal Regional de Munich, aunque finalmente la FIBA desistió de sus pretensiones comprometiéndose a no hacer efectiva dicha sanción.

⁴¹⁴ El ECA es un campeonato privado no estatal en los que los clubes que así lo decidan participan libremente a título individual.

competencias sobre la participación en competiciones internacionales en el ámbito de deporte federado, tanto de clubes que participaran en competiciones organizadas por la ACB, como de los que participaran en las organizadas por la FEB, formaban parte del sistema deportivo federativo, y la normativa vigente atribuía tales competencias a las federaciones deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del CSD. La normativa deportiva vigente únicamente atribuía a la ACB competencia para organizar sus propias competiciones sin que, en ningún caso, pudiera condicionar o intervenir en modo alguno en la participación internacional de equipos o selecciones, puesto que estos aspectos están reservados *ex lege* a la FEB y, en su caso, al CSD.

Además, la ACB, en cuanto liga profesional, está integrada en la FEB, y esta, a su vez, está integrada en la FIBA cuyos Estatutos y demás normativa se comprometió a cumplir y, por tanto, no debía propiciar un incumplimiento de estas obligaciones ni directa ni indirectamente; la ACB carecía de cualquier competencia respecto a la organización de competiciones internacionales, por lo que no resultaba procedente que, a través del acuerdo origen del conflicto, tomara decisiones que de *facto* impidieran, obstaculizaran o pusieran en peligro la mencionada participación.

Finalmente, la CSD, a través de su Presidente, resolvió estimando el conflicto planteado por la FEB y declarando la nulidad del acuerdo de la Asamblea General de la ACB de 4 de abril de 2016, ya que vulneraba la normativa de la ACB, de la FEB y la legislación deportiva española, que atribuían a la FEB y, en su caso, al CSD las competiciones relativas a la participación de los clubes españoles de baloncesto en competiciones internacionales.

VII.4.C. CAS 2007/O/1361 Real Federación Española de Fútbol v/ Liga Nacional de Fútbol Profesional, de 24 de agosto de 2007, más conocido como Caso Granada 74.

El 1 de agosto de 2007, la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) emitió su circular nº 4 de la temporada 2007/2008, en la que se incluía una relación provisional de las Sociedades Anónimas Deportivas y clubes inscritos en la competición profesional y composición de Primera y Segunda División de la temporada 2007/2008. En dicha lista aparecía el Club Granada 74, S.A.D. con una mención a pie de página en la que se podía leer que esta era la nueva denominación por cambio de denominación y de domicilio

social del Ciudad de Murcia, C.F., S.A.D. y que sus encuentros se disputarían en el Estadio Escribano Castilla de Motril⁴¹⁵.

El 9 de agosto, la FIFA y la UEFA, de manera conjunta, requirieron a la RFEF que suspendiera inmediatamente al Club Granada 74, S.A.D. de la competición profesional de la Segunda División. Ante la negativa de la LNFP de suspender al mencionado club, no ha de olvidarse que son las ligas profesionales las encargadas de organizar las competiciones de carácter profesional como es la Segunda División⁴¹⁶, la FIFA invitó a las partes a someter su discrepancia ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo sito en Lausana. Como consecuencia de tal recomendación de la FIFA, la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), en su calidad de demandante, y la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), en calidad de demandado, se sometieron el conflicto al arbitraje, celebrándose su audiencia el 24 de agosto de 2007.

Por una parte, la RFEF entendía que la inscripción del Club Granada 74, S.A.D. era contraria a los Estatutos de la FIFA y de la UEFA, porque no respetaba el principio del fútbol organizado, según el cual, la participación de los clubes en las competiciones se obtenía mediante principios deportivos y no atendiendo a intereses económicos que pudieran ser origen de abusos.

Por la otra, la LNFP respondía alegando que únicamente se había producido un cambio de denominación y de domicilio social de una Sociedad Anónima Deportiva y que, al no existir precepto alguno en la normativa de la FIFA ni de la UEFA que impidiera expresamente el cambio de denominación ni de domicilio, se debía acudir al ordenamiento jurídico español.

Finalmente, el Árbitro Único del CAS, Don Rui Botica Santos, resolvió a favor de la LNFP rechazando íntegramente la solicitud realizada por la RFEF.

⁴¹⁵ RUIZ AYUCAR, M., “El “Caso del Granada 74, S.A.D.”: *Lex Mercatoria vs. Lex Sportiva* (CAS 2007/O/1361 Real Federación Española de Fútbol v. Liga Nacional de Fútbol Profesional)”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, 2008, pág. 473-488.

⁴¹⁶ Artículo 41.4 de la Ley 10/1990 de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

VIII. LICENCIA DEPORTIVA

VIII.1. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

VIII.1.A. Concepto

La licencia deportiva viene definida como el documento o título jurídico, único, nominal e intransferible, que permite o habilita para participar en actividades y competiciones oficiales organizadas por las federaciones deportivas (licencia federativa) o las Administraciones Públicas (licencia deportiva) para las competiciones organizadas en el ámbito del deporte escolar o universitario⁴¹⁷.

El documento o soporte físico de la licencia debe contener unos datos de su titular, económicos y deportivos, que le identifiquen de manera inequívoca y con las debidas medidas de seguridad *erga omnes*, con la finalidad de ejercer los derechos que conlleva aparejados. Como datos imprescindibles que la licencia debe contener, incluyendo su numeración correlativa, figuran la denominación de la federación deportiva correspondiente, clase de licencia en cuanto a estamento, categoría deportiva, temporada coincidente con su vigencia, importes económicos por cuotas federativas y seguros, ficha médica, fotografía, nombre y apellidos, fecha de nacimiento, N.I.F. y firmas de su titular y del directivo federativo⁴¹⁸.

Para competir o participar en una competición oficial es obligatorio obtener una licencia deportiva.

VIII.1.B. Tipología

En cuanto a los tipos de licencias, pueden distinguirse atendiendo a criterios subjetivos, objetivos, territoriales y de integración.

VIII.1.B.a. Criterios subjetivos

Atendiendo primeramente a los criterios subjetivos, se encuentra aquella licencia que viene justificada por la posición del organismo que la expide. Se distinguiría entre la licencia expedida por la Administración Pública deportiva y la licencia federativa otorgada por las federaciones deportivas. Sabido es que la competición oficial reconocida por los

⁴¹⁷ CAMPS POVILL, A. y PALOMAR OLMEDA, A., *La participación de las personas extranjeras en las competiciones en España y sus derivadas en las Federaciones deportivas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 162-163.

⁴¹⁸ PRADOS PRADOS, S., *Las licencias deportivas*, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 167.

poderes públicos no se ciñe a las calificadas y organizadas por delegación por las federaciones deportivas (cada modalidad deportiva emite sus propias licencias), dada su titularidad pública, sino también a las así reconocidas por la misma ley y directamente organizadas por la Administración deportiva o por entidades públicas, como ocurre en el caso del deporte escolar y del deporte universitario.

Desde esta misma perspectiva subjetiva se puede realizar una nueva distinción, pero en este caso se tendrá en cuenta quién es el destinatario de la licencia; por una parte, pueden mencionarse las licencias de personas físicas o individuales y, por otra, las licencias de personas jurídicas (clubes y asociaciones deportivas). Esta clasificación no es respaldada por la doctrina mayoritaria, al entender que ambas licencias tienen un régimen jurídico y una naturaleza completamente distinta; mientras que la licencia deportiva de persona física es un título de pertenencia a la federación y no de socio ni de asociado, las licencias de personas jurídicas supondrían una unión y asociación de estas con las federaciones. Es por ello que, para muchos autores, en el caso de las personas jurídicas, no debería hablarse de manera estricta de licencia deportiva sino de afiliación o inscripción en la federación⁴¹⁹.

VIII.1.B.b. Criterios objetivos

En atención a la dedicación del deportista a la actividad deportiva (criterio objetivo), habría que diferenciar también la licencia profesional de la licencia de aficionado. El artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de los deportistas profesionales⁴²⁰, define a los deportistas profesionales como aquellos que, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. Quedan excluidas de la categoría de deportista profesional y, por tanto, de la aplicación de la norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de este solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva, que serán calificados como deportistas aficionados⁴²¹. Por su parte, la calificación de aficionado, de configuración jurisprudencial, no impide que pueda percibir

⁴¹⁹ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública ...*, *op. cit.*, pág. 294 y 295.

⁴²⁰ BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

⁴²¹ Art. 1.3 del Real Decreto 1006/85, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

cantidades, compensaciones o becas que sufragan gastos de viaje, alojamiento y aquellas otras derivadas de su actividad deportiva, pero en ningún caso a que estas compensaciones puedan llegar a constituir el medio para obtener una retribución que constituya su medio de vida, dado que lo definitorio del aficionado es la práctica deportiva sin ánimo de lucro⁴²². Es interesante, a este respecto, el análisis que se realiza en el Capítulo VII de la presente tesis.

VIII.1.B.c. Criterios territoriales

Otra clasificación, desde una perspectiva territorial, y dada la estructura piramidal del deporte federado, es la licencia expedida por cada federación deportiva, según su ámbito de actividad, con carácter general, estatal o autonómico. Desde la modificación del artículo 32.4 de la Ley del Deporte⁴²³, será la federación deportiva autonómica la competente para emitir las licencias habilitantes para las competiciones estatales y autonómica, si bien en los supuestos de inexistencia o imposibilidad material de la federación autonómica, será la federación deportiva de ámbito estatal la competente para ello. En algunos casos, como ocurre con la Federación Internacional de Baloncesto, existe la posibilidad de que la licencia sea expedida directamente por la Federación Internacional, siempre y cuando sus reglamentos recojan expresamente dicha competencia.

VIII.1.B.d. Criterios de integración

Una última clasificación de la licencia está fundamentada en el nivel de integración y desarrollo del estatuto de derechos y obligaciones que con su adscripción a la federación comporta. Se distingue entre la licencia de competición y la que no permite la participación en competiciones oficiales, conocida como “la licencia de ocio”⁴²⁴.

VIII.2. NATURALEZA JURÍDICA. DE TÍTULO PRIVADO A PÚBLICO

VIII.2.A. Autorización administrativa

La licencia deportiva es, para la doctrina clásica del Derecho deportivo, un título privado de carácter voluntario, que habilita para el ejercicio de la actividad deportiva en las condiciones que, en cada momento, señalen las normativas que rigen las correspondientes

⁴²² STS, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2009, nº rec. de casación para unificación de doctrina: 4391/2007 (ECLI:ES:TS:2009:2432), Fundamento Jurídico 2º.

⁴²³ BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁴²⁴ PRADOS PRADOS, S., *Las licencias ...*, op. cit., pág. 167 y ss.

federaciones deportivas. En la actualidad esta tesis es minoritaria y parte de la argumentación de que la expedición de licencias no puede considerarse incluida dentro de ese marco general que comprende la organización de la competición oficial, sin perjuicio de resaltar su evidente papel en la misma⁴²⁵.

La tesis mayoritaria es proclive a reconocer la licencia deportiva como autorización administrativa, admitiendo el importante papel que ha supuesto la jurisprudencia a la hora de sustentar la naturaleza pública de la licencia deportiva. Coincidiendo con la mencionada tesis, Agirreazkuenaga entiende que la cuestión de la naturaleza jurídica de las licencias deportivas no ofrece dudas. Según el autor, su naturaleza es pública porque directamente la expide la Administración en el desarrollo de las competiciones que ella misma impulsa, como son las escolares y universitarias. En relación a las licencias expedidas por las federaciones, las llamadas licencias federativas, para la participación de deportistas, técnicos, jueces o árbitros en competiciones deportivas oficiales, el autor manifiesta que, aunque la legislación deportiva explícitamente nada dice al respecto, también ha de calificarse como pública su naturaleza, máxime si se observa que la legislación deportiva prevé la sanción de suspensión o privación de licencia federativa como ejercicio de funciones públicas; resulta lógico pensar que tanto la expedición como la suspensión o privación de la licencia deben estar dotadas de idéntica naturaleza⁴²⁶.

El Tribunal Supremo⁴²⁷, por su parte, ha declarado lo siguiente:

“No se puede, pues, compartir la conclusión de que las licencias de los jugadores de fútbol sólo producen efectos en la esfera laboral, y no tiene conexión alguna con una de las materias propias del derecho administrativo, cual son las habilitaciones o autorizaciones, y ello porque, a) la licencia federativa constituye título habilitante para participar en competiciones oficiales deportivas de ámbito estatal –artículos 32.4 de la Ley del Deporte y 7.1 del RD sobre Federaciones Deportivas- y, consecuentemente, su otorgamiento y contenido incide en la organización de las competiciones deportivas de ámbito estatal. El alcance y contenido de este título habilitante –similar, “mutandis mutandi-2, por ejemplo,

⁴²⁵ PALOMAR OLMEDA, A., “La necesidad de reconfigurar el estatuto del deportista”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 157-179.

⁴²⁶ AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención pública ...*, op. cit., pág. 285-300.

⁴²⁷ STS, Sala de lo Social, de 24 de junio de 2003, rec. de casación para unificación de doctrina: 1814/2002 (ECLI:ES:TS:2003:4413), Fundamento Jurídico 2º.

a una autorización o permiso de residencia, que también se exige para el ejercicio de la prestación de trabajo para extranjeros-, forma parte del “marco general” de las competiciones, y se inscribe en la esfera de fomento de empleo, que el Estado viene obligado a fomentar y garantizar, conforme al artículo 43.3 de la Constitución. b) la licencia del jugador de fútbol que se concibe como “documento expedido por la RFEF que le permite la práctica de tal deporte como federado y su alineación en partidos y competiciones oficiales” (artículo 129.2 del Reglamento General), constituye una manifestación de la llamada Administración Corporativa, cuya función viene sometida al derecho administrativo, y a su régimen de recursos, de modo que los actos realizados en ejercicio de la función delegada por la administración deportiva son recurribles ante el Consejo Superior de Deportes cuyas resoluciones agotan la vía administrativa (...).”.

Asimismo, y siguiendo la estela de la sentencia referida, el mismo Tribunal ha manifestado que la asignación o denegación de la licencia deportiva, aunque tenga importantes consecuencias en las condiciones de empleo del deportista, es un acto que corresponde a la esfera del poder delegado en la que la federación deportiva actúa como colaboradora o agente de la Administración y no a la rama social/laboral del Derecho y que, por tanto, el conocimiento jurisdiccional sobre las controversias que pueden originar las decisiones de atribuir o no, unas u otras licencias federativas, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁴²⁸.

La mayoría de los autores⁴²⁹ enmarcan las licencias dentro de la denominada actividad de ordenación, consistente en la detección de la existencia de determinadas actividades privadas, cuyo ejercicio está sujeto a una necesidad de reglamentación y requiere limitaciones de derechos mediante la intervención administrativa, que presta su consentimiento a través de diversas técnicas como la de autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, inscripciones. Dichas autorizaciones se concederán

⁴²⁸ STS, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2003, nº rec. de casación para la unificación de doctrina: 3868/2002 (ECLI:ES:TS:2003:5551), Fundamento Jurídico 2º.

⁴²⁹ FUERTES LÓPEZ, M., “Las facultades de la Administración autonómica sobre las federaciones deportivas: la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1994”, *Poder Judicial*, núm. 36, 1994, pág. 406 y LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *El derecho deportivo entre el ...*, op. cit., pág. 372 y ss.

siempre que se compruebe que el particular reúne unos determinados requisitos preestablecidos y mediante las mismas se le permitirá el ejercicio de una actividad⁴³⁰.

La aplicación de la técnica autorizadora administrativa a las licencias deportivas es consecuencia directa de la titularidad pública de la organización de la competición oficial y de la expedición de la misma de las autorizaciones, fuertemente reglamentada vía delegación por parte de las federaciones deportivas. En definitiva, lo trascendente, además de la autorización consistente en la licencia deportiva, no es solo que la misma tiene evidentemente una naturaleza pública y administrativa, sino que con ella se va a ejercer una actividad sustancial e intensamente ordenada y regulada por la Administración, como es la competición oficial⁴³¹.

VIII.2.B. Características

La licencia deportiva se puede incluir dentro de las denominadas autorizaciones de funcionamiento, que no solo tienen por finalidad el control de la actividad autorizada de manera episódica, sino con las que además se encauza positivamente la actividad deportiva, según las normas jurídicas que al efecto ordenan la competición, lo que admitirá para su conservación y renovación el cumplimiento de ciertos requisitos deportivos.

Es, además, una autorización para una actividad, entre el deportista federado y federación deportiva, que implica facultades o poderes de supervisión y control, pudiendo admitirse en algunos supuestos, sobre todo por la comisión de infracciones disciplinarias, la revocación o al menos la suspensión de la misma.

Asimismo, es una autorización de carácter reglado y personal, es decir, que la federación no es libre para decidir si otorga o no la licencia, pues serán las leyes y los reglamentos los que indiquen y ordenen el cuándo y el cómo de la concesión y de la denegación, sin que quepan añadir condiciones nuevas y ajenas a las establecidas legalmente.

Y, por último, con base a la presencia permanente del interés público en la actividad desplegada por el deportista, la autorización es de tracto sucesivo.

⁴³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1964, pág. 137-139.

⁴³¹ PRADOS PRADOS, S., *Las licencias ...*, *op. cit.*, pág. 164 y 165.

VIII.3. RÉGIMEN JURÍDICO

El sujeto titular de la licencia deportiva se beneficia de unos derechos y queda sometido al cumplimiento de unos deberes u obligaciones.

VIII.3.A. Derechos

Se deben distinguir entre los derechos derivados de las licencias deportivas como autorización de carácter administrativo y otros derechos que puedan reconocerse a quien sea titular de la licencia, en estatutos y reglamentos federativos, que deben entenderse como producto de su efectiva integración en la asociación o federación deportiva.

VIII.3.A.a. Derechos derivados de las licencias deportivas en su calidad de autorización

Entre los más destacados están los siguientes:

- Acceso a la competición y actividad oficial deportiva⁴³².
- Integración en la estructura federativa mediante la participación directa o indirecta en los órganos de dirección y representación de la federación deportiva⁴³³.

⁴³² Así lo regula el primer apartado del artículo 32.4 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, que establece lo siguiente:

“4. Para la participación en cualquier competición deportiva oficial, además del cumplimiento de los requisitos específicos que se exijan en cada caso, de acuerdo con el marco competencial vigente, será preciso estar en posesión de una licencia deportiva autonómica, que será expedida por las federaciones deportivas de ámbito autonómico que estén integradas en la correspondiente federación estatal, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente. La licencia producirá efectos en los ámbitos estatal y autonómico, desde el momento en que se inscriba en el registro de la federación deportiva autonómica. Las federaciones deportivas autonómicas deberán comunicar a la federación estatal correspondiente las inscripciones que practiquen, así como las modificaciones de dichas inscripciones; a estos efectos bastará con la remisión del nombre y apellidos del titular, seo, fecha de nacimiento, número de DNI y número de licencia.”

Y el primer apartado del artículo 7.1 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999, pág. 27080 a 27086, establece lo siguiente:

“1. Para la participación en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de una licencia expedida por la correspondiente Federación deportiva española, según las siguientes condiciones mínimas: (...)”

⁴³³ Según el artículo 14.1.a) del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999, pág. 27080 a 27086, establece lo siguiente:

“1. La consideración de electores y elegibles para los órganos de gobierno y representación se reconoce a:

- a) *Los deportistas mayores de edad para ser elegibles y no menores de dieciséis años para ser electores, que tengan licencia en vigor, expedida a través de la Federación autonómica en la que esté inscrito su club, o excepcionalmente según su residencia habitual, para el caso de aquellas Federaciones en las que la expedición no se produzca por este sistema, homologada por la Federación deportiva española, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7, en el momento de la convocatoria de las elecciones, y la hayan tenido durante la temporada deportiva anterior, siempre que hayan participado en*

- Asistencia sanitaria y cobertura de riesgos⁴³⁴. La Ley del Deporte establece los criterios básicos del sistema que consiste en distinguir, en primer término, la práctica deportiva general, el conocido deporte de ocio que, al formar parte de la vida del ciudadano, no requiere estructuras o requisitos diferentes a los del sistema nacional de salud, de aquella otra práctica deportiva. En segundo término, aquello que se desarrolla en competiciones oficiales e implica un mayor riesgo de accidente o lesión, por lo que exigirá dos acciones principales: la certificación de aptitud médica obligatoria para todo deportista que solicite una licencia deportiva que le permita participar en actividades y competiciones deportivas y, además, un seguro de cobertura de riesgos. En resumen, para deportistas federados que no participen en competiciones oficiales será el sistema público general de salud, mientras que para quienes participen en competiciones oficiales se exigen aseguramientos complementarios.

- Participación en las selecciones nacionales y autonómicas⁴³⁵. Es una parte más de la intervención pública en el deporte que se contiene tras el término fomento del deporte, y, en concreto, promoción de la competición deportiva.

competiciones y actividades de la respectiva modalidad deportiva de carácter oficial y ámbito estatal, salvo causa de lesión, debidamente acreditada. En aquellas modalidades donde no exista competición o actividad de dicho carácter, bastará la posesión de la licencia estatal y los requisitos de edad.”.

⁴³⁴ El artículo 59 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, que establece lo siguiente:

“1. La asistencia sanitaria derivada de la práctica deportiva general del ciudadano constituye una prestación ordinaria del régimen de aseguramiento sanitario del sector público que le corresponda y, asimismo, de los seguros generales de asistencia sanitaria prestados por Entidades privadas.

2. Con independencia de otros aseguramientos especiales que puedan establecerse, todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán estar en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente.

En el caso de que la asistencia sanitaria sea prestada por una Entidad distinta a la aseguradora, esta última vendrá obligada al reintegro de los gastos producidos por dicha asistencia, conforme a lo establecido en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad.

3. En función de las condiciones técnicas, y en determinadas modalidades deportivas, el Consejo Superior de Deportes podrá exigir a las Federaciones deportivas españolas que, para la expedición de licencias o la participación en competiciones oficiales de ámbito estatal, sea requisito imprescindible que el deportista se haya sometido a un reconocimiento médico de aptitud.

4. Las condiciones para la realización de los reconocimientos médicos de aptitud, así como las modalidades deportivas y competiciones en que éstos sean necesarios, serán establecidas en las disposiciones de desarrollo de la presente Ley.”.

⁴³⁵ Artículo 47 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, que establece lo siguiente:

VIII.3.A.b. *Derechos derivados de las licencias deportivas dimanantes de los estatutos y reglamentos*

Entre esos otros derechos reconocidos solo por las federaciones en sus normas estatutarias o reglamentarios y, como tales, deben ser considerados en su naturaleza privada, están los siguientes:

- Participar en competiciones y actividades no oficiales.
- Recibir protección genérica y tutela efectiva de la organización federativa.
- Uso y acceso a instalaciones deportivas de la federación, así como el disfrute de sus bienes patrimoniales destinados a la actividad deportiva.
- Recibir enseñanzas y obtener titulaciones y diplomas de aptitud y perfeccionamiento deportivos, impartidos por las respectivas escuelas de formación técnica deportiva de cada federación.
- Beneficiarse de cuantas ventajas económicas y ayudas se ofrezcan por la organización federativa.

VIII.3.B. Obligaciones

Entre las obligaciones o deberes, en modo descriptivo, destacan las siguientes:

- Sujeción a la potestad disciplinaria deportiva⁴³⁶.

“1. Es obligación de los deportistas federados asistir a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales para la participación en competiciones de carácter internacional, o para la preparación de las mismas.

2. Cuando los deportistas a los que se refiere el párrafo anterior fuesen sujetos de una relación laboral, común o especial, su empresario conservará tal carácter durante el tiempo requerido para la participación en competiciones internacionales o la preparación de las mismas, si bien se suspenderá el ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral y las obligaciones o responsabilidades relacionadas con dicha facultad, en los términos que reglamentariamente se establezcan.”.

⁴³⁶ Artículo 74.2 c) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, págs. 30397 a 30411, que establece lo siguiente:

“2. El ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva corresponderá:

(...)

c) A las Federaciones deportivas españolas, sobre: Todas las personas que formen parte de su propia estructura orgánica; los Clubes deportivos y sus deportistas, técnicos y directivos; los jueces y árbitros, y en general, todas aquellas personas y Entidades que, estando federadas, desarrollan la actividad deportiva correspondiente en el ámbito estatal.”.

- Sometimiento a reconocimiento médicos⁴³⁷ y pruebas antidopaje⁴³⁸.
- Y aceptación del estatuto y reglamentos federativos. Cuestión que en multitud de ocasiones será origen de multitud de conflictos, tal como ha quedado probado tras el análisis efectuado en el siguiente Capítulo III: “Eficacia horizontal de los derechos fundamentales” del presente trabajo de investigación.

⁴³⁷ Artículo 59.3 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, págs. 30397 a 30411, anteriormente transcrito.

⁴³⁸ Apartados 1º y 2º del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013, págs. 46652 a 46699, dice lo siguiente:

“Artículo 11. Obligación de someterse a controles de dopaje y de realización de otras actividades materiales para contribuir al control de dopaje.

1. Todos los deportistas incluidos en el presente título tendrán obligación de someterse, en competición y fuera de competición, a los controles que determine la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte o, cuando corresponda, las Federaciones deportivas españolas.

Los controles fuera de competición pueden realizarse por sorpresa o previa citación. En el primer supuesto, la obligación a que se refiere este artículo alcanza al sometimiento a los mismos y, en el segundo, a la obligación de comparecer y al sometimiento a los mismos.

El alcance y la forma de realización de ambas modalidades de control se determinará reglamentariamente, procurando una adecuada conciliación de los derechos fundamentales de los deportistas y de las necesidades materiales de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, particularmente, en lo que se refiere a la realización de controles fuera de competición.

La realización de controles previa citación afectará especialmente a los deportistas que formen parte de los grupos de seguimiento a que se refiere el anexo I de esta Ley.

2. La obligación de someterse a los controles alcanza, igualmente, a los deportistas que hayan sido suspendidos en su licencia deportiva por haber incurrido en una infracción de dopaje, mientras se encuentren cumpliendo la sanción y, en todo caso, con carácter previo a la rehabilitación de la licencia deportiva.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la presente Ley, la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte podrá extender esta obligación, mediante resolución motivada, a aquellos deportistas respecto de los que, teniendo licencia en un ejercicio y no habiéndola renovado en el plazo establecido, exista presunción razonable de que no han abandonado la práctica deportiva y pueden estar tratando de eludir la realización de controles de dopaje fuera de competición hasta la renovación de la misma.”.

CAPÍTULO III

EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se ha pretendido evidenciar que ni el Estado ni las Administraciones públicas son los únicos que pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, sino que estos pueden verse vulnerados por la actuación de personas que carecen de ese carácter público.

En concreto y, dada la temática del presente trabajo, el análisis se ha centrado en los posibles conflictos que se han podido o pueden generarse por los diferentes agentes deportivos (federaciones deportivas, clubes, ligas deportivas, etc.), en aplicación de su normativa deportiva de carácter privado, al vulnerar distintos derechos fundamentales o provocar discriminaciones no justificadas. La naturaleza privada de las instituciones deportivas no exime a estas de su obligación de respetar los derechos fundamentales.

Se han considerado derechos fundamentales, siguiendo lo expuesto en el Capítulo II: “Derechos humanos y fundamentales”, todos los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española si bien no se ha realizado un examen de todos ellos ya que existen algunos que por su objeto regulado no tienen cabida dentro de la temática del deporte.

El tratamiento que se ha dado a los derechos es individualizado, esto es, se ha realizado un estudio individualizado de cada uno de los derechos fundamentales escogidos, para después ser confrontado con el posible conflicto que se pudiera generarse dentro del ámbito del Derecho deportivo.

II. DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE

II.1. CONCEPTO

La doctrina alemana conocida como *Drittwirkung der Grundrechte* consolidada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en la década de los 50 del siglo XX, supuso el

primer paso en la aceptación de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

La aceptación progresiva de las ideas de unidad del ordenamiento jurídico y de superioridad de la Constitución respecto de todo el ordenamiento jurídico, y no solo del Derecho público, ha llevado a otorgar transcendencia a los derechos fundamentales no solo en las relaciones de Derecho público sino también en las relaciones entre particulares.

II.2. DIFICULTADES DOGMÁTICAS

Ahora bien, el desarrollo doctrinal y dogmático de esta figura no está carente de dificultades, ya que se plantean varias incertidumbres de diversa índole a la hora de conformar jurídicamente esta institución. Algunas de las razones son la que a continuación se exponen:

- Prejuicio conceptual: los derechos fundamentales fueron concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado⁴³⁹. La consagración de los mismos pretendía básicamente establecer límites a la actuación de los poderes públicos, garantizando ámbitos de libertad de la persona frente al Estado. La afirmación de la *Drittwirkung der Grundrechte* supondría una desnaturalización de la concepción clásica de los derechos fundamentales, así como una quiebra del principio de autonomía.

-. Grado de vinculación: una vez asumida la eficacia ante los particulares de los derechos fundamentales, el problema surge a la hora de delimitar su grado de vinculación. Resulta evidente que los derechos fundamentales no pueden vincular de igual manera a los poderes públicos (son solo destinatarios) que a los particulares (son simultáneamente titulares y destinatarios).

- Falta de base legal: no existe en el ordenamiento jurídico español un texto legal, a los efectos de fundamentar de una manera clara e inequívoca la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales⁴⁴⁰. El artículo 53 de la Constitución

⁴³⁹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos ...*, op. cit., pág. 22 y 23.

⁴⁴⁰ GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia al Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 102.

Española⁴⁴¹, de crucial importancia para fijar el régimen de los derechos fundamentales, comienza diciendo que estos vinculan a todos los poderes públicos sin hacer referencia alguna a los particulares⁴⁴².

- Instrumentos procesales: existen problemas consistentes en concretar cuáles serían los procedimientos idóneos para hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; las dudas se derivan de la disposición que regula el recurso de amparo que, como ya se ha analizado en el Capítulo I del presente trabajo, ocupa un lugar central dentro del sistema de garantías de los derechos fundamentales; el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴⁴³ dispone que el recurso de amparo protege frente a violaciones de derechos fundamentales “*originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como entes públicos del Estado*”.

En todo caso, ha de evidenciarse que la cuestión de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales es, en buena medida, una labor doctrinal y jurisprudencial, lo que viene a explicar la disparidad de criterios existentes al respecto.

II.3. DOCTRINA CIENTÍFICA

Los autores afirman que los derechos fundamentales no vinculan por igual a los particulares y a los poderes públicos, existiendo las siguientes dos teorías contrapuestas entre sí: *Unmittelbare Drittwirkung* y *Mittelbare Drittwirkung*.

⁴⁴¹ Art. 53 de la Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

⁴⁴² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de Derechos ...*, op. cit., pág. 143.

⁴⁴³ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, pág. 23186 a 23195.

- *Unmittelbare Drittwirkung* (eficacia directa e inmediata): según esta tesis, los derechos fundamentales (o alguno de ellos) están dotados de eficacia inmediata en las relaciones horizontales de tal modo que vinculan a los particulares directamente, sin necesidad de mediación de los poderes públicos⁴⁴⁴.

- *Mittelbare Drittwirkung* (eficacia indirecta y mediata): según esta otra tesis, los derechos fundamentales solo vinculan a los particulares de forma indirecta o mediata, esto es, les vinculan en la medida en la que los poderes públicos hayan definido su alcance tanto a través de la acción del legislador como la de los jueces⁴⁴⁵.

II.4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha eludido un pronunciamiento general sobre esta cuestión, pero en ocasiones ha sido el que ha otorgado genuina eficacia horizontal a los derechos fundamentales. Por ello, se estima necesario mencionar algunas sentencias que han resultado trascendentes a este respecto.

II.4.A. STC núm. 2/1982 de 29 de enero⁴⁴⁶

Es probablemente uno de los primeros fallos en los que de forma más decidida se acoge la *Drittwirkung*. Se afirma que la dignidad de la persona y su integridad moral son derechos fundamentales que han de respetarse, no solo por los poderes públicos sino también por los ciudadanos de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Constitución Española y así lo recoge en su Fundamento Jurídico 5º:

“Pues bien, hemos de afirmar que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes

⁴⁴⁴ BALLARÍN IRIBARREN, J., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *Revista española de derechos constitucional*, núm. 24, 1988, pág. 283-318.

⁴⁴⁵ PÉREZ TREMPES, J., *Derecho Constitucional. Vol. I, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 136 y 137.

⁴⁴⁶ STC 2/1982, Sala primera, de 29 de enero de 1982, nº rec. amparo: 41/1981 (ECLI:ES:TC:1982:2), Fundamento Jurídico 5º. Los hechos origen del recurso de amparo se circunscriben a la tarde del 21 de abril de 1979 cuando se produjo una manifestación y una posterior concentración en Collado- Villalba que tenía por objeto protestar por el despido y pedir la readmisión de una trabajadora que había sido despedida. Tanto en la manifestación como en la concentración que se situó frente al establecimiento del empleador se gritaron consignas contra este, siendo algunos de los manifestantes condenados a pena de multas como autores de una falta de coacciones leves prevista en el Código Penal. Finalmente, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo interpuesto por los condenados afirmando que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprendían la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio.

constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los arts. 9 y 10 de la Norma Fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso, tal dificultad no se presenta en el que es objeto de consideración dada la claridad con que se observa que los derechos constitucionales invocados no pueden comprender actuaciones como las relatadas en los resultandos de hechos probados de las Sentencias impugnadas.”.

II.4.B. STC núm. 18/1984 de 7 de febrero⁴⁴⁷

Esta sentencia deslinda claramente dos cuestiones distintas, que operan en ámbitos diversos: de un lado, la relativa al ámbito subjetivo de la aplicación de los derechos fundamentales (ámbito material) y de otro, la relativa a los métodos técnico jurídicos de protección de los mismos (ámbito procesal).

Respecto al ámbito material, la sentencia reconoce que, si bien el artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴⁴⁸ establece que solo cabrá el recurso de amparo contra disposiciones de los poderes públicos, esta concreción no debe interpretarse en el sentido de que solo se podrá ser titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de Derecho,

⁴⁴⁷ STC 18/1984, Sala primera, de 7 de febrero de 1984, nº rec. amparo: 475/1982 (ECLI:ES:TC:1984:18). Los actores presentaron dentro de los términos legales la documentación exigida en el Reglamento provisional del procedimiento regulador del sistema de designación de los órganos de gobierno de la Caja de ahorros de Asturias, siendo su candidatura inadmitida en base a una presunta duplicidad de firmas. Se presentó el correspondiente recurso de alzada ante el Consejo de Administración de la Caja de Ahorros, no siendo considerado, para después proseguir con la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Oviedo y de un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, ambos desestimados, por entender que las Cajas de Ahorros eran entes privados y, por tanto, no aceptándose la tesis de que los Consejos de Administración de tales Entidades pudieran dictar actos administrativos. Finalmente, el Tribunal Constitucional conoció de un recurso de amparo interpuesto contra un pretendido “acto administrativo” de la Caja de Ahorros, desestimándolo por entender que el acto impugnado no era susceptible de amparo.

⁴⁴⁸ Artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979, pág. 23186 a 23195, dice lo siguiente:

“El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”.

como el que consagra el artículo 1.1 de la Constitución Española⁴⁴⁹, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social. Por lo que implícitamente la sentencia reconoce que ciertos derechos fundamentales y libertades públicas tienen como destinatarios no solo los poderes públicos sino también los particulares.

Respecto al ámbito procesal, la sentencia plantea articular un mecanismo que permita al Tribunal Constitucional enjuiciar, en alguna medida, el ajuste a la Constitución de los actos de la autonomía privada. Y puesto que ese control de la constitucionalidad no puede realizarse directamente, el Tribunal procede a buscar un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental⁴⁵⁰. La sentencia parte de la premisa de que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico⁴⁵¹, por lo que aquellos tienen un deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Cuando los poderes públicos no cumplan el referido mandato y, en especial, cuando la jurisdicción ordinaria no cumpla el deber de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por actos derivados de la autonomía privada, quedan abiertas las puertas para el recurso de amparo, cuyo objeto será el eventual acto del órgano jurisdiccional (tribunales y jueces), configurándose como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales⁴⁵².

II.4.C. STC núm. 19/1985, de 13 de febrero⁴⁵³

Esta sentencia contiene un explícito reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares, al declarar que el respeto a los derechos fundamentales

⁴⁴⁹ Artículo 1.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, establece lo siguiente:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

⁴⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 272.

⁴⁵¹ Artículo 9.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

⁴⁵² DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones “inter privados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 3, 1997, pág. 69-112.

⁴⁵³ STC 19/1985, Sala segunda, de 13 de febrero de 1985, n^o rec. de amparo: 98/1984 (ECLI:ES:TC:1985:19). En este caso, el recurso de amparo lo presenta una trabajadora que desde el 20 de septiembre de 1971 prestaba sus servicios para la mercantil demandada y que en fecha 4 de septiembre de 1982 fue bautizada según el rito de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cuestión fundamental en el procedimiento pues desde esa fecha la actora se vio imposibilitada para trabajar desde la puesta del sol del

constituye un componente del orden público y, por ende, un límite a la autonomía privada, cuya infracción determina la nulidad del pacto o estipulación lesivo, lo que parece una consecuencia plenamente conforme a lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil⁴⁵⁴.

II.4.D. STC núm. 177/1988, de 10 de octubre⁴⁵⁵

La sentencia reafirma la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y merece mención especial lo relatado en su Fundamento Jurídico 4º porque sintetiza lo ya expuesto de forma clara y concisa y dice lo siguiente:

“Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984/18) (fundamento jurídico 6.º) “en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha

viernes a la del sábado, por lo que pidió a su empleador un cambio de turno o una ausencia, con pérdida de salario, que la empresa no admitió; por lo que ante el abandono de su puesto de trabajo fue despedida. La demandante de amparo reclamó que la sentencia del Tribunal Central de Trabajo había incurrido en violación de su derecho o libertad religiosa por no haber declarado nulo el despido. Sin embargo, el Tribunal Constitucional estimó que no era posible invocar los derechos fundamentales para pretender una modificación unilateral y arbitraria de las condiciones laborales.

⁴⁵⁴ Artículo 1255 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, “Gaceta de Madrid” núm. 2306, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259), que dispone lo siguiente:

“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.”.

⁴⁵⁵ STC 177/1988, Sala segunda, de 10 de octubre de 1988, nº rec. amparo: 450/1985 (ECLI:ES:TC:1988:177). Los hechos probados objeto del recurso de amparo presentado se circunscriben al hecho de que los demandantes, que trabajaban en el Servicio contra incendio del Ayuntamiento de Sevilla, percibían un plus de toxicidad o peligrosidad del 20% del salario base, en virtud de Convenio colectivo de 1980; que el Acuerdo colectivo de 26 de abril de 1982 (renovado luego por un Acuerdo de 1983) creó un denominado “plus de convenio” a favor de aquellos trabajadores que no percibían aún el citado plus tóxico para igualar su salario al de los restantes. Los demandantes consideraban que el establecimiento de este “plus de convenio” les causaba discriminación. Finalmente, el Tribunal Constitucional consideró que el Acuerdo colectivo impugnado, así como la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo que confirmó su validez, no vulneraba el artículo 14 de la Constitución porque la distinción dentro del Convenio colectivo no es *per se* contraria al principio de igualdad.

de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

(...) los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica.”.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEPORTE

Partiendo del análisis realizado anteriormente, es interesante hacer una aproximación, si no en profundidad, sí al menos de forma sucinta, al tratamiento jurídico que se les otorga a determinados derechos fundamentales en el ámbito del deporte y las controversias que se generan al respecto. Los derechos fundamentales analizados son los siguientes: los derechos de los extranjeros (art. 13 de la CE); el derecho a la igualdad (art. 14 de la CE); el derecho a la integridad física (art. 15 de la CE); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 de la CE); el derecho a la libertad de expresión (art. 20 de la CE); el derecho de asociación (art. 22 de la CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE); el derecho a la legalidad punitiva (art. 25 de la CE) y el derecho al trabajo (art. 35 de la CE).

III.1. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA (ART. 13 CE)⁴⁵⁶, ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL⁴⁵⁷

III.1.A. Contenido del derecho

Si bien se ha reservado un capítulo completo al estudio de la figura del extranjero, concretamente el Capítulo V: “Extranjería”, es necesario en este momento hacer una escueta referencia a la misma para completar el análisis de las distintas confrontaciones existentes entre el Derecho deportivo y los derechos fundamentales.

Se puede definir al extranjero como aquella persona que carece de nacionalidad española. Según el artículo 13 de la Constitución Española, el extranjero gozará en España de las libertades públicas que garantiza su Título I en los términos que establecen los tratados y la ley, haciendo la salvedad, en su apartado 2, de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23⁴⁵⁸ que quedan reservados a los españoles (si bien existe la excepción respecto al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales).

⁴⁵⁶ Art. 13 de la Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.”.

⁴⁵⁷ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁴⁵⁸ Art. 23 de la Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁵⁹ ha elaborado progresivamente una doctrina respecto de los derechos del extranjero que, muy sistemáticamente expuesta, consagra los siguientes criterios:

- La única exclusión de titularidad de derechos y libertades fundamentales que la Constitución realiza respecto de los extranjeros se constriñe a los derechos de participación política del artículo 23.
- Aunque todos los derechos y libertades de los extranjeros son, respecto a su contenido, de configuración legal, queda garantizado el pleno respeto del contenido esencial del derecho constitucional definido.
- A pesar de la literalidad del artículo 14 de la Constitución Española, que predica la igualdad ante la ley tan solo respecto a los españoles, existe un número de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación debe ser igual para ambos.

La regulación legal de esta materia se concreta en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁴⁶⁰. Como criterio interpretativo, su artículo 3 dispone que se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos en ella reconocidos, en condiciones de igualdad con los españoles, y el ejercicio de los mismos se condiciona a que el extranjero haya obtenido la condición jurídica de residente. Por tanto, una vez que el extranjero se encuentre en situación regular administrativa en España, no podrá ser objeto de trato diferente que un español (salvo en las excepciones referidas anteriormente), siendo constitutivo de discriminación todo acto que directa o indirectamente conlleve una distinción, exclusión o preferencia por razón de la nacionalidad⁴⁶¹.

La pertenencia de España a la Unión Europea obliga a distinguir entre los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios; una vez ratificado el Tratado de la Unión

⁴⁵⁹ STC 107/1984, Sala segunda, de 23 de noviembre de 1984, nº rec. de amparo: 576/1983 (ECLI:ES:TC:1984:107), Fundamento Jurídico 3º, STC 99/1985, Sala segunda, de 30 de septiembre de 1985, nº rec. de amparo: 14/1985 (ECLI:ES:TC:1985:99), Fundamento Jurídico 2º, STC 115/1987, Pleno, de 7 de julio de 1987, nº rec. de inconstitucionalidad: 880/85 (ECLI:ES:TC:1987:115), Fundamento Jurídico 3º y STC 95/2000, Sala primera, de 10 de abril de 2000, nº rec. de amparo: 3477/96 (ECLI:ES:TC:2000:95), Fundamento Jurídico 3º.

⁴⁶⁰ BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁴⁶¹ Art. 23 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150

Europea⁴⁶², se introdujo la llamada “ciudadanía europea” que agranda aún más las diferencias entre estas dos categorías de extranjeros, ya que la ciudadanía europea permite a los extranjeros comunitarios el goce de una serie de derechos relacionados con esta cualidad de ciudadano de la Unión.

III.1.B. Conflicto en el ámbito del deporte

En el ámbito del deporte profesional, la condición de extranjero (no comunitario ni asimilado)⁴⁶³ del deportista es motivo de limitación o prohibición en la alineación o participación en las competiciones deportivas reguladas por los estatutos y reglamentos de algunas federaciones deportivas. Se trata del conocido como “sistema de cupos”. Las causas o los argumentos que se han venido utilizando como justificación de estas limitaciones basadas en la nacionalidad, deben buscarse en una supuesta identificación de los aficionados con quienes son los protagonistas de su deporte o club, el mantenimiento del equilibrio en las competiciones o en el fomento y promoción de la cantera propia de deportistas⁴⁶⁴.

Por una parte, el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales⁴⁶⁵, en su artículo 2º, dispone que, en materia de contratación de deportistas extranjeros, se estará a lo que disponga la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas sobre participación en competiciones oficiales y, por otra parte, la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte⁴⁶⁶, en el apartado 3º de su Disposición adicional segunda, establece que la participación de extranjeros en la actividad deportiva profesional se regirá por su normativa específica; ambos preceptos dan a entender que por su especificidad (la del deporte) se produce una remisión directa a las reglas federativas. Por su parte, el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y

⁴⁶² DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pág. 13 a 46.

⁴⁶³ Se identifica la condición de extranjero a aquel que no es nacional del Estado (español), ni nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (comunitario), ni nacional de algún Estado que haya suscrito un acuerdo de cooperación con la Unión Europea (asimilado). El régimen jurídico de la persona comunitaria así como de la asimilada se expone detalladamente en el apartado VI.- Autorización para trabajar de los extranjeros del Capítulo V: “Extranjería”.

⁴⁶⁴ PRADOS PRADOS, S., *Las licencias ...*, op. cit., pág. 231 y ss.

⁴⁶⁵ BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

⁴⁶⁶ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964.

Registro de Asociaciones Deportivas⁴⁶⁷, es la norma que incorpora positivamente las limitaciones por razón de la nacionalidad. Concretamente su artículo 28 .1 e) dispone que, entre los extremos que contendrán los convenios de coordinación suscritos entre las ligas profesionales (institución encargada de la organización de las competiciones profesionales) y las federaciones deportivas, estará la fijación del número de extranjeros no comunitarios que podrá participar en dichas competiciones. En caso de desacuerdo entre ambas instancias, será el Consejo Superior de Deportes el que lo determine. A modo de ejemplo, destacar que dichas limitaciones se han hecho efectivas tanto en el Convenio suscrito entre la ACB, la FEB y la ABP (Baloncesto)⁴⁶⁸ que permite un máximo de 2 extranjeros en cada equipo, como en el suscrito entre la LNFP y la RFEF (Fútbol)⁴⁶⁹ que permite un máximo de 3 por cada equipo.

Es doctrina mayoritaria⁴⁷⁰ la que estima que este tipo de delimitaciones de cupo de licencias a extranjeros vulnera el artículo 13 de la Constitución, así como la Ley Orgánica que regula sus derechos y libertades, por entender que este tipo de medidas suponen un acto discriminatorio en contra de los extranjeros, siempre y cuando estos ostenten el preceptivo permiso de trabajo y de residencia. En coherencia con el sistema de fuentes, es realmente dificultoso sostener que las reglas federativas puedan derogar, a través de la remisión al artículo 2 del Real Decreto 1006/1985 o al artículo 28 del Real Decreto 1835/1991, los derechos reconocidos por la Constitución y por la propia legislación estatal de extranjería. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto deberían considerarse nulas de pleno Derecho todas las medidas que limitaran o prohibieran la participación o alineación en competiciones deportivas profesionales.

⁴⁶⁷ BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

⁴⁶⁸ Convenio de Coordinación FEB y ACB de 1 de julio de 2008.

⁴⁶⁹ Convenio de Coordinación LNFP y la RFEF de 3 de julio de 2019.

⁴⁷⁰ GARCIA CABA, M. M^a., “Extranjería y Deporte profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVEIRO, E. A. (coords.): *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Editorial Gomares, Granada, 2010, pág. 263 y ss., CAMPS POVILL, A. y PALOMAR OLMEDA, A., *La participación de las personas extranjeras en las competiciones ...*, *op. cit.*, pág. 92 y ss. y HERVÁS MARTÍNEZ, J., FORTÚN COSTEA, A., GARCÍA LUCAS, R., LASA AZPEITIA, J. y ROCA ALOMAR, A. J., “La organización en forma de ligas del deporte profesional en el ordenamiento jurídico español: historia reciente. Problemática y análisis de los principales instrumentos”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte ...*, *op. cit.*, pág. 165 y ss.

III.2 DERECHO A LA IGUALDAD (ART. 14 CE)⁴⁷¹, ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES⁴⁷²

III.2.A. Contenido del derecho

El artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho de igualdad de todos los españoles ante la ley; por expresa previsión del artículo 53.2 del mismo texto legal⁴⁷³, este derecho está especialmente garantizado y protegido por el procedimiento de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Es, por tanto, un derecho fundamental de invocación directa sin necesidad de desarrollo legislativo previo.

El derecho de igualdad, de hecho, es un término que se encuentra muchas veces repetido en el texto constitucional. Por ejemplo, el artículo primero ya considera la igualdad como un valor superior del ordenamiento junto a la justicia, la libertad y el pluralismo político y el artículo 9.2 da a la igualdad, junto con la libertad, una capacidad de remoción de obstáculos para que los poderes públicos puedan garantizar el cumplimiento de sus competencias.

El derecho a la igualdad, como derecho público subjetivo ejercitable ante los jueces y tribunales ordinarios, debe reivindicarse ante un acto de discriminación que se puede originar si concurren las siguientes causas: una desigualdad generada por un hecho; una diferenciación de tratamiento legal no justificado constitucionalmente o finalmente de una aplicación de una ley que produzca un resultado inconstitucional. Para que la discriminación sea tomada en cuenta, será necesario que cause desventajas sistemáticas, perjudique la dignidad humana y afecte negativamente el disfrute igualitario de los derechos y libertades de manera grave⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Art. 14 de la Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social.”

⁴⁷² BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, pág. 12611 a 12645.

⁴⁷³ El artículo prevé que además de los derechos regulados en la Sección primera del Capítulo segundo, el derecho amparado por el artículo 14 (que se halla fuera de dicha Sección) también estará protegido por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁴⁷⁴ CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, Deberes constitucionales y principios rectores, Instituciones y órganos constitucionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pág. 83 y ss.

No obstante, la diferencia en el contenido de la ley o en el trato puede ser aceptable jurídicamente, siempre y cuando se acredite la existencia una causa objetiva y razonable para fundamentar un contenido normativo distinto y se acredite la existencia de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a alcanzarse a través del trato diferente⁴⁷⁵. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁷⁶:

“Esta diferencia de trato entre las personas en situaciones similares o no tratar de forma diferente a las personas en situaciones diferentes –es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un objetivo legítimo o si no ha y una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.”.

En conclusión, el derecho de igualdad puede definirse como el derecho de todos a ser iguales en su dignidad, a ser tratados con respeto y consideración y a participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil, cultural, política, económica y social. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una misma protección y garantía ante la misma. Ahora bien, para reconocer la igualdad plena y efectiva (y así para lograr una finalidad legítima), es necesario tratar a las personas de manera diferente según sus distintas circunstancias y, para ello, se requiere una acción positiva, que incluye una serie de medidas políticas, administrativas y legislativas⁴⁷⁷. En España, la acción positiva más destacable, por su amplitud y su ambición, es la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres⁴⁷⁸, que en su Preámbulo manifiesta lo siguiente:

“Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se

⁴⁷⁵ ARIAS MARÍN, A., “Discriminación y multiculturalismo: estudio crítico del Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos europeos”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM*, pág. 126 y ss. y DEMA MORENO, S., *A la igualdad por la desigualdad*, Ediciones KRK, Oviedo, 2008, pág. 54 y 55.

⁴⁷⁶ STEDH, Sección 4ª, Asunto *Eweida* y otros c. Reino Unido, núm. 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516 710, de 15 de enero de 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, Apartado 88º.

⁴⁷⁷ BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003, pág. 1-27.

⁴⁷⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007, pág. 12611 a 12645.

deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo.”.

La mayor novedad de esta Ley radica en la prevención de conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Para ello, prevé la implantación de políticas públicas que aboguen a favor de dicha igualdad desde una perspectiva de género. Sobre esta base, su Título I establece un conjunto de determinaciones generales que son las llamadas a articular y a concretar el alcance del principio de igualdad, entre otras, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres; integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas e igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo⁴⁷⁹. Promueve la labor de las Administraciones públicas en lo relativo al fomento del deporte femenino y presta especial atención a la discriminación derivada del embarazo y la maternidad⁴⁸⁰.

III.2.B. Conflicto en el ámbito del deporte

Teniendo en cuenta lo extenso del contenido del derecho, se ha decidido enfocar el análisis en el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y, para ello, se ha elegido como objeto de estudio el hecho de la existencia de las cláusulas anti embarazo en los contratos de las deportistas.

Huelga decir que es doctrina del Tribunal Constitucional⁴⁸¹ señalar que la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres, de suerte que la extinción causal del contrato de trabajo de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una

⁴⁷⁹ BASAULI HERRERO, E., “La incidencia de los deportistas profesionales. ¿Es posible el despido nulo y en concreto por causas de discriminación? Incidencia de los convenios colectivos y las posibles vías de solución de los conflictos generados por la relación entre los clubes y los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 39, 2013, pág. 171-196.

⁴⁸⁰ PALOMAR OLMEDA, A., “Las políticas de género en el ámbito de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 48, 2015, pág. 331-373.

⁴⁸¹ STC 20/2001, Sala segunda, de 29 de enero de 2001, nº rec. de amparo: 2064/98 (ECLI:ES:TC:2001:20) Fundamento Jurídico 1º y STC 17/2007, Sala primera, de 12 de febrero de 2007, nº rec. de amparo: 2192/2003 (ECLI:ES:TC:2007:17), Fundamento Jurídico 3º.

discriminación directa basada en el sexo prohibida por el artículo 14 de la Constitución española⁴⁸².

No obstante, ha sido una práctica habitual incorporar a los contratos (entre las deportistas y los clubes o federaciones deportivas) cláusulas de resolución unilateral de contrato en caso de embarazo de la deportista, vulnerando el artículo 14 de la Constitución por ser discriminatorio por razón de sexo⁴⁸³. De hecho, el asunto llegó a la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados⁴⁸⁴ y, en su sesión de 17 de mayo de 2018, se discutió y aprobó la Proposición no de Ley sobre la prohibición de las cláusulas anti embarazo en los contratos de las deportistas profesionales y *amateurs*⁴⁸⁵, mediante la cual el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a:

“1. Iniciar las modificaciones legislativas pertinentes a fin y efecto de prohibir de forma expresa la introducción de las cláusulas antiembarazo a las deportistas profesionales y amateurs.

2. Llevar a cabo las modificaciones legislativas y reglamentarias oportunas, con la finalidad de sancionar y prohibir el acceso a subvenciones o ayudas de carácter público, a aquellos clubes deportivos que introduzcan cláusulas antiembarazo en los contratos que suscriben con sus deportistas.

⁴⁸² PURCALLA BONILLA, M. A., “Igualdad trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10, 2004, pág. 931-972.

⁴⁸³ LÓPEZ GONZÁLEZ, M^a. J., “Embarazo como cláusula de penalización”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales de derecho del deporte*, Editorial Reus, Madrid, 2015, pág. 237 y ss.

⁴⁸⁴ La Señora Capella i Farré, representante de Esquerra Republicana (partido político que presentó la Proposición no de Ley), en su presentación expuso lo siguiente (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 526, de 17 de mayo de 2018, pág. 6-7):

“A nadie se le escapa que vivimos en una sociedad patriarcal que discrimina al 50% de la población” (...). En el deporte femenino tanto profesional como amateur existe una práctica completamente ilegal, en la que la Administración no ha ejercido las funciones de tutela, ha hecho (...) dejación, que lleva a una situación de desamparo legal de muchas deportistas profesionales (...) las cláusulas antiembarazo. Son cláusulas que se incorporan a los contratos que firman las deportistas más jóvenes en el inicio de su carrera, cuando suelen tener una carrera deportiva por delante, y en previsión de que no se vea truncada o interrumpida por el embarazo de la jugadora, se les imponen determinadas cláusulas.(...) no se puede tolerar que el embarazo se encuentre entre los supuestos que provoquen una resolución unilateral del contrato, no podemos tolerar que quedarse embarazada para una deportista sea equiparable a realizar conductas indecorosas o a dar positivo en un contrato antidopaje. Es cierto que las cláusulas antiembarazo son nulas de pleno derecho, una obviedad, pero que sean nulas de pleno derecho no quiere decir que no se llevan a cabo en la práctica. Son nulas de pleno derecho porque la propia Constitución lo prohíbe en todo el ideario de derecho fundamentales, el Estatuto de los Trabajadores (...). Sin embargo, que no estén prohibidas expresamente hace posible que muchas jóvenes deportistas las estén padeciendo”

⁴⁸⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 363, de 6 de junio de 2018, pág. 20-23.

3. Impulsar, en coordinación con las Comunidades Autónomas con competencias en materia de inspección laboral, las oportunas inspecciones para detectar y en su caso sancionar, las cláusulas antiembarazo.

4. Poner en marcha, a través del Consejo Superior de Deportes y las respectivas federaciones deportivas estatales, campañas informativas, dirigidas tanto a los clubes como a las propias deportistas, de la ilegalidad del establecimiento de cláusulas antiembarazo.”.

Como consecuencia de este primer paso, el 18 de diciembre de 2018 se suscribió el primer convenio colectivo de club en el deporte femenino. Concretamente, se trata del Convenio Colectivo del Fútbol Sala femenino suscrito entre el Club Pescados Rubén Burela FS y las jugadoras profesionales del club, que está registrado en la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia y en el por primera vez se regula, en el ámbito de deporte, aspectos tan importantes para las mujeres como son el reconocimiento de la maternidad como derecho; la nulidad del despido por causa del embarazo y la prórroga obligatoria del contrato de al menos un años tras el embarazo y el periodo de maternidad.

En la actualidad, un posible Convenio Colectivo del Fútbol Femenino profesional se ha comenzado a negociar, entre los sindicatos que representan a las jugadoras, la RFEF y la Asociación del Clubes de Fútbol Femenino, si bien en este momento las negociaciones han quedado bloqueadas como consecuencia de la actitud de esta última al no querer reconocer las reclamaciones que realizan las jugadoras profesionales, tales como, una jornada de 35 horas semanales en el cómputo semestral; un salario mínimo anual de 16.000€ brutos con una parcialidad laboral del 75%; vacaciones de 31 días naturales; ayudas a la maternidad de 600€ y coberturas ante bajas, incapacidad permanente o fallecimiento.

III.3. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA (ART. 15 CE)⁴⁸⁶

III.3.A. Contenido del derecho

El artículo 15 de la Constitución, entre otros derechos, garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual, en términos generales, viene a protegerse la

⁴⁸⁶ Art. 15 de la Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”.

inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar tanto su cuerpo como su espíritu, así como cualquier clase de intervención sobre esos bienes que se realice sin el consentimiento de su titular⁴⁸⁷. La existencia de prestación del consentimiento ante una injerencia en este derecho ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional⁴⁸⁸ que ha resuelto que, si bien el consentimiento dado por el titular a cualquier injerencia en su derecho a la integridad debería ser algo inherente para que dicha actuación no fuera sancionada, carecería de relevancia dicho consentimiento en caso de que la información relativa a la mencionada injerencia no fuera adecuada⁴⁸⁹.

Asimismo, por otra parte, el Código Penal⁴⁹⁰ sanciona todas las lesiones que se causen a otra persona, no solo las más graves sino también las más nimias. La pena, aunque de distinta magnitud, abarca tanto las conductas dolosas, como culposas o imprudentes.

III.3.B. Conflicto en el ámbito del deporte

En el ámbito del deporte, el derecho a la integridad física de los practicantes, sean profesionales o aficionados, se suele habitualmente ver afectado; la cuestión trascendental que se analizará a continuación es acerca de la legitimidad del tratamiento penal de las lesiones que puedan producirse como resultado de la práctica deportiva en circunstancias que sí serían perseguibles si tuvieran lugar fuera de dicho contexto.

Parece injusto, *prima facie*, que las lesiones genéricas sean sometidas al Derecho penal y que no lo sean si se producen en un terreno de juego (siendo únicamente receptoras de las sanciones disciplinarias deportivas)⁴⁹¹. Resulta cuanto menos extraño que apenas se acuda al Derecho penal para sancionar las conductas que causen lesiones, si estas se han

⁴⁸⁷ STC 120/1990, Pleno, de 27 de junio de 1990, nº rec. de amparo: 443/90 (ECLI:ES:TC:1990:20), Fundamento Jurídico 8º.

⁴⁸⁸ STC 37/2011, Sala segunda, de 28 de marzo de 2011, nº rec. de amparo: 3574/2008 (ECLI:ES:TC:2011:37), Fundamento Jurídico 5º.

⁴⁸⁹ CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional ...*, op. cit., pág. 117.

⁴⁹⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058.

⁴⁹¹ RÍOS CORBACHO, J. M., “Deporte y derecho a la integridad física”, en PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coord.): *Deporte y Derechos*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pág. 193.

producido en el ámbito de una competición deportiva (de hecho, su irrelevancia penal ha sido declarada en numerosas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia)⁴⁹².

Como ya se ha adelantado, el deporte (esa actividad sujeta a reglas fijas controladas por organismos nacionales e internacionales que pone en juego cualidades tales como la movilidad física, la fortaleza y la habilidad de los competidores) provoca, como cualquier otra actividad, accidentes con resultados lesivos, siendo tradicional distinguir las lesiones sufridas con ocasión de la práctica deportiva y las lesiones provocadas por el deporte mismo, englobándose en el primer grupo la casi totalidad de los deportes, puesto que normalmente el objetivo no es el contacto físico y, en el segundo grupo, aquellos deportes que consisten precisamente en la lucha directa entre dos o más competidores y/o donde se persigue el golpeo del contrario, como es el caso del boxeo y determinadas artes marciales.

Es de destacar que, a pesar de la frecuencia con que se producen, falta en el ordenamiento jurídico español un tratamiento legislativo de las lesiones en el deporte. Existe legislación estatal que regula el régimen deportivo (la Ley del Deporte)⁴⁹³ y que se centra en sentar las bases del deporte sobre unos principios generales y en regular la organización de las asociaciones deportivas. Por otra parte, cabe tener en cuenta la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte⁴⁹⁴, aunque esta regula estos aspectos imponiendo sanciones a las personas organizadores de espectáculos deportivos que cometan infracciones, a las personas espectadoras y a otras personas. No existe una regulación específica relativa a las agresiones y lesiones que se produzcan en el seno del desarrollo de un deporte específico, ni mucho menos del deporte en general⁴⁹⁵.

Es la propia jurisprudencia la que ha intentado encontrar el fundamento de la impunidad que impregna en los casos de las lesiones deportivas. Destaca a este respecto la sentencia

⁴⁹² VENTAS SASTRE, R., “Una aproximación al tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas”, *Revista Aranzadi de Derecho Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005, pág. 239-255.

⁴⁹³ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, páginas 30397 a 30411.

⁴⁹⁴ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, páginas 29946 a 29964.

⁴⁹⁵ CAMUÑAS ARRANCUDIAGA, R., “La doctrina de la asunción del riesgo en el ámbito deportivo. Comentario de la Sentencia 125/2013 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 25 de noviembre de 2013”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 42, 2014, pág. 353-366.

de la Audiencia Provincial de Castellón de 22 de febrero⁴⁹⁶, que realiza un análisis profundo, y que ha sido reproducida en otras sentencias⁴⁹⁷ y por multitud de autores⁴⁹⁸, sobre el tema de la impunidad en los casos de lesiones deportivas.

Son varias las teorías que tratan de encontrar el fundamento de la impunidad, pudiendo citarse entre ellas las siguientes:

III.3.B.a. Teoría del riesgo asumido o riesgo permitido

La presente teoría halla el fundamento de la impunidad en el consentimiento prestado, tácita o explícitamente, por los deportistas. Dicho consentimiento no se presta para ser lesionado, sino para asumir el riesgo de que la lesión se produzca. Según esta teoría, el deportista consiente en poner en peligro su integridad física y, caso de que se den lesiones, dicho consentimiento operará como justificación y/o como causa de exclusión de tipicidad, siempre que se observen mínimamente las reglas de juego o *lex artis*. En esta teoría se basa la sentencia del Tribunal Supremo⁴⁹⁹ que, si bien el procedimiento que se sigue es en la vía civil, es absolutamente aplicable en el campo de lo penal, según su Fundamento Jurídico 5º:

“Así centrada la cuestión y para comprobar si la tipificación realizada tanto por el Juzgador de instancia como el de Apelación se acomoda a lo indicado, debe también señalarse que en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar –roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.–, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se

⁴⁹⁶ SAP de Castellón 49 A/2000, Sección 1ª, de 22 de febrero de 2000, nº rec. apelación: 27/99 (ECLI:ES:APCS:2000:227). Se trata de una sentencia excepcional, en este caso se condena como autor de falta de lesiones a un jugador que, sin existir disputa del balón, le propina un golpe a un adversario que le había dado antes una patada en un lance del juego en un partido de fútbol sala, produciéndose lesiones como consecuencia del puñetazo.

⁴⁹⁷ SAP de la Rioja 247/2004, Sección 1ª, de 8 de septiembre, nº rec. de apelación: 23/2004 (ECLI:ES:APLO:2004:460), Fundamento Jurídico 2º y SAP de Zaragoza 325/2009, Sección 3ª, de 14 de abril, nº rec. de apelación: 259/2008 (ECLI:ES:APZ:2009:1037), Fundamento Jurídico 1º.

⁴⁹⁸ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M., “La prevención de riesgos en el deporte profesional”, *Grandes Tratados. Tratado de Salud Laboral*, Aranzadi, 2012, BIB 2012/3357 y GARCÍA VALDÉS, C., “Responsabilidad por lesiones deportivas”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, fascículo 3, 1993, pág. 974 y ss.

⁴⁹⁹ STS 942/1992, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 22 de octubre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:17258). La sentencia juzga la posible responsabilidad civil por lesiones a un jugador en el transcurso de un partido de pala, cuando a consecuencia del impulso propinado a la pelota por la pala, esta golpeó su ojo izquierdo produciéndose su pérdida.

salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas.”.

III.3.B.b. Teoría del caso fortuito

Para que esta teoría se pueda aplicar, siempre deben concurrir tres requisitos: que se trate de un deporte lícito, esto es, autorizado por el poder público; que se observen las reglas de juego; y que el ejercicio deportivo no se haya tomado como medio para encubrir una voluntad criminal.

III.3.B.c. Teoría consuetudinaria

En este caso la costumbre es la que motiva que todos se contenten con las sanciones disciplinarias, de tal forma que la costumbre extiende la causa más allá de donde llega el consentimiento convirtiéndola en excusa absolutoria. Existe un indudable factor consuetudinario, en virtud del cual, ha arraigado en la conciencia colectiva que los daños normalmente producidos en el deporte derivan de una causa que no solo constituye exención de responsabilidad penal, sino también un obstáculo impeditivo de su nacimiento.

Según los defensores de esta teoría basta con las sanciones deportivas impuestas por los comités de competición o disciplinarios y opinan que los tribunales jurisdiccionales ordinarios no deberían intervenir; esto último no es una cuestión novedosa en el ámbito deportivo (como ya se ha comentado en capítulos anteriores y como se desarrollará más adelante en este) ya que la reticencia a acudir a la jurisdicción ordinaria por parte de las distintas asociaciones deportivas, sean nacionales o internacionales, es habitual, más aun cuando son sus propios estatutos y reglamentos los que prohíben acudir a los tribunales ordinarios so pena de ser sancionados aquellos que lo hagan. Por último, el propio deportista no suele tener intención de acudir a los tribunales, extendiendo su asunción de riesgo hasta extremos que los propios tribunales consideran difícil de entender.

III.3.B.d Teoría del reconocimiento del Estado

Al Estado y a la sociedad les resulta de interés prevalente el mejoramiento de la salud y vigor de la raza humana, si bien no alcanza esta justificación en los casos de que el daño para la integridad personal proceda de una práctica irregular del deporte.

III.3.B.e. Teoría del ejercicio legítimo de un derecho u oficio

La impunidad encuentra su justificación en el propio Código Penal⁵⁰⁰. Esta teoría presenta la ventaja de no tener que buscar una causa de justificación *extra legem*. Además, salva los problemas de distinción entre deporte profesional y aficionado. Ahora bien, si el sujeto no observara el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte, el ejercicio del derecho o profesión no serán legítimos.

Sentado lo que antecede, la regla general es la impunidad y la excepción, la punibilidad. Aun así, todas las citadas teorías vienen a matizar que la clave para determinar la frontera entre la impunidad y la punibilidad tiene que estar forzosamente en la observancia de las reglas de juego, de la *lex artis* y en la ausencia por parte del actor del *animus laedendi*⁵⁰¹.

III.4. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN (art. 18 CE)⁵⁰² DESARROLLADO POR LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN⁵⁰³

III.4.A. Contenido del derecho

Es el artículo 18 de la Constitución Española el que garantiza el núcleo de derechos llamados de la personalidad, que atañen fundamentalmente a la dignidad de la persona y a su intimidad. Mediante el reconocimiento constitucional de este derecho queda protegido un catálogo importante de derechos que garantizan el ámbito de privacidad, no

⁵⁰⁰ Artículo 20.7 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058, dice lo siguiente:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”.

⁵⁰¹ Actuación consciente y voluntaria dirigida a menoscabar la integridad del adversario.

⁵⁰² Art. 18 de la Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”.

⁵⁰³ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pág. 12546 a 12548.

solo frente a los poderes públicos, sino también frente a todos los particulares que vendrán obligados a respetar ese espacio de reserva individual.

Es la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la que desarrolla el artículo 18 CE y regula el ejercicio de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sin embargo, no diferencia el concepto de honor de la intimidad y de la imagen, sino que enuncia de manera conjunta los tres derechos y no establece criterios de distinción de los conceptos.

Es la doctrina, al igual que la jurisprudencia, la que ha ido concretando las diferencias entre estos tres derechos fundamentales y para ello basta detenerse en el contenido esencial de cada uno de ellos. El derecho al honor, en su contenido esencial, lo viene a constituir la dignidad de la persona en cuanto a su integridad de ser humano (reconocida también en el artículo 10 de la Constitución)⁵⁰⁴, el reconocimiento que los demás tienen sobre la persona, esto es, la buena reputación. Respecto al contenido esencial del derecho a la intimidad, se trata de la obligación, por parte de los poderes públicos y de la sociedad, de respetar un ámbito de privacidad en la persona, supone el derecho a no ser molestado, y a guardar la conveniente reserva acerca de los datos de una persona que esta no quiera divulgar; es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de terceros ni del Estado, con la garantía de que nadie pueda invadir los aspectos reservados de la vida íntima. Finalmente, el contenido esencial de derecho a la imagen supone la protección y control de la reproducción física de la imagen de la persona, consiste en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Art. 10 de la Constitución Española. BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, que dice lo siguiente:

“1. 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.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”.

⁵⁰⁵ CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional ...*, op cit., pág. 134-138.

Se trata, por tanto, de tres derechos fundamentales autónomos, que no precisan de una conexión necesaria para su protección, sino que cada uno de ellos tiene un contenido esencial diferenciado de los demás⁵⁰⁶.

III.4.B. Conflicto en el ámbito del deporte

En el ámbito del deporte son diversas las controversias que se han originado y que han supuesto alguna injerencia en los derechos fundamentales amparados por el artículo 18 CE. Ahondando en la autonomía de cada uno de los tres derechos, se analizarán de forma independiente.

III.4.B.a. Derecho al honor

En una primera aproximación, se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico español no existe una definición de honor, siendo por tanto este un concepto jurídicamente indeterminado. Ha sido a través de la doctrina y la jurisprudencia cuando se ha logrado definir el derecho al honor. La doctrina lo define como un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás y cuya negación o desconocimiento se produce a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, inexcusablemente la haga desmerecer de su propia estimación o del público aprecio⁵⁰⁷; consecuencia de ello es su doble carácter, el carácter subjetivo o inmanente y el carácter objetivo o trascendente; el primero viene determinado por la estimación que cada persona tiene de sí mismo (carácter inmanente) y el segundo consistiría en la estimativa que los demás hacen de la dignidad de cada uno, su prestigio profesional o su fama (carácter trascendente)⁵⁰⁸. Es interesante el matiz que aporta el Tribunal Constitucional a la hora de definir el derecho al honor cuando expone que su contenido es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento⁵⁰⁹.

Por la trascendencia pública que tiene el deporte profesional en España, en ocasiones, ha colisionado el derecho al honor de los deportistas profesionales con el derecho de

⁵⁰⁶ STC 81/2001, Sala segunda, de 26 de marzo de 2001, nº rec. de amparo: 922/98 (ECLI:ES:TC:2001:81), Fundamento Jurídico 2º.

⁵⁰⁷ AMAYA PILARES, S., “Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25, 2009, pág. 231-240.

⁵⁰⁸ PLAZA PENADÉS, J., “El derecho al honor de los deportistas y su conflicto con la libertad de expresión e información”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, pág. 433-464.

⁵⁰⁹ STC 223/1992, Sala primera, de 14 de diciembre de 1992, nº rec. de amparo: 653/89 (ECLI:ES:TC:1992:223), Fundamento Jurídico 3º.

expresión y/o de información de los periodistas o de otros deportistas, lo que, a veces, ha derivado en una intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor.

A este respecto, y con el fin de desarrollar el contenido del derecho al honor en el ámbito del deporte profesional, se han elegido dos casos donde, denunciándose una intromisión ilegítima en el derecho al honor (como consecuencia de unas manifestaciones), los tribunales esgrimiendo el mismo argumento jurídico tomaron decisiones opuestas.

En el primero de los casos, el jugador de fútbol profesional don Luis Figo interpuso una demanda, por intromisión en el derecho al honor en el ámbito de su reputación profesional (a su juicio había quedado menoscabado), contra la periodista del Diario Deportivo AS doña Carmen Colino por un artículo de opinión publicado el 6 de mayo de 2005 bajo el título “Figo ya pasa de todo”. En él la periodista comentaba y criticaba la actitud pasiva del jugador en unos de los entrenamientos con su club el Real Madrid⁵¹⁰.

En el segundo de los casos el entrenador de fútbol don *John Benjamin Toshack* interpuso una demanda por intromisión en su derecho al honor contra el jugador de fútbol don *Clarence Seedorf* por sus manifestaciones, expresiones y afirmaciones que realizó en el programa radiofónico “El Larguero”, el día 7 de mayo de 2003, así como las manifestaciones e imputaciones realizadas sobre él en su libro “*Clarence Seedorf de Biografía*”⁵¹¹.

⁵¹⁰ La transcripción literal del artículo es la siguiente:

“Luis Figo pasa de todo y lo más grave es que no lo disimula, le da igual. Se siente fuera del equipo y no está implicado en el objetivo inmediato del Real Madrid que es ganar la Liga. Lleva toda la semana sin entrenarse, sólo hace trabajo específico. El dolor miofacial que tiene en su pierna derecha ha pasado de ser una simple molestia a ser algo mucho más serio porque si no se explica que el portugués no se haya entrenado con el grupo ni un solo día. (...). Eso fue todo porque luego se dedicó a comentar la jornada. Vio en entrenamiento de sus compañeros y le prestó especial interés al reparto de petos. Esta semana no había enfado posible porque él no estaba con el grupo, aunque si hubiera estado, Teixeira le hubiera dado el de suplente. Después se dedicó a hacer fotos con un teléfono móvil para pasar el tiempo. (...) Gastó su tiempo en saludar a un colegio de chavales que gritaban su nombre. Todo, menos prepararse. (...) El caso es que Figo no engaña a nadie y mucho menos al cuerpo técnico del Madrid. Está clarísimo que vive su último mes de blanco. Los informes sobre su actitud en los entrenamientos no serán buenos. La mejor prueba fue la de ayer. Eligió tomar el sol antes de hacer todo lo posible por entrenarse con el resto del grupo. Si se supiera titular indiscutible, quizá su lesión no hubiera durado ni 24 horas. No había terminado el entrenamiento y Figo se acercó a un centenar de niños que requerían su presencia. No tenía nada mejor que hacer, así que estuvo firmando autógrafos más de quince minutos, con un sol de justicia, pero daba igual. La imagen es la imagen. El portugués está en su peor momento desde que llegó al Real Madrid. Sabe que el club no le quiere renovar y que incluso está dispuesto a darle la carta de libertad (...).”

⁵¹¹ En el libro *Clarence Seedorf* incluyó las siguientes manifestaciones sobre el Sr. *Toshack*:

“Después sí que entendimos lo que estaba haciendo. Acudió al Real, sobre todo para llenarse los bolsillos. Su único objetivo era vender jugadores, de manera que podía adquirir sustitutos cuyos transfers le proporcionaban dinero. Ha ganado un montón de pasta, entre otros con Balic y Geremi. A los jugadores que cobraba, les decía: “Yo te lo consigo, pero quiero parte de tu dinero”. Increíble pero cierto. Todo el

En ambos casos los tribunales entendieron que existía una colisión entre el derecho al prestigio profesional (se considera incluido en la protección al honor) y la libertad de expresión (emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo) y/o información (narración de hechos veraces)⁵¹². La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Pero la ponderación debe, por una parte, respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre y, por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige. Los tribunales a la hora de realizar la ponderación siguieron las siguientes reglas⁵¹³:

mundo lo confirmaba: personas dentro del club, periodistas, todo el mundo lo sabía lo que estaba haciendo. Por lo tanto queda bien claro por qué amenazaba con sacar los trapos sucios: quería crear un sitio para los jugadores con lo que podía ganar dinero. Y eso que realmente no se trataba de jugadores que estaban al nivel del Real.”.

En su intervención radiofónica en el programa deportivo “El Larguero” a preguntas de José Ramón (J.R.) de la Morena, el Sr. Seedorf (S.) realizó las siguientes manifestaciones:

“J.R.: o sea, ¿Qué no es una sorpresa para nadie que Toshack trincara de los fichajes?

S.: no ha sido una sorpresa para nadie porque no ha sido una cosa que yo podía haber sabido ... porque lo ha hecho conmigo, lo ha hecho con otras personas (...).

J.R.: no, pero si te lleva a los Tribunales o algo ¿tú tienes testigos? ¿Tienes alguna prueba para poder demostrarlo?

S.: Sí

J.R.: ¿sí? O sea que ... si le tienes cogido por semejante sitio ... o sea que, vamos, que tú no vas a estar sólo, que vas a tener tus testigos y tus pruebas.

S.: seguramente, si no ... como siempre, se va a pagar lo que necesite pagar con Toshack porque su ... seguramente unos objetivos que le llevan para ser entrenador en este mundo, la cosa está en robar dinero por ahí y por allá. “Robar” es un modo de decir, porque robar es una cosa, una palabra que yo no he dicho esta cosa, si él le da tanta importancia, bueno... significa que quiere sacar que ... quiere sacar dinero otra.”

⁵¹² Si bien estos derechos van a ser objeto de estudio más adelante en el presente capítulo, es necesario hacer un análisis al menos somero del contenido de los mismos.

⁵¹³ ÁLVAREZ MORENO, A., “Intromisión ilegítima en el derecho al honor de un entrenador de fútbol. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2011, que confirma la sentencia que condenaba a Clarence Seedorf a pagar 60.000 euros al entrenador John Benjamin Toshack por intromisión en su derecho al honor, al haberle acusado de cobrar comisiones en los fichajes del Real Madrid”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 34, 2012, pág. 257-266.

- Relevancia pública: la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tienen relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad, pues entonces el peso de la libertad de información o de expresión es más intenso que el derecho al honor. La proyección pública se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política; por la profesión; por la relación con un importante suceso; por la trascendencia económica; por la relevancia social; etc. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para la prevalencia del derecho a la libertad de expresión y/o información cuando las noticias o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado⁵¹⁴.

- Matiz injurioso, ofensivo o ultrajante: la transmisión de los hechos no debe sobrepasar el fin informativo dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado como tampoco se pueden realizar manifestaciones que pueden recaer en injurias o en expresiones ofensivas o ultrajantes. En estos casos el derecho al honor prevalecerá a la libertad de información y de expresión⁵¹⁵.

- Veracidad⁵¹⁶: la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redunden en el descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, que debe entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso⁵¹⁷.

⁵¹⁴ STC 148/2001, Sala primera, de 27 de junio de 2001, nº rec. de amparo: 3377/97 (ECLI:ES:TC:2001:148), Fundamento Jurídico 6º dice que el personaje público deberá tolerar las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando estas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular, si bien no siempre la crítica estará amparada en la relevancia pública de la opinión emitida, y, desde luego, nunca lo podrá estar cuando esa opinión esté acompañada o, simplemente, consista en expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para la crítica que se desea realizar, porque supone un daño injustificado al honor.

⁵¹⁵ VENTAS SASTRE, R., “Intromisión ilegítima en el derecho al honor del deportista en el ámbito de la reputación profesional: Comentario a la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Civil, sección 20), de 15 de febrero de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 24, 2008, pág. 439-444.

⁵¹⁶ Este requisito solo se exige cuando el derecho al honor entre el conflicto con el derecho a la información.

⁵¹⁷ SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., “¿Insinuar el dopaje de un deportista profesional atenta contra su derecho al honor? A propósito de la reclamación de daños y perjuicios de Rafael Nadal frente a la ex ministra francesa de deportes”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 52, 2016, pág. 81-108.

En ambos casos los tribunales realizaron la ponderación. En el caso de la demanda presentada por don Luis Figo contra la periodista doña Carmen Colino, la Audiencia Provincial de Madrid⁵¹⁸ entendió que el artículo publicado en el Diario AS se encontraba comprendido dentro de una lícita libertad de expresión, ya que, por una parte, su contenido consistía en una opinión de relevancia pública, evidente al ser un deportista profesional perteneciente a la plantilla del Real Madrid y, por tanto, un personaje conocido por la opinión pública y, por otra, porque las expresiones que incluía el artículo no eran ni insultantes ni vejatorias ni contenían en sí mismas ningún matiz injurioso o peyorativo para el deportista; si bien reconoce que el artículo se redactó de manera desenfadada y con ánimo de generar polémica típica del fútbol profesional. En el caso de la demanda interpuesta por el Sr. *Toshack* contra el Sr. *Seedorf*, el Tribunal Supremo⁵¹⁹ entendió que sí había habido una intromisión ilegítima a su derecho al honor. Aunque se cumplía el requisito del interés público, se habían realizado acusaciones que no fueron probadas, por lo que las manifestaciones no fueron veraces y se habían utilizado términos y expresiones injuriosas e insultantes que en ningún caso quedaban amparados por el derecho a la libertad de expresión ni de información.

III.4.B.b. Derecho a la intimidad

Como se ha adelantado anteriormente, el derecho a la intimidad conlleva la obligación, por parte de los poderes públicos y de la sociedad, de respetar un ámbito de privacidad en la persona, supone el derecho a no ser molestado, y a guardar la conveniente reserva acerca de los datos de una persona que esta no quiera divulgar; es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de terceros ni del Estado, con la garantía de que nadie pueda invadir los aspectos reservados de la vida íntima.

A este respecto, la lucha contra el dopaje y, más concretamente, las normas antidopaje han supuesto, en ocasiones, afecciones en los derechos fundamentales de los deportistas⁵²⁰.

⁵¹⁸ SAP de Madrid 161/2008, Civil, sección 20, del 15 de febrero de 2008, nº rec. de apelación: 484/2007 (ECLI:ES:APM:2008:1818), Fundamento Jurídico 6º.

⁵¹⁹ STS 428/2011, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 7 junio de 2011, nº rec de casación: 1224/2009, (ECLI:ES:TS:2011:4618), Fundamento Jurídico 5º.

⁵²⁰ PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La libertad individual y la intimidad como límites necesarios a la actuación pública y privada en la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, pág. 177.

La lucha contra el dopaje es uno de los principales objetivos del movimiento deportivo y, en especial, de la Agencia Mundial Antidopaje (AMA)⁵²¹. Esta lucha se ampara en distintos instrumentos normativos, algunos sometidos al Derecho público y otros al privado, debiendo destacarse entre los primeros la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO⁵²² y, entre los segundos, el Código Mundial Antidopaje⁵²³. Además de estos instrumentos, algunos países como España han aprobado leyes especiales que regulan la lucha contra el dopaje en el deporte, como es la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva⁵²⁴ y el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte⁵²⁵. La obligación de localización prevista en estas normas⁵²⁶, y en las

⁵²¹ La AMA (en inglés WADA, *World Anti-Doping Agency*) es, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, una fundación de Derecho suizo fundada el 10 de noviembre de 1999. Está integrada por los Estados y las federaciones internacionales y, en consecuencia, las federaciones nacionales integradas en aquellas. Los deportistas directamente no son parte integrante de la fundación, pero a través de la obtención de la licencia preceptiva, que obtienen de las federaciones nacionales, manifiestan su consentimiento en obligarse estatutariamente al conjunto de reglamentos, disposiciones y compromisos de la misma. La AMA procura fomentar una cultura sin dopaje en el deporte y combina los recursos deportivos y gubernamentales para mejorar, complementar y coordinar los esfuerzos para educar a los deportistas sobre los perjuicios del dopaje.

⁵²² Resolución de 7 de marzo de 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la versión actualizada y en vigor, desde el 1 de enero de 2015, del Código Mundial Antidopaje. Apéndice 1 de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005. BOE nº 61, de 11 de marzo de 2016, pág. 19376 a 19446.

⁵²³ Si bien el Código pretendía ser el marco regulador común y armonizado del antidopaje, en un principio careció de fuerza jurídica en el Derecho internacional público, formando parte del *Soft Law*; sin embargo, esta deficiencia se corrigió cuando pasó a integrarse como Apéndice 1 a la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte. Resolución de 7 de marzo de 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la versión actualizada y en vigor, desde el 1 de enero de 2015, del Código Mundial Antidopaje, Apéndice 1 de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005. BOE núm. 61, de 11 de marzo de 2016, pág. 19376 a 19446.

⁵²⁴ BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013, pág. 46652 a 46699.

⁵²⁵ BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2009, pág. 39534 a 39572.

⁵²⁶A) Art. 5.6 del Código Mundial Antidopaje. Resolución de 7 de marzo de 2016, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la versión actualizada y en vigor, desde el 1 de enero de 2015, del Código Mundial Antidopaje. Apéndice 1 de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005. BOE nº 61, de 11 de marzo de 2016, pág. 19376 a 19446:

“5.6. Información sobre la Localización/Paradero del Deportista.

Los Deportistas que hayan sido incluidos en un Grupo Registrado de Control por su Federación Internacional y/u Organización Nacional Antidopaje deberán proporcionar información acerca de su localización/paradero de la forma especificada en el Estándar Internacional para Controles e Investigadores. Las Federaciones Internacionales y las Organizaciones Nacionales Antidopaje deberán coordinar la identificación de dichos Deportistas y la recogida de esta información. Cada Federación Internacional y Organización Nacional Antidopaje pondrá a disposición a través de ADAMS u otro sistema aprobado por la AMA, una lista que identifique a los Deportistas incluidos en el Grupo Registrado de

Control bien por su nombre o por criterios específicos claramente definidos. Los Deportistas deberán ser notificados antes de incluirlos en un Grupo Registrado de Control y cuando sean eliminados del mismo. La información relativa a su localización/paradero que entreguen mientras se encuentran en el Grupo Registrado de Control será accesible, a través de ADAMS u otro sistema aprobado por la AMA, para la AMA o las otras Organizaciones Antidopaje con potestad para realizar Controles al Deportista conforme a lo previsto en el artículo 5.2. Esta información se mantendrá estrictamente confidencial en todo momento; se usará únicamente a efectos de planificación, coordinación o realización de los Controles Antidopaje, para ofrecer información relevante para el Pasaporte Biológico del Deportista u otros resultados analíticos, para apoyar una investigación de una infracción potencial de las normas antidopaje o para apoyar procedimientos en los que se alegue la infracción de una norma antidopaje; y será destruida cuando ya no sea útil para estos fines, de acuerdo con el Estándar Internacional para la Protección de la Privacidad y la Información Personal.”.

B) Art. 11.3 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013, pág. 46652 a 46699):

“Para la realización y la mayor eficacia posible de los controles a que se refiere el apartado primero, los deportistas, sus entrenadores federativos o personales, los equipos y clubes y los directivos deberán facilitar, en los términos que reglamentariamente se establezcan, los datos que permitan la localización habitual de los deportistas, de forma que se puedan realizar, materialmente, los controles de dopaje.

La norma reglamentaria podrá concretar dicha obligación en función de las características de la práctica deportiva y, en su caso, de la inclusión de los deportistas en los planes individuales de control de ámbito estatal o internacional.

La información sobre la localización habitual de los deportistas se custodiará en un fichero en la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, que podrá ceder los datos de aquellos deportistas incluidos en los planes de seguimiento de las Federaciones internacionales a la Agencia Mundial Antidopaje para la realización de sus funciones, previa justificación de dicha inclusión.

La cesión únicamente podrá realizarse para la planificación, coordinación o realización de controles, debiendo ser destruida cuando ya no sea útil para dichos fines y, en todo caso, en los términos que se prevén en el capítulo IV de este título.

En el supuesto de que un deportista fuera incluido en un grupo de seguimiento por las Federaciones Internacionales o por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, las declaraciones hechas e incluidas en la base de datos de la Agencia Mundial Antidopaje se considerarán como declaraciones suficientes a los efectos del cumplimiento de las obligaciones de localización previstas en esta Ley cuando la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte pueda tener acceso a dichos datos.”.

C) Art. 43 y 45 del Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte (BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2009, pág. 39534 a 39572), manifiestan lo siguiente:

- *“Artículo 43. Deber de facilitar los datos de localización.*

1. Los deportistas con licencia que habilite para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán, de acuerdo con lo que se determina en los apartados siguientes, facilitar los datos que permitan la localización habitual de los deportistas mediante la cumplimentación del formulario que por Resolución establezca el Presidente del Consejo Superior de Deportes.

2. En los deportes de equipo, la obligación establecida en el apartado anterior podrá asumirse por los clubes o entidades deportivas por delegación del deportista. Esta delegación deberá remitirse con carácter previo a la federación deportiva española correspondiente.

En el resto de modalidades deportivas los deportistas podrán delegar expresamente el cumplimiento de esta obligación en su entrenador, delegado o cualquier otra persona con licencia deportiva.

La delegación no producirá efecto hasta la constancia fehaciente de la misma en la respectiva federación deportiva española.

que las desarrollan⁵²⁷, es la que ha sido objeto de análisis jurisprudencial y doctrinal respecto a la posible vulneración del derecho a la intimidad.

Jurisprudencialmente es interesante el análisis que hizo el Tribunal Supremo⁵²⁸, en relación a la controversia nacida de la Resolución de 4 de febrero de 2013 de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se aprueba el formulario de localización de los deportistas⁵²⁹. El origen de la disputa judicial nació cuando la Asociación Profesional de Ciclistas Profesionales interpuso un recurso contencioso administrativo por entender que la Resolución vulneraba el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE y, en concreto, reivindicaba la falta de amparo legal del

3. Los deportistas incluidos en el Plan Individualizado de Controles tienen la obligación específica de cumplimentar el formulario de localización que se establezca mediante Resolución del Presidente del Consejo Superior de Deportes.

4. Las personas a que se refieren los apartados anteriores son responsables de la veracidad y suficiencia de la información proporcionada a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje a efectos de poder realizar un control fuera de competición.”.

- “Artículo 45. Datos de localización.

1. Los deportistas que se incluyan en el Plan Individualizado de Controles deberán proporcionar una información trimestral sobre su localización habitual, cumplimentando con este fin el formulario que por Resolución apruebe el Presidente del Consejo Superior de Deportes, manteniendo en todo caso la siguiente información mínima:

a) Una dirección postal donde el deportista pueda recibir correspondencia, a efectos de notificaciones relacionadas con el control del dopaje.

b) Una cláusula de consentimiento informado del deportista por la que consiente en ceder los datos facilitados a otras organizaciones antidopaje, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley Orgánica 7/2006.

c) Por cada trimestre, las ausencias superiores a tres días del domicilio habitual, facilitando durante tales ausencias la dirección completa de su residencia o localización.

d) Los datos, entre ellos el nombre y la dirección, de los lugares de entrenamiento del deportista, así como su calendario de entrenamiento para el trimestre, y el horario mínimo de disponibilidad necesario para poder realizar los controles de dopaje.

e) El calendario de competición trimestral, especificando los lugares donde competirá y las fechas, así como el tipo de competición.

2. La cesión y el tratamiento de los datos del formulario a que se hace referencia en este precepto estarán sujetos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. El formulario elaborado por el Consejo Superior de Deportes incluirá un apartado que permitirá a los deportistas actualizar o modificar la información proporcionada con una antelación suficiente a fin de no comprometer la finalidad de la obligación de localización.”.

⁵²⁷ En el ámbito privado, la obligación de localización de los deportistas que se deriva del Código Mundial Antidopaje debe ser seguido por todas las federaciones deportivas internacionales previendo en sus respectivos reglamentos esta obligación.

⁵²⁸ STS 1995/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4086).

⁵²⁹ BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2013, pág. 13198 a 13207.

formulario aprobado por incurrir en un exceso normativo, toda vez que establecía una localización permanente del deportista cuando la ley exige una localización habitual.

El Tribunal Supremo señaló que en el Anexo II (que recogía la Resolución objeto de litigio, referido al “formulario de localización de deportistas incluidos en el plan individualizado de controles”) se observaba que, además de contener la obligación de indicar los lugares de localización habitual de entrenamiento, también contenía la obligación de facilitar los lugares de “localización ocasional”, lo que, en opinión del Tribunal, suponía un deber permanente de localización de los deportistas sujetos a ese Anexo, y eso carecía de amparo legal. Fue por ello que el Tribunal Supremo declaró la nulidad del contenido de los formularios referidos al deber de localización ocasional.

Por su parte, la doctrina mayoritaria⁵³⁰, que ya se ha manifestado al respecto, ha concluido que la obligación impuesta a los deportistas de facilitar los datos, suficientes y exactos, que permitan su localización permanente para poder ser sometidos a controles de dopaje, afecta a la intimidad de los deportistas; entiende que esta afección es de tal entidad que supone una intromisión en el contenido esencial del derecho a la intimidad. Se afirma que tanto la Administración Pública como las federaciones deportivas, sean nacionales o internacionales, al menos cuando estas realizan alguna acción en España, deben respetar los derechos fundamentales de los deportistas. Según la doctrina, el hecho de que un deportista, al solicitar la expedición de una licencia federativa, preste su consentimiento para la imposición de la obligación de dar los datos que permitan su localización permanente, afecta al contenido esencial de su derecho a la intimidad y, por ende, a la dignidad de estas personas, por lo que no sería válido sino nulo de pleno Derecho por vulnerar el orden público español. Finalmente, y teniendo en consideración todo lo anteriormente expuesto, se llega a la conclusión de que esta obligación no es proporcionada a los fines que se pretenden conseguir y que existen medidas menos intrusivas que pueden ser adoptadas.

⁵³⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El deber de localización de los deportistas y su derecho a la intimidad: especial referencia al consentimiento”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011, pág. 181-248, PUNZÓN MORALEJA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “Una situación ambivalente del derecho del deporte: la lucha contra el dopaje y la defensa del derecho de intimidad”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, pág. 141-158, PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La libertad individual y la intimidad ...”, *loc. cit.*, pág. 177-199 y MOLINA NAVARRETE, C., “Nadal lleva razón, la “ama” se extralimita en su control antidopaje: El derecho a la intimidad del deporte profesional autónomo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, pág. 43-64.

III.4.B.c. Derecho a la imagen

Así como ocurre en otros muchísimos casos, es el Tribunal Constitucional⁵³¹ el que, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado exquisitamente el ámbito de protección del presente derecho fundamental. Según su doctrina, el derecho a la imagen se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular, por una parte, un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (aspecto positivo) y, por otra, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde (aspecto negativo)⁵³². Si bien este derecho guarda muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, se configura como un derecho autónomo, de modo que, cuando se denuncia que determinada imagen gráfica ha vulnerado dos o más derechos del artículo 18.1 de la CE, debe enjuiciarse por separado, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión ilegítima⁵³³ en su contenido⁵³⁴.

⁵³¹ STC 81/2001, Sala segunda, de 26 de marzo de 2001, nº rec. de amparo: 922/98 (ECLI:ES:TC:2001:81), Fundamento Jurídico 2º, STC 23/2010, Sala primera, de 27 de abril de 2010, nº de rec. de amparo: 4239/2006 (ECLI:ES:TC:2010:23), Fundamento Jurídico 4º y STC 176/2013, Sala segunda, de 21 de octubre de 2013, nº rec. de amparo 1783/2010 (ECLI:ES:TC:2013:176), Fundamento Jurídico 6º.

⁵³² CHAPARRO MATAMOROS, P., “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 10, 2014, pág. 71- 98.

⁵³³ El artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pág. 12546 a 12548, dice lo siguiente:

“La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo dos.”.

El artículo 8.2 del mismo texto legal prevé lo siguiente:

“En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.”.

⁵³⁴ MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Cesión in consentida de la imagen comercial distinto del autorizado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 5, 2001, pág. 91, dice lo siguiente:

“(…) se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás.(…) mediante la captación y

El derecho a la propia imagen, al igual que ocurre con los demás derechos, no es absoluto y encuentra límites en otros derechos y bienes constitucionales, entre otros en el derecho a la libertad de información. El Tribunal Constitucional⁵³⁵ se ha valido de distintos criterios a la hora de determinar la existencia o inexistencia de una intromisión ilegítima, entre otros, la relevancia pública del reportaje y el consentimiento del titular del derecho de la propia imagen⁵³⁶.

En el ámbito del deporte y más aún, en el profesional, la dimensión que ha adquirido el derecho de imagen es incalculable. Si bien la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte⁵³⁷, no realiza ninguna mención en todo su articulado, el derecho de imagen de los deportistas profesionales conforma una de las principales fuentes de ingreso, tanto para los propios deportistas como para los clubes o sociedades anónimas deportivas que les han contratado⁵³⁸. Ahora bien, la doctrina mayoritaria⁵³⁹, al igual que el Tribunal Constitucional⁵⁴⁰, distingue la dimensión constitucional del derecho de imagen de su dimensión patrimonial cuando dice textualmente:

“(…) el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial in consentida –e incluso en determinadas circunstancias la consentida- de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.

reproducción de una imagen pueden lesionarse al mismo tiempo el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, lo que ocurriría en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revelara aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho de imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad que se hayan podido causar.”.

⁵³⁵ STC 156/2001, Sala segunda, de 2 de julio de 2001, nº rec. de amparo: 4641/98 (ECLI:ES:TC:2001:156), Fundamento Jurídico 6º, STC 158/2009, Sala primera, de 29 de junio de 2009, nº rec. de amparo: 8709/2006 (ECLI:ES:TC:2009:158), Fundamento Jurídico 3º y STC 19/2014, Sala primera, de 10 de octubre de 2014, nº rec. de amparo: 2285/2011 (ECLI:ES:TC:2014:19), Fundamento Jurídico 6º.

⁵³⁶ PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional (Especial referencia al Fútbol)*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 19 y ss.

⁵³⁷ BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁵³⁸ LATORRE MARTÍNEZ, J., “Deporte y derechos de imagen”, en PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coord.): *Deporte y Derechos*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pág. 99.

⁵³⁹ PINA SÁNCHEZ, C. y FERRERO MUÑOZ, J., “La comercialización de la imagen en el deporte profesional”, en PALOMAR OLMEDA, A., y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El Deporte profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, pág. 601 y ss.

⁵⁴⁰ STC 81/2001, Sala segunda, de 26 de marzo de 2001, nº rec amparo: 922/1998 (ECLI:ES:TC:2001:81), Fundamento Jurídico 2º.

Es cierto que en nuestro Ordenamiento –especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE.”.

Interesa en este caso analizar tres casos, de los que en dos de ellos los tribunales han apreciado la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen al contrario de lo que ocurre en el tercero de los casos.

1. Sentencia del Tribunal Supremo número 776/1996 de 3 de octubre⁵⁴¹:

Don Luis Doreste y don Roberto Molina (medalla de oro en la prueba de vela clase 4.70) formulan demanda contra la cervecera *Damn* por haber utilizado su imagen (en este caso una foto) cuando competían en esos Juegos Olímpicos Los Ángeles 1984, para incorporarlo en su calendario de Navidad. El Tribunal apreció intromisión ilegítima por la utilización de su imagen con fines de explotación comercial sin su consentimiento, descartando la existencia del interés público.

“A) Porque resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango como es el de información, máxime cuando precisamente por el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha de entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad a ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derechos fundamentales.”.

⁵⁴¹ STS 776/1996, Sala de lo civil, de 3 de octubre de 1996, nº rec. casación: 4033/1992 (ECLI:ES:TS:1996:5230).

2. Sentencia del Tribunal Supremo número 380/1988, de 9 de mayo de 1988⁵⁴²:

Más de 100 jugadores de fútbol profesionales conjuntamente con la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) demandan a la mercantil Cromo-Crom, S.A. por haber comercializado cromos con las imágenes de los deportistas más allá de lo que se había estipulado. La sociedad demandada comercializó legítimamente en virtud de contrato los cromos y álbumes para la temporada 1981/1982 pero, una vez transcurrida dicha temporada, continuó distribuyendo, ahora sin contrato y desoyendo todas las peticiones de la AFE en el sentido de que cesase su actividad. El Tribunal apreció vulneración del derecho de imagen de los futbolistas y declaró lo siguiente:

“En el supuesto objeto de la presente Litis, acreditado, como está, que la recurrente procedió a la utilización de la imagen de los demandantes recurridos para fines comerciales, sin que mediara el consentimiento de éstos, debemos concluir que con ello se produjo una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen.”.

3. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 474/1999 de 10 de mayo⁵⁴³

Don Miguel Indurain, entre otros, formuló demanda por la publicación de la biografía no autorizada del ex ciclista. La Audiencia consideró que, a pesar de no existir consentimiento expreso, las imágenes incorporadas en la biografía no vulneraban el derecho a la propia imagen del deportista, porque entendió que simplemente se había informado, creando un juicio y opinando, sobre un personaje público sin vulnerar su imagen, ni su intimidad, ni su honor.

“El contenido laudatorio, exaltador del libro, la realidad de persona pública, la exigencia de la ciudadanía de conocimiento de la misma, el no contenido de aspectos referentes a la vida privada, hace carente de sentido hablar de intromisión ilegítima en la imagen, explicitando que el informar opinando sobre persona pública no crea derecho económico a favor de ésta.”.

⁵⁴² STS 380/1988, Sala de lo civil, de 9 de mayo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:10030).

⁵⁴³ SAP de Bizkaia 474/1999, Sección 4ª, de 10 de mayo de 1999, nº rec. apelación: 416/1996 (ECLI:ES:APBI:1999:1602).

III.5. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (ART. 20 CE)⁵⁴⁴

III.5.A. Contenido del derecho

Se puede decir que el artículo 20 de la Constitución Española se ocupa de la libertad de expresión en sentido amplio, esto es, de la facultad que tiene el ciudadano de comunicarse en libertad sin que los poderes públicos impidan u obstaculicen esa actividad; contiene cuatro manifestaciones específicas que pueden diferenciarse y distinguirse por rasgos singulares:

- La libertad de expresión en sentido estricto o libertad de opinión, protege la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamiento, ideas y opiniones.
- La libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, pero en los ámbitos referidos.
- La libertad de cátedra es la facultad que tiene el docente de expresar las ideas o convicciones que asume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Art. 20 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, según el cual:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamiento, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad la cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no pueden restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.”.

⁵⁴⁵ STC 217/1992, Sala segunda, de 1 de diciembre de 1992, nº rec. de amparo: 110/90 (ECLI:ES:TC:1992:217), Fundamento Jurídico 2º.

- La libertad de recibir y emitir información, protege la transmisión de hechos, datos o noticias veraces.

En muchas ocasiones la libertad de expresión, en sentido estricto, y la libertad de recibir y emitir información aparecen confundidas; sin embargo, el Tribunal Constitucional⁵⁴⁶ ha establecido para diferenciarlas la doctrina del “elemento preponderante”, según el cual, se estará ante un derecho u otro según cuál sea el elemento que predomine en el mensaje emitido. Si predominan los elementos valorativos, la opinión o los juicios de valor, se estará ante el ejercicio de la libertad de expresión en sentido estricto o libertad de opinión; si, por el contrario, destacan los elementos fácticos, el relato de los hechos veraces⁵⁴⁷, se estará ante el ejercicio de la libertad de información. Suele afirmarse que el ámbito de actuación de la libertad de expresión es mucho más amplio que el de la libertad de información, en la medida en que, mientras que esta última se refiere a la simple narración de unos hechos que pueden ser contrastados con datos objetivos, bajo el amparo de la segunda pueden emitirse opiniones y pensamientos puramente personales y subjetivos.

La libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que viene limitado por otros derechos reconocidos en el propio texto constitucional, especialmente por aquellos regulados en el artículo 18 de la Constitución española, como son el derecho al honor (en los casos que se realicen manifestaciones de carácter vejatorio, *animus iniurandi*⁵⁴⁸, no se ampara el derecho al insulto⁵⁴⁹); a la intimidad (cuando se divulguen hechos que pertenecen a la esfera de la vida privada) y a la propia imagen (se protege el uso no consentido de la propia imagen con fines comerciales). Serán los tribunales de justicia los que, en cada caso, realicen una ponderación de los derechos constitucionales en conflicto,

⁵⁴⁶ STC 34/1996, Sala segunda, de 11 de marzo de 1996, nº rec. de amparo: 2314/92 (ECLI:ES:TC:1996:34), Fundamento Jurídico 4º.

⁵⁴⁷ STS 259/1995, Sala de lo civil, de 25 de marzo de 1995, nº rec. de amparo: 2956/1991, (ECLI:ES:TS:1995:1806), Fundamento Jurídico 2º, dice lo siguiente:

“(…) el requisito de la veracidad de la información publicada no va tanto dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con desprecio o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable por transmitir como hechos verdaderos bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones; la información rectamente obtenida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.”.

⁵⁴⁸ Propósito de injuriar utilizando expresiones deshonrosas que implican menosprecio o descrédito de una persona.

⁵⁴⁹ STC 105/1990, Sala primera, de 6 de junio de 1990, nº rec. de amparo: 1695/87 (ECLI:ES:TC:1990:105), Fundamento Jurídico 8º.

si bien el Tribunal Constitucional⁵⁵⁰ ha manifestado con claridad que, para la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto, se debe tener en cuenta la posición preferente del derecho a la libre expresión respecto de los derechos al honor, intimidad o propia imagen, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático.

La labor de ponderación implica examinar la intensidad y transcendencia con la que cada derecho resulta afectado tras comprobar las circunstancias del caso concreto, con el fin de elaborar una regla que permita la resolución del caso, dando preferencia a uno u otro derecho.

Las reglas aplicables en la tarea de ponderación son las siguientes: por un lado, la ponderación debe respetar la posición prevalente del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor y la intimidad cuando la crítica tenga relevancia pública o interés general o se refiera a personas que ejercen un cargo público o tienen una personalidad política o una profesión de notoriedad o proyección pública, aun cuando las expresiones proferidas supongan un descrédito del afectado; y por otro, y como ya se ha mencionado anteriormente, la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, por lo que debe prevalecer el derecho al honor sobre la libertad de expresión cuando se profieran opiniones humillantes o despectivas, contrarias a la dignidad de la persona y, por tanto, innecesarias para la manifestación de la opinión⁵⁵¹.

III.5.B. Conflicto en el ámbito de deporte

En el ámbito del deporte, y antes de entrar en condicionantes específicos, ha de establecerse como premisa el interés general que, por su propia naturaleza y transcendencia pública, el deporte provoca. Es por ello que las controversias que se han podido originar en este ámbito, se han resuelto siguiendo la doctrina dictada, y ya analizada, por el Tribunal Constitucional. Así ocurrió en el conflicto originado entre la Real Federación Española de Patinaje y los patinadores⁵⁵² don Kepa Caballero y doña

⁵⁵⁰ STC 240/1992, Sala segunda, de 21 de diciembre de 1992, nº rec. de amparo: 167/90 (ECLI:ES:TC:1992:240), Fundamento Jurídico 3º.

⁵⁵¹ LAZKANO BROTONS, I., “La libertad de expresión: de derecho individual a garantía de una opinión pública libre”, en ORDEÑENA GEZURAGA, I. (dir.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ayer, hoy y mañana*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur, 2012, pág. 369-390 y COSTAS RODAL, L., “Ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto: información y el honor y la intimidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, núm. 11, 2014, pág. 51-59.

⁵⁵² Patinadores seleccionados por el equipo español con motivo del Campeonato Mundial de Patinaje de Velocidad Senior y Junior celebrado en Corea de 2006.

Sandra Gómez⁵⁵³, cuando estos últimos realizaron unas manifestaciones públicas relativas a lo ocurrido en el Campeonato Mundial de Patinaje de Velocidad Senior y Junior celebrado en Corea en el 2016 y las represalias que se adoptaron contra ellos⁵⁵⁴. La Audiencia Provincial de Madrid⁵⁵⁵ consideró que las libertades fundamentales amparaban a los deportistas, concluyendo lo siguiente:

“(…) por libertad de expresión y de opinión tienen derecho a exponer lo sucedido en Corea, a criticar la actuación de la RFEP, que en su opinión no gestionó adecuadamente lo sucedido, y que como organismo público tiene la obligación de ser absolutamente transparente, y soportar las críticas, aún las más acerbadas, y tienen derecho a preguntarse públicamente por los motivos reales de su defenestración, el tema suscitado; la limpieza en las competiciones deportivas, es lo suficientemente importante como para que prevalezcan las libertades indicadas sobre el prestigio de la RFEP.”.

Ahondando en el derecho a la libertad de expresión en el deporte, es de interés analizarlo desde el punto de vista del deportista dentro de su relación laboral regulada por el Real Decreto 1006/1985⁵⁵⁶. La citada norma reconoce expresamente un específico derecho a la libertad de expresión dentro de la relación especial entre el deportista profesional y

⁵⁵³ MARTÍNEZ DE VELASCO, P., “El derecho al honor de las personas jurídicas”, *Revistas Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011, pág. 311 a 317.

⁵⁵⁴ Los hechos probados de los que trae causa el litigio son los siguientes: mientras participaba en la Campeonato Mundial de patinaje de 2006 don Kepa Caballero descubrió entre las pertenencias de su compañero de habitación don Garikoitz Lerga viales, una jeringuilla y una palomilla, y avisó los demás compañeros de tal descubrimiento; todos ellos decidieron poner en alerta a los miembros de la Real Federación Española de Patinaje (RFEP) allí desplazados por si lo encontrado pudiera estar prohibido por ser objeto de dopaje; el deportista afectado por el descubrimiento reconoció que los medicamentos y material médico era de su propiedad pero que eran administrados bajo prescripción médica; con posterioridad, se comprobó que las sustancias no eran dopantes si bien el método de perfusión intravenosa utilizado estaba prohibido por el Consejo Superior de Deportes (CSD); en rueda de prensa convocada por el gerente de la Federación Catalana de Patinaje, al que acudió don Kepa Caballero, se reprochó al CSD su falta de interés; finalmente, don Kepa Caballero y doña Sandra Gómez concedieron una entrevista a la revista “Interviú” donde afirmaron que habían sufrido represalias por haber solicitado que se abriera una investigación sobre lo ocurrido en dicho Campeonato y que, por ello, no habían podido participar nuevamente con la selección nacional pese a tener los mejores registros o marcas de España.

⁵⁵⁵ SAP de Madrid 255/2010, sección 14ª, de 5 de mayo de 2010, nº rec. de apelación: 66/2010 (ECLI:ES:APM:2010:7197), Fundamento Jurídico 3º.

⁵⁵⁶ Artículo 7.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. BOE núm. 253, de 27 de junio de 1985, páginas 20075 a 20077 establece lo siguiente:

“Los deportistas profesionales tendrán derecho a manifestar libremente sus opiniones sobre los temas relacionados con su profesión, con respeto de la Ley y de las exigencias de su situación contractual, y sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse en convenio colectivo, siempre que estén debidamente justificadas por razones deportivas.”.

clubes o entidades deportivas, circunstancia que no ocurre, al menos de forma expresa, en lo que afecta a los trabajadores comunes⁵⁵⁷. En el caso de los deportistas profesionales parece que el legislador les ha querido otorgar una mayor amplitud a la hora de poder manifestar sus opiniones acerca de su relación con el club o entidad deportiva a la que están ligados contractualmente, máxime cuando en la realidad deportiva son muy habituales las prohibiciones impuestas (mediante las normas disciplinarias internas que los clubes y asociaciones deportivas imponen a sus deportistas profesionales) por los clubes a sus deportistas respecto a la posibilidad de efectuar declaraciones a los diferentes medios de comunicación social.

En cualquier caso, cuando el derecho a la libertad de expresión del deportista, ejercitado en los términos y condiciones constitucionales y legales, choque con las normas de régimen interno del club, debe prevalecer aquel sobre el derecho de disciplina de la

⁵⁵⁷ Aunque en el caso de los trabajadores comunes el derecho a la libertad de expresión no figura entre los derechos laborales regulados en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Constitucional (Sentencia 151/2004, de 20 de septiembre, ECLI:ES:TC:2004:151) les ha reconocido este derecho estableciendo las siguientes matizaciones:

“(...) ha de comenzarse recordando que la celebración de un contrato no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1 a) CE), y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación (...). Lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional.(...) La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquellos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los arts. 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos.

(...) Se ha declarado también, (...) que el ejercicio del derecho reconocido en el art. 20.1 a) CE se encuentra sometido a los límites que el apartado 4 del mismo precepto establece (...) y, en particular, que cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condicionan, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que las manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (...). De este modo, surge un “condicionamiento” o “límite adicional” en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que estas han de ajustar su comportamiento mutuo.”.

entidad deportiva⁵⁵⁸. Así lo impuso el Tribunal Constitucional⁵⁵⁹ cuando declaró la nulidad de la sanción impuesta al jugador profesional don Manuel Ruiz Hierro por el Club Deportivo Tenerife, S.A.D como consecuencia de unas declaraciones realizadas⁵⁶⁰ a los diarios “La Gaceta de Canarias” y “El Día”, en aplicación de sus Normas de Régimen Interno⁵⁶¹. El Tribunal Constitucional reconoció que, si bien la libertad de expresión no es un derecho ilimitado y que la relación contractual cobra importancia en la delimitación de esta libertad (de modo que manifestaciones que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación), no basta la sola afirmación del interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales, dada la prevalencia que estos alcanzan en el ordenamiento jurídico. Además, el Tribunal reconoció que la peculiar naturaleza de su trabajo, la repercusión pública que alcanzan, ya que las figuras de los deportistas profesionales hacen que sus vicisitudes sean materia de interés público⁵⁶².

⁵⁵⁸ ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales en el deporte II”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *Derecho del Deporte Profesional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 239.

⁵⁵⁹ STC 6/1995, Sala primera, de 10 de enero de 1995, nº rec. de amparo: 3208/93 (ECLI:ES:TC:1995:6), Fundamentos Jurídicos 2º y 3º.

⁵⁶⁰ Las declaraciones realizadas por el deportista profesional fueron las siguientes: “he ido con buena voluntad y me han contestado tratando de imponer sus condiciones. Así no se puede ir por la vida”, “a partir de ahora, las condiciones las impongo yo, me pagan dos años de contrato y nos vemos en junio de 1994 y se acabó”, “si el problema es de carácter personal, me importa un carajo”, “sé perfectamente dónde están mis obligaciones, pero también sé cuáles son las del club, las cuales están firmadas, “igual que cumplo con mis obligaciones también voy a exigir que la otra parte cumpla” y “si me quieren buscar las vueltas, pues posiblemente las encuentren, los contrato se hacen para cumplirlos”.

⁵⁶¹ Los preceptos vulnerados por el jugador, según el club, fueron el apartado 1º y 4º del artículo 7 de las Normas de Régimen Interior que decían:

“1. En las relaciones con los medios de comunicación se adoptará siempre una actitud correcta y comprensiva, eludiendo realizar declaraciones o manifestaciones que impliquen menoscabo, animadversión, insulto o desprecio a federativos, directivos, árbitros, entrenadores, empleados y jugadores, tanto de este club como de cualquier otro. (...)”

4. Se evitará en todo momento comentarios sobre la relación contractual con el club, así como, en su caso, sobre las que pudieran tomarse en materia disciplinaria.”

⁵⁶² SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., “La protección del honor de los agentes del deporte y el alcance de la libertad de expresión de los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 55, 2017, pág. 99-134.

III.6. DERECHO DE ASOCIACIÓN (ART. 22 CE)⁵⁶³ DESARROLLADO POR LA LEY ORGÁNICA 1/2002, DE 22 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN⁵⁶⁴

III.6.A. Contenido del derecho

En el marco del deporte el fenómeno del asociacionismo alcanza un gran desarrollo. De hecho, se puede considerar que es un elemento fundamental para la promoción y organización estructural del deporte⁵⁶⁵. Las estructuras deportivas, tanto nacionales como internacionales, son en su mayor parte de tipo asociativo.

La asociación puede definirse como la unión voluntaria y estable de varias personas, sin ánimo de lucro, para conseguir un fin común y debe reunir las características siguientes⁵⁶⁶:

- Carácter voluntario. Supone la libertad de no asociarse, esto es, excluye la obligación de adherirse a una determinada asociación.
- Existencia de un fin común de sus miembros. Esa finalidad puede desplegarse en cualquier ámbito de la sociedad.
- Vocación de permanencia. Se constituyen formalmente y están dotadas de un mínimo de organización. El bien jurídico protegido por este derecho es el logro de fines a través de la cooperación entre los ciudadanos en el marco de una organización estable formalmente constituida.

⁵⁶³ Art. 22 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, según el cual:

“1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”.

⁵⁶⁴ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002, pág. 11981 a 11991.

⁵⁶⁵ BELLVER ALONSO, R., “Deporte y libertad de asociación”, en PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.): *Deporte y Derechos*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pág. 9.

⁵⁶⁶ CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 238 y 239.

- Inexistencia de ánimo de lucro. Es el rasgo distintivo que hace que las sociedades civiles o mercantiles no se consideren ejercicio del derecho de asociación⁵⁶⁷.

El núcleo esencial del derecho fundamental de asociación consta de tres facetas destacadas: la libertad de creación y de adscripción de las asociaciones, denominada vertiente positiva del derecho de asociación; la libertad de no asociarse y dejar de pertenecer a tales entidades, conocida como la vertiente negativa y, por último, la libertad de organización y de funcionamiento interno sin injerencias públicas o externas⁵⁶⁸.

III.6.B. Conflicto en el ámbito del deporte

La diversidad del fenómeno asociativo deportivo provoca que no sea posible adoptar un criterio idéntico y unívoco para todas las entidades deportivas existentes, lo que va a provocar que existan algunas ajenas al marco protector de tal derecho fundamental (las federaciones deportivas y por analogía las ligas profesionales) y en otros tipos incidirá expresamente la protección constitucional citada (las demás asociaciones deportivas).

En España, las federaciones deportivas son el eje nuclear en torno al cual gira el modelo español de la organización del deporte⁵⁶⁹. Tanto la Ley del Deporte⁵⁷⁰ como el Real Decreto que regula las federaciones deportivas⁵⁷¹ definen estas como entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del de sus asociados y que ejercen, además de sus propias atribuciones, por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración Pública. Debido a estas funciones públicas, la Administración del Estado ejerce un control y una tutela sobre las federaciones deportivas; el Tribunal Constitucional⁵⁷² justificó dicho control y tutela por entender que

⁵⁶⁷ STC 23/1987, Sala segunda, de 23 de febrero de 1987, nº rec. de amparo: 878/84 (ECLI:ES:TC:1987:23), Fundamento Jurídico 6º.

⁵⁶⁸ DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho privado y deporte. Relaciones jurídico-personales*, Editorial Reus, Madrid, 2014, pág. 66.

⁵⁶⁹ En el Capítulo II: “Derecho Deportivo” del presente trabajo, ya se realizó un examen en profundidad de la figura de las federaciones deportivas, por lo que en este apartado el estudio se detendrá más en analizar algunas de las controversias surgidas al respecto que en el propio análisis de la figura que ya se realizó con anterioridad.

⁵⁷⁰ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 303973 a 30411.

⁵⁷¹ Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

⁵⁷² STC 67/1985, Pleno, de 24 de mayo de 1985, nº cuestión de inconstitucionalidad: 364/1983 (ECLI:ES:TC:1985:67), Fundamento jurídico 4º.

las federaciones deportivas no eran asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 de la CE porque este no reconocía el derecho de asociación para constituir asociaciones cuyo objeto fuera el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo (de hecho, la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación remite a una legislación específica la regulación de las federaciones deportivas)⁵⁷³.

A pesar de todo lo antedicho, no son pocas las controversias que se han originado como consecuencia del control y tutela ejercido por la Administración Pública sobre las federaciones deportivas, sobre todo al constatar que la tendencia ha consistido en ampliar su alcance más de lo que inicialmente se pretendía, sobre todo en materia electoral (el legislador ha regulado la práctica totalidad de los aspectos sustanciales del régimen electoral)⁵⁷⁴.

Es interesante, a este respecto, rescatar el caso que se dirimió ante la Audiencia Nacional⁵⁷⁵ como consecuencia de la aprobación de la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas⁵⁷⁶. Este procedimiento lo instó la Real Federación Española de Fútbol, al entender que la Orden vulneraba su derecho fundamental de asociación (art. 22 de la CE) en cuanto que esta determinaba las reglas y el procedimiento para la elección y sustitución de los miembros de los órganos de gobierno y representación. Esta regulación, en opinión de la RFEF, conculcaba tanto su libertad de organización y funcionamiento interno, sin injerencias públicas, como su potestad de auto-organización como asociación deportiva de naturaleza privada que era. La Audiencia partió de la premisa de que las federaciones deportivas eran asociaciones de distinta naturaleza a las reguladas en el artículo 22 de la Constitución, porque a las federaciones deportivas se les atribuían funciones públicas de carácter administrativo al actuar como agentes colaboradores de la Administración Pública y, por ello, quedaban excluidas de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de

⁵⁷³ Art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002, pág. 11981 a 11991, establece que:

“Se registrarán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales.”.

⁵⁷⁴ GARCÍA CABA, M. M^a., “Novedades en el régimen jurídico aplicable a los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas. A propósito de la orden ECD/2764/2015, de 18 de diciembre”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 50, pág. 437- 478.

⁵⁷⁵ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3^a, de 26 de febrero de 2009, n^o rec. contencioso administrativo: 6/2007 (ECLI:ES:AN:2009:672), Fundamento Jurídico 2^o.

⁵⁷⁶ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007, pág. 50617 a 50631.

Asociación⁵⁷⁷. Finalmente, la sentencia concluyó que la Orden ECI/3567/2007, de 4 de diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas no incurría en la vulneración denunciada respecto del art. 22 de la CE, cuando procedía a regular los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas⁵⁷⁸.

Pero las controversias no solo se han circunscrito a delimitar la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas, sino también a la relación que las federaciones deportivas nacionales mantienen con las federaciones internacionales de las que son afiliadas. Ha sido una reivindicación de muchas federaciones internacionales, incluso del Comité Olímpico Internacional, su autonomía, por lo que han denunciado injerencias de las Administraciones Públicas de los Estados; ejemplo de ello, e íntimamente relacionado con lo expuesto anteriormente, fue la polémica que levantó la antes mencionada Orden Ministerial ECI/3567/2007, de 4 de diciembre⁵⁷⁹, que hizo intervenir al entonces Presidente de la FIFA, Don *Joseph Blatter*. Concretamente el problema radicaba en que la Orden en su artículo 2.3 establecía lo siguiente:

“(…) los procesos electorales para la elección de los citados órganos se realizarán coincidiendo con el año de celebración de los Juegos Olímpicos de verano, debiendo iniciarse dentro del primer trimestre de dicho año. No obstante, las federaciones deportivas españolas que vayan a participar en los Juegos Olímpicos de verano iniciarán sus procesos electorales dentro de los dos meses siguientes a la finalización de los mismo.”.

Asimismo, en el apartado 2º de su Disposición Final disponía que, de forma excepcional, el Consejo Superior de Deportes, a petición de alguna federación deportiva, podría aprobar algún cambio de criterio cuando apreciase la imposibilidad de su cumplimiento.

Teniendo lo anteriormente expuesto en cuenta, la Real Federación Española de Fútbol, al no clasificarse para las Olimpiadas de 2008 celebradas en Pekín, debía celebrar sus comicios en el primer trimestre de dicho año, situación que incomodó al entonces Presidente de la misma, don Angel María Villar, solicitando al Consejo Superior de Deportes que se retrasaran. Coincidiendo con dicha circunstancia, el entonces Presidente

⁵⁷⁷ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002, pág. 11981 a 11991.

⁵⁷⁸ PUNZÓN MORALED A, J., “Incidencias de los derechos fundamentales en la configuración legal de las federaciones deportivas: el derecho de asociación”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 28, 2010, pág. 73-82.

⁵⁷⁹ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007, pág. 50617 a 50631.

de la FIFA se manifestó, rotundamente, reivindicando el asociacionismo privado y amenazando, por una parte, con la exclusión del equipo español de fútbol de la Eurocopa de 2008 y, por otra, con que los clubes de fútbol españoles quedaran fuera de las competiciones internacionales⁵⁸⁰. Finalmente, el Consejo Superior de Deportes accedió a retrasar las elecciones y se celebraron en el tercer trimestre del 2008. Las manifestaciones realizadas por el Sr. *Blatter* fueron objeto de una querrela por delito de amenazas, coacciones y realización arbitraria del propio Derecho interpuesta a título personal por el Sr. Tebas Medrano (Presidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional). El auto judicial⁵⁸¹ reconoció que la FIFA era una asociación privada y sometida al Código Civil suizo y, como tal, podía exigir a sus miembros, entre otros la RFEF, que se sometieran a sus normas internas, por lo que las declaraciones del Sr. *Blatter* estuvieron encaminadas a hacer cumplir a sus miembros con las normas internas como asociación y, por tanto, las manifestaciones denunciadas no fueron constitutivas de delito⁵⁸².

III.7. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 CE)⁵⁸³

III.7.A. Contenido del derecho

En el artículo 24 de la Constitución Española se reconoce el que genéricamente puede denominarse “derecho a la jurisdicción” o “derecho a la tutela judicial efectiva”. En

⁵⁸⁰ Las manifestaciones del Sr. *Blatter* y así las recoge la Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de junio de 2008 son las siguientes:

“Quiero dar un toque de atención serio: espero que el Gobierno español no se siga inmiscuyéndose en los asuntos de fútbol. Si el Gobierno español a través del Consejo Superior de Deportes sigue interfiriendo en los asuntos del fútbol tendrá que asumir que sus clubes y su selección salgan de las competiciones internacionales. Sería muy duro, pero yo tardaría sólo seis horas en convocar, escuchar y decidir la exclusión de España en el Comité de Urgencia de la FIFA. España no podría jugar la Eurocopa ni los clubes españoles seguir en la Champions y en la UEFA. Es un problema que no es nuevo para la FIFA. Primero ocurrió en Portugal, donde una carta nuestra fue suficiente para que cambiara la ley deportiva. En Grecia, suspendimos a la federación definitivamente y en cuarenta y ocho horas todo estaba arreglado. Por ahora no hay situación de crisis, porque la RFEF ha convocado una asamblea general para ratificar el nuevo modelo de código electoral de la FIFA y convocar elecciones a final de año. Digamos que hay fuego, pero aún no hemos llamado a los bomberos. La FIFA es como las Naciones Unidas, pero tiene más miembros y más poder. Espero que el Gobierno calcule el riesgo que está corriendo.”

⁵⁸¹ Auto AP de Madrid 746/2008, sección 17ª, de 14 de julio de 2008, nº rec. apelación: 373/2008 (ECLI:ES:APM:2008:9931A), Razonamiento Jurídico 2º.

⁵⁸² VENTAS SASTRE, R., “Delito de amenazas, coacciones y realización arbitraria del propio derecho: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección décimo-séptima), de 14 de julio de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25, 2009, págs. 301-307.

⁵⁸³ Art. 24 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29313 a 29424, según el cual:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

realidad, el precepto constitucional reconoce y protege un conjunto de derechos, formulados como garantías procesales, tendentes a que todas las personas puedan acudir a la jurisdicción como instancia decisiva para la defensa y satisfacción de sus derechos e intereses legítimos⁵⁸⁴. Supone el derecho a un proceso que finalice con una sentencia o resolución sobre el fondo del asunto, siempre que concurren los requisitos y presupuestos procesales para ello⁵⁸⁵.

Una primera parte del artículo, coincidente con el apartado 1, se refiere a la garantía del derecho a la tutela efectiva mediante el acceso a la jurisdicción, y la segunda, concretada en el apartado 2, tiene como objeto las garantías que integran el debido proceso. Los derechos de ambos apartados no pueden ser considerados aisladamente porque sin las garantías procesales del apartado 2 no sería posible la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales a la que se refiere el apartado 1.

Por lo que respecta a los titulares de este derecho fundamental, el precepto se refiere a “todas las personas” y “todos”, lo que significa que, en principio, tanto las personas físicas como jurídicas, ya sean privadas o públicas, sean de nacionalidad española como extranjera, podrán ser titulares de este derecho⁵⁸⁶.

Por lo que se refiere a su contenido, dado lo escueto de su formulación y su intrínseca complejidad, se estima interesante el proceder a analizar los diferentes elementos que componen el precepto constitucional:

- Derecho al libre acceso a la jurisdicción: es la primera y más elemental dimensión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; se refiere al derecho de que se abra y sustancie un proceso, para la afirmación, defensa y sostenimiento de los legítimos

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”.

⁵⁸⁴ CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*, ..., *op. cit.*, pág. 275 y ss.

⁵⁸⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 73 y ss.

⁵⁸⁶ STC 64/1988, Sala primera, de 12 de abril de 1988, n^o rec. de amparo: 1375/1986 (ECLI:ES:TC:1988:64), Fundamento Jurídico 1^o y STC 212/2009, Sala primera, de 26 noviembre de 2009, n^o rec. de amparo: 4628/2006 (ECLI:ES:TC:2009:212), Fundamento Jurídico 4^o.

intereses y derechos, en el que sean cumplidas y observadas las garantías que el propio proceso enuncia⁵⁸⁷. La posibilidad de establecimiento de medidas que pudieran resultar impeditivas o disuasorias del acceso a la justicia vulnerarían frontalmente este derecho fundamental. En definitiva, si se obstaculiza tal acceso, se coloca al afectado en una situación de indefensión prohibida por la Constitución.

- Derecho a obtener una resolución sobre la pretensión deducida: es el objetivo final del precepto, el de obtener una resolución de fondo, jurídicamente motivada (excepcionalmente el derecho puede satisfacerse con una resolución de inadmisión cuando concurra una causa legal para ello y así lo acuerde el juez o el tribunal). El derecho a obtener un fallo no significa el de obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulan, sino que se dicte una resolución fundada en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales⁵⁸⁸.

- Derecho a la ejecución de las sentencias y otras resoluciones judiciales firmes: difícilmente podría hablarse de la existencia de un Estado de Derecho si no se cumplieran las resoluciones judiciales firmes. Por esta razón, el artículo 118 de la Constitución española⁵⁸⁹ dispone lo siguiente:

“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”

De no entenderse incluido este derecho en la tutela judicial efectiva, las resoluciones judiciales (y el reconocimiento de los derechos e intereses que incorporan) se convertirían en meras declaraciones de intenciones.

- La cláusula general de interdicción de la indefensión: la tutela judicial efectiva sin indefensión exige la salvaguardia del derecho a la defensa contradictoria de las partes litigantes a través de la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses dentro de un proceso en el que se respeten los principios de bilateralidad e igualdad de armas

⁵⁸⁷ STC 22/1982, Sala segunda, de 12 de mayo de 1982, nº rec. de amparo: 383/1981 (ECLI:ES:TC:1982:22), Fundamento Jurídico 1º.

⁵⁸⁸ STC 106/2005, Sala primera, de 9 mayo de 2005, nº rec. de amparo: 3874/2001 (ECLI:ES:TC:2005:106) Fundamento Jurídico 3º.

⁵⁸⁹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

procesales, sin que pueda dictarse la resolución judicial sin que las partes hayan sido escuchadas (salvo incomparecencia voluntaria)⁵⁹⁰.

- Derecho a un proceso debido con todas las garantías: se refiere a las garantías procesales que deben informar los diferentes tipos de proceso, siendo estas las siguientes:

- Derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley: según la doctrina del Tribunal Constitucional⁵⁹¹ la determinación del juez ordinario implica tres cosas: primero, que se trate de un órgano judicial ordinario (en los términos regulados en el Título VI de la Constitución), que no sea especial o excepcional; segundo, la preexistencia de unas reglas con carácter de generalidad de atribución de competencia cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita establecer cuál es el órgano jurisdiccional llamado a conocer del caso; y tercero, que tal determinación debe efectuarse por Ley en sentido estricto.
- Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado: este derecho es un elemento decisivo del proceso penal. Consiste en el derecho fundamental que asiste a toda persona física a la que se le haya atribuido la comisión de un delito de defenderse de la acusación garantizándole la asistencia técnica.
- Derecho a ser informado de la acusación formulada: supone el primer elemento de defensa, pues sin él sería imposible oponer y desplegar la oportuna estrategia de defensa.
- Derecho a un proceso público: se manifiesta como un elemento sustancial e institucional de legitimidad de la Administración de Justicia⁵⁹².

⁵⁹⁰ STC 84/2008, Sala primera, de 21 julio de 2008, nº rec. de amparo: 3420/2003 (ECLI:ES:TC:2008:84), Fundamento Jurídico 8º.

⁵⁹¹ STC 101/1984, Sala segunda, de 8 de noviembre de 1984, nº rec. de amparo: 769/1983 (ECLI:ES:TC:1984:101), Fundamento Jurídico 4º.

⁵⁹² Art. 120 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, según el cual:

- “1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.
2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.
3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.”.

- Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: mediante este derecho se pretende que los jueces y tribunales juzguen y hagan ejecutar lo juzgado dentro de términos temporales que resulten razonables. En palabras del Tribunal Constitucional⁵⁹³:

“(…) desde un punto de vista sociológico y práctico puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva.”.

- Derecho a un proceso con todas las garantías: este derecho está dirigido a que el acusado en el proceso penal tenga todas las posibilidades de defensa, para ello tendrá derecho, entre otros, a aportar las pruebas necesarias en el procedimiento, a que se le designe un juez imparcial, o a que se pueda acceder al recurso ante un tribunal superior.

- Derecho a utilizar las medidas de prueba pertinentes para la defensa: su contenido consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el órgano judicial, sin que se deba desconocer u obstaculizar su ejercicio, siendo preferible incurrir en un exceso en la admisión de las pruebas que en su denegación⁵⁹⁴.

- Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable: son indispensables para que sea posible el derecho de defensa.

- Derecho a la presunción de inocencia: es el fundamento del proceso penal del moderno Estado de Derecho; nadie puede ser condenado sin pruebas que le incriminen demostrando su culpabilidad. Esto implica que la carga de la prueba siempre recae sobre quien acusa. No obstante, tal principio es compatible con la adopción de medidas cautelares, como la detención preventiva o la prisión preventiva, siempre que tales medidas se adopten mediante resoluciones fundadas en Derecho y sean proporcionadas y razonables.

- Derecho a no ser obligado a declarar sobre determinados hechos presuntamente delictivos: debido a la necesaria protección a la relación parental como a determinadas relaciones profesionales, el legislador entiende que en esas determinadas circunstancias estará exonerado de declarar como testigo.

⁵⁹³ STC 26/1983, Sala segunda, de 13 de abril de 1983, nº rec. de amparo: 292/1982 (ECLI:ES:TC:1983:26), Fundamento Jurídico 2º.

⁵⁹⁴ STC 30/1986, Sala segunda, de 20 de febrero de 1986, nº rec. de amparo acumulado: 854 y 873/1983 (ECLI:ES:TC:1986:30), Fundamento Jurídico 8º.

III.7.B. Conflicto en el ámbito del deporte

En el ámbito del Derecho deportivo, basado en estructuras deportivas de base asociativa autónomas y autogobernadas, se ha manifestado un intento de evitar la intervención de la jurisdicción ordinaria a la hora de solventar sus controversias, generando mecanismos propios de solución de los conflictos al margen del recurso a los tribunales de justicia⁵⁹⁵. Su justificación se basa en la problemática práctica que para el deporte plantea la intervención de la jurisdicción ordinaria, porque acudir a ella supondría la posible litispendencia durante varios años de cuestiones litigiosas, con la incertidumbre que ello generaría en la competición; el Derecho deportivo aboga a favor del principio “*pro competitione*”, y ello precisa de una resolución rápida de cualquier controversia⁵⁹⁶.

Así, la Carta Olímpica⁵⁹⁷ que es el código por el que se rige el Movimiento Olímpico⁵⁹⁸, proclama, como uno de sus principios fundamentales, los derechos y obligaciones de autonomía, que consisten en controlar y establecer libremente las normas del deporte y en determinar la estructura y gobernanza de sus organizaciones. Así, en su artículo 61 denominado “Resolución de conflictos” establece lo siguiente:

“1. Las decisiones del COI son definitivas. Toda discrepancia relacionada con su aplicación o interpretación sólo podrá ser resuelta por la comisión ejecutiva del COI y, en algunos casos, por mediación del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD).

2. Cualquier diferencia surgida con motivo de los Juegos Olímpicos o en relación con éstos será sometida exclusivamente al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD), conforme al código de arbitraje en materia deportiva.”

En el ámbito español, es cierto que la posibilidad de acudir a la resolución extrajudicial de conflictos en materia deportiva se reconoce con carácter general en la Ley del

⁵⁹⁵ COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Dopaje y acceso a la jurisdicción”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2006, pág. 17-43.

⁵⁹⁶ RODRÍGUEZ TEN, J., “La aplicación de los principios “non bis in ídem” y de retroactividad favorable y del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho Deportivo: el denominado “caso Nou Camp”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005, pág. 113-121.

⁵⁹⁷ La versión vigente es la aprobada en Lausana el 9 de octubre de 2018.

⁵⁹⁸ En el que se integran las Federaciones Internacionales, los Comités Olímpicos Nacionales, las asociaciones nacionales, los clubes y las personas que forman parte de ellos y muy especialmente los atletas.

Deporte⁵⁹⁹. Esta norma consagra un específico capítulo de la misma a la regulación de la conciliación extrajudicial en el deporte y lo fundamenta basándose en la existencia de una serie de ventajas, como son: la rapidez en la resolución del litigio (el recurso al arbitraje constituye una evasión a las complejas y formales fases de determinados procesos judiciales)⁶⁰⁰; el menor coste económico y, finalmente, el específico conocimiento sobre la materia deportiva del órgano que soluciona el conflicto.

Sin embargo, este reconocimiento normativo en ningún caso supone una habilitación absoluta, ilimitada y sin restricciones; primeramente la somete a las condiciones (entre otras, la formulación del convenio arbitral) de la legislación estatal sobre el arbitraje⁶⁰¹ y después, limita las cuestiones o litigios objeto de resolución extrajudicial a aquellas cuestiones derivadas de la aplicación de reglas deportivas no incluidas en la Ley de Deporte y en sus disposiciones de desarrollo directo. Concretamente, el artículo 35 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas⁶⁰²

⁵⁹⁹ Art. 87 y 88.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dicen lo siguiente:

“Artículo 87. Conciliación o arbitraje deportivo

Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltos mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia.

Artículo 88. Previsiones sobre conciliación o arbitraje en los estatutos de los clubes deportivos.

1. Las fórmulas a que se refiere el artículo anterior estarán destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo.”

⁶⁰⁰ TEROL GÓMEZ, R., “El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000/2001, pág. 41 y 42.

⁶⁰¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, pág. 46097 a 46109.

⁶⁰² Art. 35 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826, dice lo siguiente:

“No podrán ser objeto de conciliación o arbitraje las siguientes cuestiones:

- a) Las que se susciten en las relaciones con el Consejo Superior de Deportes, relativas a las funciones que a este Organismo le estén encomendadas.*
- b) Aquellas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva.*
- c) Las relativas a las subvenciones que otorgue el Consejo Superior de Deportes, y, en general, las relacionadas con fondos públicos.*
- d) Con carácter general, las incluidas en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988.*

dispone que no podrán ser objeto de conciliación o arbitraje, entre otras, aquellas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte⁶⁰³.

Son dos los instrumentos que habitualmente se utilizan dirigidos a obstaculizar el acceso a la jurisdicción ordinaria: de una parte, la existencia de cláusulas estatutarias federativas que niegan el acceso a los tribunales y, de otra, la sumisión obligatoria a arbitraje de los conflictos originados en el ámbito deportivo.

Un caso concreto en el que se puede advertir la utilización de ambos instrumentos (en otros casos, se opta por uno de los instrumentos mencionados)⁶⁰⁴ se encuentra en el

Los Estatutos o normas reglamentarias de las Federaciones deportivas españolas, y las Ligas profesionales, podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje en el que, como mínimo, figurarán las reglas a que se refiere el artículo 88.2 de la Ley del Deporte, con las siguientes especificaciones:

a) *El método de manifestar la inequívoca voluntad de sumisión a dicho sistema será la suscripción por las partes de un convenio arbitral, en el que se exprese la renuncia a la vía judicial y la intención de las mismas de someter la solución de la cuestión litigiosa a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión.*

b) *El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito.”.*

⁶⁰³ DE LA IGLESIA PRADOS, E., “El arbitraje y los contratos de prestación de servicios deportivos”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011, pág. 115- 138 y ADAN DOMENECH, F., “Deporte y arbitraje: vía para la resolución de conflictos deportivos”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, pág. 17- 27.

⁶⁰⁴ Se pueden encontrar entre otros:

- **Ciclismo:** el Capítulo XIII (concretamente los art. 71-75) de los Estatutos de la *Union Cycliste Internationale* (UCI), aprobados el 14 de octubre de 2018, dispone que el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD) sito en Lausana, será el único competente, con exclusión de los juzgados estatales, para la adjudicación de disputas. Por su parte, los Estatutos de la RFEC (Resolución de 28 de septiembre de 2018, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publica la modificación de los Estatutos de la Real Federación Española de Ciclismo. BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2018, pág. 100547 a 100605) en su artículo 1.5 reconoce lo siguiente:

“La RFEC está filiada a la Unión Ciclista Internacional (UCI) y la Unión europea de Ciclismo (UEC), cuyos estatutos acepta y se obliga a cumplir.

Lo está, asimismo, al Comité Olímpico Española (COE).

En consecuencia, la RFEC, sus competiciones, sus clubes, sus deportistas, árbitros, técnicos, federaciones autonómicas, directivos y en general todas las demás personas físicas o jurídicas que la conforman, se compromete y obligan a:

(....)

c) *Tener en consideración los Estatutos, Reglamentos y decisiones de la UCI y de la UEC.*

d) *Reconocer la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS).”.*

- **Atletismo:** El artículo 84 de los Estatutos de Constitución de la *International Association of Athletics Federation* (IAAF) vigentes desde el 1 de enero de 2019, dispone que todas las disputas serán objeto de recurso ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo sito en Lausana, siendo su decisión decisiva y vinculante para las partes. Por su parte, los Estatutos de la RFEA (Resolución de 19 de mayo de 2017, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Real Federación Española de Atletismo, BOE núm. 140, de 13 de junio de 2017, pág. 48726 a 48757) además de reconocer que se rige, entre otras, por las disposiciones de la IAAF (art. 7.2), en sus artículos 115 y 117 se dispone lo siguiente:

artículo 59 de los Estatutos de la FIFA⁶⁰⁵ cuando estipula lo siguiente (el subrayado no pertenece al texto original):

“59 Obligaciones relativas a la resolución de disputas

- 1. Las confederaciones, las federaciones miembro y las ligas se comprometerán a reconocer al TAD como autoridad judicial independiente. Deberán garantizar que sus miembros, jugadores afiliados y oficiales acaten las sentencias del TAD. Esta obligación será igualmente de aplicación en el caso de los intermediarios y los agentes organizadores de partidos con licencia.*
- 2. Queda prohibida la vía del recurso ante los tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación de la FIFA. Queda excluida igualmente la vía ordinaria en el caso de medidas cautelares de toda índole.*
- 3. Las federaciones tendrán la obligación de incorporar a sus estatutos o su normativa una cláusula que, en el caso de litigios internos de la federación o de*

“Artículo 115.- Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico deportiva (...) podrán ser resueltas mediante aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje (...).

Artículo 117.- A tal efecto la RFEA establecerá reglamentariamente el sistema de conciliación o arbitraje.”.

- **Baloncesto:** El artículo 40 de los Estatutos de la *Fédération Internationale de Basketball* (FIBA), aprobados en el Congreso celebrado los días 5 y 6 de mayo de 2017 regula que cualquier disputa deberá ser recurrida ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo sito en Lausana, siendo su decisión decisiva y vinculante para las partes. Por su parte, los Estatutos de la RFEB (Resolución de 5 de octubre de 2018, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Federación Española de Baloncesto, BOE núm. 253, de 19 de octubre de 2018, pág. 101830 a 101866) establecen en su artículo 4º, lo siguiente:

“La Federación Española de Baloncesto está afiliada a la FIBA a la que pertenece como miembro, obligándose y obligando a todos los estamentos que conforman la FEB, en consecuencia, al cumplimiento del régimen que establezca a través de sus Estatutos, reglamentos y decisiones en todo cuanto afecte al orden técnico y a las relaciones internacionales.”.

- **Balonmano:** El artículo 23 de los Estatutos de la *International Handball Federation* (IHF) de 11 de febrero de 2018, dispone que todas las disputas serán objeto de recurso ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo sito en Lausana, siendo su decisión decisiva y vinculante para las partes. Por su parte, los Estatutos de la Real Federación Española de Balonmano (Resolución de 22 de septiembre de 1993, de la Secretaría de Estado-Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publican los Estatutos de la Federación Española de Balonmano, BOE núm. 239, de 6 de octubre de 1993, pág. 28530 a 28539) establecen en su artículo 3º lo siguiente:

“La Real Federación española de Balonmano está afiliada a la Internationale Handball Federation y a la European Handball Federation, con autorización del Consejo Superior de Deportes, a las que pertenece como miembro, obligándose al cumplimiento de las normas por ellas, en todo cuanto afecte a las relaciones internacionales.

Dado su carácter de Federación de Deporte Olímpico, está afiliado al Comité Olímpico Español sometiéndose a los acuerdos de éste y a las reglas del Comité Olímpico Internacional.”.

⁶⁰⁵ Estatutos aprobados en el Congreso de la FIFA celebrado en París el 5 de junio de 2019.

litigios con ligas, miembros de una liga, clubes, miembros de un club, jugadores, oficiales o cualquier otra persona adscrita a la federación, prohíba ampararse en los tribunales ordinarios, a no ser que la reglamentación de la FIFA o las disposiciones vinculantes de la ley prevean o prescriban expresamente el sometimiento a tribunales ordinarios. En lugar de los tribunales ordinarios, se deberán prever procedimientos arbitrales. Los litigios mencionados se someterán a un tribunal de arbitraje independiente, debidamente constituido y reconocido por la reglamentación de la federación o de la confederación, o al TAD.

Asimismo, las federaciones se comprometerán a garantizar que esta disposición se cumpla cabalmente en su seno y, siempre que sea necesario, imponiendo una obligación vinculante a sus miembros. En caso de incumplimiento de esta obligación, las federaciones impondrán a quien corresponda las sanciones pertinentes; además, los recursos de apelación contra dichas sanciones se someterán estrictamente y de igual modo a la jurisdicción arbitral y no a los tribunales ordinarios.”.

Por su parte, los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol⁶⁰⁶, en su artículo 1.4, reconocen lo siguiente (el subrayado no pertenece al texto original):

“La RFEF está afiliada a la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) y a la Union de Associations Européennes de Football (UEFA), cuyos Estatutos acepta y se obliga a cumplir.

Lo está, asimismo, al Comité Olímpico Español (COE).

La RFEF reconoce la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) exclusivamente en aquellos litigios que surjan entre la RFEF, la FIFA y/o la UEFA.

En consecuencia, la Real Federación Española de Fútbol, sus ligas, clubs, jugadores, árbitros, entrenadores, directivos y, en general, todas las demás personas físicas o jurídicas que la conforman, se comprometen a:

(....)

⁶⁰⁶ Su última modificación publicada es la Resolución de 23 de enero de 2019, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se publica la modificación de los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol. BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2019, pág. 11498 a 11499.

c) Respetar en todo momento los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA y de la UEFA.”.

Ante la existencia de las cláusulas estatutarias federativas que niegan el acceso a los tribunales, ha de afirmarse que los estatutos y demás reglamentos y disposiciones de cualquier federación deportiva española deben acomodarse a la Constitución Española, ya que su facultad constitucional de autogobernarse debe hacerse efectiva con el respeto a otros derechos igualmente fundamentales como es el derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁰⁷. La doctrina mayoritaria⁶⁰⁸ entiende que dichas cláusulas chocan frontalmente con las disposiciones del ordenamiento jurídico español, siendo nulas de pleno Derecho.

Respecto al segundo de los instrumentos, esto es, la imposición del arbitraje con carácter obligatorio, si bien el Tribunal Constitucional⁶⁰⁹ ya declaró la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio (en aquel caso se refería al artículo 38.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987), en el ámbito del deporte se ha seguido imponiendo este tipo de cláusulas y ha sido en el 2017 cuando el Tribunal Supremo⁶¹⁰, en el caso del ciclista profesional don Roberto Heras, después de realizar un análisis en profundidad acerca de este extremo, ha señalado que el arbitraje obligatorio es inconstitucional en España por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la CE. Según el Tribunal, no está permitido establecer un arbitraje en cuestiones de Derecho público, por lo que se prohíbe someter a arbitraje aquellas normas relativas a funciones

⁶⁰⁷ BERMEJO VERA, J., “La jurisprudencia constitucional en materia deportiva”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte. X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994, pág. 147.

⁶⁰⁸ ESPARTERO CASADO, J., “La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 14, 2005, pág. 47-71, MARÍN LÓPEZ, J. J., *Ley Orgánica del Derecho de Asociación*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 177 y GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de asociación: comentarios a la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 302.

⁶⁰⁹ STC 174/1995, Pleno, de 23 de noviembre de 1995, nº cuestiones de inconstitucionalidad: 2112 y 2368/95 (ECLI:ES:TC:1995:174), Fundamento Jurídico 3º.

⁶¹⁰ STS 708/2017, Sala de lo Contencioso-Administrativa, de 25 de abril de 2017, nº de rec. de casación: 606/2016 (ECLI:ES:TS:2017:1621). Los hechos origen del procedimiento se remontan a la última etapa de la Vuelta Ciclista a España de 2005 cuando Don Roberto Heras fue sometido a un control anti dopaje, siendo positivo en EPO el resultado del mismo. El Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva de la RFEC le sancionó con la anulación de los resultados en la Vuelta Ciclista, así como con la suspensión de dos años de la licencia deportiva. El ciclista decidió interponer recurso ante el Comité Español de Disciplina Deportiva que se declaró incompetente para conocer del mismo ya que entendía que la RFEC a la hora de hacerle el control estaba ejerciendo la potestad disciplinaria por delegación de la UCI y, en consecuencia, siendo el Tribunal Arbitral del Deporte (sito en Lausana) la instancia competente a la que se debía remitir el ciclista. Éste acudió a la vía jurisdiccional e interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, siendo estimado y ratificado posteriormente por el Tribunal Supremo.

públicas de carácter administrativo ejercidas por las federaciones tales como las disciplinarias, el dopaje o la regulación del marco general de la competición. En este caso, así como en otros muchos en el mundo del deporte, una de las partes no presta libremente su consentimiento, al no suscribir voluntariamente ningún compromiso de arbitraje. De hecho, lo que se pretende es imponer que el consentimiento se considere prestado por el mero hecho de firmar y aceptar la licencia federativa (*conditio sine qua non* para ejercer su profesión)⁶¹¹.

En este sentido, la doctrina mayoritaria⁶¹² entiende también que deben ser consideradas nulas de pleno Derecho aquellas cláusulas federativas en las que por el mero hecho de federarse (suscribir la licencia federativa) se imponga al deportista el deber de someterse a arbitraje para la resolución de disputas.

III.8. DERECHO A LA LEGALIDAD PUNITIVA (ART. 25 CE)⁶¹³

III.8.A. Contenido del derecho

Según el Tribunal Constitucional⁶¹⁴, el artículo 25.1 de la Constitución Española consagra la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* o principio de legalidad en materia

⁶¹¹ La voluntad manifestada por el deportista al federarse es similar a la que se expresa por la parte adherente en un “contrato de adhesión”. Toda vez que el deportista carece de opción negociadora en relación con el contenido de los estatutos de la federación, sin la más mínima posibilidad de modulación de su posición de federado. Este paralelismo permite aplicar la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998, pág. 12304 a 12314), en concreto su artículo 8.1, cuando expresamente considera nulas de pleno Derecho aquellas condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en una norma imperativa.

⁶¹² COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Deporte y medios de solución de conflictos”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, Madrid, 2009, pág. 739-760 y DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho privado y deporte.*, *op. cit.* pág. 313-374.

⁶¹³ Art. 25 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, según el cual:

“1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”.

⁶¹⁴ STC 127/1990, Sala primera, de 5 de julio de 1990, nº rec. de amparo:368/88 (ECLI:ES:1990:127), Fundamento Jurídico 3º, STC 162/2008, Sala primera, de 15 de diciembre de 2008, nº cuestión de inconstitucional: 6488/2001, ECLI:ES:TC:2008:162, Fundamento Jurídico 1º y STC 166/2012, Sala

penal o sancionadora. El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, la necesidad de una Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que en el ámbito penal estricto debe entenderse como reserva absoluta de Ley (*lex scripta*); y por otra parte, de carácter material, la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas (*lex praevia*) a través de una tipificación precisa, certera y dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*).

La exigencia de la reserva de Ley no es óbice para admitir que no sea posible un complemento normativo de la ley formal. Así, se ha admitido, en determinados ámbitos y con sujeción a una serie de requisitos, las llamadas “normas penales en blanco”, que son aquellas normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídica no se encuentren detalladamente previstas en ellas, debiendo acudir a otras normas distintas para completarlas. Para ello, será necesario que la norma penal en blanco cumpla con los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido; que la ley señale la pena; que contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la certeza y, finalmente, que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite⁶¹⁵.

En el análisis de la legalidad punitiva es necesario incluir el principio de *non bis in ídem* que, si bien no se encuentra recogido expresamente en la norma constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶¹⁶ lo ha incluido como parte del derecho a la legalidad punitiva por estar íntimamente ligado a él; este principio supone la prohibición de duplicidad de sanciones respecto de un mismo sujeto sobre la base de los mismos hechos y el mismo fundamento de la infracción administrativa o el delito.

primera, de 1 de octubre de 2012, nº cuestión de inconstitucional: 43/2010 (ECLI:ES:TC:2010:43), Fundamento Jurídico 5º.

⁶¹⁵ STC 127/1990, Sala primera, de 5 de julio de 1990, nº rec. de amparo:368/88 (ECLI:ES:1990:127), Fundamento Jurídico 3º, apartado B.

⁶¹⁶ STC 2/1981, Sala primera, de 30 de enero de 1981, nº rec. de amparo: 90/1980 (ECLI:ES:TC:1981:2), Fundamento Jurídico 4º y STC 2/2003, Pleno, de 16 de enero de 2003, nº rec. de amparo 2468/2000 (ECLI:TC:2003:2), Fundamento Jurídico 3º.

III.8.B. Conflicto en el ámbito del deporte

En el ámbito deportivo ha de remitirse a la Ley del Deporte⁶¹⁷ para conocer cómo se configura su potestad sancionadora; según la norma, esta se perfila como una de las funciones de carácter administrativo que las federaciones deportivas ejercen por delegación como agentes colaboradores de la Administración Pública, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes⁶¹⁸. En relación a los titulares legítimos para ejercer dicha potestad, esto es, la de investigar y, en su caso, sancionar o corregir a las personas o entidades sometidas, el artículo 74.2 de la referida Ley expone lo siguiente:

“El ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva corresponderá:

- a) A los jueces o árbitros, durante el desarrollo de los encuentros o pruebas, con sujeción a las reglas establecidas en las disposiciones de cada modalidad deportiva.*
- b) A los Clubes deportivos, sobre sus socios o asociados, deportistas o técnicos y directivos o administradores.*
- c) A las Federaciones deportivas españolas, sobre: todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica; los Clubes deportivos y sus deportistas, técnicos y directivos; los jueces y árbitros, y, en general todas aquellas personas y Entidades que, estando federadas, desarrollan la actividad deportiva correspondiente en el ámbito estatal.*
- d) A las Ligas profesionales, sobre los Clubes deportivos que participan en competiciones oficiales de carácter profesional y sobre sus directivos o administradores.*
- e) Al Comité Español de Disciplina Deportiva, sobre las mismas personas y Entidades que las Federaciones deportivas españolas, sobre estas mismas y sus directivos, y sobre las Ligas profesionales.”.*

⁶¹⁷ Ley 10/1990, 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁶¹⁸ Art. 33.1.f) de la Ley 10/1990, 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dice lo siguiente:

“1. Las Federaciones deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, ejercerán las siguientes funciones:

(...)

f) Ejercer la potestad disciplinaria en los términos establecidos en la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo.”.

El problema fundamental que se encuentra en la disciplina deportiva se halla en las normas que tipifican esas infracciones y sanciones. Es la propia Ley mencionada la que se refiere a las disposiciones “estatutarias” o “reglamentarias” (de los clubes, ligas profesionales y federaciones deportivas⁶¹⁹) como aquellas que serán las que las prevean⁶²⁰.

No son pocos los autores que entienden que el marco actual de la Ley del Deporte no es completamente compatible con las exigencias de la reserva de Ley en materia sancionadora ni en la tipificación. Sin embargo, parte de la doctrina ha abogado a favor de atenuar los límites y garantías constitucionales expuestas, al considerar la licencia federativa como una autorización de carácter administrativa y, por tanto, dotada de una relación de sujeción especial⁶²¹; incluso el Tribunal Constitucional⁶²² se ha manifestado a favor de no ser tan estricto en relación a la reserva de Ley en la regulación de las infracciones y sanciones administrativas.

⁶¹⁹ De todas las normas referidas, únicamente serán los Estatutos de las federaciones deportivas españolas las que serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

⁶²⁰ Art. 75 de la Ley 10/1990, 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411, dice lo siguiente:

“Las disposiciones estatutarias o reglamentarias de los Clubes deportivos que participen en competiciones de ámbito estatal, Ligas Profesionales y Federaciones deportivas españolas, dictadas en el marco de la presente Ley, deberán prever, inexcusablemente y en relación con la disciplina deportiva, los siguientes extremos:

- a) *Un sistema tipificado de infracciones, de conformidad con las reglas de la correspondiente modalidad deportiva, graduándolas en función de su gravedad.*
- b) *Los principios y criterios que aseguren la diferenciación entre el carácter leve, grave y muy grave de las infracciones, la proporcionalidad de las sanciones aplicables a las mismas, la inexistencia de doble sanción por los mismos hechos, la aplicación de los efectos retroactivos favorables y la prohibición de sancionar por infracciones no tipificadas con anterioridad al momento de su comisión.*
- c) *Un sistema de sanciones correspondiente a cada una de las infracciones, así como las causas o circunstancias que eximan, atenúen o agraven la responsabilidad del infractor y los requisitos de extinción de esta última.*
- d) *Los distintos procedimientos disciplinarios de tramitación e imposición, en su caso, de sanciones.*
- e) *El sistema de recursos contra las sanciones impuestas.”.*

⁶²¹ PALOMAR OLMEDA, A., “Elementos para el debate sobre el marco sancionador de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 37, 2012, pág. 151-184 y PALOMAR OLMEDA, A., “Armazón conceptual para el replanteamiento de la potestad disciplinaria en el ámbito del deporte”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 52, 2016, pág. 361-404.

⁶²² STC 42/1987, Sala segunda, de 7 de abril de 1987, nº rec. de amparo: 520/1985 (ECLI:ES:TC:1987:42), Fundamento Jurídico 2º.

A este respecto el Tribunal Supremo⁶²³, con ocasión de la interposición de un procedimiento judicial de un cazador, ha tenido ocasión de analizar lo expuesto y las conclusiones alcanzadas son tan aclaratorias que se ha procedido a transcribir parte del Fundamento Jurídico 2º, que dice lo siguiente (el subrayado no pertenece al texto original):

“(....) Sobre la colaboración entre la Ley y el reglamento en la tipificación de las infracciones administrativas han de tenerse presente estos otros razonamientos tomados también de la sentencia de 12 de enero de 2000, que ajustamos al caso.

(1º) La doble garantía, formal y material, que comporta el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución ha sido objeto de matizaciones en el campo del Derecho sancionador por el Tribunal Constitucional. Y cuando la potestad sancionadora incide en relaciones de especial sujeción –como la que liga al recurrente con la Real Federación Española de Caza-- se ha declarado que el principio de reserva de la ley pierde parte de su fundamento material, al ser dichas relaciones expresivas de una capacidad de autoordenación que se distingue del ius puniendi genérico del Estado.

(2º) La garantía formal que supone la reserva de ley no ha sido incumplida en el caso enjuiciado. Existe una atribución legal de potestad sancionadora a la Real Federación Española de Caza en los preceptos de la Ley 10/1990 que se han visto y en sus reglamentos y las infracciones causantes de la sanción impugnada se han tipificado a través de normas legales y reglamentarias.

(3º) La remisión expresa que hacen la Ley 10/1990 y el Real Decreto 1591/1992 a las normas reglamentarias constituye un supuesto de colaboración que no implica excepción a la reserva de ley, sino una modalidad de su ejercicio. La validez de esta técnica ha sido admitida por el Tribunal Constitucional siempre que se den los requisitos de que el reenvío normativo sea expreso, esté justificado

⁶²³ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de julio de 2012, nº rec de casación: 934/2010 (ECLI:ES:TS:2012:5359). Los hechos origen del procedimiento son los siguientes: un cazador es sancionado a 5 años de inhabilitación de sus derechos federativos por el Comité Jurisdiccional y Disciplinario de la Real Federación Española de Caza con fecha 12 de febrero de 2008, por considerarse autor responsable de dos infracciones muy graves tipificadas en el artículo 20, apartados d) y n) del Reglamento Jurisdiccional y Disciplinario de la Real Federación Española de Caza. Esta resolución es recurrida por el cazador al Comité Español de Disciplina Deportiva (hoy sustituido por el Tribunal Arbitral del Deporte, TAD), que con fecha 28 de noviembre de 2008 lo desestima, resolución que a su vez es recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que con fecha 11 de diciembre de 2009, vuelve a desestimarla. Finalmente, el cazador interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

en razón del bien jurídico protegido por la norma legal y la ley, además de la pena, contenga el núcleo esencial de la protección (...).

(4º) Los anteriores requisitos se cumplen aquí. La remisión al reglamento federativo es expresa. También está justificada, pues, siendo necesario adaptar las normas legales y reglamentarias a las actividades singulares de las distintas federaciones deportivas y encaminándose las relativas a la disciplina deportiva a garantizar el respeto a las reglas del juego parece razonable que su incumplimiento constituya un ilícito disciplinario. A lo que se puede añadir que las distintas características de los diversos deportes hacen necesarias reglas del juego diferentes para cada uno. Esa variada regulación que es necesaria aconseja no llevar la tipificación de las conductas infractoras a la Ley y a sus reglamentos generales. Finalmente, no cuesta esfuerzo apreciar que esa la Ley 10/1990 y su reglamento disciplinario recogen el núcleo esencial de las prohibiciones hechas valer, tanto en lo relativo al incumplimiento de las reglas del juego como en lo que respecta a las actitudes agresivas, ya que el respeto a las primeras está directamente impuesto y las segundas expresamente castigadas.

(5º) Hemos de insistir en que estamos ante la vulneración de reglas voluntariamente aceptadas por quien libremente decidió federarse y, libremente, también, optó por participar en un campeonato organizado por la Real Federación Española de Caza y que, al dar esos pasos, asumió el conjunto de normas que rigen en una y otro. Por eso, en casos como este no se prescinde de las exigencias de la tipicidad en cuanto manifestación sustantiva del principio de legalidad. Y tampoco está ausente la imprescindible imposición por la Ley de las obligaciones esenciales cuyo incumplimiento constituye la infracción. En efecto, la finalidad de la tipicidad es dar a conocer anticipadamente al posible sujeto pasivo de una infracción la concreta obligación cuyo incumplimiento configura el ilícito sancionable y tal finalidad se ha cumplido aquí por el deber de conocimiento de sus normas que pesa sobre quienes libre y voluntariamente deciden integrarse en las federaciones deportivas, normas parte de las cuales, como los reglamentos federativos, son elaboradas por ellas mismas. Dato éste revelador de que el legislador no ha sido ajeno a la definición de las obligaciones determinantes de las infracciones sancionadas pues ha optado por remitir su

definición completa a la asociación cuyos miembros serán los propios sujetos pasivos de ellas.”.

III.9. DERECHO AL TRABAJO (ART. 35 CE)⁶²⁴ DESARROLLADO POR EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES⁶²⁵

III.9.A. Contenido del derecho

La incorporación del derecho al trabajo a la Constitución Española fue la constatación de la vertiente social del Estado o de la cláusula del Estado social⁶²⁶. En el inciso primero del artículo 35 se garantiza el derecho al trabajo a todo español, otorgándole la fuerza de un derecho fundamental⁶²⁷ y, en su inciso segundo, se realiza un mandato directo al legislador para que dicte una ley que regule un estatuto de los trabajadores que finalmente desarrolle el contenido del derecho al trabajo. Es interesante reparar en la característica del “deber-derecho” que se otorga al trabajo por la Constitución Española, ya que implica un doble compromiso por parte del Estado para con sus ciudadanos: por un lado, permitirles gozar del derecho y, por otra, imponerles ese deber.

El contenido de los derechos que configura, a su vez, el derecho al trabajo se encuentra en el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores⁶²⁸ que, siendo un precepto introductorio,

⁶²⁴ Art. 35 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, según el cual:

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”.

⁶²⁵ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pág. 100224 a 100308.

⁶²⁶ Según el artículo 1.1 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”.

⁶²⁷ Respecto a la consideración de derecho fundamental de aquellos derechos y libertades que se ubican en la sección Segunda del Capítulo II del Título I como es el Derecho al trabajo y que no gozan de la garantía reforzada del Art. 53.2 de la Constitución española (recurso de amparo) se ha de remitir a lo expuesto en el Capítulo I, IV.- Desarrollo de lo Derecho en España, IV.2. Identificación de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española.

⁶²⁸ Art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pág. 100224 a 100308, dice lo siguiente:

“1. Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y el alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los que:

a) *Trabajo y libre elección de profesión u oficio.*

incorpora una relación incompleta de los derechos de los trabajadores. A los efectos del presente trabajo, de entre todos, será el derecho a la ocupación efectiva el que será objeto de estudio y análisis.

El artículo 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores reconoce expresamente el derecho del trabajador a la ocupación efectiva. Es un derecho que, además de actuar como soporte necesario para el disfrute de otros derechos profesionales, tales como el derecho a la promoción y formación profesional, tiene su última raíz en la dignidad de la persona.

El trabajador está obligado al cumplimiento de su prestación, pero el empresario no puede obstaculizar el cumplimiento de aquel deber, y debe tomar las medidas necesarias o adecuadas para ello. Este derecho impone al empresario la obligación de dar ocupación efectiva al trabajador con funciones propias de su grupo profesional y con los medios necesarios para ello, de manera que la empresa incurre en un ilícito laboral si no proporciona los medios necesarios para el desempeño real de las funciones atribuidas al

-
- b) *Libre sindicación.*
 - c) *Negociación colectiva.*
 - d) *Adopción de medidas de conflicto colectivo.*
 - e) *Huelga.*
 - f) *Reunión.*
 - g) *Información, consulta y participación en la empresa.*

2. *En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:*

a) *A la ocupación efectiva.*

b) *A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluido la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como el desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.*

c) *A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.*

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

d) *A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales.*

e) *Al respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.*

f) *A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.*

g) *Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.*

h) *A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.”*

puesto de trabajo⁶²⁹. Evidentemente el deber empresarial de ocupar efectivamente al trabajador no es ilimitado, existen supuestos que excepcionan el cumplimiento de dicho deber, entre otros, la paralización de actividades por riesgo grave o inminente⁶³⁰ o la suspensión de la prestación de servicio por fuerza mayor, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁶³¹. El incumplimiento del deber de ocupación efectiva imputable a una acción y omisión del empresario constituirá causa suficiente para que el trabajador ejerza su facultad de resolución indemnizada del contrato de trabajo⁶³².

Este derecho tiene una especial significación en aquellos trabajadores cuya aptitud y valoración profesional depende directamente de una ocupación efectiva, como les ocurre a los deportistas profesionales⁶³³. A este respecto, el artículo 7.4 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación especial de los deportistas profesionales⁶³⁴, establece que estos tendrán el derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva. La doctrina judicial ha respaldado dicho precepto en multitud de ocasiones, incluso yendo más allá de la literalidad del precepto. El Tribunal Supremo⁶³⁵ ha entendido que, aun no estando

⁶²⁹ STSJ de Castilla León, Valladolid 1560/2005, Sala de lo Social, sección 1ª, de 12 de septiembre de 2005, nº rec. de publicación: 1338/2005 (ECLI:ES:TSJCL:2005:4855), Fundamento Jurídico 5º.

⁶³⁰ Art. 21 y 44 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, págs. 32590 a 32611.

⁶³¹ Art. 47 de Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, págs. 100224 a 100308.

⁶³² El art. 50.1 c) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, págs. 100224 a 100308, reza lo siguiente:

“1. Serán causas justas para el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

(...)

c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismo injustificados.”.

⁶³³ RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 212.

⁶³⁴ BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, págs. 20075 a 20077.

⁶³⁵ STS, Sala de lo Social, sección 1ª, de 28 de abril de 2010, nº recurso de casación para la unificación de doctrina: 238/2008 (ECLI:ES:TS:2010:2492). Se trata del caso del jugador de fútbol don Roberto Miguel Acuña. El jugador que venía prestando servicios para el Real Club Deportivo de La Coruña, S.A.D. desde julio de 2002, llegado el inicio de la temporada 2006/2007 el club no le tramitó la licencia federativa para que el jugador pudiera participar en la competición profesional. Ante este hecho, el jugador interpuso la demanda de resolución de contrato por incumplimiento del empleador. El Tribunal centró su sentencia en resolver en definitiva si la falta de tramitación de la licencia federativa suponía un incumplimiento de las

expresamente amparado por la literalidad de la Ley, el empleador incumplirá su deber y vulnerará el derecho del deportista profesional a la ocupación efectiva, cuando el primero no tramite la licencia federativa al último, ya que el efecto que conlleva la no tramitación de la licencia es que el deportista no podrá ser alineado en competiciones oficiales⁶³⁶.

III.9.B. Conflicto en el ámbito del deporte

Al hilo de lo aquí expuesto, esto es, que la falta de tramitación de la licencia federativa supone la vulneración del derecho a la ocupación efectiva que a su vez conlleva la del derecho al trabajo amparado por el artículo 35 de la Constitución Española, es interesante acudir, de nuevo, al caso del jugador don Pedro León, a quien se le priva de su licencia federativa y, por tanto, de su derecho a la ocupación efectiva, por causa de una normativa interna de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) que regula “el juego limpio financiero” más conocido como “*fair play* financiero”⁶³⁷.

obligaciones del club por modificación de las condiciones de trabajo y por falta de ocupación efectiva (art. 4 del Estatuto de los trabajadores y art. 7.4 del Real Decreto 1006/85) y declaró lo siguiente:

“a) Desde una perspectiva literal (...) puede entenderse que el deportista profesional no tiene derecho a participar en los partidos oficiales que dispute su Club, pues la Ley solo habla de “entrenamiento y demás actividades instrumentales o preparatorias”, pero, la Sala entiende, que habrá que analizar las situaciones muy distintas que pueden darse en la aplicación del precepto y con consecuencias también diferentes en relación a cuando se produce o no la falta de ocupación efectiva.

b) Así, si el trabajador tiene la habilitación jurídica suficiente para participar en competiciones oficiales por estar en posesión de la pertinente y obligatorio licencia federativa, y no juega habitualmente por una decisión técnica impuesta por el entrenador del equipo, que no considera conveniente contar con su participación para disputar competiciones oficiales, tal hecho no vulnera el derecho a la ocupación efectiva. 1) Ahora bien, si como ocurre en el presente caso, la imposibilidad de participar en competiciones oficiales no tiene origen en una decisión técnica de quien tiene facultad para ello, sino que deriva de una “imposibilidad jurídica”, desde el momento en que el jugador profesional se le impide el acceso al presupuesto jurídico que le habilita para ello, cual tramitar y estar de alta en la licencia federativa, tal omisión empresarial supone privar a un deportista profesional del derecho a ejercer normalmente su profesión (...). En estas condiciones (...) se vulnera el derecho a la ocupación efectiva, lo que conlleva a un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales (...).”

⁶³⁶ GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M^a, “Derecho a la ocupación efectiva de deportista profesional y no tramitación de la licencia federativa durante la situación de incapacidad temporal”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 42, 2009, pág. 43-48.

⁶³⁷ Este sistema es el resultado de la “trasposición” de las normas del juego limpio financiero de la UEFA al plano nacional que realiza la LNFP y está contenido en el “Reglamento de control económico de los Clubes y SAD afiliados a la Liga Nacional de Fútbol Profesional” de 21 de mayo de 2014. Se trata de un conjunto de normas que obligan a los clubs y SAD adscritas a la LNFP a moderar sus pérdidas y a buscar un equilibrio entre sus ingresos y sus gastos de manera que se establece, entre otros, un límite al nivel de endeudamiento de los equipos. Para ello se manejan conceptos tales como la “noción de desviación aceptable” (5 millones de euros, en primera división), “punto de equilibrio” (diferencia entre los ingresos y gastos relevantes) y “tope salarial” (el límite de los gastos salariales del club).

Para la mejor comprensión del caso, es necesario recordar⁶³⁸ y, para ello, hacer una breve referencia al sistema de organización deportiva español y el sistema de licencias federativas. Respecto al primero, recordar que la Ley del Deporte⁶³⁹ establece que las federaciones deportivas españolas tienen entre sus funciones encomendadas la de organizar las competiciones oficiales de ámbito español, pero donde exista competición de carácter profesional se constituirán ligas profesionales integradas por los clubes que participen en dicha competición, siendo estas las responsables de organizar sus propias competiciones como de desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión. Respecto al sistema de licencias (que se otorgan anualmente, para cada temporada), siempre que sean de carácter profesional, y ya centrados en el ámbito del fútbol, se tramita conjuntamente entre la LNFP y la Real Federación Española de Fútbol (RFEF). La primera tiene la competencia de tramitar la inscripción y de otorgar la correspondiente licencia provisional (y/o visar previamente la licencia), mientras que la segunda concede la licencia definitiva⁶⁴⁰.

Volviendo al caso planteado, en fecha 14 de mayo de 2014, consta que el Órgano de Validación de la LNFP tuvo por presentada toda la documentación requerida para la elaboración de los presupuestos por el Getafe Club de Fútbol, S.A.D., reflejando una serie de deficiencias observadas y dando plazo para su subsanación; en su acta final levantada el 2 de junio, al aplicar la ecuación de equilibrio, reflejaba un límite de plantilla deportiva de 18.296 millones de euros pendiente de conocer los saldos con la LNFP a 30 de junio de 2014. Con fecha 21 de agosto de 2014, la LNFP comunicó al Getafe Club de Fútbol, S.A.D. que se mantenían una serie de deficiencias e informaba que todavía no se había incluido al jugador don Pedro León y que no podrían incluirlo porque se había utilizado el margen para otras altas de jugadores. El día 1 de septiembre de 2014, cuando el club dirigió la solicitud de tramitación de inscripción y visado de licencia del jugador don Pedro León a la LNFP, esta fue denegada porque implicaba un exceso sobre el límite máximo de gasto en la plantilla deportiva que fue aceptado por el Órgano de Validación

⁶³⁸ Tanto el sistema de organización deportiva como el de las licencias han sido expuestos y desarrollados en la Capítulo II: “Derecho deportivo” del presente trabajo.

⁶³⁹ Art. 33 y 41 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁶⁴⁰ GARBAYO BLANCH, J. P. y CERDA LABANDA, D., “Normativa de control económico de los clubs de fútbol como posible restricción de la libertad de competencia”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 46, 2015, pág. 167-195.

de la Liga como parte del presupuesto para la temporada 2014/2015 del Club, el cual no fue en ningún caso recurrida por este⁶⁴¹.

Resumiendo, don Pedro León, perteneciente a la plantilla del Getafe Club de Fútbol, S.A.D., desde la temporada 2011/2012 y, por tanto, con contrato laboral de deportista profesional en vigor, se quedó sin licencia federativa⁶⁴², esto es, sin esa autorización habilitante para participar y alinearse en la competición profesional, como consecuencia de la aplicación de una normativa (sin rango de Ley) de una asociación privada como es la LNFP, lo que conllevaría a una vulnerando el derecho a la ocupación efectiva y, por tanto, el derecho al trabajo⁶⁴³.

⁶⁴¹ MERCADER UGUINA, J. R., “Control financiero, licencias federativas y contrato de trabajo: el caso Pedro León (releyendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Contencioso administrativo, de 28 de marzo de 2016), *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2017, pág. 93-107.

⁶⁴² El jugador inició dos procedimientos: uno ante el Consejo Superior de Deportes (que ha sido objeto de análisis en el Capítulo II del presente trabajo) y otro ante la jurisdicción mercantil. Finalmente, el jugador fue habilitado, gracias a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8 Madrid, de medidas cautelares, que ordenó a la LNFP que expidieran el visado previo de la licencia federativa a favor del jugador. Dicha sentencia fue recurrida por la LNFP y revocada por la Auto núm. 157/2015 de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28º), si bien no supuso incidencia alguna pues la temporada 2014/2015 finalizó el 30 de junio de 2015.

⁶⁴³ El jugador nunca interpuso contra el club demanda de resolución de contrato por vulneración del derecho a la ocupación efectiva ante la jurisdicción laboral, sino que optó por iniciar dos procedimientos distintos uno vía contencioso-administrativo (en contra de la Resolución del Presidente del Consejo Superior de Deportes) y el otro vía mercantil (para que se declarara que la LNFP abusaba de su posición de domicilio en el mercado nacional del fútbol profesional); es cierto que en ambos procedimientos el jugador alegó la vulneración de su derecho al trabajo si bien las distintas resoluciones en ambos procedimientos señalaron que ellos no eran competentes para juzgar dicha vulneración y que la jurisdicción procedente era la laboral. Es curioso que en ninguno de los procedimientos iniciados por el jugador se personara el Getafe Club de Fútbol, S.A.D.

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO IV

SUJETO ACTIVO DE LA NORMATIVA FEDERATIVA.

LOS MENORES

I. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que la presente tesis tiene como objeto los traspasos internacionales de futbolistas menores de edad, es necesario que se realice un estudio en profundidad de la regulación jurídica relativa a los menores, sujetos activos del presente estudio. Regulación jurídica específica, por otra parte, que responde fundamentalmente a la obligación por parte de los Estados, así como de los organismos de ámbito privado, de proteger los derechos que les asisten dada su vulnerabilidad. No se debe olvidar que la razón fundamental para la prohibición de los traspasos de menores se basa o encuentra su fundamento en los derechos de los menores que deben ser, ante todo y, sobre todo, protegidos.

El capítulo comienza con una escueta introducción histórica relativa al nacimiento de los derechos humanos, en general, y los de los niños, en particular, así como la identificación de las instituciones que los han creado y de los primeros instrumentos en los que se han plasmado. El estudio más detenido y exhaustivo de los derechos humanos ya ha sido expuesto en el Capítulo I del presente trabajo.

A lo largo del presente capítulo se realiza un estudio de los derechos que le asisten al menor y concretamente aquellos que le asisten al menor trabajador. En este análisis se distinguen cuatro bloques diferentes:

El primero coincide con el análisis internacional. El estudio se centra en la normativa internacional de protección al menor; concretamente, a lo largo del bloque se desgranarán los principios y derechos fundamentales que les asisten a los niños, haciendo referencia a las distintas Observaciones Generales que el Comité de los Derechos Humanos de la ONU ha elaborado al respecto. Asimismo, y dentro del ámbito internacional, se ha procedido a analizar la regulación jurídica laboral del menor, así como los principios generales en la que se basa.

El segundo bloque haría referencia al desarrollo en el ámbito comunitario; se ha realizado la misma labor anteriormente expuesta, pero en esta ocasión el estudio se centra en el ámbito comunitario. Por una parte, se realiza un estudio pormenorizado de los derechos de los menores, en este caso, haciendo referencia a la incidencia que ha tenido la protección de los mismos ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y, por otra parte, el estudio de la regulación jurídica laboral del menor, haciendo especial hincapié en la Directiva del Consejo de Europa 94/33/CE, de 22 de junio de 1994.

El tercero trataría el ámbito interno; se analiza la situación del menor desde un prisma jurídico completo, a modo sistemático. Se puede resumir diciendo que el apartado comienza con el análisis de la protección que se colige de la Constitución Española, pasando a las prohibiciones y limitaciones que le impone el Estatuto del Trabajador y terminando con los derechos amparados por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección al menor, todo ello acompañado de diversa jurisprudencia y doctrina que completa el estudio.

Y, finalmente, el cuarto se ha reservado para analizar este aspecto desde el punto de vista autonómico; como no podía ser de otro modo, se hace una breve referencia al tratamiento del menor a nivel autonómico en general y el del País Vasco en particular.

El capítulo finaliza con el análisis de la Sentencia número 26 del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2013 que reúne muchos de los aspectos analizados y sirve como instrumento aglutinador de la información expuesta a lo largo del capítulo.

II. NORMATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

II.1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE MENORES

La regulación internacional de protección de menores nace tras la Primera Guerra Mundial con el propósito de proporcionar un marco de seguridad y protección para ese colectivo especialmente vulnerable que es el de los niños⁶⁴⁴; el 26 de diciembre de 1924, la Sociedad de las Naciones aprueba la “Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño”, un texto básico que reconoce, entre otros, el derecho de los niños a gozar de los

⁶⁴⁴ TORIBIO MEDINA, M., “Normas de Derecho Internacional Público y Regulación FIFA de protección de menores. Puntos de conexión y posibles incompatibilidades”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística: marco jurídico y reflexiones de contexto*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 41-55.

medios necesarios para su desarrollo material, moral y espiritual; el derecho a recibir especial asistencia; el derecho a ser los primeros en ser socorridos en caso de dificultad; el derecho a ser protegidos contra la explotación económica y el derecho a un desarrollo adecuado que le inculque valores de responsabilidad social⁶⁴⁵.

En 1948 se aprueba la “Declaración Universal de Derechos Humanos”⁶⁴⁶, que reconoce los derechos inherentes a todas las personas y proclama el derecho específico de la infancia a cuidados y asistencia especiales:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de su subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

Poco después es ratificado, por el Consejo de Europa, el “Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”⁶⁴⁷, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que toma como base el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos y reconoce los derechos fundamentales a nivel europeo.

Una década más tarde, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprueba la “Declaración de los Derechos del Niño”⁶⁴⁸ y consagra específicamente los derechos del niño para una protección especial en su desarrollo, estableciendo que su

⁶⁴⁵ Preámbulo y Principios 1-5 de la Declaración de Ginebra, adoptado por la Sociedad de Naciones, de 23 de diciembre de 1924.

⁶⁴⁶ Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en París.

⁶⁴⁷ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: el protocolo adicional al Convenio hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pág. 16808 a 16816.

⁶⁴⁸ Preámbulo y art. 1-10 de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.

interés superior sea siempre considerado de manera prioritaria, y añade los derechos a la educación, a la protección contra el abandono, a la salud y la no discriminación.

En la década de los 60 es aprobada la “Carta Social Europea” aprobada en Turín, el 18 de octubre de 1961, en la que, entre otros aspectos, se regula la protección especial de niños y adolescentes en el desempeño de actividades laborales, cuando manifiesta lo siguiente⁶⁴⁹:

“Artículo 7. Derecho de los niños y adolescentes a protección.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, las Partes se comprometen:

- 1. A fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación;*
- 2. A fijar en 18 años la edad mínima para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres;*
- 3. Prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación;*
- 4. A limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de 18 años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional.*
- 5. A reconocer el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada.*
- 6. A disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se considere que forman parte de dicha jornada.*
- 7. A fijar una duración mínima de tres semanas para las vacaciones pagadas de los trabajadores menores de dieciocho años.*
- 8. A prohibir el trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años, excepto en ciertos empleos determinados por las Leyes o Reglamentos nacionales.*

⁶⁴⁹ Art. 7 del Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980, pág. 14533 a 14540.

9. *A disponer que los trabajadores menores de dieciocho años ocupados en ciertos empleos determinados por las Leyes o Reglamentos nacionales sean sometidos a un control médico regular.*

10. *A proporcionar una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo.”.*

En esa misma década también se aprueban el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁶⁵⁰ y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁶⁵¹, ambos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Estos instrumentos internacionales hacen referencias destinadas específicamente a la protección especial de los menores de edad.

Pese a la existencia de disposiciones destinadas a la protección de menores y de normativa nacional con la que algunos países contaban, las notorias desigualdades en la aplicación del régimen de protección de menores en las distintas partes del mundo, así como el recurrente incumplimiento de las normas existentes, hizo evidente la necesidad de una norma internacional con fuerza vinculante para todos los países en la misma medida; con ese objetivo, es la Asamblea General de las Naciones Unidas la que, después de una ardua labor de estudio con aportaciones de diversos estamentos, tales como representantes de diversos ámbitos sociales, culturales y religiosos que durará una década, aprobó el 20 de noviembre de 1989, la “Convención sobre los Derechos del Niño”⁶⁵². Mediante este instrumento se reconoce a los niños (ser humano menor de 18 años) como sujetos titulares de los mismos derechos fundamentales que los adultos y les otorga otros específicos en razón de su condición.

⁶⁵⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Publicado el Instrumento de ratificación en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pág. 9337 a 9343.

⁶⁵¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966. Publicado el Instrumento de ratificación en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pág. 9343 a 9347.

⁶⁵² Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904.

La Convención constituye la primera norma internacional destinada en exclusiva a los derechos de los menores y como tal es de carácter vinculante para los Estados partes.

II.2. NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE MENORES. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención se basa en un conjunto de principios que tienen su origen en los derechos humanos. Los aspectos más destacados de la Convención se podrían sintetizar en que, por una parte, promueve garantizar los derechos de los niños y reafirma la necesidad de proporcionar a los niños el cuidado y la asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; por otra parte, subraya de manera especial la responsabilidad primordial que tiene la familia respecto a la protección y la asistencia jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento y, finalmente, también, hace hincapié en la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y en el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad⁶⁵³.

Por la importancia de la Convención, se entiende necesario realizar un estudio pormenorizado de determinados derechos y principios que merecen especial atención, como son los siguientes:

II.2.A. Principio de no discriminación⁶⁵⁴

Todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación.

⁶⁵³ MARCOS MARTÍN, M. T., “Los derechos de la personalidad de las personas-menores en el contexto internacional y su aplicación en el ordenamiento español”, en PÉREZ ALVÁREZ, S., BURGUERA AMEAVE, L., PAUL LARRINAGA, K. (dirs.): *Menores e Internet*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 161-184.

⁶⁵⁴ Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904, dice lo siguiente:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

Los Estados partes tienen la obligación de garantizar a todos los seres humanos de menos de 18 años el disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo⁶⁵⁵, el idioma, la religión, la opinión pública, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos⁶⁵⁶, el nacimiento, la orientación sexual, el estado de salud o cualquier otra condición del niño.

Es cierto que respecto de los adolescentes, por ser más vulnerables a ciertos abusos y explotación, se implantan medidas de especial atención destinadas a su protección⁶⁵⁷.

II.2.B. Principio del interés superior del menor⁶⁵⁸

Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo⁶⁵⁹.

Para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar una serie de medidas y deben velar porque el interés superior del niño sea una

⁶⁵⁵ Observación General conjunta nº 31 “*Eliminación de la discriminación contra las mujeres*” y la nº 18 “*Los derechos del niño sobre prácticas dañosas*”, CRC/C/GC/18, del Comité de los Derechos del Niño, de 4 de noviembre de 2014.

⁶⁵⁶ Observación General nº 9, “*Los derechos de los niños discapacitados*”, GRC/C/GC/9/Corr.1, del Comité de los Derechos del Niño, de 13 de noviembre de 2007.

⁶⁵⁷ Observación General nº 4, “*La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño*”, CRC/GC/2003/4, del Comité de los Derechos del Niño, de 31 de junio de 2003.

⁶⁵⁸ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904, dice lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

⁶⁵⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 1, 2013, pág. 51-70.

consideración primordial en todas sus actuaciones; entre esas medidas, cabe citar las siguientes⁶⁶⁰:

- Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho para incorporar este principio y velar por que el requisito de que se tenga en cuenta el interés superior del niño se recoja y aplique en todas las leyes.
- Reafirmar el interés superior del niño en la coordinación y aplicación de políticas.
- Establecer mecanismos y procedimientos de denuncia, recurso o reparación con el fin de dar plenos efectos al derecho del niño a que su interés superior se integre debidamente y se aplique de manera sistemática en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos y judiciales relacionados con él.
- Reafirmar el interés superior del niño en la asignación de los recursos para los programas y las medidas destinados a dar efectos a los derechos del niño.
- A establecer, supervisar y evaluar la reunión de datos, velar por que el interés superior del niño se explique claramente y, cuando sea necesario, apoyar los estudios sobre cuestiones relacionadas con los derechos del niño.
- Proporcionar información y capacitación a todos los responsables de la toma de decisiones que afectan directa o indirectamente al niño.
- Facilitar a los niños información adecuada utilizando un lenguaje que puedan entender, así como a sus familiares y cuidadores, para que comprendan el alcance del derecho protegido, y crear las condiciones necesarias para que los niños expresen su punto de vista y velar por que a sus opiniones se les dé la importancia debida.
- Y luchar contra todas las actitudes negativas y prejuicios que impiden la plena efectividad del derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial.

II.2.C. Derecho del menor a ser escuchado⁶⁶¹

El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que esta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan. En la evaluación del interés superior, así como en la interpretación

⁶⁶⁰ Observación General n° 14, “*El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*”, CRC/C/GC/14 del Comité de los Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013.

⁶⁶¹ Artículo 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los

y aplicación de los demás derechos del niño, ha de considerarse y respetarse su derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten y a que esta sea tenida debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Todo niño tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, siempre que ello no vaya en menoscabo del derecho de otros⁶⁶².

Si bien ha de estarse a la evolución de las facultades del niño a considerar su opinión, es importante recabar el máximo esfuerzo para que aquel pueda expresar su opinión y para que esta sea escuchada. Para ello, es esencial crear un entorno que aliente al niño a formarse una opinión libre y garantice su derecho a ser escuchado. Según el Comité de los Derechos del Niño, para que esta práctica sea efectiva, ha de ser entendida como un proceso continuado y no como un acto de carácter singular. Con la intención de lograr este objetivo, establece las condiciones básicas que deben guiar cualquier proceso en el que participen los menores, de las cuales, cabe destacar las siguientes⁶⁶³:

- Transparentes, informativas e inteligibles. Se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta.

Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, págs. 38897 a 38904, dicen lo siguiente:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o*
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.”*

⁶⁶² DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., “Garantías constitucionales y legales en el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación de los MENA”, en CABEDO MALLOL, V. (coord.): *Menores no acompañados: los otros emigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 53-91.

⁶⁶³ Observación General nº 12, “*El Derecho del Niño a ser escuchado*”, CRC/C/GC/12, del Comité de los Derechos del Niño, de 20 de julio de 2009.

- Voluntarios. Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento.
- Respetuosos. Se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Las personas y organizaciones que trabajan para ellos y con ellos también deben respetar su opinión en los que se refiere a la participación en actos públicos.
- Pertinentes. Sus opiniones deben tener pertinencia en sus vidas y permitirles emplear sus conocimientos y capacidad. Asimismo, es esencial permitir a los niños abordar las cuestiones que ellos consideren importantes.
- Adaptación a los niños. El ambiente y los métodos de trabajo han de estar adaptados a la capacidad de los menores.
- Incluyentes. La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar.
- Apoyados en la formación. Los adultos que traten con los menores estos aspectos, necesitan formación, conocimientos prácticos y apoyo destinados a facilitar la participación efectiva de los niños.
- Seguros y atentos al riesgo. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación.
- Responsables. Es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación.

II.2.D. Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo⁶⁶⁴

Todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo. Es obligación del

⁶⁶⁴ Artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904, dice lo siguiente:

Estado adoptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia.

Los Estados partes en el Convenio deben elaborar y aplicar de forma compatible con la evolución de las facultades de los menores, normas legislativas, políticas y programas para promover la salud⁶⁶⁵ y el desarrollo de los menores⁶⁶⁶ y, para ello, será necesario, por una parte, facilitar a los progenitores (o tutores legales) asistencia adecuada a través de la creación de instituciones, establecimientos y servicios que presten el debido apoyo al bienestar de los menores e, incluso, cuando sea necesario, que proporcionen asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el desarrollo y la vivienda⁶⁶⁷; y por otra parte, proporcionar información adecuada y apoyo a los padres y madres, para facilitar el establecimiento de una relación de confianza y seguridad en las que las cuestiones relativas, por ejemplo, a la sexualidad y estilos de vida peligrosos, encuentren soluciones aceptables que respeten los derechos de los menores.

II.2.E. Derecho a la educación⁶⁶⁸

Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medio económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estado Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

⁶⁶⁵ Observación General nº 15, “*El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, CR/C/GC/15 DEL Comité de los Derechos del Niño, de 17 de abril de 2013.

⁶⁶⁶ Observación General nº 4, “*La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño*”, CRC/GC/2003/4, del Comité de los Derechos del Niño, de 21 de julio de 2003.

⁶⁶⁷ Observación General nº 17, “*El derecho del niño al descanso, al esparcimiento, actividades lúdicas, recreativas, la vida cultural y en las artes*”, CRC/C/GC/17, del Comité de los Derechos del Niño, de 17 de abril de 2013.

⁶⁶⁸ Artículo 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los

respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana. El Estado debe reconocer que la educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcarle el respeto de los derechos

Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, págs. 38897 a 38904, dicen lo siguiente:

“Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;*
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.*

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;*
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;*
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;*
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;*
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.*

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las Entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

humanos elementales y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya⁶⁶⁹.

El programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños. La educación también debe tener por objeto velar por que se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa, y porque ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino⁶⁷⁰.

II.2.F. Derecho al esparcimiento y al juego⁶⁷¹

Todo niño tiene derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes; para ello, los Estados promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

II.2.G. Derecho a la protección del niño contra la explotación laboral⁶⁷²

Es obligación del Estado proteger al niño contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo; también debe fijar edades mínimas de admisión al

⁶⁶⁹ MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, L., “Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la “enseñanza en casa”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 158, 2013, pág. 157-186.

⁶⁷⁰ Observación General nº 1, “*Propósitos de la educación*”, CRC/GC/2001/1 de del Comité de los Derechos del Niño, de 17 de abril de 2001.

⁶⁷¹ Artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904.

⁶⁷² Artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904, dice lo siguiente:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estado Partes, en particular:

empleo y reglamentar las condiciones del mismo, pues en ningún caso se debe realizar una asociación directa entre el trabajo realizado por menores con la explotación laboral de dichos menores.

Un número cada vez mayor de jóvenes abandonan la escuela y empiezan a trabajar para ayudar a sus familias o para obtener un salario en el sector estructurado o no estructurado.

La participación en actividades laborales, de conformidad con las normas internacionales, puede ser beneficioso para el desarrollo de los menores en la medida que no ponga en peligro el disfrute de ninguno de los otros derechos de los adolescentes, como son la salud y la educación.

Los Estados partes deben adoptar todas las medidas para abolir todas las formas de trabajo infantil, comenzando por las formas más graves; deben proceder a examinar de forma continua los reglamentos nacionales sobre edades mínimas de empleo al objeto de hacerlas compatibles con las normas internacionales y, finalmente, deben regular el entorno laboral y las condiciones de trabajo de los menores al objeto de garantizar su plena protección y el acceso a mecanismos legales de reparación⁶⁷³.

A lo largo del presente trabajo se defenderá la posibilidad de que menores participen en actividades laborales, siempre y cuando dichas actividades estén regladas y controladas por los diferentes agentes intervinientes tanto de ámbito público como privado.

II.2.H. Derecho a la protección contra la venta, tráfico y trata de niños⁶⁷⁴

Es obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y trata de niños. Uno de los muchos peligros que amenazan a los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de su familia es la trata. Por definición, la trata de personas se vincula a un ulterior sometimiento de la víctima a situaciones de

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los honorarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.”.

⁶⁷³ Observación General nº 16, “Las obligaciones del Estado relativas al impacto del Sector de los negocios en los derechos del niño”, CRC/C/GC/16, del Comité de los Derechos del Niño, del 17 de abril de 2013.

⁶⁷⁴ Artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904, dice lo siguiente:

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”.

explotación personal de naturaleza sexual, laboral (en régimen de esclavitud o similar), o bien que tenga por objeto la extracción de sus órganos corporales⁶⁷⁵; atenta contra el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del menor. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para impedir la trata.

Entre ellas, figuran las siguientes: la identificación de los niños no acompañados o separados de su familia; la averiguación periódica de su paradero y las campañas de información adaptadas a todas las edades, que tengan en cuenta las cuestiones de género, en un idioma y un medio comprensibles para el niño víctima de la trata. Deberá promulgarse legislación adecuada y establecerse mecanismos eficaces para cumplir los reglamentos laborales y las normas sobre movimiento fronterizo⁶⁷⁶.

II.3. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE EL TRABAJO DE LOS MENORES⁶⁷⁷

Fue el Tratado de Versalles, que pondría fin a la Primera Guerra Mundial, el que fue incorporando una serie de derechos laborales y creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuya finalidad fue la de contribuir a la mejora de las condiciones de vida y trabajo en todo el mundo y que en 1946 pasó a ser el primer organismo especializado que se asoció a las Naciones Unidas contribuyendo a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo ha centrado su misión en la función normativa, habiéndose adoptado convenios y recomendaciones desde 1919 hasta el momento actual, conformando un código de legislación y de práctica que pretende crear unas más dignas y justas condiciones de trabajo y empleo. Desde sus inicios, dicha normativa ha ido dirigida a evitar el trabajo precoz de los niños, a la vez que a dar una adecuada protección a los jóvenes trabajadores.

⁶⁷⁵ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011.

⁶⁷⁶ Observación General nº 6, “*Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*” CRC/GC/2005/6, del Comité de los Derechos del Niño, de 1 de septiembre de 2005.

⁶⁷⁷ RUANO ALBERTOS, S., *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Ed. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 71 y ss.

II.3.A. Fijación de la edad mínima de acceso al empleo

Dentro de todas las medidas dirigidas a la protección de los menores, la relativa a la adopción de una edad mínima de acceso al empleo es considerada como la más fundamental y básica, condicionante de todas las demás, porque con esa normativa se persigue evitar que el trabajo prematuro pueda perjudicar la salud del niño. La elección de ese límite de edad no ha sido fácil pues, a la hora de adoptar una edad mínima de acceso al empleo, han influido decisivamente las circunstancias económicas, sociales y culturales de cada uno de los países.

Es en 1973, cuando en el seno de la 58ª Conferencia Internacional del Trabajo se aprobaron dos instrumentos decisivos respecto a la fijación de la edad mínima, uno fue el Convenio número 138⁶⁷⁸ y el segundo la Recomendación número 146⁶⁷⁹. Mediante la ratificación de ambos instrumentos, los Estados adquirieron, entre otros⁶⁸⁰, el compromiso de seguir una política nacional que asegurara la abolición efectiva del trabajo de los niños y elevara progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo, a un nivel que hiciera posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. Se impuso que la edad mínima para acceder al trabajo no pudiera ser inferior a la edad en que cesara la obligación escolar o en todo caso, la edad de quince años⁶⁸¹.

II.3.B. Protección de los trabajadores menores

Las repercusiones que el trabajo puede tener sobre la salud y sobre el desarrollo físico del menor y las condiciones de trabajo han sido una preocupación constante para la Organización Internacional del Trabajo. Los menores están expuestos a los mismos peligros que los adultos, pero las características fisiológicas y psicológicas que les son

⁶⁷⁸ Instrumento de ratificación de España del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado el 26 de junio de 1973, publicado en el BOE nº 109, de 8 de mayo de 1978, pág. 10774 a 10776.

⁶⁷⁹ Una vez aprobada el Convenio sobre la edad mínima, con la intención de definir otros principios y proposiciones relativas a la edad mínima de acceso al empleo, se decide elaborar documento en forma de Recomendación que será complementaria al Convenio.

⁶⁸⁰ Dichos instrumentos se dirigieron también hacia la reglamentación del trabajo nocturno, de los reconocimientos médicos, de los trabajos peligrosos e insalubres, de los descansos, de la limitación de las horas de trabajo y de las horas extraordinarias de los menores.

⁶⁸¹ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE del Consejo”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 55, núm. 1, 2007, pág. 223-224.

propias, les hacen más vulnerables a los riesgos que presenta el trabajo, por eso el esfuerzo por adoptar instrumentos internacionales capaces de facilitarles una protección adecuada.

III. NORMATIVA EUROPEA

Son varios los instrumentos que se han elaborado en el ámbito territorial europeo que de forma directa o indirecta contemplan una regulación relativa a los menores. Muchos de esos instrumentos ya han sido mencionados, incluso analizados en el Capítulo I de la presente tesis, pero en tanto que regulan la figura de los menores se entiende necesario exponer, si bien brevemente, lo más destacable, a este respecto, de cada uno de ellos.

III.1. CONVENIO EUROPEO PARA LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES⁶⁸²

El Convenio es conocido como “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, fue elaborado por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950.

Reconoce los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Universal, aportando como novedad la posibilidad de acudir de forma directa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garantía del ejercicio de los mismos, e imponiendo la obligación a los Estados de remover los obstáculos que puedan oponerse a dicha efectividad. Como consecuencia de ello, existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya interpretación es, en sí, una evolución de los derechos y libertades reconocidas.

Concerniente al ámbito del menor de edad, la sentencia del caso *Lavida* y otros contra Grecia⁶⁸³, ratifica la necesidad del respeto al principio de no discriminación en relación al derecho del menor a la educación; en este caso, los demandantes exigían al Gobierno heleno que dismantelaran gradualmente la segregación de los menores de etnia romaní en las escuelas públicas de Grecia, para hacer una nueva distribución de los estudiantes en las escuelas públicas y reflejar, así, la diversidad de la población.

Por otra parte, sentencias como la del caso *Siliadin* contra Francia⁶⁸⁴ recuerdan a los Estados su obligación de proteger al menor contra la explotación laboral; en este caso,

⁶⁸² BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pág. 23564 a 23570.

⁶⁸³ STEDH, sección 1ª, caso *Lavida* y otros contra Grecia, de 30 de mayo de 2013, nº demanda: 7973/10 (ECLI:CE:ECHR:2013:0530JUD000797310).

⁶⁸⁴ STEDH, sección 2ª, caso *Siliadin* contra Francia, de 26 de julio de 2005, nº demanda: 73316/01 (ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601).

una menor togolesa, que había sido llevada a Francia con falsas promesas a sus padres, había sido sometida a un trabajo forzado en condiciones laborales y de alojamiento incompatibles con la dignidad humana; le habían confiscado el pasaporte, no le habían remunerado económicamente y había estado sometida a un aislamiento cultural, físico y afectivo, lo que suponía una situación de esclavitud y de trabajo forzoso. En este caso, la menor demandó al Estado francés por no tener tipificado como delito, en la legislación penal francesa, la esclavitud y la servidumbre y, por tanto, no encontrar protección legal concreta y efectiva que amparase su caso.

Pero ante todo ha de destacarse la importancia de esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la vida privada y familiar del menor, estableciendo la obligación de los Estados de no intervenir en ella y a adoptar las medidas que la haga posible⁶⁸⁵. La intervención por parte de los poderes públicos solo quedaría justificada ante situaciones de estricta necesidad y actuando de manera proporcional. La retirada de la patria potestad se presenta como el último recurso. Son multitud las sentencias que se pueden destacar relativas a la protección de dicho derecho. Entre ellas, se puede citar la sentencia del caso R.M.S. contra España⁶⁸⁶, donde a una madre, en situación de desamparo, se le retiró la tutela de un menor por parte de la Administración y se inició un procedimiento de adopción, sin que se analizara de forma idónea la situación económica de la madre y su capacidad para cuidar a sus hijos. En este caso el Tribunal manifestó lo siguiente:

“El Tribunal tiene en cuenta el hecho de que la desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe basarse en consideraciones inspiradas en los intereses del niño y tener peso específico y solidez (Pucillo y Giunta contra Italia GS, núms. 39221/98 y 41963/98 ...). Ha afirmado en repetidas ocasiones que el artículo 8 implica el derecho de un padre a medidas encaminadas a reunirlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de tomarlas (véase, por ejemplo, Eriksson contra Suecia, 22 de junio de 1989..... , Olsson contra Suecia (núm. 2), 27 de noviembre de 1992). La decisión de hacerse cargo de un niño debe, en principio considerarse como una medida temporal, a

⁶⁸⁵ STEDH, Pleno, caso *Olsson* contra Suecia, de 24 de marzo de 1988, nº de demanda: 10465/83 (ECLI:CE:ECHR:1998:0324JUD001046583).

⁶⁸⁶ STEDH, sección 3ª, caso R.M.S. contra España, de 18 de junio de 2013, nº de demanda: 28775/12 (ECLI:CE:ECHR:2013:0618JUD002877512).

suspender tan pronto como las circunstancias se presten y cualquier ejecución debe ser coherente con un objetivo final: unir nuevamente al padre biológico y al niño (K. y T. contra Finlandia GS ...). Se impone a las autoridades competentes que, desde el momento de asumir la tutela, la obligación positiva es la de tomar las medidas para facilitar la reunificación familiar cuando sea realmente posible, y con más y más fuerza, pero siempre buscando el equilibrio con el deber de considerar el interés superior del niño. Por otro lado, las obligaciones positivas se limitan a asegurar que el niño pueda reunirse con su progenitor o tener contacto con él, pero también incluyen todas las medidas preparatorias que permitan alcanzar ese resultado (...).”

Finalmente, cabe mencionar que existen sentencias del Tribunal sobre la relación de la vida familiar y la inmigración, en las que se entiende que una orden de deportación supone una vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por poseer arraigo familiar en el Estado que ha emitido dicha orden de deportación. Así, se consagra la obligación de facilitar la reagrupación familiar, como ocurre con la sentencia del caso *Keles* contra Alemania⁶⁸⁷, cuando un ciudadano de nacionalidad turca y con permiso de residencia permanente en Alemania donde residía con su familia, fue expulsado del país y reclamaba que la medida era desproporcionada teniendo en cuenta sus circunstancias personales, el delito por el cual se le expulsaba y la dificultad de sus hijos tenían para seguirle a su país de origen, Turquía.

III.2. CARTA EUROPEA DE LOS DERECHO DEL NIÑO

La Carta Europea de los Derechos del Niño⁶⁸⁸, que fue aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, destaca, además de por abogar a favor de la adhesión de la Comunidad Europea a la Convención de los Derechos del Niño (una vez todos los Estados miembros hubieran ratificado dicho instrumento), por configurar los principios mínimos necesarios para garantizar a los menores un ámbito jurídico de libertad y autonomía que contribuya a su formación como personas libres, participativas y comprometidas socialmente.

⁶⁸⁷ STEDH, Sección 3ª, caso *Keles* contra Alemania, de 27 de octubre de 2005, nº de demanda: 32231/02 (ECLI:CE:ECHR:2005:1027JUD003223102).

⁶⁸⁸ DOCE C-241, de 21 de septiembre de 1992.

La Carta Europea fundamenta la tutela jurídica del niño desde una triple perspectiva por la que al menor se le debería garantizar: la integración social; la integración familiar y la tutela reforzada por su especial debilidad.

Otro aspecto importante a destacar es el extenso catálogo de derechos que se reconocen y cuya configuración jurídica permite garantizar de forma efectiva la tutela y protección desde los tres ámbitos que anteriormente han sido señalados como elementos para la definición del menor en el ámbito jurídico internacional⁶⁸⁹. Entre otros, cabe señalar los siguientes: el derecho de todo niño ciudadano de la Comunidad Europea u originario de un tercer país, siempre que los progenitores residan legalmente en un Estado miembro (de acuerdo con su legislación nacional y sin perjuicio de las limitaciones que para alguno de los derechos pudiera resultar del ordenamiento comunitario) a gozar de todos los derechos enumerados en la Carta; el derecho de todo niño, independientemente de su origen, a cargo de un nacional de un Estado miembro, a gozar de todos los derechos y ventajas que la legislación comunitaria reconozca en materia de libre circulación de trabajadores y de derecho de residencia y, finalmente, el derecho de todo niño a no ser objeto, dentro del territorio de la Comunidad, de discriminación por razón de nacionalidad, filiación, orientación sexual, etnia, color, etc⁶⁹⁰.

III.3. DIRECTIVA 94/33/CE⁶⁹¹

Concretamente en relación a la protección de los jóvenes en el trabajo, especial relevancia tiene la Directiva 94/33/CE aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 22 de junio de 1994 (traspuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁹²), que desarrolla claramente los principios asentados por la Organización Internacional del Trabajo en materia de protección laboral de los menores y supone el actual régimen jurídico comunitario

⁶⁸⁹ BORREGO MUÑOZ, G., “El Sistema de protección de menores”, *Dedica. Revista de Educação e Humanidades*, núm. 6, 2014, pág. 85-95.

⁶⁹⁰ 3º, 4º, 5º, 6º y 7º principio de la Carta Europea de los Derechos del Niño. DOCE C-241, de 21 de septiembre de 1992.

⁶⁹¹ DOCE L-216, de 20 de agosto de 1994.

⁶⁹² BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, pág. 32590 a 32611.

aplicable al menor en el trabajo⁶⁹³. Su ámbito de aplicación se circunscribe a todas las empresas, con independencia de su tamaño o de su carácter público o privado.

La Directiva considera a los menores como un grupo con riesgos específicos. Ahora bien, recoge una distinción básica y, así, diferencia a los niños (menores de 15 años), a los adolescentes (entre 15-18 años) y a los jóvenes (menores de 18 años), conformando una diferente protección para cada una de las etapas evolutivas de la persona.

Con carácter general, se exige que los Estados tengan que garantizar condiciones de trabajo adaptadas a su edad y que deban proteger a los jóvenes contra los riesgos específicos resultantes de la falta de experiencia, de la falta de consciencia de los riesgos existentes o virtuales o del desarrollo incompleto de los jóvenes. Los Estados deberán velar por la protección de los mismos contra la explotación económica y contra todo trabajo que perjudique su seguridad, salud o desarrollo físico, psicológico, moral o social o pusiese en peligro su educación⁶⁹⁴.

En relación a la actividad laboral de los niños, y debido a su vulnerabilidad, la Directiva exige de los Estados miembros, una prohibición del trabajo de los mismos, además de la exigencia de velar por que no se establezca una edad mínima de acceso al empleo por debajo de la edad en que, según su legislación nacional, debe finalizar la escolaridad a tiempo completo⁶⁹⁵. Sin embargo, se establece una excepción en los casos en los que los niños sean contratados para que actúen en actividades de carácter cultural, artístico, deportiva o publicitario⁶⁹⁶. Para que la mencionada excepción sea admitida, cada caso deberá ser sometido a un procedimiento de autorización expedido por la autoridad competente; para ello, los Estados miembros deben determinar, por vía legislativa o reglamentaria, las condiciones de trabajo de los niños que actúen en las actividades mencionadas, así como las modalidades del procedimiento de autorización previa, a condición de que las actividades no puedan perjudicar la seguridad, la salud o el desarrollo

⁶⁹³ IGARTUA MIRÓ, M^a. T. y MARÍN ALONSO, I.; “Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005, pág. 527-544.

⁶⁹⁴ RUANO ALBERTOS, S., “Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa”, *Aranzadi Social*, núm. 5, Cizur Menor, 2001, pág. 1299-1316.

⁶⁹⁵ MELLA MÉNDEZ, L., “La protección de los menores en el derecho del trabajo: reflexiones generales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 13, 2008, pág. 67-89.

⁶⁹⁶ GARCÍA ROMERO, B., “La protección jurídico-laboral de los menores”, *Aranzadi social*, núm. 5, 2001, pág. 779-800.

de los niños y no puedan afectar a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben. Ahora bien, respecto a los niños que hayan cumplido 13 años, la Directiva permite que los Estados miembros puedan autorizar, por vía legislativa o reglamentaria y en las condiciones que ellos estipulen, la contratación de niños para que actúen en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario, sin que sea necesaria la autorización previa expedida por la autoridad competente⁶⁹⁷.

III.4. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Y finalmente la Carta, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000⁶⁹⁸, y que en su origen fue un texto esencialmente declarativo, con posterioridad fue integrada al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶⁹⁹ (como ya se expuso anteriormente), lo que implicó un importante reconocimiento del valor e importancia del respeto a los derechos y libertades dentro del Derecho comunitario.

Esta norma contiene, por una parte, las primeras referencias pormenorizadas a los derechos del niño en el nivel constitucional de la Unión Europea, incluido el reconocimiento del derecho del niño a recibir educación obligatoria gratuita⁷⁰⁰, la prohibición de la discriminación por motivos, entre otros, de edad⁷⁰¹ y la prohibición del

⁶⁹⁷ GUTIÉRREZ CEDENA, J. y HERNANDO ESPADA, D., “Los jóvenes deportistas a la luz del derecho del trabajo: La protección del menor”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística: marco jurídico y reflexiones de contexto*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 120 y 121.

⁶⁹⁸ DOCE C-364, de 18 de diciembre de 2000.

⁶⁹⁹ DOUE C-306, de 17 de diciembre de 2007.

⁷⁰⁰ Art. 14 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE C-83/394 de 30 de marzo de 2010, dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

(...).”

⁷⁰¹ Art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE C-83/394 de 30 de marzo de 2010, dice lo siguiente:

“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”

trabajo infantil y de la explotación laboral de los jóvenes⁷⁰². Por otra parte, reserva un precepto específico⁷⁰³ relativo a los niños que se vertebró en tres principios básicos, como son el derecho a expresar libremente su opinión en función de su edad y su madurez; el derecho a que su interés superior constituya una consideración primordial en todo acto que les concierna y, por último, el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos, de forma periódica, con sus progenitores.

La incorporación de la Carta al cuerpo normativo comunitario, así como su posterior desarrollo, ha hecho que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se pronuncie en defensa de la aplicación de los derechos previstos en la Carta, como ocurrió en el caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra *Simone Pelz*⁷⁰⁴, donde el Tribunal confirmó que, en la medida en que el Reglamento comunitario no puede contravenir la Carta de los

⁷⁰² Art. 32 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE C-83/394 de 30 de marzo de 2010, dice lo siguiente:

“Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.”.

⁷⁰³ Art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 83/394 de 30 de marzo de 2010, dice lo siguiente:

“1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.”.

⁷⁰⁴ STJUE, Sala Primera, C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra *Simone Pelz*, de 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:828, apartados 62º a 70º. Los hechos origen del procedimiento se remontan al 2007 cuando el matrimonio formado entre el Sr. Aguirre y la Sra. *Pelz* presentó la petición de divorcio en un tribunal vizcaíno, solicitando ambos progenitores la custodia provisional de la niña menor de edad. El Juzgado de 1ª Instancia de Bilbao concedió la custodia provisional al padre y el derecho de visitas a la madre, al entender el magistrado que lo mejor para la niña era quedarse en su entorno familiar y escolar, ante la posibilidad de que la madre volviera a residir en Alemania. En 2008, la madre se instaló definitivamente en Alemania, llevándose con ella a su hija durante las vacaciones veraniegas de ese año, impidiendo el retorno de la menor a España. Como consecuencia de dicha actuación, el Juzgado nº 5 de Bilbao otorgó la custodia definitiva al progenitor y solicitó la ejecución de la sentencia al Tribunal de la ciudad alemana de *Celle*, siendo este tribunal el que alzó la consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para conocer qué jurisdicción tenía competencia para dirimir el caso y sobre si se debían aplicar en Alemania las decisiones del juzgado de Bilbao, al considerar que los jueces vascos habían ignorado la petición de la madre para que se tuviera en cuenta la opinión de la niña.

Derechos Fundamentales, era preciso interpretar las disposiciones del Reglamento a la luz de los preceptos de la Carta.

IV. NORMATIVA ESTATAL

En el sistema jurídico español, la infancia se ha examinado tradicionalmente desde la perspectiva del Derecho privado, y la protección de los menores se ha enmarcado por lo general en el Derecho de familia. No obstante, en un Estado que la Constitución califica como “social”, cada vez son mayores las funciones atribuidas a las Administraciones Públicas en materia de asistencia y protección de los menores.

IV.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA⁷⁰⁵

La aprobación de la Constitución y el modelo social del Estado determinó un nuevo marco jurídico-político de protección de la infancia. Este nuevo marco vendría delimitado fundamentalmente por el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad⁷⁰⁶, el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos⁷⁰⁷; la obligación de los poderes públicos de brindar protección integral a la familia y a los hijos⁷⁰⁸ y, sobre todo, el reconocimiento a los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos⁷⁰⁹.

El texto constitucional acoge un sistema de protección de menores calificado por la doctrina como sistema mixto, ya que se basa en la colaboración entre el ámbito de lo

⁷⁰⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1977, pág. 29313 a 29424.

⁷⁰⁶ Artículo 14 de la Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1977, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”.

⁷⁰⁷ Artículo 39.3 de la Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1977, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”.

⁷⁰⁸ Apartados 1º y 2º del artículo 39 de la Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1977, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”.

⁷⁰⁹ Artículo 39.4 de la Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1977, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales.”.

público y lo privado. La responsabilidad se comparte entre la familia y los poderes públicos⁷¹⁰.

Por un lado, los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar y aplicar una política para la infancia que asegure la protección integral de los menores. A tal efecto, las Administraciones deberán asegurar a los menores el disfrute de los derechos que nuestro ordenamiento les reconoce y arbitrar la asistencia y protección necesaria, tanto en los aspectos personales como sociales. Un claro ejemplo es el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores, que el Tribunal Constitucional⁷¹¹ ha declarado que responde a la necesidad de cooperar para el efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguren la protección social de la familia.

Por otra parte, nuestro ordenamiento encomienda a los padres la obligación de prestar en el seno de la familia determinadas funciones asistenciales en interés de los menores. Este mandato se concreta en los deberes y facultades que derivan de la patria potestad. Además, las Administraciones Públicas están obligadas a velar porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus deberes legales de guarda, de manera que cuando estas constaten que el menor padece una situación de riesgo o posible desamparo deberán intervenir y brindar al menor la protección necesaria⁷¹².

De acuerdo con la doctrina reciente, la decisión de hacerse cargo de un menor por parte de la Administración, debe ser considerada, en principio, como una medida provisional, que se suspenderá en cuanto las circunstancias lo aconsejen, y todo acto de ejecución debe concordar con un objetivo último: reunir de nuevo al progenitor por lazos de sangre y al menor. La obligación positiva de tomar medidas con el fin de facilitar el reagrupamiento de la familia, tan pronto sea realmente posible, se les impone a las autoridades competentes desde el momento en que se hace cargo, y cada vez con más fuerza, pero siempre se debe contrapesar con el deber de considerar el interés superior del niño. Sin embargo, las obligaciones positivas no se limitan a velar por que el menor pueda reunirse

⁷¹⁰ ROCA, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 33.

⁷¹¹ STC 240/1999, Sala Segunda, de 20 de diciembre de 1999, nº rec. de amparo: 2897/1995 (ECLI:ES:TC:1999:240), Fundamento Jurídico 4º.

⁷¹² DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004, pág. 102-137.

con su progenitor, o tener contacto con él, sino que engloban asimismo al conjunto de las medidas preparatorias que permitan llegar a ese resultado.

El derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho de carácter absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas⁷¹³.

IV.2. LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR, DE MODIFICACIÓN PARCIAL DEL CÓDICO CIVIL Y DE LA LEY DE ENJUICIMIENTO CIVIL⁷¹⁴

Esta Ley constituye un paso decisivo en el proceso de renovación y construcción de un nuevo sistema jurídico público de protección de menores, iniciado tras la aprobación de la Constitución Española. Esta Ley vino a dar respuesta a ciertas lagunas y dudas interpretativas planteadas tras la reforma de Código Civil, operada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre⁷¹⁵, que incorporó al ordenamiento jurídico español nuevos instrumentos para la protección pública de los menores.

El legislador estatal, mediante Ley Orgánica, deseaba construir un amplio marco jurídico para la protección pública de los menores en nuestro ordenamiento, tal como se afirma expresamente en la propia Exposición de Motivos⁷¹⁶. Por ello, la Ley estableció unas bases generales del sistema de protección pública de menores en el conjunto del territorio, que finalmente tuvo la virtualidad deseada al servir de referencia a las Comunidades Autónomas que regularon esta materia. Así, en realidad, solo algunos preceptos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor tienen carácter orgánico, puesto que buena parte de los preceptos constituyen legislación supletoria de la que dictan los entes autonómicos con competencia en materia de asistencia social⁷¹⁷. Lo cierto es que el

⁷¹³ STSJ de Cataluña 14/2015, Sala Civil y Penal, de 12 de marzo de 2015, nº rec. extraordinario por infracción procesal y de casación: 108/2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2015:3079), Fundamento Jurídico 7º.

⁷¹⁴ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238.

⁷¹⁵ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, pág. 34158 a 34162.

⁷¹⁶ DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), 2011, pág. 185 y ss.

⁷¹⁷ Disposición final 21ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

“1. El artículo 5, en sus apartados 3 y 4; el artículo 7 en su apartado 1; el artículo 8, en su apartado 2 letra c); el artículo 10, en sus apartados 1 y 2 letras a), b) y d); los artículos 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 en su

conjunto de Comunidades Autónomas ha regulado los respectivos sistemas de protección pública de menores, considerando el margo general establecido en la Ley Orgánica.

Esta Ley contiene 24 artículos, pero su trascendencia es inmensa. Además, contiene 3 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria y 24 disposiciones finales.

El artículo 1 establece que la citada Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, lo que significa que la Ley es de aplicación a todos los menores que se encuentren en España con independencia de la nacionalidad que posean, siendo obligación de la Administración ofrecer la protección necesaria.

IV.2.A. Derechos amparados por la Ley

Entre los factores más destacados de la Ley se encuentra el reconocimiento de derechos a favor de los menores, entre ellos, los más destacados son lo siguiente:

*IV.2.A.a. Interés superior del menor*⁷¹⁸

Regula el derecho a que el interés superior del menor sea valorado y considerado. Se trata de una cláusula general indeterminada utilizada para proteger los distintos derechos que le asisten al menor. Son los tribunales a través de su jurisprudencia los que han definido dicho interés, mediante el cual, se intenta proporcionar una estabilidad emocional al menor, mantener un e

apartado 2, 21 en sus apartados 1, 2, y 3, y el artículo 22, son legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social.

2. El artículo 10, en su apartado 3, el artículo 21, en su apartado 4, el artículo 23, las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, la disposición transitoria única y las disposiciones finales decimonovena y vigésima, se dictan al amparo del artículo 149.1. 2ª, 5ª y 6ª de la Constitución.

3. Los restantes preceptos no orgánicos de la Ley, así como las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1. 8ª de la Constitución y se aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial.”.

⁷¹⁸ Art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.”.

status emocional y/o lograr la adaptación al hogar, centro escolar y/o comunidad⁷¹⁹. Este derecho es el fundamento principal de la argumentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo que se analizará de forma prolija y extensa en el próximo apartado VI del presente capítulo y que, por englobar distintos ámbitos jurídicos, como son, el Derecho laboral, el Derecho civil y el Derecho deportivo, se ha preferido realizar un análisis individualizado e independiente.

⁷¹⁹ STS 416/2015, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 20 de julio de 2015, nº rec. casación: 1791/2014 (ECLI:ES:TS:2015:3216), Fundamento Jurídico 3º, declara lo siguiente:

“La Constitución Española de 1978 (...), al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores.

(...)

Toda esta normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.”

Doctrina que se ha citado en posteriores sentencias tales como STS 687/2015, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 2 de diciembre de 2015, nº rec. de casación: 1983/2014 (ECLI:ES:TS:2015:5220), Fundamento Jurídico 3º y STS 78/2018, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 14 de febrero de 2018, nº rec. de casación: 1339/2017 (ECLI:ES:TS:2018:404), Fundamento Jurídico 3º.

*IV.2.A.b. Derecho al honor, a la intimidad, y a la propia imagen*⁷²⁰

Es un derecho que el Tribunal Supremo ha protegido en numerosas ocasiones⁷²¹. En multitud de ellas, este derecho se ha confrontado con el derecho a la libertad de información y expresión, amparado por el artículo 20 de la Constitución Española. En estos casos, la doctrina constitucional ha sido contundente y ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen los datos relativos a su vida familiar o persona parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada del menor, incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral⁷²².

⁷²⁰ Art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

“1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesado, física, jurídica o entidad pública.”

⁷²¹ STS 661/2003, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2003, nº rec. de casación: 3422/1997 (ECLI:ES:TS:2003:4532), STS 631/2004, Sala de lo Civil, de 28 de junio de 2004, nº de rec. de casación: 4445/1998 (ECLI:ES:TS:2004:4537), STS 996/2008, Sala de lo Civil; de 22 de octubre de 2008, nº rec. de casación: 446/2005 (ECLI:ES:TS:2008:5551) y STS 1003/2008, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008, nº rec. de casación: 174/2005 (ECLI:ES:TS:2008:5554).

⁷²² STC 134/1999, Sala primera, de 15 de julio de 1999, nº rec. de amparo: 209/96 (ECLI:ES:TC:1999:134), Fundamento Jurídico 6º. Los hechos origen del procedimiento se retrotraen a la entrevista que la revista Pronto realiza a la madre biológica de Thais Tous, hijo de doña Sara Montiel y don Pepe Tous.

IV.2.A.c. Derecho a la información⁷²³

Se encuentra incluida en este derecho, entre otras, la obligación de las Administraciones Públicas de incentivar la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, de velar porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás y de impulsar entre los medios de comunicación la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente expuestos limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores⁷²⁴.

⁷²³ Art. 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

“1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. SE prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones Públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales incluyendo una adecuada sensibilización sobre la oferta legal de ocio y cultura en Internet y sobre la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.

Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.”

⁷²⁴ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de febrero de 2013, nº rec. de casación: 2469/2010 (ECLI:ES:TS:2013:954), Fundamento Jurídico 3º. Los hechos enjuiciados en este caso se refieren a una doble sanción interpuesta a Telecinco por la emisión, en el programa “Aquí hay Tomate”, de escenas de contenido sexual en horario de protección a los menores.

*IV.2.A.d. Derecho a la libertad ideológica*⁷²⁵

El ejercicio de dicho derecho tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral, facultad que se verá modulada en función de la madurez del menor y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar⁷²⁶.

Por otra parte, los poderes públicos, y muy en especial los órganos judiciales, deberán velar por que el ejercicio de esas facultades otorgadas a los padres o tutores sean ejercidas en interés del menor y no al servicio de otros intereses. Frente a la libertad de creencias de los progenitores y su derecho a hacer proselitismo con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, la libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres o tutores, máxime cuando las de estos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad⁷²⁷.

⁷²⁵ Art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, establece lo siguiente:

- “1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.*
- 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.*
- 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.”*

⁷²⁶ STC 154/2002, Pleno, de 18 de julio de 2002, nº rec. de amparo: 3468/97 (ECLI:ES:TC:2002:154), Fundamento Jurídico 9º. El hecho que origina el presente procedimiento penal es la negativa de un menor de 13 años, conjuntamente con la de sus progenitores, de que se le realice una transfusión sanguínea por contravenir los dictados de la religión que profesa la familia, dando como resultado el fallecimiento del menor.

⁷²⁷ STC 141/2000, Sala segunda, de 29 de mayo de 2000, nº rec. de amparo: 4233/96 (ECLI:ES:TC:2000:141), Fundamento Jurídico 5º. El procedimiento tiene origen en la solicitud de divorcio y custodia de sus hijos menores que una madre interpone, justificando dicha petición en la incorporación de su pareja y padre de los menores en el denominado Movimiento Gnósticos Cristiano Universal de España.

*IV.2.A.e. Derecho a la libertad de expresión*⁷²⁸

Dicho derecho se extiende a la publicación y difusión de sus opiniones, a la edición y producción de medios de difusión y al acceso a las ayudas que las Administraciones Públicas establezcan con tal fin.

En la actualidad, los menores de edad desarrollan, prioritariamente, su derecho a la libertad de expresión a través de distintas plataformas localizadas en Internet, donde manifiestan sus ideas y opiniones, pero ello no impide que se puedan encontrar con ciertos riesgos y amenazas por parte de terceros, que pueden ser a su vez lesivos de sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y/o a la propia imagen; en aras a evitar dichas lesiones la Ley⁷²⁹ exige la intervención del Ministerio Fiscal⁷³⁰.

*IV.2.A.f. Derecho a ser oídos*⁷³¹

El menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte a sus

⁷²⁸ Art. 8 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

“1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el artículo 4 de esta Ley.

2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:

a) A la publicación y difusión de sus opiniones.

b) A la edición y producción de medios de difusión.

c) Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.”

⁷²⁹ Art. 4.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

“La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”.

⁷³⁰ REGUEIRO GARCÍA, M^a. T., “Libertad de expresión del menor de edad a través de internet”, *Menores e Internet*, 2013, pág. 213-231.

⁷³¹ Art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238, dice lo siguiente:

intereses. Este derecho ha sido objeto de litigio ante el Tribunal Constitucional⁷³² en numerosas ocasiones y este lo ha respaldado manifestando lo siguiente:

“... al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, (...), expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1CE.”

IV.2.B. Obligaciones impuestas por la Ley

Asimismo, la Ley Orgánica establece las medidas y los principios rectores de la acción administrativa, regulando los principios generales de actuación frente a las situaciones de desprotección social o de desamparo (que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección

“1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las compareencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.”

⁷³² STC 71/2004, Sala segunda, de 19 de abril de 2004, nº rec. de amparo: 6895/2002 (ECLI:ES:TC:2004:71), Fundamento Jurídico 7º. El recurso de amparo dirimido en el procedimiento tiene su origen en la impugnación por parte de los “padres acogedores” de una menor de edad, cuya guardia y custodia reclamaba su madre biológica, de la decisión adoptada por la Audiencia por el cual se ordenaba el inmediato internamiento de la citada menor en un centro de acogida designado por la Junta de Andalucía, para que después de un régimen de visitas y encuentros le fuera devuelta la custodia a la madre biológica.

establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material)⁷³³, incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor. De igual modo, establece una obligación general para cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una situación de desamparo de un menor, debiendo prestarle el auxilio necesario e inmediato y su comunicación a las autoridades pertinentes, pudiendo incurrir, de lo contrario, en un delito de omisión de socorro⁷³⁴.

Es pertinente recordar que la Administración Pública estatal o autonómica deberá garantizar activa y pasivamente el ejercicio de estos derechos por parte de los menores de edad, para que estos logren un desarrollo integral y, en caso de conflicto, la Administración deberá resolverlo dando prioridad al interés superior del menor.

IV.3. CÓDIGO CIVIL

El nacimiento determina la personalidad⁷³⁵ y, en nuestro ordenamiento, toda persona goza de capacidad jurídica, esto es, capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones; en consecuencia, los menores gozan de capacidad plena para ser titulares de derechos. Sin embargo, dada su condición de personas en desarrollo, no tienen reconocida la plena capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos, pues hasta alcanzar la mayoría de edad, que empieza a los dieciocho años⁷³⁶, no se obtiene la capacidad de obrar⁷³⁷.

⁷³³ Artículo 172 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁷³⁴ BORREGO MUÑOZ, G., “El Sistema de protección ...”, *loc. cit.*, pág. 85-95.

⁷³⁵ Artículo 29 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259, dice lo siguiente:

“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.”.

⁷³⁶ Artículo 315 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259, dice lo siguiente:

“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.”.

⁷³⁷ Ahora bien, según la normativa española, la capacidad de obrar no solo se logra cuando se alcanza la mayoría de edad, existen otras posibilidades para que la persona pueda emanciparse y por tanto adquiera la capacidad de obrar, si bien limitada: la primera es a través de la concesión de los que ejerzan la patria potestad, para ello se requiere que el menor tenga 16 años cumplidos y que consienta la concesión en escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro; y la segunda es por concesión judicial, cuando las personas mayores de 16 años así lo pidiera en determinadas circunstancias. En ambos casos, el emancipado menor de edad verá su capacidad de obrar limitada, ya que no podrá tomar dinero a

La falta de capacidad de obrar supone simplemente que el menor deberá hacer efectivos sus derechos a través de un tercero cualificado por su posición de garante o protector, ya sean padres⁷³⁸, tutores o autoridades públicas⁷³⁹.

Pero el papel del tercero cualificado, sea padres o tutores, no es ilimitada, pues la Ley⁷⁴⁰, por un lado, exceptúa del ejercicio de la patria potestad o tutela de los padres o tutores

préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

⁷³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario al art. 154 del Código Civil”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coord.), CAÑIZAREZ LASO, A., VALENTÍN DE PABLO CONTRARAS, P., y ORDUÑA MORENO, J. (dirs.): *Código Civil Comentado. Volumen I*, Cívitas, 2016, pág. 761- 769.

⁷³⁹ PÉREZ ALVÁREZ, M. A., “Comentario al art. 172 del Código Civil”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coord.), CAÑIZAREZ LASO, A., VALENTÍN DE PABLO CONTRARAS, P., ORDUÑA MORENO, J. (dirs.): *Código Civil Comentado. Volumen I*, Cívitas, 2016, pág. 851-867.

⁷⁴⁰ Art. 162, 166, 267 y 271 del Código Civil. 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, pág. 249- 259, dicen lo siguiente:

- *Art. 162 del CC.*

“Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.”.

- *Art. 166 del CC*

“Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.”.

- *Art. 267 del CC*

“El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.”.

- *Art. 271 del CC*

“El tutor necesita autorización judicial:

1. Para intentar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

aquellos actos relativos a derechos de personalidad u otros que el hijo o menor, de acuerdo con la leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; y, por otro lado, impone a los padres o tutores la obligación de obtener autorización judicial (con audiencia del Ministerio Fiscal⁷⁴¹) cuando pretendan renunciar a derechos de que los hijos o menores sean titulares o enajenar o gravar sus bienes inmuebles, objetos preciosos etc.⁷⁴².

En la actualidad, la doctrina mayoritaria defiende que el estatus del menor se caracteriza por el pleno reconocimiento de la titularidad de derechos y de una capacidad progresiva para ejercitarlos⁷⁴³, puesto que los menores de edad tienen la consideración de sujetos de derechos, sujetos activos y participativos, con capacidad progresiva para protagonizar su propia existencia, para decidir sobre sus necesidades.

Son muchos los autores⁷⁴⁴ que abogan a favor de permitir a todo individuo tomar sus propias decisiones en el ámbito de los derechos de la personalidad, siempre que tenga el suficiente discernimiento para comprender el acto que realiza. Según esta corriente doctrinal, para el eficaz ejercicio de los derechos de la personalidad, basta que el titular de los mismos tenga lo que se viene denominando capacidad natural, que puede ser

2. *Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. SE exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.*

3. *Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.*

4. *Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.*

5. *Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.*

6. *Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.*

7. *Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.*

8. *Para dar y tomar dinero a préstamo.*

9. *Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.”.*

⁷⁴¹ STS 816/1996, Sala de lo Civil, de 7 de octubre de 1996, nº rec. de casación: 2232/1993 (ECLI:ES:TS:1996:5357), Fundamento Jurídico 6º.

⁷⁴² VIDAL LÓPEZ, P., “Contratación de menores de edad para la para la práctica del fútbol profesional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 2013, pág. 9.

⁷⁴³ ALCÓN YUSTAS, M. F. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Los menores en el proceso judicial. La protección del menor frente al Derecho a un juicio justo*, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 62.

⁷⁴⁴ SANTOS MORÓN, M. J., “Menores y Derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), 2011, pág. 63 y ss.

definida como la capacidad de entendimiento y juicio necesarios para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable. Dicha capacidad es una cualidad del sujeto que debe ser valorada caso por caso. En relación a la decisión de que se trate, debe tenerse en cuenta que el grado de entendimiento necesario para el ejercicio de un derecho de la personalidad, solo puede determinarse en atención a la naturaleza y consecuencias del acto a que se refiera. Cuanto más graves sean las consecuencias que puedan resultar de un acto de ejercicio de derechos de la personalidad, mayor grado de discernimiento y madurez debe exigírsele para adoptar una decisión válida. Cuando el menor no tenga suficiente capacidad natural, deberán actuar en su lugar sus padres o tutores, limitándose esta actuación a cuando estrictamente sea imprescindible.

IV.4. REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2015, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REGUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES⁷⁴⁵: ESPECIAL REFERENCIA A LOS MENORES DE EDAD

El Estatuto de los Trabajadores supone la piedra angular de Derecho interno en lo que a relaciones laborales se refiere y cuya finalidad no es otra que la protección de los trabajadores asalariados. El objeto central regulado por esta norma es el trabajo provisto de determinadas características: voluntario (cauce de la voluntariedad es precisamente el contrato de trabajo, verdadero eje del derecho del trabajo); por cuenta ajena (esto es, prestado en utilidad patrimonial del empresario); dependiente (dentro del ámbito de organización y dirección del empresario); y, en cuanto dependiente y por cuenta ajena, retribuido⁷⁴⁶. La doctrina elaborada por el Tribunal Supremo⁷⁴⁷ es clara en torno a la delimitación del contrato laboral y manifiesta, por una parte, que la calificación de un contrato no depende de la denominación que le hayan otorgado las partes, y tampoco del tipo de actividad realizada, que en ciertos casos puede llevarse a cabo tanto en régimen laboral como de ejercicio libre de la profesión, sino de la verdadera naturaleza de las prestaciones que integran su contenido, de forma que las causas esenciales que dieron lugar a la aparición del Derecho de trabajo como regulador y protector de una especial

⁷⁴⁵ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pág. 100224 a 100308.

⁷⁴⁶ Art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 octubre de 2015, pág. 100224 a 100308.

⁷⁴⁷ STS, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2000, nº rec. de casación para la unificación de doctrina: 4121/1999 (ECLI:ES:TS:2000:5644), Fundamento Jurídico 2º.

relación de servicio, no queden burladas; y por otra, el abono de la retribución por medio de la emisión de facturas con IVA, y la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, no son más que elementos formales desprovistos de todo valor definitorio.

Como no podía ser de otra manera, el Estatuto no es ajeno a la particularidad de los jóvenes trabajadores y a su protección⁷⁴⁸. En primer lugar, y de manera general, se expresa fijando el límite mínimo para acceder al empleo en 16 años (coincidiendo con el fin de la escolaridad obligatoria); la doctrina más autorizada ha manifestado que el verdadero fundamento de esta prohibición no radica en una supuesta “incapacidad natural” o presunta “insuficiencia de juicio” de los afectados, sino más bien en un principio protector, relacionado con los años de escolaridad que se consideran convenientes o necesarios para los menores de 16 años. En segundo lugar, se establece que los trabajadores menores de 18 años no pueden realizar trabajos nocturnos ni otros que sean declarados insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana⁷⁴⁹. En tercer lugar, se prohíbe, además, que los menores de 18 años puedan realizar horas extraordinarias. Y ya en el cuarto, se contiene una excepción a la regla general de prohibición de admitir al trabajo a menores de 16 años, y es que la autoridad laboral en casos excepcionales puede autorizar el trabajo de menores de 16 años cuando desempeñen su labor en espectáculos públicos, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana⁷⁵⁰. Dicha autorización administrativa, que deberá ser solicitada por el representante legal de menor,

⁷⁴⁸ Art. 6 del Art. 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 octubre de 2015, pág. 100224 a 100308, dice lo siguiente:

- “1. Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.*
- 2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a los dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables.*
- 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.*
- 4. La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.”*

⁷⁴⁹ STS, Sala de lo Contencioso, de 3 de marzo de 1998, nº rec. de apelación: 8809/1992 (ECLI:ES:TS:1998:1422), Fundamento Jurídico 5º.

⁷⁵⁰ RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajo de los menores (art. 6)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 100-1, 2000, pág. 300.

acompañando el consentimiento de este (si tuviere juicio para ello), debe especificar la actuación o espectáculo para el que se concede e, incluso, las horas de trabajo a realizar, si se conocen; ahora bien, la simple ausencia de la autorización exigida, aunque puede acarrear para el empresario incumplidor alguna sanción de carácter administrativo o incluso penal, no supondrá la nulidad automática del contrato laboral suscrito entre el menor y la empresa⁷⁵¹.

En relación al trabajo nocturno, conviene tener en cuenta que la Directiva 94/33⁷⁵² admite que los Estados puedan, en determinados sectores o para cierto tipo de actividades, introducir excepciones a la prohibición de trabajo nocturno de los menores. Entre los supuestos están las actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. En el caso de España la doctrina mayoritaria aboga por mantener la prohibición con carácter absoluto, si bien es cierto que ciertos autores consideran que, respecto de los adolescentes (jóvenes entre 16-18 años) no incluidos en el régimen de autorización administrativa, podría plantearse la aplicación prevista en la Directiva⁷⁵³.

Por otra parte, el propio Estatuto⁷⁵⁴ puntualiza que los menores de 18 años pero mayores de 16 pueden contratar su trabajo, así como extinguirlo⁷⁵⁵, siempre que vivan de forma independiente o, en caso de no hacerlo, cuenten con consentimiento de sus padres o

⁷⁵¹ STSJ de Madrid 471/2002, Sala de lo Social, sección 4ª, de 13 de septiembre de 2002, nº rec. suplicación: 3267/2002 (ECLI:ES:TSJM:2002:11419), Fundamento Jurídico 1.5.

⁷⁵² Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. DOCE L-216, de 20 de agosto de 1994.

⁷⁵³ GARCÍA ROMERO, B., “La protección jurídico...”, *loc. cit.*, pág. 779-800.

⁷⁵⁴ Art. 7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 octubre de 2015, pág. 100224 a 100308, dice lo siguiente:

“Podrán contratar la prestación de su trabajo:

a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.”.

⁷⁵⁵ ATC 77/1997, Pleno, de 12 de marzo de 1997, nº de cuestión de inconstitucionalidad: 4167/1996 (ECLI:ES:TC:1997:77A), Fundamento Jurídico 3º.

tutores legales. La falta de dicho consentimiento puede suponer la nulidad del contrato laboral⁷⁵⁶.

Finalmente, el Estatuto impone que en el caso de los menores el descanso semanal sea de al menos dos días ininterrumpidos⁷⁵⁷.

Por todo lo anteriormente expuesto, la regulación aplicable a los menores, que pueden contratar su esfuerzo productivo, no llega a configurar una relación laboral especial en sentido estricto a tenor del Estatuto de los Trabajadores, pero evidentemente sí implica en su conjunto la presencia de singulares condiciones de trabajo capaces de diferenciar el régimen jurídico de este colectivo del común previsto para los adultos⁷⁵⁸. Estas diferencias no encierran discriminación alguna; antes al contrario, configuran un marco legal portador de superiores garantías en orden a la tutela y seguridad de sujetos necesitados de ella, coadyuvando al cumplimiento de fines esenciales del Estado Social de Derecho⁷⁵⁹.

En resumen, el sistema normativo actual garantiza un sistema protector de los jóvenes que reside en tres pilares claves: fijación de edades mínimas para trabajar, la prohibición de realizar determinados trabajos y la especial regulación de los tiempos de trabajo y descanso⁷⁶⁰.

Queda excluida de la legislación laboral el trabajo del menor realizado en el ámbito familiar. En este caso, el legislador laboral prefiere no interferir en la creencia de que el ejercicio de la patria potestad es el mejor instrumento de tutela de los intereses y la persona del menor, pues es de esperar que los padres o tutores nunca pongan en peligro

⁷⁵⁶ STSJ de Murcia 1038/2008, Sala de lo Social, de 1 de diciembre de 2008, nº rec. de suplicación: 938/2008 (ECLI:ES:TSJMU:2008:2726), Fundamento Jurídico 8º.

⁷⁵⁷ Art. 37.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 octubre de 2015, pág. 100224 a 100308, dice lo siguiente:

“Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.”

⁷⁵⁸ RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de ...”, *loc. cit.*, pág. 231 y ss.

⁷⁵⁹ GUTIERREZ CEDENA, J. y HERNANDO ESPADA, D., “Los jóvenes deportistas a la luz del derecho del trabajo: La protección del menor”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística ...*, *op. cit.*, pág. 122.

⁷⁶⁰ MELLA MÉNDEZ, L., “La protección de los menores en el derecho ...”, *loc. cit.*, pág. 67-89.

la salud y la integridad de los menores. La doctrina mayoritaria⁷⁶¹ entiende que es innegable que no se debe imposibilitar la prestación esporádica de ciertos servicios familiares en concepto de ayuda por menores que no tienen cumplidos dieciséis años, pero tampoco se debe permitir que estos presten servicios regularmente, sin proporcionarles las garantías propias de la legislación laboral.

IV.5. LEGISLACIÓN DEPORTIVA

- Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte⁷⁶²: no recoge precepto alguno referido a la protección de los jóvenes deportistas. En la fecha de publicación de esta Ley, anterior a la Directiva 94/33/CE del Consejo de Europa⁷⁶³, se esconde el motivo por el cual ninguna referencia es hecha a los menores deportistas.

- Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales⁷⁶⁴: es el encargado de regular relación laboral de los deportistas profesionales y no dispone ningún precepto que contenga disposiciones referidas a los menores de edad. Del mismo modo que en la Ley del Deporte, el motivo de la falta de referencia a los menores reside en el hecho de que el Real Decreto es anterior a la Directiva 94/33.

Al no hacerse referencia alguna, en el Real Decreto, a la edad en relación al contrato de trabajo de jugador profesional, todo lo relativo a la regulación prevista para los menores en el Estatuto de los Trabajadores será de aplicación de forma supletoria⁷⁶⁵.

- Convenios colectivos: entre otros, y por tratarse de las disciplinas deportivas más representativas del panorama español, cabe destacar los siguientes:

⁷⁶¹ MARTINEZ BARROSO, M. R., “El trabajo familiar del menor de edad”, *Revista de Información Laboral Legislación y convenios colectivos*, núm. 32, 2006, pág. 2-14.

⁷⁶² BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

⁷⁶³ DOCE L-216, de 20 de agosto de 1994.

⁷⁶⁴ BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

⁷⁶⁵ RODRIGUEZ TEN, J., “Una aproximación a la situación legal de los menores en el deporte”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. y ARANA GARCÍA, E. (coords.): *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Thomson Reuters- Civitas, Madrid, 2014, pág. 2140.

- Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional suscrito entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) y la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE)⁷⁶⁶.
- III Convenio colectivo de trabajo ACB-ABP para la actividad del baloncesto profesional ACB⁷⁶⁷.
- IV Convenio colectivo del balonmano profesional de fecha 8 de julio de 2016⁷⁶⁸.

En todas las disposiciones de estos contenidos no puede encontrarse ni un solo precepto que haga referencia a la relación laboral de los menores, por consiguiente, no crean ni amplían los derechos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores.

- Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol: este tampoco amplía ni crea nuevos derechos en relación a la protección de los menores. Únicamente su artículo 120.5 (que es una transposición literal del artículo 19 del Reglamento de sobre el Estatuto y Transferencia de jugadores de la FIFA) se limita la movilidad internacional de jugadores menores de edad. Siendo este precepto la piedra angular de la presente tesis, su análisis en profundidad se realizará en el Capítulo VII de la presente tesis.

V. NORMATIVA AUTONÓMICA

Como ya se ha avanzado anteriormente, la protección pública de los menores, en mayor o en menor medida, también ha recaído bajo la competencia de las Comunidades Autónomas. La normativa elaborada por las Comunidades Autónomas, en lo troncal, es bastante similar, si bien cada una de ellas ha aportado sus propias matizaciones⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo para la actividad del fútbol profesional. BOE nº 293, de 8 de diciembre de 2015, pág. 116101 a 116139.

⁷⁶⁷ Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio Colectivo de baloncesto profesional ACB. BOE nº 252, de 17 de octubre de 2014, pág. 84280 a 84304.

⁷⁶⁸ Resolución de 11 de enero de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Convenio Colectivo del balonmano profesional. BOE núm. 22, de 26 de enero de 2017, pág. 6408 a 6426.

⁷⁶⁹- Comunidad de Extremadura. Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a los menores (DOE núm. 134, de 24 de noviembre de 1994, BOE núm. 309, de 27 de diciembre de 1994, pág. 38791 a 38795).

- Comunidad de Asturias. Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (BOPA núm. 32, de 9 de febrero de 1995, BOE núm. 94, de 20 de abril de 1995, pág. 11610 a 11620).

Tomando como ejemplo, por razones obvias, la Comunidad Autónoma del País Vasco, la normativa autonómica en esta materia se sitúa en el marco de las competencias que el Estatuto de Autonomía del País Vasco reconoce como exclusivas, entre ellas, se destacan las siguientes: la competencia para la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores; la competencia para el ocio y esparcimiento o la competencia de política infantil, juvenil y de la tercera edad⁷⁷⁰.

- Comunidad de Murcia. Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia (BORM núm. 86, de 12 de abril de 1995, BOE núm. 131, de 2 de junio de 1995, pág. 16223 a 16232).

- Comunidad de Madrid. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 83, de 7 de abril de 1995, BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1995, pág. 23670 a 23688).

- Comunidad de las Islas Canarias. Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (BOC núm. 23, de 17 de febrero de 1997, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1997, pág. 8376 a 8397).

- Comunidad de Andalucía. Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (BOJA número 53, de 12 de mayo de 1998, BOE núm. 150, de 24 de junio de 1998, pág. 20689 a 20702).

- Comunidad de Aragón. Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón (BOA núm. 86, de 20 de julio de 2001, BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2001, pág. 29372 s 29394).

- Comunidad de Castilla León. Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León (BOCL núm. 145, de 29 de julio de 2002, BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2002, pág. 30657 a 30695).

- Comunidad Foral de Navarra. Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia (BON núm. 149 de 14 de diciembre de 2005, BOE núm. 1, de 2 de enero de 2006, pág. 4 a 29).

- Comunidad de La Rioja. Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja (BOR núm. 33, de 9 de marzo de 2006, BOE núm. 70, de 23 de marzo de 2006, pág. 11297 a 11319).

- Comunidad de Cataluña. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia (DOGC núm. 5641, de 2 de junio de 2010, BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010, pág. 56372 a 56433).

- Comunidad de Cantabria. Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia (BOC núm. 34, de 28 de diciembre de 2010, BOE núm. 19, de 22 de enero de 2011, pág. 6872 6930).

- Comunidad de Galicia. Ley 3/2011, de 30 de junio, de Apoyo a la Familia y a la Convivencia de Galicia (DOG núm. 134, de 13 de julio de 2011, BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011, pág. 86814 a 86856).

- Comunidad de Castilla la Mancha. Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla La Mancha (DOCM núm. 201, de 17 de octubre de 2014, BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2015, pág. 13217 a 13258).

- Comunidad de Valencia. Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derecho y garantías de la infancia y la adolescencia (DOGV núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018, BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019, pág. 13767 a 13863).

- Comunidad de las Islas Baleares. Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la Atención y los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de las Illes Balears (BOIB núm. 26, de 28 de febrero de 2019, BOE núm. 89, de 13 de abril de 2019, pág. 38835 a 38973).

⁷⁷⁰ Arts. 10.14, 10.36 y 10.39 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco. BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979, pág. 29357 a 29363, dicen lo siguiente:

V.1. LEY 3/2005, DE 18 DE FEBRERO, DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA⁷⁷¹

Hasta la aprobación de esta Ley, las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco habían limitado su actividad legislativa en el ámbito de la atención a los niños, niñas y adolescentes a la regulación de aspectos específicos en área de su competencia, como eran por ejemplo la educación o la salud.

La Ley de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia tiene un triple objeto⁷⁷²:

“a) Garantizar a los niños, niñas y adolescentes, residentes o se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco el ejercicio de los derechos que les reconocen la Constitución, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y el ordenamiento jurídico en su conjunto.

b) Establecer el marco de actuación en el que deben ejercerse las actividades de fomento de los derechos y del bienestar de la infancia y de la adolescencia, así como las intervenciones dirigidas a su atención y protección, en orden a garantizar su desarrollo en los ámbitos familiar y social.

c) Definir los principios de actuación y el marco competencial e institucional en el ámbito de la protección a niños, niñas y adolescentes su situación de riesgo o de desamparo, así como en el de la intervención con personas infractoras menores de edad.”.

- Art. 10.14 del Estatuto

“Organización, régimen y funcionamiento de las Instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria.”.

- Art. 10.36 del Estatuto

“Turismo y deporte. Ocio y esparcimiento.”.

- Art. 10.39 del Estatuto

“Desarrollo comunitario. Condición femenina. Política infantil, juvenil y de la tercera edad.”.

⁷⁷¹ BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005, pág. 4707 (publicado en Suplemento aparte) y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pág. 117217 a 117276.

⁷⁷² Artículo 1 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005, pág. 4707 (publicado en Suplemento aparte) y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pág. 117217 a 117276.

Asimismo, se establece como principio inspirador básico⁷⁷³, de conformidad con la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo; para la determinación de ese interés, se atenderá, en primer término, a las necesidades y derechos de la persona menor de edad, se tendrán en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente y se considerará su individualidad en el marco familiar y social.

Reconoce, como derechos básicos de los niños, niñas y adolescentes, entre otros, el derecho a la vida y la integridad física y psíquica, el derecho al libre pleno desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la identidad, así como los derechos a la información, a la libertad ideológica, a la participación, asociación y reunión, a la libertad de expresión, a ser oídos en cuantas decisiones les incumben y a defender sus derechos⁷⁷⁴. Además de los derechos básicos, la Ley también reconoce el derecho de todo niño, niña y adolescentes a practicar deportes y otras actividades físicas⁷⁷⁵.

Serán las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por su parte, las que deberán garantizar el respeto de los derechos individuales como los colectivos reconocidos por la Ley, así como el respeto al principio de igualdad, eliminando cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, edad, raza, sexo,

⁷⁷³ Artículo 4 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005, pág. 4707 (publicado en Suplemento aparte) y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pág. 117217 a 117276, dice lo siguiente:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo deber ser el principio inspirador de las decisiones y actuaciones que a su respecto adopten y apliquen los padres y madres, tutores o guardadores. También lo serán de todas las actuaciones públicas que guarden relación directa con ellos y, en particular, de todas las decisiones adoptadas por la autoridad judicial o administrativa o por las instituciones públicas o privadas responsables de su atención y protección.

Para la determinación de ese interés se atenderá en primer término a las necesidades y derechos de la persona menor de edad, se tendrá en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente y se considerará su individualidad en el marco familiar y social.”.

⁷⁷⁴ Artículo 9 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005, pág. 4707 (publicado en Suplemento aparte) y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pág. 117217 a 117276.

⁷⁷⁵ Artículo 34.3 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005, pág. 4707 (publicado en Suplemento aparte) y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pág. 117217 a 117276.

orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal, económica o social; para ello, las instituciones públicas deberán adoptar los medios que resulten necesarios para favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes⁷⁷⁶.

V.2. LEY 14/1998, DE 11 DE JUNIO, DEL DEPORTE DEL PAÍS VASCO⁷⁷⁷

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene, a tenor del artículo 10.36 del Estatuto de Autonomía, la competencia exclusiva en materia deportiva, extremo este que se ha desarrollado oportunamente en el Capítulo II del presente trabajo.

Esta Ley se adentra en numerosas cuestiones problemáticas y diseña un marco normativo para las distintas realidades que se cobijan dentro del deporte vasco.

Es el Título V el que se ocupa de una de piedras angulares de todo sistema deportivo: el deportivo escolar y, por tanto, deporte practicado por menores de edad. La regulación entiende que el deporte está llamado a desempeñar una función transcendental en la educación integral de los escolares, ya que, gracias al deporte, se logra el desarrollo armónico de su personalidad, la consecución de unas condiciones físicas y una formación que posibilita la práctica continuada del deporte en edades posteriores⁷⁷⁸ y es por ello que, entre otras, es competencia de la Comunidad Autónoma, la regulación de las bases y principios generales del deporte escolar.

VI. JURISPRUDENCIA

Teniendo en cuenta que el objeto del presente trabajo, entre otros, es el tratamiento jurídico de los futbolistas menores de edad y, después del estudio jurídico global realizado en el presente capítulo, se estima necesario el analizar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de Febrero de 2013⁷⁷⁹, conocida como la Sentencia del caso Baena, en la que el Tribunal realiza un estudio exhaustivo y profundo del régimen legal aplicable a los futbolistas menores de edad, que es uno de los principales debates que se están

⁷⁷⁶ Artículo 5 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. BOPV núm. 59, de 30 de marzo de 2005, pág. 4707 (publicado en Suplemento aparte) y BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2011, pág. 117217 a 117276.

⁷⁷⁷ BOPV núm. 118 de 25 de junio de 1998, pág. 11696 a 11754, BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011, pág. 147138 a 147182.

⁷⁷⁸ Exposición de motivos de la Ley 14/1998, de 11 de junio, del deporte del País Vasco. BOPV núm. 118 de 25 de junio de 1998, pág. 11696 a 11754, BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011, pág. 147138 a 147182.

⁷⁷⁹ STS 26/2013, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, nº de rec. de casación: 1440/2010 (ECLI:ES:TS:2013:229).

desarrollando en la actualidad, tanto en el ámbito jurídico deportivo, en general, como en el ámbito del fútbol, en particular.

Este caso ha puesto de manifiesto la especial complejidad de compatibilizar dos intereses que no siempre deben ser contrapuestos. Por un lado, la protección del interés del menor que desarrolla su actividad futbolística en determinadas entidades deportivas y, por otra, la consiguiente inversión económica de dichas entidades en los mencionados menores para que practiquen el fútbol organizado⁷⁸⁰.

En este caso se plantea la nulidad del precontrato de trabajo de un deportista menor de edad, don José Raúl Baena Urdiales. El Fútbol Club Barcelona y los padres de Baena, en representación de su hijo de 13 años de edad, suscribieron el 22 de abril de 2002 un contrato de jugador no profesional (de carácter aficionado) por un periodo de 8 años, concretamente hasta el 30 de junio de 2010, y un precontrato de trabajo con vistas a formalizar un contrato laboral como deportista profesional. En la temporada 2006/2007, el jugador cumplió la mayoría de edad y al no alcanzar un acuerdo con el Club, decidió extinguir de manera anticipada su contrato como jugador aficionado, consignando ante Notario, a favor del club, la cantidad de 30.000€ en concepto de indemnización por la rescisión anticipada de dicho contrato (cláusula que ya estaba fijada en el contrato de aficionado suscrito del 22 de abril de 2002). Entendiendo que quedaba extinguido el vínculo contractual con el Fútbol Club Barcelona, Baena firmó un contrato como jugador profesional con el Real Club Deportivo Espanyol, S.A.D.

En este contexto, el Fútbol Club Barcelona interpuso una demanda contra el Sr. Baena en reclamación de la suma de los citados 30.000€ más 3.489.000 € en concepto de cláusula penal pactada en el precontrato de trabajo, de fecha 22 de abril de 2002; según el Fútbol Club Barcelona, don José Raúl Baena había incumplido los compromisos pactados en los referidos contratos.

El Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 29 de Barcelona dictó, con fecha 12 de enero de 2009, sentencia en la cual estimó parcialmente la demanda interpuesta por el Fútbol Club Barcelona y condenó al Sr. Baena a abonar al club catalán la suma de 30.000€, en concepto de pago de la indemnización por extinción anticipada del contrato prevista en el contrato de jugador no profesional suscrito por las partes en

⁷⁸⁰ GARCIA CABA, M. M^a., “Algunas propuestas de perfeccionamiento de los derechos de formación y compensación de los futbolistas menores de edad”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 41, 2013, pág. 365-402.

fecha 22 de abril de 2002 (cantidad ya consignada) y la cantidad de 500.000€ en concepto de indemnización, por aplicación de cláusula penal contenida en el precontrato de trabajo suscrito por las partes en la misma fecha.

Interpuesto recurso de apelación, la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 6 de abril de 2010, en la cual desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Baena y estimó el interpuesto por el Fútbol Club Barcelona, esto es, se revocó parcialmente la sentencia de 12 de enero de 2009 (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona), acordando la condena del Sr. Baena a pagar al club catalán la cantidad de 3.489.000€, en concepto de indemnización, por aplicación de la cláusula penal contenida en el precontrato de 22 de abril de 2002, más los intereses legales y manteniendo los demás pronunciamientos.

Contra la expresada sentencia el jugador interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando los siguientes motivos:

1.- Infracción de los artículos 1255 y 162.3 del CC en relación con los artículos 6.1 y 7b) del Estatuto de los Trabajadores. El jugador argumentó que el precontrato de trabajo suscrito constituía un bien excluido de la administración de los padres al tratarse de un contrato de trabajo de un menor de 16 años, expresamente prohibido por el Estatuto de los Trabajadores, ya que el demandado al momento de la firma del citado contrato contaba con tan solo 13 años y vivía en el domicilio paterno, lo que determinaba la nulidad del precontrato firmado en su día con el Fútbol Club Barcelona.

2.- Infracción de los artículos 166 y 1259 del CC. El jugador argumentó que sus padres, al suscribir un precontrato con una cláusula penal indemnizatoria tan desmesurada, habían gravado sus bienes (los del menor) de por vida, lo que, en todo caso, se realizó sin previa autorización del Juez y sin audiencia del Ministerio Fiscal, lo que determinaba la nulidad del precontrato de trabajo.

3.- Subsidiariamente, infracción del artículo 1154 del CC, para el caso de que se considerara válida la suscripción del precontrato y su cláusula penal, el jugador solicitó que se moderara la última en términos razonables, entendiendo como tales los 30.000€ que el jugador ya había consignado a favor del club.

La Sala estimó los motivos primero y segundo de conformidad a los siguientes razonamientos:

La formalización de semejante estructura contractual compleja, por parte del Fútbol Club Barcelona, respondía a la finalidad de asegurar, en exclusiva, los servicios del menor como jugador profesional de fútbol. De esta manera, el citado precontrato dotaba de unidad jurídica al entramado contractual realizado, garantizando la finalidad del mismo mediante el juego de estipulaciones orientadas a este objetivo, esto es, la vinculación de una contratación laboral de una duración que sobrepasaba, con creces, el derecho de decidir del menor por él mismo y la supeditación, en caso de incumplimiento del precontrato, a una cláusula penal de tres millones de euros.

El Tribunal afirmó que no podía desconocerse la peculiaridad que encerraba el objeto de esta práctica de contratación dirigida a los menores de edad que comportaba, sin ningún género de dudas, una especial protección y garantía de sus derechos por el ordenamiento jurídico.

El interés superior del menor, no solo se erigía como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. La presencia de dicho interés condujo, necesariamente, a que la posible validez de la relación contractual se contrastara tanto con los límites que presentaba la autonomía privada y la libertad contractual (1255CC), como con los que se derivaban de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nacía de la ley, en interés del menor, y debía ser la ley quien determinara su ámbito y extensión.

La tutela del interés superior del menor se ligaba al libre desarrollo de su personalidad⁷⁸¹ (art. 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituía una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no podía verse impedida o menoscabada. En este ámbito no cabía la representación, del mismo modo que tampoco podían ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros. Esta proyección de su incidencia en el núcleo de los derechos fundamentales encontró, a su vez, un progresivo desarrollo complementario en torno a otros específicos derechos fundamentales contemplados por la Constitución Española, en este caso, en el artículo 35 CE⁷⁸² sobre la libre elección de profesión y oficio.

⁷⁸¹ GARCÍA DE PABLOS, J. F., “La validez de los precontratos deportivos”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 40, 2013, pág. 119-135.

⁷⁸² Artículo 35 de la Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

La Sala encontró el fundamento de su razonamiento en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establecía la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, así como en la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y en la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992.

El poder de representación que ostentaban los padres, que nacía de la ley y que servía al interés superior del menor, no podía extenderse a aquellos ámbitos que supusieran una manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad del menor y que pudieran realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente podía materializarse a los 16 años (art. 162.1 CC).

Tampoco resultaba descartable en esos casos, según el criterio del Tribunal, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el artículo 166 del CC y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de la validez de dichos contratos. Resultaba congruente con la finalidad perseguida el requerir la autorización judicial para aquellos actos que, realizados bajo la representación de los padres, vincularan obligatoriamente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, en este caso, tres millones de euros.

Finalmente, el Tribunal señaló que, en parecidos términos, debía pronunciarse si se recurriera al concepto de orden público en materia laboral. El presente caso atentaría contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor, ya que el juego de las estipulaciones predispuestas en el contrato de trabajo, 10 años de contrato laboral y una cláusula penal por incumplimiento de tres millones de euros, era determinante, “*de iure y de facto*”, para que el menor no pudiera decidir por él mismo acerca de su relación laboral en el momento de cumplir la mayoría de edad, o bien a los 16 años con vida independiente de sus progenitores⁷⁸³.

Así, de conformidad a los razonamientos expuestos, la Sala declaró la nulidad del precontrato de trabajo suscrito de 22 de abril de 2002 y se condenó al Sr. Baena al pago

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”.

⁷⁸³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., “Precontrato de deportistas menores de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013, pág. 67-74.

de 30.000 euros al Fútbol Club Barcelona en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional, cantidad que ya había sido consignada ante Notario.

Esta sentencia constituyó una ruptura con los pronunciamientos que se habían dado en supuestos similares, como fue el caso de don Francisco Mérida Pérez, donde ante una situación idéntica y con el mismo club de fútbol, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Vilanova i la Geltrú, con fecha 27 de septiembre de 2007, dictó sentencia (que devino firme) en la que consideró válido el precontrato de trabajo suscrito entre el jugador (representado por sus padres) y el Fútbol Club Barcelona, condenando al jugador a indemnizar al club con la cantidad de 3.201.000€⁷⁸⁴.

⁷⁸⁴ GUTIERREZ CEDENA, J. y HERNANDO ESPADA, D., “Los jóvenes deportistas a la luz del derecho del trabajo: La protección del menor”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística ...*, *op. cit.*, pág. 134 y ss.

CAPÍTULO V

EXTRANJERÍA

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos fundamentales del objeto de la tesis se basa en las migraciones que los futbolistas menores de edad realizan de un país a otro, lo que se denomina, según los reglamentos en materia deportiva, como transferencias internacionales. Es por ello que en multitud de ocasiones el Derecho que regula la extranjería será uno de los condicionantes fundamentales que se deberá tomar en cuenta, ya que, en casi todos los casos, los jugadores menores de edad que se trasladan de un país a otro, serán extranjeros en el país receptor.

La Ley de extranjería es una ley cuya aprobación es competencia de cada Estado, si bien en el caso de España, al ser parte integrante de la Unión Europea, habrá regulación común para todo el espacio comunitario.

El capítulo comienza con el análisis de la regulación relativa a la condición de ser de nacionalidad española, ya que en España será extranjero todo aquel que no sea español; después el estudio se centra en el estatuto jurídico del extranjero, en el que se planteará, en primer lugar, la ciudadanía europea, para distinguirlo de régimen del extranjero, que se estudiará con detenimiento con posterioridad.

Se reserva un espacio especial para analizar dos figuras jurídicas imprescindibles en el estudio del régimen de extranjería, como son, por una parte, los refugiados y, por otra, los menores de edad no acompañados, más conocidos como MENAS.

El capítulo finaliza con el análisis de la regulación específica relativa a los deportistas extranjeros, siempre estableciendo la oportuna distinción con los reconocidos como comunitarios y/o asimilados.

II. NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Según el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁷⁸⁵, considera extranjeros aquellos que carezcan de la nacionalidad española; es por ello que, para analizar el régimen jurídico del extranjero, será necesario previamente realizar un estudio profundo de la nacionalidad española.

La nacionalidad, desde el punto de vista jurídico, es concebida como pertenencia jurídica de una persona a un Estado, fruto de lo cual adquiere la condición de miembro de dicha comunidad⁷⁸⁶. La pertenencia a un Estado conlleva la concesión de un estatuto en sentido positivo. La nacionalidad es una cualidad jurídica de la persona que se traduce en un conjunto de derechos y deberes con relación al Estado con el que esta se encuentre vinculada⁷⁸⁷.

Respecto a la nacionalidad española, por una parte, la Constitución Española, en su artículo 149.1.2, establece que es competencia exclusiva del Estado la regulación de la nacionalidad, la inmigración, la emigración, la extranjería y el derecho de asilo, y establece que la nacionalidad se adquirirá, se conservará y se perderá de acuerdo con lo establecido por la ley, que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad y que el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido una vinculación con España⁷⁸⁸. Por otra, el Código Civil dedica para regular la nacionalidad los artículos 17 a 28, que integran el Título I del Libro primero del citado cuerpo legal.

Acerca del ámbito jurisdiccional de las cuestiones relativas a la nacionalidad, como regla general, la jurisprudencia⁷⁸⁹ ha destacado su naturaleza civil, tanto por tradición como por ubicación de las normas reguladoras (Código Civil); pero ha reconocido, a su vez, que en

⁷⁸⁵ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁷⁸⁶ DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 597.

⁷⁸⁷ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La nacionalidad y su pérdida: los ordenamientos jurídicos español y portugués”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, 2016, pág. 67-70.

⁷⁸⁸ Artículo 11 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de noviembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

⁷⁸⁹ STS 1026/1998, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 1998, nº rec. de casación: 617/1996 (ECLI:ES:TS:1998:6268), Fundamento de Derecho 1º.

los casos de adquisición derivativa de la nacionalidad la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa⁷⁹⁰.

La nacionalidad española puede ser originaria o derivativa. Es originaria la nacionalidad que se adquiere por filiación o por nacimiento en territorio español en las condiciones exigidas por la ley. Excepcionalmente, se considera nacional español de origen también al extranjero menor de edad adoptado por un español (si bien solo se considera que ha tenido esa nacionalidad española de origen a partir de la adopción) y también aquel que con posterioridad a su mayoría de edad se haya determinado su filiación (respecto de un español) o nacimiento en España y en el plazo de dos años haya optado por ella. Es derivativa la nacionalidad que se adquiere con posterioridad al nacimiento y puede ganarse por carta de naturaleza, por residencia en España, mediante el ejercicio de la opción para su adquisición (solo reconocida a determinadas personas) o por consolidación de la nacionalidad española por constante posesión de estado⁷⁹¹.

II.1. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE ORIGEN

II.1.A. Adquisición por filiación

Son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles⁷⁹² (debe considerarse como padre o madre español no solo el que tiene la nacionalidad española de origen sino también derivativa). Se consagra de esta forma la adquisición de la nacionalidad española de origen *ius sanguinis*.

II.1.B. Adquisición por nacimiento en territorio español

España no sigue un criterio de atribución de la nacionalidad española *ius soli*. Por el mero hecho del nacimiento en territorio español no se adquiere la nacionalidad española, de modo que solo serán españoles aquellos nacidos en territorio español, cuando, siendo sus padres extranjeros alguno de ellos hubiera nacido también en España (exceptuándose los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España), cuando siendo sus

⁷⁹⁰ Art. 22.5 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁷⁹¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “El extranjero desde la perspectiva del derecho privado”, en PALOMAR OMEGA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 201-258.

⁷⁹² Art. 17.1. a) del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

padres extranjeros carecieran de nacionalidad, si la legislación de ninguno de ellos atribuyera al hijo una nacionalidad o cuando su filiación no resulte determinada⁷⁹³.

II.1.C. Adquisición por adopción del extranjero menor de edad

El extranjero menor de edad adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen⁷⁹⁴.

II.1.D. Adquisición por opción

Aquella persona cuya filiación (respecto a un español) o nacimiento en España se determine una vez alcanzada la mayoría de edad, este dispondrá de dos años para optar por la nacionalidad española de origen, a contar desde la determinación⁷⁹⁵.

Así mismo, el extranjero mayor de edad adoptado por un español podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción⁷⁹⁶.

II.2. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR TÍTULO DERIVATIVO

Requiere prestar juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, renunciar a su anterior nacionalidad (salvo que se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal) e inscribirse en el Registro Civil.

II.2.A. Adquisición por opción⁷⁹⁷

Tienen derecho a optar por la nacionalidad española, por título derivativo, las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria protestad de un español y aquellas cuyo padre o madre hubieran sido originariamente españoles y nacidos en España.

⁷⁹³ Art. 17.1 b), c) y d) del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁷⁹⁴ Art. 19.1 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁷⁹⁵ Art. 17.2 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁷⁹⁶ Art. 19.2 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁷⁹⁷ Art. 20, art. 17.2 y 19.2 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

La adquisición de la nacionalidad por opción exige una declaración de voluntad expresa que estará sometida a caducidad; la opción caducará a los veinte años de edad, salvo que esté incapacitado en cuyo caso caduca a los dos años de recuperar la plena capacidad; excepcionalmente no está sometida a caducidad la opción por la nacionalidad española de los hijos de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles y nacidos en España, por entender que esta situación es consecuencia del exilio por la Guerra Civil o aquellos que tuvieron que renunciar a su nacionalidad por razones de trabajo y merecen un especial tratamiento⁷⁹⁸.

La Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (más conocida como “Ley de Memoria Histórica”)⁷⁹⁹, estableció la posibilidad, limitada temporalmente, de que optaran por la nacionalidad española los descendientes de español o española de origen, con independencia del lugar y de la fecha de nacimiento de cualquiera de ellos, así como los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio; esta posibilidad finalizó el 27 de diciembre de 2011, por lo que, pasada esa fecha, aquel que no lo hubiera ejercitado perdió dicha facultad.

II.2.B. Adquisición por residencia en España⁸⁰⁰

El procedimiento lo regula el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia⁸⁰¹ y la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia⁸⁰², cuyo objeto es desarrollar los preceptos del anteriormente mencionado Real Decreto.

El otorgamiento de esta en modo alguno puede ser considerado como un derecho particular o subjetivo, se trata de un otorgamiento de una condición, la de nacional (que

⁷⁹⁸ PEÑASCO VELASCO, R., “La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre (RCL 2002, 2346), de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 581, Cizur Menor, 2003, BIB 2003/773.

⁷⁹⁹ BOE núm. 310 de 27 de diciembre de 2007, pág. 53410 a 53416.

⁸⁰⁰ Art. 22 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁸⁰¹ BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2015, pág. 105523 a 105535.

⁸⁰² BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2016, pág. 72058 a 72071.

lleva implícita un conjunto de derechos y obligaciones), que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado⁸⁰³ y es por ello que puede ser denegado por razones de orden público o interés nacional⁸⁰⁴.

La residencia debe ser legal, continuada, inmediatamente anterior a la petición, de duración determinada y debe poderse acreditar⁸⁰⁵. En principio, se requiere que la residencia haya durado 10 años, pero este periodo puede reducirse a 5 años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y a 2 años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o Sefardíes. Excepcionalmente bastará el tiempo de residencia de 1 año para las siguientes personas: el que haya nacido en territorio español; el que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar; el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución española durante dos años consecutivos; el que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con española o español y no estuviere separado legalmente o de hecho; el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho; y, finalmente, el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles⁸⁰⁶.

El interesado, además de los requisitos anteriormente referidos, deberá justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española y podrá ser denegada por motivos razonados de orden público o interés nacional⁸⁰⁷.

Respecto al requisito de que el solicitante acredite positivamente la observancia de buena conducta cívica, existe doctrina jurisprudencial consolidada⁸⁰⁸ que afirma que no es

⁸⁰³ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 16 de marzo de 1999, nº rec. de casación: 8456/1994 (ECLI:ES:TS:1999:1819), Fundamento de Derecho 2º.

⁸⁰⁴ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 25 de septiembre de 2009, nº rec. de casación: 4789/2005 (ECLI:ES:TS:2009:5890), Fundamento de Derecho 4º.

⁸⁰⁵ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de mayo de 2001, nº rec. de casación: 170/1997 (ECLI:ES:TS:2001:4291), Fundamento de Derecho 2º.

⁸⁰⁶ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., “La nueva regulación del procedimiento para adquirir la nacionalidad española por residencia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, Cizur Menor, 2016, pág. 173-204.

⁸⁰⁷ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. D., “La jurisprudencia relativa a la adquisición de nacionalidad española por residencia”, *Revista Aranzadi de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 39, Cizur Menor, 2015, BIB 2015/2475.

⁸⁰⁸ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 8 de noviembre de 2004, nº rec. de casación: 242/2001 (ECLI:ES:TS:2004:7180), Fundamento de Derecho 2º.

suficiente con que no haya constancia, en los registros públicos, de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras penales o administrativas que *per se* impliquen mala conducta, sino que el solicitante debe justificar positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes, ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no solo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica.

En relación al requisito de la suficiente integración del solicitante en la sociedad española⁸⁰⁹, la jurisprudencia ha definido dicho requisito como aquel que se deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales españoles, que en gran parte tiene su reflejo constitucional, en el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como en el arraigo y estructura familiar⁸¹⁰. En la actualidad, se les somete a un examen de conocimientos constitucionales y sociales que lo elabora y tramita el Instituto Cervantes, al margen de que también deban someterse a un examen de conocimientos lingüísticos aquellas personas que no hablen español.

La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia, que se resuelve mediante resolución administrativa después del correspondiente procedimiento administrativo, está sometida a control judicial a través de la vía contencioso-administrativa, lo que supone una excepción dentro de la competencia de los juzgados ordinarios de la jurisdicción civil en orden al conocimiento de los temas relacionados con la nacionalidad como estado civil que es⁸¹¹.

II.2.C. Adquisición por Carta de Naturaleza

La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias

⁸⁰⁹ GIMÉNEZ BACHMANN, M., “La problemática en la concesión de la nacionalidad española por opción”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, Cizur Menor, 2015, pág. 229-240.

⁸¹⁰ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 11 de diciembre de 2013, nº rec. casación: 2226/2011 (ECLI:ES:TS:2013:5967), Fundamento Jurídico 3º.

⁸¹¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “El extranjero desde la perspectiva del derecho privado”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería ...*, *op. cit.*, págs. 201-258.

excepcionales⁸¹². Es un acto unilateral, soberano y discrecional del Gobierno. El interesado no precisa tener vínculo alguno de sangre con españoles ni con el territorio español, tampoco requiere residir o haber residido en España. La concesión la resolverá el Consejo de Ministros a través de un Real Decreto que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y el interesado tendrá 180 días para comparecer ante el funcionario competente para cumplir con los requisitos referidos anteriormente, como son el prestar juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes, el renunciar a su anterior nacionalidad, en su caso, e inscribirse en el Registro Civil; de no cumplir con los requisitos en tiempo y forma, dicha concesión caducará.

La ausencia de parámetros y criterios específicos a la hora de valorar las “circunstancias excepcionales” ha dado lugar a diversas interpretaciones. A juicio de algunos, debe dársele a la expresión un sentido finalista, como consideración a los servicios que el propio solicitante ha prestado. Por otro lado, hay quien concibe la institución no solo relacionada con la prestación de servicios relevantes al Estado, sino también con la producción de situaciones de desamparo que tan solo pueden ser remediadas mediante esta medida de gracia. Esta indefinición y discrecionalidad son lo que ha motivado la crítica de no pocos autores quienes han solicitado su derogación⁸¹³.

Son muchos los deportistas profesionales que se han acogido a esta institución, entre ellos, el jugador de fútbol profesional Don *Anssumane Fati*, a quien en el Consejo de Ministros, del 20 de septiembre de 2019, se le ha concedido la nacionalidad española por carta naturaleza argumentando textualmente lo siguiente⁸¹⁴:

“En el caso de Anssumane Fati (más conocido como Ansu Fati), nació en Guinea Bissau en octubre de 2002, aunque desde 2009 reside con su familia en España y ha completado sus estudios y su formación deportiva en nuestro país. Fati es un futbolista de gran potencial que pertenece actualmente al FC Barcelona, donde

⁸¹² Art. 21.1 del Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁸¹³ HUALDE MANSO, T., “Concesión de nacionalidad por carta de naturaleza. Una institución y una práctica discutibles”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, vol. 1, núm.9, Cizur Menor, 2012, págs. 31-43, VENTURA VENTURA, J. M., “Comentario al art. 21 del Código Civil”, en CAÑIZARES LASO, A. y DE PABLO CONTRERAS, P. (coords.): *Código Civil Comentado. Volumen I*, Editorial Civitas, Madrid, 2016, pág. 222-229 y MERCADER UGUINA, J. R., “Extranjería, deporte y trabajo”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de Extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 1351-1381.

⁸¹⁴ <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2019/refc20190920.aspx#NACIONALIDAD>

está contratado de acuerdo a la legislación FIFA contemplada para los menores de edad. A sus 16 años, se ha convertido en el segundo futbolista más joven en debutar en primera división.

La concesión de la nacionalidad española a Ansu Fati le permitirá formar parte de la selección nacional y participar en el próximo Campeonato del Mundo de Brasil Sub-17, que dará comienzo el día 26 de octubre. La solicitud ha sido presentada por la Real Federación Española de Fútbol y apoyada por el Consejo Superior de Deportes (CSD).”.

Esta concesión se ha formalizado vía Real Decreto, concretamente, el R.D. 547/2019, de 20 de septiembre, por el que se le concede la nacionalidad española por carta de naturaleza a don *Anssumane Fati*⁸¹⁵.

II.2.D. Consolidación de la nacionalidad por posesión de estado

La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante 10 años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de la consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó⁸¹⁶. A pesar de que el requisito de la inscripción en el Registro Civil ha sido utilizado, más concretamente la falta de esta, en multitud de ocasiones para denegar la consolidación de la nacionalidad española, el Tribunal Supremo⁸¹⁷ ha admitido este supuesto pese a no existir título inscrito. Concretamente lo hizo en el procedimiento interpuesto por una persona nacida en 1950

⁸¹⁵ BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2019, sec. III, pág. 104785. Cuyo texto es el siguiente:

“A Propuesta de la Ministra de Justicia en atención a las circunstancias excepcionales que concurren en don Anssumane Fati, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 20 de septiembre de 2019,

Vengo en conceder la nacionalidad española por carta de naturaleza a don Anssumane Fati, con vecindad civil de Derecho Común.

Esta concesión producirá efectos con los requisitos, las condiciones y los plazos previstos en el Código Civil.

Dado en Madrid, el 20 de septiembre de 2019.

FELIPE R.

La Ministra de Justicia

DOLORES DELGADO GARCÍA”.

⁸¹⁶ Art. 18 de Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

⁸¹⁷ STS 1026/1998, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 1998, nº rec. casación: 617/1996, (ECLI:ES:TS:1998:6268), Fundamentos de Derechos 9º y 10º.

en El Aaiun (Sahara)⁸¹⁸ cuando solicitaba que se declarara su nacionalidad española de origen y se le permitiera, en consecuencia, el pleno disfrute de su derecho. La sentencia reconoció que, para demostrar la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española, debían tenerse en cuenta como medios de prueba aquellos signos de la posesión de estado que acreditaran indirectamente los datos de hecho que constaban en documentos administrativos propios de los españoles u otros que, también, de manera indiciaria, corroboraran aquella utilización continuada de la nacionalidad española; la sentencia admitió que se debía dar la consolidación, a pesar de no existir título inscrito, cuando concurrieran *nomen, tractatus* y fama.

III. VECINDAD CIVIL

La vecindad civil es considerada una categoría jurídica que se asigna a las personas que poseen la nacionalidad española⁸¹⁹. Viene regulada en los artículos 14 y 15 del Código Civil. El primero regula los casos de adquisición, pérdida y recuperación de la vecindad civil por los españoles y el segundo la adquisición de la vecindad civil por los extranjeros que adquieran nacionalidad española.

En el caso de los españoles⁸²⁰, los nacidos o adoptados tendrán la vecindad civil de sus progenitores, siempre que estos lo tengan. En caso de que fuera distinta, la del progenitor que cuya filiación hubiera sido determinada primero y, en su defecto, la del lugar del nacimiento; asimismo, con carácter general, la vecindad civil se adquirirá por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste (Registro Civil) ser esa su voluntad y por residencia continuada de diez años cuando no exista declaración en contrario⁸²¹.

En el caso de los extranjeros que adquieren o recuperan la nacionalidad española, la determinación de la vecindad civil viene regulada en el artículo 15 del Código Civil y distingue entre aquellos que adquieren la nacionalidad, aquellos que lo hacen a través de

⁸¹⁸ En 1950 el Sahara era todavía colonia española, de hecho, la doctrina y la reiterada voluntad legislativa equiparaba aquel territorio con una provincia española.

⁸¹⁹ PARRA RODRÍGUEZ, C., “Concepto de nacionalidad. Vecindad civil. Ciudadanía europea”, en PARRA RODRÍGUEZ, C. y GÍMENEZ BACHMANN, M. (dirs.): *Nacionalidad y extranjería*, Huygens, Barcelona, 2016, pág. 25 y ss.

⁸²⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 14 del Código Civil”, *Grandes Tratados, Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009, BIB 2009/5275.

⁸²¹ Art. 14 de Código Civil. 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, pág. 249 a 259.

la carta de naturaleza y aquellos que la recuperen; los últimos ostentarán la vecindad civil que tuvieran al tiempo de la pérdida de la nacionalidad; aquellos extranjeros que adquieran la nacionalidad española por carta de naturaleza tendrán la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine y, finalmente, en el caso del resto, la norma les confiere la posibilidad de optar (al inscribir en el Registro Civil) la adquisición de la nacionalidad entre la correspondiente al lugar de residencia, la del lugar del nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o la de su cónyuge. La generosidad de las opciones prevista en el precepto ha sido objeto de crítica por la doctrina, más aún cuando se compara con el sistema que se prevé para los españoles en el artículo 14 del Código Civil⁸²².

La vecindad civil determina el ámbito de aplicación de los distintos derechos civiles españoles y es un criterio identificador de la ley aplicable. Huelga decir que en España el estatuto personal de los españoles no es uniforme como consecuencia de esa diversidad de derechos civiles (sistema plurilegislativo que se basa sobre demarcaciones territoriales) coexistentes en España⁸²³. Si bien es cierto que entre las competencias exclusivas del Estado se encuentra la materia relativa a la legislación civil, se reconoce a las Comunidades Autónomas en las que existan derechos civiles, forales o especiales propios, la capacidad de conservarlos, modificarlos y/o desarrollarlos⁸²⁴. La coexistencia de distintos ordenamientos jurídicos ha dado lugar a multitud de conflictos de leyes que se han solucionado aplicando la normativa en función de la vecindad civil (art. 16.1.1 CC)⁸²⁵.

No obstante, la proliferación normativa que han llevado a cabo las Comunidades Autónomas españolas ha dado lugar a que en ocasiones se sobrepasen sus propias competencias en detrimento de la del Estado, como ocurrió en el caso que dio origen al

⁸²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2011, pág. 151.

⁸²³ SILLERO CROVETTO, B., “La vecindad civil como criterio de vinculación en un estado plurilegislativo: nuevos retos ante el avance de las competencias del legislador de la UE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7, Cizur Menor, 2015, pág. 29-68 y DE LA IGLESIA PRADOS, E., “La incidencia de la vecindad civil en la determinación del régimen económico matrimonial”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, Cizur Menor, 2008, pág. 277-288.

⁸²⁴ Art. 149.1.8 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1979, pág. 29313 a 29424.

⁸²⁵ GALICIA AIZPURUA, G. H., “Artículo 14”, en BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil, Tomo I Arts.1-151*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 366-375 y MORALEJO INBERNÓN, N. I., “Comentario al art. 16 del CC”, *Grandes Tratados, Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009, BIB 2009/1705.

recurso de inconstitucional ante el Tribunal Constitucional⁸²⁶ promovido por el Gobierno contra el artículo 2 y 52 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre; concretamente el artículo 2 decía originalmente lo siguiente:

“Las normas del Derecho Civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar la vecindad civil.”

La norma sustituía, como criterio determinante para la aplicación del Derecho común o del foral, la vecindad civil por la residencia administrativa⁸²⁷. Según el Tribunal Constitucional, la normativa referida otorgaba a la “residencia” un valor presuntivo de la vecindad civil, vulnerando la competencia exclusiva del Estado pues esa materia corresponde al legislador estatal y a ese efecto ha establecido un régimen legal específico para su adquisición y pérdida (art. 14 y 15 del CC), esto es, el Tribunal reconoció que, a través de ese artículo, el Gobierno Balear estaba regulando una materia por entero ajena a sus competencias autonómicas. Como consecuencia, se declaró la inconstitucional del precepto y actualmente el artículo 2 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares reza de la manera siguiente:

“Las normas del Derecho Civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas.

La vecindad y conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general.”

⁸²⁶ STC 156/1993, Pleno, de 6 de mayo de 1993, nº rec. de inconstitucionalidad: 2401/90 (ECLI:ES:TC:1993:156), Fundamento Jurídico 3º.

⁸²⁷ Recordar que la Resolución de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2015, págs. 25378 a 25416), únicamente exige para la obtención de la residencia o vecindad administrativa el empadronamiento en cualquier municipio español. Para la inscripción en el padrón será suficiente la presentación de documento nacional de identidad, y en el caso del extranjero, en ningún caso se le exigirá la acreditación de la residencia legal, será suficiente la presentación de su pasaporte.

IV. ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO

Según la legislación española, se considera extranjeros los que carezcan de la nacionalidad española⁸²⁸. A partir del del Tratado de la Unión Europea⁸²⁹, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 (que entró en vigor en España el 1 de noviembre de 1993), se debe hacer una diferenciación entre aquellos extranjeros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, de aquí en adelante ciudadanos europeos, de aquellos naturales de terceros Estados, denominados extranjeros, pues su tratamiento jurídico es del todo diferente.

IV.1. CIUDADANO EUROPEO

La entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea en 1992⁸³⁰ fue el punto de partida del concepto de ciudadanía europea dentro de los textos legislativos comunitarios. El cambio de un Tratado exclusivamente económico a otro económico y político supuso dar un paso más en las libertades comunitarias concediendo a los nacionales de los Estados miembros una supranacionalidad que les proporcionaría también derechos políticos⁸³¹; la ciudadanía europea se configuró desde su inicio como un primer paso en el reconocimiento jurídico expreso de derechos que rompían el tradicional marco competencial europeo de carácter esencialmente económico.

Las personas que poseen la nacionalidad de un país de la Unión Europea son automáticamente ciudadanos de la Unión Europea y la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla⁸³² (la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad sigue siendo competencia de cada Estado miembro). Solo será ciudadano europeo quien tenga previamente un vínculo de nacionalidad con un Estado miembro.

⁸²⁸ Art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁸²⁹ DOCE C-191, de 29 de julio de 1992.

⁸³⁰ DOCE C-191, de 29 de julio de 1992.

⁸³¹ PARRA RODRÍGUEZ, C., “Concepto de nacionalidad. Vecindad civil. Ciudadanía europea”, en PARRA RODRÍGUEZ, C. y GÍMENEZ BACHMANN, M. (dirs.): *Nacionalidad y ...*, op. cit., pág. 39 y ss.

⁸³² Art. 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007. DOUE C-202, 7 de junio de 2016.

La ciudadanía europea da lugar a un estatuto jurídico cuyo contenido viene regulado en los artículos 20 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En este sentido su artículo 20.2⁸³³ indica lo siguiente:

“Los ciudadanos de la Unión son titulares y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho:

- a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;*
- b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;*
- c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;*
- d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.”*

IV.1.A. El derecho de libre circulación y residencia (artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)⁸³⁴:

Estos derechos han tardado en lograr una cierta independencia y, a menudo, se encuentran fuertemente condicionados y limitados por su relación con las competencias nacionales en las delicadas materias de nacionalidad y extranjería. Así lo demuestra la evolución que

⁸³³ DOUE C-202, 7 de junio de 2016.

⁸³⁴ Art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016, dice lo siguiente:

“1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en lo Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

2. Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.

3. A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.”

la jurisprudencia comunitaria ha sufrido; partiendo de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso María Martínez Sala contra *Freistaat Bayern*⁸³⁵ donde, pese a contar con una norma de Derecho originario que establecía con nitidez absoluta que todo ciudadano de la Unión tenía derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, prefirió acudir a una complejísima argumentación de Directivas y Reglamentos sobre el derecho de residencia de los asalariados para resolver finalmente el procedimiento. Así, se llega al caso *Baumbast*⁸³⁶ que marcó el inicio de una línea jurisprudencial donde el derecho de libre circulación y residencia del estatuto de ciudadanía goza de cierta independencia respecto a la libre circulación y residencia derivadas de las actividades relacionadas con el mercado, aunque pueda estar sujeto a limitaciones y al principio de proporcionalidad. Concretamente el apartado 3º del Fallo, el Tribunal declara lo siguiente:

“Un ciudadano de la Unión Europea que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18, apartado 1 CE⁸³⁷. El ejercicio de este derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición, apartado 1, pero las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad.”

⁸³⁵ STJCE C-85/96, caso María Martínez Sala contra *Freistaat Bayern*, de 12 de mayo de 1998 (ECLI:EU:C:1998:217). Los hechos origen del procedimiento son que estando en vigor en Alemania, la Ley relativa a la concesión de prestaciones y permisos de crianza (*Bundeserziehungsgeldgesetz*) de 25 de julio de 1989, que disponía que cualquier persona que tuviera su domicilio o residencia habitual en Alemania, tuviera en su familia un hijo a cargo, se ocupara del cuidado y educación del mismo y no ejerciera actividad ni profesión en jornada completa, tendría derecho a solicitar una prestación por crianza (prestación no contributiva que se incluía dentro de un conjunto de medidas de política familiar); su concesión le fue denegada a la Sra. Martínez Sala, de nacionalidad española y residente en Alemania desde mayo de 1968 por el *Freisttat Bayern*.

⁸³⁶ STJCE C-413/99, caso *Baumbast* y otros contra *Secretary of State for the Home Department*, de 17 de septiembre de 2002 (ECLI:EU:C:2002:493). La cuestión planteada fue si las dos hijas de un trabajador alemán que se había trasladado al Reino Unido con su esposa e hijas de nacionalidad colombiana, podían permanecer en el país después de que su padre (del que se derivaban los derechos de residencia) abandonara el Reino Unido para dirigirse a un país no miembro de la Unión Europea.

⁸³⁷ Actual artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 202, de 7 de junio de 2016.

Finalmente, con la aprobación de la Directiva 2004/38/CE⁸³⁸ es cuando queda manifiestamente claro y regulado el derecho a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea, así como de los miembros de sus familias. De acuerdo con ella, cualquier ciudadano europeo⁸³⁹, entre otros, podrá:

- Entrar en otro país de la Unión Europea sin necesitar un visado; los miembros de sus familias que no sean ciudadanos europeos tampoco necesitarán un visado si tienen una tarjeta de residencia válida.

- Vivir en otro país de la Unión Europea durante un periodo máximo de 3 meses sin estar sometidos a condiciones ni formalidades. Cuando la estancia se prolongue por un periodo superior si se trata de trabajadores por cuenta propia o ajena tampoco estarán sometidos a condiciones. Ahora bien, los demás estarán sujetos a determinadas condiciones en función de su situación en el país de acogida; en los demás casos, estudiantes y otras personas que no trabajen a cambio de una remuneración, deberán poseer recursos suficientes para sí y su familia a fin de no convertirse en una carga para la asistencia social del país de acogida y contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. Incluso, los miembros de la familia (que sean parientes directos de un ciudadano europeo) podrán tener derecho, en determinadas condiciones, a seguir viviendo en el país de acogida, si el propio pariente falleciera o dejara el país.

- Y tener derecho a ser tratado en igualdad de condiciones con respecto a los nacionales del país de acogida.

IV.1.B. Los derechos de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y al Parlamento Europeo (artículo 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)⁸⁴⁰

La vida de estos dos derechos políticos se ha desenvuelto entre la solución de problemas derivados de resistencias nacionales, lo que ha provocado múltiples litigios ante el

⁸³⁸ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/964/CEE, 90365/CEE y 93/96/CEE. DOUE L-158 de 30 de abril de 2004.

⁸³⁹ Que posea documento de identidad o pasaporte válido.

⁸⁴⁰ Art. 22 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016, dice lo siguiente:

“1. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa

Tribunal Europeo, que ha ido perfilando, también, las exigencias de respeto al derecho de la Unión y a sus principios por parte de los Estados miembros en su actuación discrecional al establecer los procedimientos electorales a las elecciones al Parlamento Europeo. A este respecto, es de destacar la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Reino España contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 12 de septiembre de 2006⁸⁴¹, cuando reconoce que la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo es competencia de cada Estado miembro siempre que respete el Derecho de la Unión⁸⁴².

Este derecho se reguló mediante la Directiva 93/109/CE⁸⁴³, en la que se establecían las modalidades según las cuales los ciudadanos de la Unión Europea que residían en otro Estado miembro del que no eran nacionales podían ejercer su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo.

consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 223 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el consejo adopte, por unanimidad con arreglo al procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro.”.

⁸⁴¹ STJCE C-145/04, Caso Reino de España contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 12 de septiembre de 2006 (ECLI:EU:C:2006:543), Apartado 78. En este caso, el gobierno de España sostenía que el Reino Unido, con la aprobación de la EPRA 2003, había infringido preceptos del Tratado de la Unión Europea, al conceder a los *Qualifying Commonwealth Citizens* (ciudadanos cualificados de la Commonwealth) residentes en Gibraltar, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. El gobierno español entendía que las disposiciones del Tratado exigían un vínculo entre ciudadanía de la Unión y el derecho a ser elector o elegible, esto es, que únicamente los ciudadanos de la Unión podían ser titulares de ese derecho. Finalmente, el recurso interpuesto por el Reino de España fue desestimado.

⁸⁴² GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Sentencia de 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04 – PE – Elecciones –Derecho de voto – Ciudadanos de la *Commonwealth* residentes en Gibraltar y que poseen la ciudadanía de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, Madrid, 2008, pág. 213-232.

⁸⁴³ Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicios del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. DOCE L-329 de 30 de diciembre de 1993.

IV.1.C. El derecho a la protección diplomática y consular (artículo 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)⁸⁴⁴

Un ciudadano europeo que se encuentre en un tercer Estado y el Estado del que sea nacional no cuente con representación diplomática en dicho país, podrá acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado⁸⁴⁵. Es un derecho limitado y en la práctica apenas ha conseguido superar el estadio de algunas obligaciones de asistencia de embajadas y consulados de los Estados miembros para con los nacionales de aquellos Estados que no tengan en un estado tercero representación diplomática y consular.

La protección diplomática y consular queda referida a dos esferas: individual y colectiva. La individual se refiere a la asistencia en circunstancias, tales como ser objeto de detención o prisión; ser víctima de un delito; tener un accidente o enfermedad grave; o fallecer o necesitar ayuda y repatriación en caso de emergencia. La colectiva, por su parte, se refiere a los instrumentos de los que se dota la Unión Europea para hacer frente a situaciones de crisis, como son catástrofes naturales, actos de terrorismo o pandemias⁸⁴⁶.

Este derecho viene regulado en el Directiva 2015/637⁸⁴⁷, que tiene por objeto fundamental el facilitar la cooperación y la coordinación entre las autoridades consulares, así como el potenciar el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a recibir protección consular.

⁸⁴⁴Art. 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016, dice lo siguiente:

“Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.

El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha cooperación.”.

⁸⁴⁵ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “La Nacionalidad y el derecho de la nacionalidad en un mundo integrado”, en FERNÁNDEZ MASÍÁ, E. (dir.): *Nacionalidad y Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 27.

⁸⁴⁶ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “Ciudadanía Europea”, en MAILLO GONZÁLEZ-ONÍS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.) y BENEYTO PÉREZ, J. M^a (dir.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Volumen 8º, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 21-54.

⁸⁴⁷ Directiva (UE) 2015/637 del Consejo de 20 de abril de 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE. DOUE L-106 de 24 de abril de 2015.

IV.1.D. El derecho a recurrir en queja al Defensor del Pueblo Europeo y en petición al Parlamento Europeo (artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)⁸⁴⁸

Este derecho no se limita a los ciudadanos europeos, sino que está abierto a todo residente con independencia de si son nacionales o no de Estados miembros⁸⁴⁹.

En conclusión, se puede afirmar que la ciudadanía europea ha creado un estatuto jurídico que debe tener una vocación expansiva en el otorgamiento de protección a los particulares. Así, se ha permitido al Tribunal de Justicia reconocer la aplicabilidad del Derecho comunitario allá donde tradicionalmente no habría sido posible su invocación, y su jurisprudencia ha evolucionado en el nivel de tutela de las libertades, realizando todos los esfuerzos para dar pleno sentido jurídico a la institución de la ciudadanía europea, que parecía condenada a las declaraciones de principios y a las normas de escasa utilidad práctica⁸⁵⁰.

IV.2. EXTRANJEROS

IV.2.A. Régimen jurídico

Es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸⁵¹, el que contiene el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en España, desarrollando lo dispuesto en la Constitución Española que en su artículo 13.1 regula textualmente lo siguiente:

⁸⁴⁸Art. 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016, dice lo siguiente:

“El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa ciudadana en el sentido del artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten.

Todo ciudadano de la Unión tendrá el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227.

Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 228.

Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones y organismos contemplados en el presente artículo o en el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea en una de las lenguas mencionadas en el apartado 1 del artículo 55 de dicho Tratado y recibir una contestación en esa misma lengua.”.

⁸⁴⁹ La figura del Defensor del Pueblo Europea viene regulada por la Decisión del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 1994 sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones. DOCE L-113 de 4 de mayo de 1994.

⁸⁵⁰ SARMIENTO, D., “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, Civitas, Pamplona, 2008, págs. 211-227.

⁸⁵¹ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

Concretamente en el artículo tercero de la Ley Orgánica se reproduce este mismo texto añadiendo, en su apartado segundo, que todas las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, desarrollando la propia interpretación establecida en la Constitución Española cuando en su artículo 10.2 dice lo siguiente:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Ha de aclararse que la referencia que realiza el artículo 10.2 CE a la “interpretación” en conformidad con los Tratados y acuerdos internacionales, en ningún caso dota a dichos instrumentos de rango constitucional, pero sí obliga a interpretar los correspondientes preceptos de acuerdo con el contenido de los mismos⁸⁵².

IV.2.B. Los derechos de los extranjeros

Para la interpretación del contenido y alcance de los mencionados preceptos constitucionales relativos a los extranjeros, resulta necesario acudir a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, que ha determinado la posición jurídica de los extranjeros en España a partir del principio de dignidad de la persona⁸⁵³ relacionado con el contenido del referido artículo 13.1 CE. El Tribunal Constitucional⁸⁵⁴ ha elaborado una clasificación de derechos basada, en último término, en la distinción entre titularidad de

⁸⁵² STC 36/1991, Pleno, de 14 de febrero de 1991, nº cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas: 1001/88, 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90 (ECLI:ES:TC:1991:36), Fundamento Jurídico 5º.

⁸⁵³ Art. 10.1 de la Constitución Española, BOE núm. 31, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“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.”

⁸⁵⁴ STC 139/2016, Pleno, de 21 de julio de 2016, nº rec. de inconstitucionalidad: 4123/2012 (ECLI:ES:TC:2016:139), Fundamento Jurídico 10º y STC 236/2007, Pleno, de 7 de noviembre de 2007, nº rec. de inconstitucionalidad 1707/2001 (ECLI:ES:TC:2007:236), Fundamentos Jurídicos 3º y 4º.

los derechos y ejercicios de los mismos, por su conexión con la garantía de la dignidad humana⁸⁵⁵.

IV.2.B.a. Derechos cuya titularidad corresponden tanto a los españoles como a los extranjeros

Se reconocen, en primer lugar, los derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, por ser inherentes a la dignidad humana. Se produce una completa igualdad entre españoles y extranjeros en aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano, esto es, cuando aquellos derechos son imprescindibles como garantía de la dignidad humana que constituye fundamento del orden político español (se erige la dignidad como un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador) y obliga a reconocerlos a cualquier persona, independientemente de la situación en la que se encuentre; derechos tales como derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, libertad ideológica⁸⁵⁶, a la tutela judicial efectiva, a la asistencia jurídica gratuita⁸⁵⁷, a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social⁸⁵⁸, a la libertad personal⁸⁵⁹, el derecho de huelga⁸⁶⁰, así como el derecho a la educación de los menores de edad, que comprende tanto la enseñanza básica y obligatoria como la enseñanza no obligatoria⁸⁶¹. Estos derechos corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a

⁸⁵⁵ LOSADA GONZÁLEZ, H., “Estatuto legal de los extranjeros”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 133-199.

⁸⁵⁶ STC 107/1984, Sala segunda, de 23 de noviembre de 1984, nº rec. de amparo: 576/1983 (ECLI:ES:TC:1984:107), Fundamento Jurídico 3º.

⁸⁵⁷ STC 236/2007, Pleno, de 7 de noviembre de 2007, nº rec. de inconstitucionalidad: 1707/2001 (ECLI:ES:TC:2007:236), Fundamento Jurídico 13º.

⁸⁵⁸ STC 137/2000, Sala segunda, de 29 de mayo de 2000, nº rec. amparo: 2063/96 (ECLI:ES:TC:2000:137), Fundamento Jurídico 1º.

⁸⁵⁹ STC 115/1987, Pleno, de 7 de julio de 1987, nº rec. de inconstitucionalidad: 880/85 (ECLI:ES:TC:1987:115), Fundamento Jurídico 1º.

⁸⁶⁰ STC 259/2007, Pleno, de 19 de diciembre de 2007, nº rec. de inconstitucionalidad: 1640/2001 (ECLI:ES:TC:2007:259), Fundamento Jurídico 7º.

⁸⁶¹ STC 236/2007, Pleno, de 7 de noviembre de 2007, nº rec. de inconstitucionalidad: 1707/2001 (ECLI:ES:TC:2007:236), Fundamento Jurídico 8º.

los españoles, son derechos fundamentales que acompañan a la personalidad, son derechos de carácter absoluto y exigibles *erga omnes*⁸⁶².

IV.2.B.b. Derechos de los extranjeros cuyo ejercicio puede ser modulado por el legislador

En segundo lugar, existen diversos derechos fundamentales, asimismo inherentes a la dignidad de la persona y que la Constitución reconoce expresamente a los extranjeros, pero cuyo ejercicio puede ser modulado por el legislador, respetando siempre su contenido esencial, derechos tales como el derecho de reunión y manifestación o el derecho de asociación. El Tribunal Constitucional⁸⁶³ señala que el legislador puede modular el ejercicio de estos derechos por los extranjeros que no tengan autorización de residencia o estancia en España, siempre y cuando esa modulación legal respete el contenido constitucionalmente declarado de esos derechos; pero lo que no es constitucionalmente admisible es que el legislador deniegue, sin más, el ejercicio de esos derechos a los extranjeros que carezcan de autorización de residencia o estancia en España.

IV.2.B.c. Derechos cuya titularidad únicamente corresponde a los españoles

En tercer lugar, estarían los derechos cuya titularidad solamente corresponde a los españoles y, por tanto, no pertenecerían de modo alguno a los extranjeros; son aquellos derechos reconocidos en el artículo 23 CE⁸⁶⁴, los llamados derechos políticos, esto es, el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, así como el derecho

⁸⁶² ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 33 y ss.

⁸⁶³ STC 236/2007, Pleno, de 7 de noviembre de 2007, nº rec. de inconstitucionalidad: 1707/2001 (ECLI:ES:TC:2007:236), Fundamentos Jurídicos 6º y 7º.

⁸⁶⁴ Art. 23 de la Constitución Española, BOE núm. 31, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo tiene derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”

a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (con las salvedades reguladas en el artículo 13.2 de la CE⁸⁶⁵).

IV.2.B.d. Otros derechos

Finalmente, existen otros derechos que la Constitución no reconoce expresamente a los extranjeros y que tampoco son derechos inherentes a la dignidad humana, por lo que tales derechos pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes. El legislador podrá tomar en consideración el dato de la situación legal y administrativa en España del extranjero o exigirle la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que, por su propia naturaleza, hacen imprescindible el cumplimiento de tales requisitos, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio⁸⁶⁶, como ocurre con el derecho residencia y desplazamiento en España⁸⁶⁷, el derecho al trabajo⁸⁶⁸, el derecho a la salud⁸⁶⁹ o el derecho a la asistencia sanitaria⁸⁷⁰.

V. RÉGIMEN DE ENTRADA Y PERMANENCIA DE LOS EXTRANJEROS

El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁷¹ proclama el derecho a emigrar, según el cual, toda persona tiene derecho a la libertad de circular libremente, a elegir su residencia y a salir del propio país para emigrar; este derecho no se encuentra respaldado en ningún texto internacional por el correlativo derecho a inmigrar, esto es, a esta pretendida facultad de la persona no le corresponde ninguna obligación recíproca por

⁸⁶⁵ Art. 13.2 de la Constitución Española, BOE núm. 31, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.”.

⁸⁶⁶ STC 107/1984, Sala segunda, de 23 de noviembre de 1984, nº rec. de amparo: 576/1983 (ECLI:ES:TC:1984:107), Fundamento Jurídico 3º.

⁸⁶⁷ STC 24/2000, Sala primera, de 31 de enero de 2000, nº rec. amparo: 1543/97 (ECLI:ES:TC:2000:24), Fundamento Jurídico 4º.

⁸⁶⁸ STC 107/1984, Sala segunda, de 23 de noviembre de 1984, nº rec. de amparo: 576/1983 (ECLI:ES:TC:1984:107), Fundamento Jurídico 4º.

⁸⁶⁹ STC 95/2000, Sala primera, de 10 de abril de 2000, nº rec. de amparo: 3477/96 (ECLI:ES:TC:2000:95), Fundamento Jurídico 3º.

⁸⁷⁰ STC 139/2016, Pleno, de 21 de julio de 2016, nº rec. inconstitucionalidad: 4123/2012 (ECLI:ES:TC:2016:139), Fundamento Jurídico 10º.

⁸⁷¹ Resolución 217 A (III), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, París.

parte del Estado receptor a acogerlo, lo que supone que el extranjero no tiene, en principio, derecho a entrar y permanecer en el territorio de otro Estado⁸⁷².

El propio Tribunal Constitucional⁸⁷³ ha respaldado tal afirmación cuando declara que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana ni, por consiguiente, pertenecen a todas las personas en cuanto tales, al margen de su condición de ciudadano.

El derecho a entrar en España no se reconoce como uno de los derechos fundamentales que recoge el artículo 13.1 de la CE⁸⁷⁴. El legislador podrá otorgarlo a aquellos extranjeros que cumplan con unos determinados requisitos establecidos por ley y, con ello, la posibilidad de que este pueda llegar a encontrarse en alguna de las situaciones de permanencia y así ejercer los derechos reconocidos en el ley o acceder al trabajo en España⁸⁷⁵.

Aunque la regulación actual de la materia viene dada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸⁷⁶ y su Reglamento de ejecución⁸⁷⁷, no es menos cierto que, como resultado de la pertenencia de España de la Unión Europea, será en muchos casos la normativa de esta última la que regule muchos de sus aspectos⁸⁷⁸.

⁸⁷² FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “Régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 359-440.

⁸⁷³ STC 94/1993, Sala primera, de 22 de marzo de 1993, nº rec. de amparo: 1744/89 (ECLI:ES:TC:1993:94), Fundamento Jurídico 3º.

⁸⁷⁴ Art. 13.1 de la Constitución Española, BOE núm. 31, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

⁸⁷⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A., “De la entrada y salida del territorio español”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.): *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001, págs. 102-193.

⁸⁷⁶ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁸⁷⁷ Real Decreto 557/2001, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁸⁷⁸ A pesar de que el análisis del presente capítulo se centrará primordialmente en el estudio de la regulación nacional mencionada, que por otra parte es la que regula la extranjería de forma general, no se puede obviar la existencia de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013) en la que se regula, entre otros aspectos, específicamente la entrada y permanencia en España de profesionales tales como inversores,

V.1. ENTRADA EN ESPAÑA DE EXTRANJEROS

La adhesión de España⁸⁷⁹ al Convenio de Aplicación del Acuerdo *Schengen*⁸⁸⁰ ha supuesto la eliminación de fronteras interiores en relación con los países que forman parte del denominado “espacio *Schengen*”, por lo es imprescindible distinguir entre la entrada de extranjeros (extracomunitarios) en España desde un Estado parte del espacio *Schengen* y la entrada desde un tercer Estado. Cuando la entrada se produce desde un Estado *Schengen* no existe control alguno, pues se trata de fronteras interiores, ahora bien, se exige a estos extranjeros, en un plazo máximo de 3 días, la obligación de declarar la entrada personalmente ante las autoridades policiales españolas. En caso de incumplimiento, el extranjero deberá abandonar el espacio *Schengen*, salvo que disponga de autorización de residencia en otro Estado *Schengen* en cuyo caso podrá dirigirse a ese territorio⁸⁸¹.

Cuando la entrada se efectúe desde un Estado no miembro del territorio *Schengen*, cada Estado, en virtud de su soberanía, podrá establecer los requisitos que estime convenientes (como excepción, aquellas estancias inferiores a 90 días a las que será de aplicación la normativa europea).

La entrada de cualquier extranjero a territorio español⁸⁸², por los puestos autorizados al efecto, estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos⁸⁸³:

empresarios, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que efectúen movimientos intra-empresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas, que no se va a analizar al entender que el interés del capítulo se centra en el conocimiento general de la figura del extranjero.

⁸⁷⁹ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de *Schengen* de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en *Schengen* el 19 de junio de 1990. BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994, pág. 10390 a 10422.

⁸⁸⁰ DOCE L-239, 22 de septiembre de 2000.

⁸⁸¹ Arts. 22 y 23 del Convenio de Aplicación del Acuerdo *Schengen*. DOCE L-239, 22 de septiembre de 2000.

⁸⁸² Existen excepciones en las que no será obligatorio el cumplimiento de los requisitos referidos, todo ello como consecuencia de Acuerdos suscritos por la UE, entre ellos, a modo de ejemplo, se encuentra el “Acuerdo de supresión recíproca de visados de corta duración entre la UE y Perú” (DOUE L-78, de 24 de marzo de 2016), mediante el cual los ciudadanos de Perú podrán permanecer en el territorio de la UE por un periodo máximo de 90 días siempre que puedan presentar el pasaporte biométrico, pasaje de ida y regreso no superior a 90 días, una carta de invitación policial (en caso de alojarse en residencia privada), comprobantes de reserva (en caso de alojamiento en un hotel), recursos económicos suficientes y seguro médico en caso de accidente o emergencia.

⁸⁸³ Art. 4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

- Titularidad del pasaporte o documentos de viaje necesarios. La documentación deberá ser válida, es decir, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares, o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el Derecho internacional; y deberá ser, a su vez, completa, lo que significa que ha de contener, indefectiblemente, los datos suficientes para la determinación de la identidad y la nacionalidad de sus titulares⁸⁸⁴.

- Titularidad del correspondiente visado. El visado consiste en una declaración inserta en el pasaporte, expedido con carácter previo a la entrada en España por las misiones diplomáticas y oficinas consulares españolas, por la que se habilita al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar la entrada conforme a determinados fines correspondientes a las distintas situaciones en las que pueda encontrarse (tránsito, estancia, residencia, trabajo, estudios, investigación etc.)⁸⁸⁵. El visado sitúa el control de la entrada de extranjeros en el propio país de origen y clasifica la entrada según los motivos que llevan al extranjero al país de destino y lo que pretenda hacer en él.

- Justificación del objeto y las condiciones de la estancia. Este requisito tiene carácter facultativo, de modo que el funcionario encargado del control en frontera puede decidir si es o no preciso comprobar que se cumple, dando así cabida a cierta discrecionalidad. El Tribunal Supremo⁸⁸⁶ ha manifestado que la no presentación de esos documentos justificativos solo puede amparar una decisión de denegación de la entrada cuando haya datos o circunstancias que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad y, cuando por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones.

- Acreditación de los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia en España o estar en condiciones de obtenerlos. La cuantía de

⁸⁸⁴ Art. 6.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁸⁸⁵ TARABANI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 172-173 y CHARRO BAENA, P., “La LO 4/2000 (RCL 2000, 72 y 209) de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: una primera aproximación crítica”, *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 5, Cizur Menor, 2000, pág. 3.

⁸⁸⁶ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 1 de abril de 2005, nº rec. de casación: 1016/2002 (ECLI:ES:TS:2005/1964), Fundamento Jurídico 6º.

los medios de vida exigibles a estos efectos así como el modo de acreditar su posesión vienen regulados por Orden del Ministerio de la Presidencia⁸⁸⁷. Se exceptúan las exigencias establecidas en la Orden para los titulares de visados de residencia, de residencia y trabajo o de estudios, y a los de tarjetas de residencia o tarjetas de estancia por estudios⁸⁸⁸.

- Presentación de certificado médico. La obligación de presentación, en su caso, de certificados médicos, lo determinará el Ministerio de Interior, de acuerdo con el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (actual Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar) y con el Ministerio de Trabajo e Inmigración (actual Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social)⁸⁸⁹.

- No estar sujetos a una prohibición de entrada. No podrán entrar en España los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España⁸⁹⁰.

- No suponer un peligro para la salud pública, el orden público o la seguridad nacional.

No obstante, las formalidades mencionadas no serán exigibles cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España o el extranjero solicite acogerse al derecho de asilo.

A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante el oportuno acto administrativo de naturaleza no sancionadora (resolución motivada) que se adoptará por el funcionario competente (destacado en el puesto fronterizo habilitado al efecto)⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España. BOE núm. 113, de 11 de mayo de 2007, pág. 20390 a 20391.

⁸⁸⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “Régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), *Tratado de extranjería ... op. cit.*, pág. 359- 440.

⁸⁸⁹ Art. 10 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁸⁹⁰ Art. 26 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁸⁹¹ RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. y DORADO NOGUERAS, F. M., “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, 2001, págs. 857-858.

V.2. PERMANENCIA EN ESPAÑA DE EXTRANJEROS

Los extranjeros pueden encontrarse en España en situación de estancia o de residencia. La situación de estancia se describe como la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días o cuyo fin único o principal sea realizar una actividad de carácter no laboral como es la de cursar estudios, realizar actividades de investigación o formación, participar en programas de intercambio o realizar prácticas o servicios de voluntariado⁸⁹². Por su parte, la situación de residencia es aquella en la que el

⁸⁹² Arts. 30 y 33 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150, dicen lo siguiente:

“Artículo 30. Situación de estancia

1. Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

2. Trascurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia.

3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses.

4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que los justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses.”.

“Artículo 33. Régimen de admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado

1. Podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral:

a) Cursar o ampliar estudios.

b) Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores regulado en el artículo 38 bis de esta Ley.

c) Participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos.

2. La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del curso para el que esté matriculado, de los trabajos de investigación, del intercambio de alumnos, de las prácticas o del servicio de voluntariado.

3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza o científico al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios o los trabajos de investigación, bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realice las prácticas.

4. Los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determinen.

5. La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma, mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regulará de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación “au pair”.

extranjero ha sido autorizado para residir en España por un periodo de tiempo superior al de la estancia y se distingue dos tipos de residencia, la temporal (periodo superior a 90 días e inferior a 5 años) y la de larga duración (aquellos que teniendo la residencia temporal durante cinco años cumplan con las condiciones establecidas reglamentariamente).

V.2.A. Residencia temporal

Como ya se ha comentado, la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años. Esta situación debe ser reconocida mediante una autorización⁸⁹³ que, en principio, es

6. Se facilitará la entrada y permanencia en España, en los términos establecidos reglamentariamente, de los estudiantes extranjeros que participen en programas de la Unión Europea destinados a favorecer la movilidad con destino a la Unión o en la misma.

7. Todo extranjero, admitido en calidad de estudiante en otro estado miembro de la Unión Europea, que solicite cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en España podrá solicitar una autorización de estancia por estudios y obtenerla, su reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado.

A fin de que todo extranjero admitido en calidad de estudiante en España pueda cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar estos en otro Estado miembro de la Unión Europea, las Autoridades competentes de dicho estado miembro.

8. Se someten al régimen de estancia previsto en este artículo los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesionales sanitarias, salvo que ya contaran con una autorización de residencia previamente al inicio de los mismos, en cuyo caso podrán continuar en dicha situación.”.

⁸⁹³ Art. 45.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006, dice lo siguiente:

“Los extranjeros en situación de residencia temporal serán titulares de uno de los siguientes tipos de autorización:

- a) Autorización de residencia temporal no lucrativa.*
- b) Autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.*
- c) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.*
- d) Autorización de residencia temporal y trabajo para investigación.*
- e) Autorización de residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul UE.*
- f) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.*
- g) Autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia.*
- h) Autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios.*
- i) Autorización de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo.”.*

concedida por un periodo temporal de un año, renovable por dos años más hasta que el extranjero pueda llegar a computar una residencia legal de cinco años y con ello acceder a la residencia de larga duración. La residencia temporal puede ser ordinaria o por circunstancias excepcionales, dependiendo de que las causas que motiven su condición sean o no excepcionales⁸⁹⁴.

La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo, como son la residencia temporal no lucrativa y por reagrupación familiar, se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Por otra parte, la autorización de residencia temporal relacionada con actividades laborales, como son la de trabajo por cuenta ajena, por cuenta propia, para trabajo de investigación, para profesionales altamente cualificados, la de duración determinada o para trabajar en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, se condicionará su otorgamiento al alta del extranjero en la Seguridad Social⁸⁹⁵.

Pueden distinguirse, además, otras situaciones singulares de residencia temporal que habilitan directamente para trabajar o que permiten la solicitud de una autorización para trabajar. Al primer caso pertenece la residencia temporal de aquellos extranjeros que pretenden realizar trabajos excepcionados de autorización⁸⁹⁶. Al segundo pertenecen,

⁸⁹⁴ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a. B., “Régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería ... op. cit.*, pág. 359-440.

⁸⁹⁵ Art. 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁸⁹⁶ Art. 41.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150, dice lo siguiente:

“No será necesaria la obtención de permiso de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes:

a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados, por el Estado, las comunidades autónomas o los entes locales o los organismos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las anteriores.

b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por la universidad española.

c) El personal directivo y el profesorado extranjero, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.

d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengán a España para desarrollar actividades en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.

e) Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados para el ejercicio de la actividad informativa.

f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.

entre otros, los supuestos de residencia temporal por razones de arraigo (laboral, social o familiar), por razones humanitarias, por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público o por motivo de violencia de género⁸⁹⁷.

V.2.B. Residencia de larga duración

Es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles⁸⁹⁸, es decir, implica el reconocimiento de un estatuto privilegiado que supone el derecho al trabajo sin necesidad de obtener la autorización específica para tal actividad.

El extranjero que adquiera la condición de residente de larga duración podrá acreditarla mediante su tarjeta de identidad, cuya renovación automática se realizará cada cinco años.

Esta autorización podrá ser revocada o retirada, como ocurre cuando se verifique que la residencia se obtuvo de forma fraudulenta; se dicte una orden de expulsión; se adquiera por parte de su titular la residencia de larga duración en otro Estado de la Unión Europea o se haya participado en actividades contrarias a la seguridad nacional⁸⁹⁹.

g) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.

h) Las ministros, religiosos o representantes de las diferentes iglesias y confesionales, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.

i) Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales.

j) Los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social.”.

⁸⁹⁷ Arts. 124, 126, 127, 131 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁸⁹⁸ Art. 32.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁸⁹⁹ Art. 32.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

VI. AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR DE LOS EXTRANJEROS

El derecho al trabajo, recogido en el artículo 35 de la Constitución Española⁹⁰⁰, no se considera integrante del acervo jurídico inherente a la persona y, como tal, imprescindible para garantizar su dignidad; es por ello que puede establecerse una diferencia de trato entre los extranjeros y los nacionales en materia de acceso al trabajo.

El ordenamiento jurídico español asume el criterio común en el Derecho comparado, de dar prioridad al acceso al trabajo a los nacionales frente a los extranjeros, a los que limita mediante la exigencia de una autorización administrativa para trabajar sometida a la valoración de la situación nacional de empleo. Ahora bien, ha de subrayarse que este trato desigual ha de circunscribirse al momento de acceso al mercado de trabajo⁹⁰¹, pues una vez logrado el acceso al trabajo, por parte del extranjero, el régimen jurídico laboral aplicable se caracterizará por la igualdad de derechos laborales entre el extranjero y el nacional⁹⁰².

Desde la perspectiva laboral, es necesario distinguir cuatro grupos de personas:

Trabajadores comunitarios, que no deben considerarse trabajadores extranjeros en sentido jurídico estricto, aun cuando carezcan de la nacionalidad española. El principio de libre circulación sobre el que se asienta la construcción europea, el mercado común y el Derecho comunitario les garantiza igualdad de derechos y, en particular, el acceso al empleo en iguales condiciones a los trabajadores nacionales. Los trabajadores comunitarios no se rigen en principio por la legislación sobre trabajo de extranjeros, sino por las normas de la Unión Europea sobre libre circulación y las correspondientes normas nacionales de transposición y aplicación⁹⁰³.

⁹⁰⁰ Art. 35 de la Constitución Española, BOE núm. 31, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424, dice lo siguiente:

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.”.

⁹⁰¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 259-357.

⁹⁰² Art. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹⁰³ Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007, pág. 8558 a 8566.

Trabajadores asimilados a comunitarios, esto es, trabajadores que proceden de terceros países, pero a los que se aplica el principio de libre circulación en virtud de algún acuerdo con la Unión Europea.

Trabajadores no comunitarios, pero en situación de desplazamiento temporal a España por decisión de una empresa establecida en un país miembro de la Unión Europea.

Y, por último, los trabajadores extracomunitarios o de terceros países, que son los trabajadores extranjeros en su sentido más estricto, y los que están sujetos más propiamente a las reglas de control y restricción establecidas en la legislación española sobre extranjería.

VI.1. TRABAJADORES COMUNITARIOS

La normativa aplicable en primer lugar a los trabajadores comunitarios es precisamente la que procede de la Unión Europea con posibilidad de aplicación de la norma nacional en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables⁹⁰⁴.

La principal diferencia que presenta el estatuto de los trabajadores comunitarios respecto de los simples trabajadores extranjeros radica en que, a la hora de trabajar en un país de la Unión Europea, aquellos trabajadores no están sometidos a límites y cortapisas comparables a las que operan para estos últimos. El Derecho comunitario busca que los nacionales de cualquiera de los países de la Unión estén equiparados en derechos a la hora de desempeñar actividades económicas en cualquiera de los Estados de la Unión Europea. El Tratado de la Unión Europea establece que 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 respetando en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos⁹⁰⁵. Por su parte, el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea dispone que quedará asegurada la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión mediante la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo⁹⁰⁶, pero la libre circulación de trabajadores no es un valor absoluto,

⁹⁰⁴ Art. 1.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹⁰⁵ Artículos 3 y 9 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

⁹⁰⁶ Art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

más bien se trata de un fin en la construcción de la Unión Europea, pudiendo ser limitada por razones de orden público, seguridad y salud pública⁹⁰⁷.

La norma estatal que se ocupa de regularlo es el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁹⁰⁸, cuyo objeto se concreta en la regulación de las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España de los ciudadanos de otros Estados miembros de la UE y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europea. Es importante destacar que las disposiciones establecidas en este Real Decreto también serán de aplicación a sus familiares, cualquiera que sea su nacionalidad que les acompañen (concretamente esta norma se refiere al cónyuge o pareja con la que mantenga una relación análoga a la conyugal, descendientes y ascendientes directos a su cargo)⁹⁰⁹.

VI.2. TRABAJADORES ASIMILADOS A LOS COMUNITARIOS

Los nacionales de ciertos Estados se encuentran asimilados a los trabajadores comunitarios. Entre ellos ha de hacerse una distinción fundamental entre aquellos nacionales de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio y aquellos nacionales de Estados que han suscrito Acuerdos de cooperación con la Unión Europea. En el caso de los primeros, se establece la libre circulación y la igualdad en las condiciones de acceso al empleo, aun cuando sus nacionales no pertenezcan a la Unión Europea, mientras que en el segundo de los casos se han establecido cláusulas de no discriminación en las condiciones de trabajo de sus nacionales. Es imprescindible hacer esta diferenciación, pues las cláusulas de no discriminación no otorgan a los beneficiarios un derecho a acceder al mercado de trabajo, sino tan solo a exigir las mismas condiciones de trabajo aplicables a los nacionales una vez que exista un contrato en vigor⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Art. 45.3 y 52.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

⁹⁰⁸ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007, pág. 8556 a 8566.

⁹⁰⁹ Art. 1 y 2 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007, pág. 8558 a 8566.

⁹¹⁰ CEBADA ROMERO, A., "Limitaciones a la participación de extranjeros en las competiciones deportivas y las cláusulas de no discriminación incluidas en los acuerdos internacionales celebrados por la

En conclusión, por una parte, se trata de trabajadores pertenecientes a Estados integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio⁹¹¹, a los cuales se les reconocen los mismos derechos que a los comunitarios; los nacionales de estos países no tendrán obligación de obtener una autorización de residencia y de trabajo para acceder a un empleo en España. Son el caso de Noruega, Islandia y Liechtenstein. También les será de aplicación el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero anteriormente referido, así como a sus familiares⁹¹², cualquiera que sea su nacionalidad. A los nacionales de Suiza, no siendo parte integrante de la Asociación Europea de Libre Comercio, les será de aplicación el mismo tratamiento que a los ciudadanos de los Estados miembros de la UE así como a sus familiares⁹¹³.

Por otra parte, la Unión Europea tiene suscritos con terceros países distintos acuerdos con incidencias en materia de migración o circulación de trabajadores. A modo de ejemplo: Rusia⁹¹⁴, Ucrania⁹¹⁵, África, Caribe y Pacífico (ACP)⁹¹⁶, donde se reconoce el derecho, de los nacionales de cada uno de los países referidos, a que ejerzan legalmente una actividad con ausencia de toda discriminación basada en la nacionalidad, con relación a sus propios nacionales, en lo referente a las condiciones de trabajo, remuneración y despido.

VI.3. TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS

La presencia de un trabajador extranjero en España puede responder a una situación en la que el desplazamiento, residencia y trabajo no opere por propia iniciativa del trabajador, sino como consecuencia del mantenimiento de un contrato de trabajo con una empresa que presta servicios en un Estado miembro forzando el desplazamiento del trabajador. Es necesario distinguir dos situaciones:

CE con terceros estados”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, Cizur Menor, 2008, pág. 17-27.

⁹¹¹ Decisión 94/1/CE, CEEA relativa a la celebración del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

⁹¹² *Vide* VI.1. Trabajadores Comunitarios.

⁹¹³ Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Conferencia Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo, el 21 de junio de 1999. BOE núm. 148, de 21 de junio de 2002.

⁹¹⁴ Acuerdo de Colaboración y Cooperación UE-Rusia, suscrito en Corfú, de 24 de junio de 1994. DOCE L-327, de 28 de noviembre de 1997.

⁹¹⁵ Acuerdo de Asociación UE-Ucrania, de 30 de marzo de 2012. DOUE L-161, de 29 de mayo de 2014.

⁹¹⁶ Acuerdo de Asociación 2000/483/CE entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) y la UE, firmado en Cotunú, el 23 de junio de 2000. DOCE L-317, de 15 de diciembre de 2000.

En primer lugar, cuando el trabajador extranjero preste sus servicios transnacionales por cuenta de una empresa establecida en un Estado miembro de la Unión Europea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹¹⁷ ha manifestado que los Estados miembros no podrán someter a restricciones (autorización para trabajar) a los trabajadores extracomunitarios cuando presten servicios como trabajadores desplazados en empresas radicadas en un Estado miembro que preste servicios transnacionales en otro Estado miembro, siempre y cuando los trabajadores dispongan de autorización para trabajar dentro de las fronteras del Estado donde tiene su establecimiento la empresa.

En segundo lugar, cuando el trabajador extranjero presta sus servicios transnacionales por cuenta de una empresa que no está establecida en un Estado comunitario; en este caso, la prestación de servicios quedará sujeta al requisito de la autorización para trabajar, si bien se prevé un régimen especial. Es la llamada autorización de residencia temporal y trabajo en el marco de las prestaciones transnacionales de servicio regulada en los artículos 110 a 116 del Reglamento de Extranjería⁹¹⁸.

VI.4. TRABAJADORES EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS

VI.4.A. Autorización para trabajar

La diferencia de trato de los extranjeros en relación con los españoles en el acceso al empleo se plasma en la exigencia de autorización para trabajar. En palabras del Tribunal Supremo⁹¹⁹, supone un acto administrativo que levanta una prohibición prevista en una norma de policía (prohibición con reserva de autorización). Dicha autorización constituye un valioso expediente de control de mercado de trabajo, por un lado, y de control policial de los extranjeros y de las actividades por estos desarrolladas, por otro, cuyas notas características son tres⁹²⁰: naturaleza temporal; vinculación con la autorización de residencia y discrecionalidad en orden a su concesión. Esta última característica, la

⁹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas, Asunto *Valder Elst contra Office des migrations internationales*, asunto C-43/93, de 9 de agosto de 1994, Ap. 26°.

⁹¹⁸ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁹¹⁹ STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 1994, n° rec. casación para la unificación de doctrina: 1466/1994 (ECLI:ES:TS:1994:8645), Fundamento Jurídico 2°.

⁹²⁰ FERNÁNDEZ COLLADO, M^a. B., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: ..., op. cit.*, pág. 259-357.

discrecionalidad de la concesión, no es una cuestión pacífica ni doctrinal⁹²¹ ni jurisprudencialmente⁹²², pues en ocasiones se ha entendido que la Administración Pública ejercita una potestad reglada a la hora de expedir la mencionada autorización para trabajar.

La autorización para trabajar arranca del artículo 10 de la Ley de Extranjería⁹²³, al reconocer a los extranjeros el derecho a ejercer una actividad remunerada pero siempre y cuando reúnan los requisitos que dispone la propia norma. Más concretamente y con carácter general, los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral, profesional o investigadora precisarán de la correspondiente previa autorización administrativa para residir y trabajar pues, salvo alguna excepción, la autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia.

VI.4.B. Tramitación de la autorización

Como regla general, la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ha de presentarla el empresario que pretenda emplear al extranjero ante el órgano competente para su tramitación en la provincia en la que se vaya a ejercer la actividad laboral⁹²⁴. La legislación exige para ello el cumplimiento de una serie de requisitos ligados a la empresa, al trabajador o a la propia actividad laboral.

En relación con el empresario se deben aportar los siguientes documentos: el NIF de la empresa; el documento que acredite la representación en caso de que se trate de una empresa con forma de persona jurídica; el original y la copia del contrato de trabajo en el modelo oficial establecido; el certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre la insuficiencia de demandantes para cubrir el puesto de trabajo, salvo los casos exceptuados

⁹²¹ CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pág. 51.

⁹²² STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 14 de enero de 1998, nº rec. apelación: 884/1992 (ECLI:ES:TS:1998:78), Fundamento Jurídico 3º.

⁹²³ Art. 10 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

“1. Los extranjeros residentes que reúnen los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.

2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”.

⁹²⁴ Art. 68 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

de tal exigencia; la documentación acreditativa de la existencia de medios económicos, materiales o personales necesarios para el proyecto empresarial⁹²⁵; la copia del pasaporte o documento personal del extranjero; la acreditación de la cualificación o capacitación profesional del extranjero y, en su caso, los documentos que acrediten que no se ha de tener en cuenta la situación nacional de empleo.

En relación con el trabajador, se ha de acreditar lo siguiente: que no se encuentra en situación irregular en España⁹²⁶; que carece de antecedentes penales; que no figura como “rechazable” en el espacio territorial de países con los que España tiene convenio en ese sentido; que haya transcurrido en su caso el plazo de no regreso a España tras retorno voluntario; y que se haya abonado la tasa de tramitación de la autorización de residencia.

En relación con la actividad laboral, es necesario que se presente contrato de trabajo firmado por trabajador y empresario; que se garantice al trabajador actividad continuada durante el tiempo de la residencia solicitada; que las condiciones de trabajo se ajusten a lo exigido legal o convencionalmente; que el empresario haya formalizado su inscripción en la seguridad social; y, finalmente, que se encuentre al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, además de los requisitos anteriormente mencionados que tienen que ver con la parte empresarial⁹²⁷.

⁹²⁵ Si el empleador es una persona física deberá acreditar, una vez descontado el pago del salario convenido, el 100% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) si no hay familiares a su cargo (537,8 euros mensuales). Si la unidad familiar incluye dos miembros el 200% (1.075,6 euros mensuales). Si la unidad familiar incluye más de dos personas se deberá sumar a la cantidad anterior el 50% del IPREM por cada miembro adicional (1075,6 + 268,9 euros mensuales). <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/Ciudadanosnocomunitarios/hoja017/index.html>

⁹²⁶ Cabe la posibilidad de que se emitan autorizaciones, por circunstancias excepcionales, a extranjeros que se encuentren en España en situación irregular (sin una autorización de estancia o residencia). Son los denominados supuestos de arraigo, entre ellos se encuentran, el arraigo laboral (si ha permanecido en España al menos dos años y puede acreditar una relación laboral de duración no inferior a 6 meses), el arraigo social (si ha permanecido en España al menos tres años, cuenta con un contrato de trabajo y acredite vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presente un informe de inserción social) y arraigo familiar (si es hijo de padre o madre originariamente españoles o bien sean padre o madre de un menor de nacionalidad española).

⁹²⁷ Artículos 64, 66 y 67 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

VI.4.C. Excepción a la obligación de tramitar la autorización de trabajo

Pero siendo esta exigencia la regla general, existen también determinados casos que quedan exceptuados de tal obligación⁹²⁸. Las razones traen causa de un doble criterio: el primero, la condición personal que presentan determinados extranjeros y, por otra, la actividad laboral que vayan a desempeñar. Dicha exención no se producirá automáticamente sino que será necesario, en cada caso, solicitar y acreditar convenientemente dicha excepción⁹²⁹.

Entre los colectivos sujetos a tal exención están los siguientes: aquellos que realizan misiones políticas o diplomáticas, agentes diplomáticos y funcionarios consulares acreditados en España; técnicos, investigadores y científicos extranjeros invitados por las distintas Administraciones o por la Universidad española; funcionarios civiles o militares de Administraciones extranjeras que desarrollen actividades objeto de acuerdos de cooperación con la española; corresponsales de medios de comunicación debidamente acreditados; artistas para realizar actuaciones concretas que no supongan actividad continuada; ministros religiosos de confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas y menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores⁹³⁰, cuya regulación, por la importancia que tiene en el conjunto del presente trabajo, se analizará más adelante en el presente capítulo.

VI.4.D. Trabajadores no comunitarios sin autorización de trabajo

La carencia de autorización de residencia y de trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el empresario, *de facto*, no invalidará el contrato de trabajo y tampoco anulará los derechos laborales adquiridos por el trabajador extranjero, en este caso en situación irregular, como consecuencia de dicho contrato, derechos tales como: el derecho a los salarios dejados de percibir; el derecho a las indemnizaciones que procedan por la responsabilidad del empresario y el derecho a

⁹²⁸ GIMÉNEZ BACHMANN, M., “El trabajador extranjero en España”, en PARRA RODRÍGUEZ, C. y GIMÉNEZ BACHMANN, M. (dirs.): *Nacionalidad y extranjería*, Huygens Editorial, Barcelona, 2016, pág. 145-205.

⁹²⁹ FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Excepciones a la autorización de trabajo”, en RAMOS QUINTANA, M. I. y ROJAS RIVERO, G. P. (dir. y coord.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 437-445.

⁹³⁰ Art. 41.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social, con excepción de la prestación por desempleo⁹³¹.

El contratar irregularmente a trabajadores sin autorización de trabajo conllevará la imposición de medidas sancionadoras. Por una parte, el empleador cometerá una infracción tipificada como muy grave por haber contratado trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados⁹³² y siendo sancionado con multa, que oscilará entre 10.001€ hasta 100.000€ por cada una de las contrataciones, además de la posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda clausurar el establecimiento o local desde 6 meses a 5 años⁹³³. Por otra parte, el extranjero cometerá una infracción tipificada como grave por encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo⁹³⁴, pudiendo ser sancionado con multa que oscila entre los 501€ y los 10.000€⁹³⁵.

VII. REFUGIADOS Y EL DERECHO DE ASILO

VII.1. DEFINICIÓN

En el lenguaje jurídico internacional los términos “asilo y refugio” definen formas de protección internacional de personas extranjeras que la necesitan porque su vida, su integridad física o moral, su libertad o algún otro de sus derechos fundamentales, relacionados estrechamente con los anteriores, están en peligro cierto de ser violados o volver a ser violados en su país de origen⁹³⁶.

⁹³¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales op. cit.*, pág. 173 y ss. y MONTOYA MEDINA, D., “El despido del trabajador extranjero en situación irregular”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, Cizur Menor, 2016, pág. 29-58.

⁹³² Arts. 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹³³ Arts. 55.1.c) y 56 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹³⁴ Art. 53.1.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹³⁵ Art. 55.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹³⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “El derecho internacional y europeo y la protección de los refugiados”, en PALOMAR OLMEDA A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 59-83.

VII.2. REGULACIÓN JURÍDICA

VII.2.A. Derecho internacional

En el ámbito del Derecho internacional general, si bien la propia Declaración Universal de Derechos Humanos⁹³⁷, en su artículo 14.1, ya reconoce que, en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹³⁸ también hace lo propio, el derecho de asilo se encuentra regulado en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados⁹³⁹. Entre los preceptos a destacar se encuentra su artículo 33.1, en el que se recoge el principio internacional de “*non refoulement*” (no devolución), por el que se dispone que ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

VII.2.B. Derecho comunitario

En relación al Derecho europeo, el desarrollo de una política europea de asilo se inicia con el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997⁹⁴⁰ y, con posterioridad, se aprueba un extenso elenco de normas comunitarias cuya incorporación al ordenamiento jurídico interno de cada Estado supone unos importantes cambios legislativos. Entre otras, cabe destacar la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida⁹⁴¹; la Directiva

⁹³⁷ Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁹³⁸ Art. 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C-364, de 18 de diciembre de 2000, dice lo siguiente:

“Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.”

⁹³⁹ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Nueva York el 31 de enero de 1967. BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978, pág. 24310 a 24328.

⁹⁴⁰ Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, por el que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el día 2 de octubre de 1997. BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1998, pág. 42266 a 42330.

⁹⁴¹ DOUE L-304, de 30 de septiembre de 2004.

2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁹⁴²; y la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados⁹⁴³.

Finalmente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁹⁴⁴ establece que la Unión desarrollará una política en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución y para ello se deberán adoptar las medidas necesarias.

VII.2.C. Derecho estatal

VII.2.C.a. Definición

A nivel estatal, el análisis de la regulación actual del derecho de asilo pasa por el párrafo cuarto del artículo 13 de la Constitución Española⁹⁴⁵, según la cual, la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas puedan gozar del derecho de asilo en España, lo que significa que el derecho de asilo se configura, no como un derecho fundamental, sino como un derecho de configuración legal; es por ello que al ser competencia exclusiva del Estado las materias de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (según el art. 149.1.2 CE), la norma que regula del derecho de asilo será la Ley 12/2009, de 30 de octubre⁹⁴⁶.

Según la citada ley, el refugiado, y el consiguiente solicitante de derecho de asilo, es aquella persona que, debido a fundados temores de ser perseguida (mediante actos suficientemente graves tanto por su naturaleza como por su carácter reiterado como para constituir una vulneración grave de los derechos fundamentales) por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país. También se

⁹⁴² DOUE L-326, de 13 de diciembre de 2005.

⁹⁴³ DOUE L-251, de 3 de octubre de 2003.

⁹⁴⁴ Art. III-266 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DO C-310, de 16 de diciembre de 2004.

⁹⁴⁵ BOE núm. 31, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

⁹⁴⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pág. 90860 a 90884.

refiere al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no está incurso en alguna de las causas de exclusión, de denegación o revocación. Por otra parte, la ley distingue el derecho de asilo del derecho de protección subsidiaria, definiendo este último como el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, respecto a las cuales se dan motivos fundados para creer que, si regresasen, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves, como son la condena a pena de muerte, la tortura o las amenazas graves contra la vida⁹⁴⁷.

La jurisprudencia⁹⁴⁸, por su parte, ha declarado reiteradamente que, para la concesión del derecho de asilo, no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones políticas, o de cualquiera de las otras causas que permitan el otorgamiento del asilo, sino que basta que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que concurre alguno de los supuestos establecidos en la ley. Es necesario, sin embargo, al menos que exista esta prueba indiciaria.

VII.2.C.b. Consecuencias del reconocimiento

La consecuencia del reconocimiento de la condición de refugiado consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de medidas⁹⁴⁹, tales como la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España; el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección; la autorización de residencia y trabajo permanente; la expedición de documentos de identidad; el acceso a los servicios públicos de empleo; el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales; el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional; la libertad de circulación; el acceso a los programas de

⁹⁴⁷ Art. 3, 4 y 10 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pág. 90860 a 90884.

⁹⁴⁸ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de 29 de septiembre de 2011, nº rec. de casación: 1623/2009 (ECLI:ES:TS:2011:5945), Fundamento Jurídico 4º.

⁹⁴⁹ Art. 36 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pág. 90860 a 90884.

integración con carácter general o específico que se establezcan; el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse y el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la ley y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

VII.2.C.c. Procedimiento

En lo relativo al procedimiento, la presentación de la solicitud es personalísima, por lo que deberá realizarse mediante comparecencia personal del interesado en cualquiera de las siguientes dependencias: oficina de Asilo y Refugio; puestos fronterizos de entrada al territorio español, oficinas de extranjeros; comisarías de policías autorizadas y centros de internamiento de extranjeros⁹⁵⁰.

La comparecencia deberá realizarse sin demora y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español, a no ser que la solicitud se fundamente en causas sobrevenidas en el país de origen, en cuyo caso el plazo de un mes para la presentación de la solicitud se computa desde que se produjeron los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. La solicitud se formalizará mediante entrevista personal que se realizará siempre individualmente; de forma excepcional, podrá requerirse la presencia de otros miembros de la familia de los solicitantes, si ello se considerase imprescindible para la adecuada formalización de la solicitud⁹⁵¹.

El procedimiento finalizará mediante la oportuna resolución que concederá o no el derecho de asilo o de protección subsidiaria y que podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso de que la resolución deniegue la solicitud supondrá el rechazo en frontera, la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según los casos⁹⁵².

⁹⁵⁰ <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/asilo-y-refugio/presentacion-de-la-solicitud> .

⁹⁵¹ A la persona que acredite haber solicitado el asilo se les concederá la conocida como Tarjeta roja, que le permitirá residir y acceder a servicios sociales mientras se resuelve la solicitud. Transcurridos 6 meses desde la admisión a trámite el solicitante deberá renovar dicha tarjeta y desde ese momento se le permitirá trabajar tanto por cuenta propia como ajena.

⁹⁵² PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., “El Derecho de asilo y la Protección Subsidiaria”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 689-741.

VIII. MENORES EXTRANJEROS, MENA (MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO)

En el Capítulo IV del presente trabajo ya se ha realizado un profundo estudio de la figura del menor de edad, pero se ha estimado procedente, aprovechando la cualidad de extranjero, analizar en este capítulo la figura del MENA.

Es innegable que, a la hora de examinar el régimen jurídico estatal aplicable a los MENAs, se hayan de tener en cuenta dos factores de suma importancia; por un lado, el hecho de que son menores no acompañados y, por otro, de que son extranjeros. Estos dos caracteres conllevan, por una parte, la aplicación de una normativa proteccionista y respetuosa, por el hecho de ser menores de edad, con el reconocimiento de sus derechos y que resulta de aplicación independientemente de su nacionalidad y, por otra, la aplicación de una normativa restrictiva como es la de extranjería, que impone ciertas limitaciones a los derechos y libertades de los que puede gozar los extranjeros⁹⁵³. En relación con esta dualidad, la mayor parte de la doctrina⁹⁵⁴ afirma que en ningún caso debería primar la normativa de extranjería sobre la protección de los derechos fundamentales del menor, ya que, de ser así, se estarían vulnerando numerosos convenios internacionales; el interés superior del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo⁹⁵⁵.

Tanto la Ley de Extranjería⁹⁵⁶ (artículo 35) como su Reglamento⁹⁵⁷ (artículos 189 a 198) abordan su régimen jurídico, si bien es verdad que, como menor, deberán respetarse las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor⁹⁵⁸, ya que esta

⁹⁵³ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A., “Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, Cizur Menor, 2012, pág. 173-210.

⁹⁵⁴ HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C. F., “Problemas y paradojas del Derecho de extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros”, *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, pág. 397.

⁹⁵⁵ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., “La nueva legislación de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, en CABEDO MALLOL, V. (coord.): *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 93-120.

⁹⁵⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de junio de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹⁵⁷ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁹⁵⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238.

ley será de aplicación a todo menor de 18 años que se encuentre en territorio español independientemente de su nacionalidad o de si viene o no acompañado.

Según el artículo 189 del Reglamento de extranjería, el menor extranjero no acompañado es:

“(...) al extranjero menor de 18 años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, (...).”

Definición parecida a la que daba el Consejo de la Unión Europea en su Resolución 97/C 221/03 sobre Menores no acompañados nacionales de países terceros⁹⁵⁹.

Es el artículo 35 de la Ley de Extranjería el que bajo el epígrafe “Menores no acompañados” regula su tratamiento jurídico.

En primer término, resulta esencial determinar si se trata o no de un menor; según el Código Civil⁹⁶⁰ la capacidad jurídica de las personas físicas estará regida por su ley personal, esto es, la que se corresponda con su nacionalidad, por lo que, en principio, serán menores de edad todas aquellas personas menores de 18 años, salvo que se pueda probar que la ley personal que les es aplicable provoca que alcance con anterioridad la capacidad plena que representa la situación de mayoría de edad. En todo caso, la minoría de edad se presume en el que no haya cumplido los 18 años. Se trata de una presunción *iuris tantum* que se puede destruir en el momento en el que se demuestre que la ley personal del sujeto, esto es, la que viene determinada por su nacionalidad, le atribuye antes la mayoría de edad⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ Art. 1.1 de la Resolución 97/C 221/03, del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, DOCE C-221, de 19 de julio de 1997, dice lo siguiente:

“(...) se refiere a los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos.”

⁹⁶⁰ Art. 9.1 del 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, pág. 249 a 259, dice lo siguiente:

“La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por casusa de muerte.”

⁹⁶¹ ARMENTEROS LEÓN, M., *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 15 y ss.

En el caso de que se trate de un menor, este deberá recibir la protección que el sistema pone a su servicio, sin que pueda ser sometido a la sanción de expulsión; si, por el contrario, se demuestra que ha alcanzado la mayoría de edad, recibirá el trato que se da a los inmigrantes en situación irregular.

Ahora bien, el apartado tercero del artículo 35 de la Ley de Extranjería prevé el supuesto del extranjero indocumentado del que no pueda determinarse con seguridad su minoría de edad. En estos casos, una vez dada la atención y protección inmediata al “presunto menor” (presunción *iuris tantum*), se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que este disponga la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que con carácter prioritario realizarán las pruebas necesarias. Son interesantes las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁶² a este respecto:

“El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni han sido invalidados por ningún organismo competente (...), se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, (...) ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto.”.

⁹⁶² STS 319/2015, Sala de lo Civil, de 23 de mayo de 2015, n.º rec. extraordinario por infracción procesal y casación: 2223/2013 (ECLI:ES:TS:2015:2217), Fundamento Jurídico 3.º.

Una vez determinada la edad (es un resultado variable ya que admite un margen de error de hasta 18 meses) por el Ministerio Fiscal y una vez que el menor está bajo el amparo y protección de los Servicios de Protección del Menor de la Comunidad Autónoma en la que se halle el menor, comenzará el procedimiento por el cual se determinará si procede o no su repatriación. El régimen jurídico de extranjería aplicable pone su acento en la repatriación por entender que la reagrupación familiar del menor responde al interés superior de este⁹⁶³; para ello, y con carácter previo, la Administración del Estado solicitará un informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen, porque, para que finalmente se decida por la repatriación, ha de asegurarse que el menor va a ser debidamente atendido en su país de origen, ya sea por su familia o por los servicios de protección de menores que allí existan, siempre atendiendo al principio del interés superior del menor.

Cuando de las actuaciones previas informativas se deduzca que lo mejor para el menor es la repatriación, las autoridades administrativas acordarán la incoación del procedimiento de repatriación del menor. Este deberá, además, ser informado por escrito de los antecedentes que hayan determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asistan, como por ejemplo el derecho a ser oído⁹⁶⁴. A este respecto, el Tribunal Constitucional⁹⁶⁵ ha estimado que, ante un caso de repatriación, al afectar esta a la esfera personal y familiar del menor, este tiene derecho a ser oído y escuchado en cualquier procedimiento judicial en el que se esté dirimiendo tal autorización (aplicando el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁹⁶⁶).

Tras la fase de instrucción, la resolución de la Administración del Estado pondrá fin al expediente de repatriación, cuya resolución deberá estar basada en el principio del interés superior de menor. Dicha resolución podrá acordar la repatriación del menor con sus familiares, la repatriación del menor mediante su puesta a disposición de los servicios de

⁹⁶³ ASÍN CABRERA, M^a. A., "Menores extranjeros", en RAMOS QUINTANA, M. I. y ROJAS RIVERO, G. P. (dir. y coord.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 561 y ss.

⁹⁶⁴ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y BENLLOCH SANZ, J. P., "Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género", en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 853-915.

⁹⁶⁵ ATC 372/2007, sección segunda, de 17 de septiembre de 2007, n^o rec amparo: 8939/2006 (ECLI:ES:TC:2007:372A), Fundamento Jurídico 3^o.

⁹⁶⁶ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238.

protección del menor de su país de origen o podrá acordar la permanencia del menor en España⁹⁶⁷.

Decidida la repatriación, el menor será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor, bajo cuya custodia o guarda se encuentre, hasta el momento de su puesta a disposición de las autoridades competentes de su país de origen; el procedimiento de la ejecución de la repatriación debe cumplirse de forma escrupulosa⁹⁶⁸, conjugando los dos principios esenciales que lo inspiran: el del interés superior del menor y el de reagrupación familiar. Su incumplimiento por parte de la Administración del Estado supondrá una vulneración de sus derechos fundamentales. Cabe señalar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica⁹⁶⁹, donde el Tribunal declaró que la repatriación al Congo de la menor de cinco años completamente sola, sin compañía alguna de adulto, suponía un trato inhumano vulnerando el artículo 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

En caso de que la decisión haya sido que el menor se quede en España porque haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor. Cuando el menor titular de una autorización de residencia alcance la mayoría de edad, podrá solicitar su renovación o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación al mercado de trabajo⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A., “Protección de los menores extranjeros ...”, *loc. cit.*, pág. 173-210.

⁹⁶⁸ TRINIDAD NÚÑEZ, P., “La protección jurídico internacional de los menores refugiados separados o no acompañados. Especial consideración del derecho europeo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43, Cizur Menor, 2016, pág. 83-108.

⁹⁶⁹ STEDH, sección 1^a, de 12 de octubre de 2006, n^o de demanda: 13178/03 (ECL:EC:ECHR:2006:1012JUD001317803), Apartado 69.

⁹⁷⁰ Apartado 7 y 9 del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

Cuando el menor alcance la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia y haya participado adecuadamente en las acciones formativas para favorecer su integración social, los servicios de protección de menores, bajo cuya tutela esté el menor, podrán recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, y esta conllevará una autorización de trabajo⁹⁷¹.

IX. DEPORTISTAS EXTRANJEROS

En aras de realizar un estudio en profundidad, es necesario mantener la distinción realizada con anterioridad, diferenciando entre los deportistas profesionales comunitarios, los asimilados y aquellos nacionales de terceros Estados, los denominados extranjeros en sentido estricto.

IX.1. DEPORTISTAS COMUNITARIOS

A pesar de que en el Capítulo II de la presente obra se ha analizado en profundidad la aplicabilidad del Derecho comunitario al deporte, se entiende necesario ampliar, evitando la reiteración, el estudio de determinados aspectos interesantes.

Tal como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, la regulación de la práctica del deporte está sometida al Derecho comunitario, en tanto en cuanto se entiende que dicha práctica supone una actividad económica. Ya en el caso *Donà*⁹⁷², se pronunció en contra de toda normativa, aunque fuera adoptada por una organización deportiva, que supusiera una discriminación basada en la nacionalidad; concretamente, el Tribunal manifestó que las disposiciones del Reglamento Orgánico de la Federación Italiana de Fútbol, que regulaban que solo los jugadores de nacionalidad italiana podían participar en las competiciones profesionales organizadas por la federación, eran contrarias al Derecho comunitario; sin embargo, aclaró que únicamente serían aceptadas ese tipo de disposiciones (excluyentes respecto a la participación de extranjeros) cuando se refirieran a la participación en encuentros cuya motivación no fuera económica, como por ejemplo, en el ámbito de las competiciones entre equipos

⁹⁷¹ STSJ de País Vasco 56/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, de 10 de febrero de 2016, nº rec. apelación: 552/2015 (ECLI:ES:TSJPV:2016:328), Fundamento Jurídico 2º.

⁹⁷² STJCE de 14 de julio de 1976, asunto C- 13/76, *Gaetano Donà* contra *Mario Mantero* (ECLI:EU:C:1976:115). Los hechos origen del conflicto resultan de la prohibición que en los años 70 había de fichar jugadores extranjeros en los equipos profesionales italianos. En este caso los Sres. *Donà* y *Mantero*, que eran responsables de fichar jugadores para un club de fútbol italiano, interpusieron una demanda contra la Federación de Fútbol italiana al entender que dicha prohibición vulneraba los preceptos del Tratado.

nacionales de diferentes Estados, todo ello por estar justificada en el objetivo legítimo de garantizar el principio de identidad de los equipos nacionales de carácter meramente deportivo⁹⁷³. Ahora, no es hasta 1995, cuando en la Sentencia del caso *Bosman*⁹⁷⁴, analizada en profundidad en el Capítulo II, se reconoce, entre otros aspectos, el principio de libertad de circulación de los deportistas profesionales y la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad, prohibiendo cualquier limitación en las alineaciones de jugadores profesionales procedentes de otros Estados miembros. El Tribunal entendió que la normativa por la cual un jugador comunitario debía ocupar una plaza de extranjero en un club de otro Estado miembro de la Unión, suponía una cláusula restrictiva por razón de la nacionalidad que vulneraba el Derecho comunitario y, en concreto, el derecho a la libre circulación de trabajadores en la Unión y el derecho a la libre contratación sin trabas por razón de la nacionalidad⁹⁷⁵. Finalmente, el Tribunal de Justicia, en la reciente sentencia del caso *Danielle Biffi*,⁹⁷⁶ ha reconocido, aun siendo el caso de un deportista aficionado, que el acceso a las actividades recreativas constituye el corolario de la libertad de circulación amparado por el Derecho comunitario, por lo que no puede ser objeto de discriminación alguna por causa de la nacionalidad y que únicamente se aceptará normativa que establezca alguna limitación cuando esta esté justificada y sea proporcional.

Por todo ello, la libre circulación de personas se proclama como uno de los principios fundamentales de la UE y del deporte. Se garantiza que los deportistas profesionales y aficionados puedan desplazarse libremente de un país a otro. Este principio conlleva la

⁹⁷³ PARRISH, R., *Sport Law and Policy in the European Union*, Oxford University Press, 2013, pág. 87-89.

⁹⁷⁴ STJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto C- 415/93, Union Royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean- Marc Bosman y otros (ECLI:EU:C:1995:463).

⁹⁷⁵ MERCADER UGUINA, J. R., “Extranjería, deporte y trabajo”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de Extranjería: Aspectos civiles, ...*, op. cit, pág. 1351-1381.

⁹⁷⁶ STJUE, Sala tercera, de 13 de junio de 2019, asunto C-22/18 *TopFit eV, Danielle Biffi c. Deutscher Leichtathletikverband eV* (ECLI:EU:T:2019:497). Los hechos origen del procedimiento son consecuencia de la modificación del reglamento de la Federación alemana de Atletismo, por la cual solo los nacionales alemanes podían participar en los campeonatos alemanes. Ante dicha circunstancia *Danielle Biffi*, nacido en 1972 y de nacionalidad italiana, que residía en Alemania desde 2003 y que participaba como aficionado en competiciones de carreras de atletismo en las distancias de 60 metros, 100 metros, 200 metros y 400 metros en la categoría sénior interpuso, conjuntamente con su club *TopFit eV*, una demanda ante el órgano jurisdiccional pertinente solicitando que su participación fuera admitida, alegando que cumplía con todos los requisitos exigidos por la Federación alemana de atletismo salvo el requisito de la posesión de la nacionalidad alemana.

prohibición de las normas que impliquen una discriminación directa en el deporte profesional, como las cuotas basadas en la nacionalidad.

Ahora bien, en la práctica, y así queda reflejado en el documento denominado “Libre circulación de deportistas en la Unión Europea”⁹⁷⁷ elaborado en orden a redactar el artículo 165 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a la sazón, disposición que confirma que la UE puede adoptar medidas para contribuir a fomentar el deporte europeo), se reconoce la posibilidad de imponerse restricciones limitadas, indirectamente discriminatorias, a la libertad de movimientos, siempre y cuando tengan un objetivo legítimo y sean proporcionadas. Dichas restricciones reconocen las características específicas del deporte e incluyen, entre otras, el derecho a seleccionar únicamente atletas y jugadores nacionales para representar a su país y la necesidad de limitar el número de participantes en una competición.

Concretamente el contenido de este documento junto con lo dispuesto en la Disposición Adicional segunda de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte⁹⁷⁸ que prevé como excepción a la norma general⁹⁷⁹ que se puedan autorizar, por el Consejo Superior de Deportes, medidas de acción positiva, imponiendo restricciones relativas a la nacionalidad, siempre que se justifiquen por necesidades derivadas del deporte de alto nivel y por su función representativa de España, fueron los argumentos que utilizó la Real Federación Española de Taekwondo para solicitar al Consejo Superior de Deportes (CSD) la autorización de una acción positiva (discriminatoria) deportiva a favor de los deportistas nacionales. La Federación propugnaba que los deportistas extranjeros, residentes legales en España, no participaran en Campeonatos de España porque de tales competiciones procedían los miembros de los equipos que representarían a España en competiciones internacionales para las que solo eran seleccionables los españoles. El CSD estimó la solicitud que fue recurrida por don *Liam Bette*, atleta de nacionalidad francesa y residente en Málaga, que en 2013 fue campeón de Andalucía, categorías junior y senior, campeonato que en principio le daba opción a participar en los campeonatos de España pero que por la

⁹⁷⁷ Documento 1 2016 E 165. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:135002&from=ES>.

⁹⁷⁸ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964.

⁹⁷⁹ La regla general es que las entidades deportivas deben eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación en actividades deportivas no profesionales de los extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias.

decisión del Consejo Superior de Deportes se le había negado su posibilidad de participar. El procedimiento finalmente terminó ante el Tribunal Supremo⁹⁸⁰ que ratificó la sentencia dictada por la Audiencia y que, dando la razón al atleta de taekwondo, manifestó lo siguiente:

“1º La regla general de no discriminación antes expuesta admite la excepción autorizada y litigiosa, lo que permite una restricción a la participación de extranjeros, algo que debe ser excepcional y justificado.

2º Se remite a jurisprudencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que se deduce que esas medidas deben estar justificadas en su objeto y no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo.

3º Lo determinante del Fallo estimatorio es la prueba testifical y documental practicada en autos, de la que se deduce que los criterios establecidos por la Comisión Técnica de la FET no determinan, como requisito para formar parte de los equipos que representan a España, ser campeón de España. Así, haber ganado el campeonato de España es uno de los criterios de selección de deportistas pero, aun cuando no se haya ganado, un deportista puede integrar el equipo nacional si la comisión técnica considera que es necesario.”

4º De esta manera concluye que la restricción autorizada no es necesaria para alcanzar el objeto (formar los equipos deportivos nacionales), que es lo que se alegó para su justificación, por lo que se ha aplicado incorrectamente la Disposición adicional segunda de la Ley 19/2007, a lo que añade que, al tratarse en este caso de un nacional europeo, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos ya expuestos.”

En conclusión, la libre circulación de trabajadores es plenamente aplicable al sector deportivo, salvo cuando la misma se ejercite bajo la disciplina de un equipo nacional, por tratarse esta de una cuestión de índole exclusivamente deportiva. Además, este principio no rige solamente para la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza como son las federaciones deportivas o ligas profesionales. Este principio únicamente se podrá conculcar cuando existan razones de

⁹⁸⁰ STS 2116/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 29 septiembre de 2016, nº rec de casación: 272/2015 (ECLI:ES:TS:2016:4254), Fundamento Jurídico 4º.

interés general, siempre que las medidas a adoptar sean proporcionales, no pudiendo ir estas más allá de lo que sea estrictamente necesario⁹⁸¹.

IX.2. DEPORTISTAS PROFESIONALES ASIMILADOS

Es necesario realizar la misma distinción que se ha realizado anteriormente entre aquellos nacionales de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio y de Suiza, de aquellos nacionales de Estados que han suscrito Acuerdos de cooperación con la Unión Europea. En el caso de los primeros, y como ya se ha expuesto con anterioridad, se establece la misma regulación aplicable a los nacionales comunitarios, aun cuando sus nacionales no pertenezcan a la Unión Europea.

Es respecto de los segundos donde la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha desarrollado una doctrina relativa a la consagración del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los trabajadores nacionales de los Estados firmantes de los Acuerdos de Cooperación con la Unión Europea. Como ya se ha adelantado con anterioridad, las cláusulas de no discriminación no otorgan a los beneficiarios un derecho a acceder al mercado de trabajo, sino tan solo a exigir las mismas condiciones de trabajo aplicables a los nacionales una vez que existe un contrato de trabajo en vigor. En el ámbito del deporte se discutía si las restricciones que se establecían en las licencias deportivas, y que afectaban particularmente a los extranjeros, debían ser consideradas como normas reguladoras del acceso al empleo o, por el contrario, se trataba de normas relativas a las condiciones de trabajo. La respuesta que se diera era esencial porque solo en el segundo caso quedaban tales normas supeditadas al principio de trato no discriminatorio recogido en las cláusulas contenidas en los Acuerdos con terceros Estados.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo ocasión de cerrar el debate como consecuencia del caso *Kolpak*⁹⁸², nacional eslovaco que suscribió un contrato de trabajo, de duración determinada, que expiraba el 30 de junio de 2003, para ocupar el puesto de portero en el equipo alemán de balonmano de Segunda División *TSV Östringen eV Handball*, y que solicitó que se le expidiese una licencia de jugador que no incluyese

⁹⁸¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., "Introducción General: La relación Laboral especial de los deportistas profesionales (una necesaria contextualización)", en MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.), FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVEIRO, E. A. (coords.): *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad social*, Comares, Granada, 2010, pág. 21-25.

⁹⁸² STJCE, Sala quinta, de 8 de mayo de 2003, asunto C-438/00, caso *Deutscher Handballbund eV contra Maros Kolpak* (ECLI:EU:C:2003:255), Párrafo 50, 51, 53 y 55.

la mención correspondiente a los nacionales de países terceros. Alegaba que la República Eslovaca era uno de los países cuyos nacionales podían participar sin ninguna restricción en las competiciones en las mismas condiciones que los jugadores alemanes y comunitarios, gracias al Acuerdo de Asociación entre las Comunidades y Eslovaquia⁹⁸³. El Tribunal consideró que, puesto que el Sr. *Kolpak* disfrutaba de un contrato legal de trabajo firmado con un equipo alemán de balonmano y dado que residía legalmente en Alemania, había accedido ya al mercado de trabajo alemán. El organismo jurisdiccional europeo consideró que las normativas federativas, relativas a los tipos de licencia, no restringían el derecho de un club a contratar jugadores extranjeros, sino tan solo limitaban la oportunidad de alinearlos, esto es, que este tipo de normas se refería a las condiciones de trabajo y no al acceso de empleo y que, por tanto, podría ser revisada a la luz del principio de no discriminación previsto en el Acuerdo de Asociación con la República Eslovaca. Asimismo, el Tribunal manifestó que los argumentos esgrimidos por la Federación Alemana de Balonmano justificando dicha restricción como eran la necesidad de preservar la formación organizada para los jugadores jóvenes de nacionalidad alemana y promover la selección nacional alemana, en ningún caso podían tenerse en consideración, ya que tal restricción solo estaba justificada en relación con encuentros muy específicos como los de la selección nacional⁹⁸⁴.

En España, fue necesario que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictase la sentencia en el caso *Simutenkov*⁹⁸⁵ para que el principio de no discriminación fuera de aplicación a aquellos nacionales de Estados que hubieran suscrito acuerdos de asociación o de colaboración con la Unión Europea⁹⁸⁶. Don *Igor Simutenkov*, nacional ruso y residente en Tenerife, provisto de permiso de residencia y trabajo, estaba contratado como jugador de fútbol profesional en virtud de un contrato laboral suscrito con el Club Deportivo Tenerife y era titular de una licencia federativa como jugador no comunitario. En enero de 2001, presentó la solicitud para que se sustituyese su licencia por una idéntica a la de los jugadores comunitarios, fundamentando dicha solicitud en el Acuerdo de

⁹⁸³ DO L-359 de 31 de diciembre de 1994.

⁹⁸⁴ CEBADA ROMERO, A., “Las limitaciones a la participación de extranjeros ...”, *loc. cit.*, pág. 17-27.

⁹⁸⁵ STJCE, Gran Sala, de 12 de abril de 2005, asunto C-265/03, caso *Igor Simutenkov* contra Real Federación Española de Fútbol y el Reino de España (ECLI:EU:C:2005:213), Párrafo 41.

⁹⁸⁶ LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., “Intervención administrativa en la relación laboral especial de los deportistas profesionales extranjeros”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 82, 2005, pág. 249-264.

Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la Federación Rusa, de 24 de junio de 1994, suscrito en Corfú⁹⁸⁷. Dicha solicitud fue rechazada por la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) y el jugador decidió interponer recurso ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y después de que este lo rechazara, ante la Audiencia Nacional, quien planteó ante el Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial. Según el Tribunal, el Acuerdo de Colaboración con Rusia establecía con claridad la prohibición a cada Estado miembro de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los trabajadores rusos en relación con sus propios nacionales, por lo que respecto a sus condiciones de trabajo, retribución o despido, y dicho acuerdo podría ser invocado directamente ante cualquier órgano jurisdiccional; asimismo, manifestó que la cuestión planteada era análoga a la suscitada en el caso *Kolpak* y, como conclusión, manifestó que la aplicación de las normas federativas, en las que se limitaba la participación de deportistas profesionales nacionales de Estados no comunitarios en las competiciones oficiales, a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, vulneraba el Acuerdo de Colaboración entre las Comunidades Europeas y la Federación Rusa⁹⁸⁸.

En conclusión, queda consagrado el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad de los jugadores profesionales nacionales de los Estados firmantes de los Acuerdos de Cooperación con la Unión Europea, por lo que cualquier norma adoptada por cualquier federación deportiva que imponga un límite o cupo vulnerará dicho Acuerdo⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ DOCE L-327, de 28 de noviembre de 1997.

⁹⁸⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Breve comentario a la Sentencia Simutenkov: crónica de una resolución anunciada”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 15, Cizur Menor, 2005, pág. 407-411.

⁹⁸⁹ GARCÍA CABA, M. M^a, “Extranjería y Deporte profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.) y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y GARCÍA SILVEIRO, E. A. (coords.): *Los deportistas profesionales: ..., op. cit.*, pág. 298.

IX.3. DEPORTISTAS PROFESIONALES EXTRANJEROS

IX.3.A. Permiso de residencia y trabajo

Antes de proceder a desarrollar el tratamiento específico de los deportistas profesionales extranjeros, es recomendable recordar que la Ley de Extranjería⁹⁹⁰ exige una autorización administrativa para residir y trabajar a los extranjeros mayores de 16 años que ejerzan cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional y reconoce el derecho a desempeñarla en condiciones de igualdad con los españoles, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos en la misma, pudiendo ser únicamente limitado, el permiso de trabajo, en relación a un territorio, un sector o una actividad.

El artículo 2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales⁹⁹¹, dispone que, en lo concerniente a la capacidad para contratar por razón de la nacionalidad, se estará a lo que al efecto disponga la legislación vigente para los trabajadores extranjeros, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas sobre participación en competiciones oficiales. Por tanto, según esta disposición, el deportista extranjero, una vez que cumpla los requisitos exigidos en la legislación vigente en materia de autorización para trabajar y, por tanto, acceda legalmente al mercado de trabajo, deberá respetar las normas sobre participación en las competiciones oficiales. Este condicionamiento no afectaría al acceso al empleo, sino a la ejecución del contrato y, por tanto, a las condiciones de trabajo.

IX.3.B. Procedimiento especial

El procedimiento actual para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros supone una especialidad respecto a la regla general regulada en la normativa de extranjería.

Fue tras la entrada en vigor del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹⁹² (hoy en día derogada

⁹⁹⁰ Art. 36, 3 y 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

⁹⁹¹ BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

⁹⁹² BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005, pág. 485 a 539.

por el actual Reglamento de Extranjería⁹⁹³) cuando se planteó la necesidad de actualizar el procedimiento específico para la concesión de autorización de trabajo a deportistas profesionales extranjeros, ya que en estos concurrían circunstancias de especial relevancia; por una parte, la imposibilidad de realizar las solicitudes de trabajo y residencia desde el país de origen (dada la celeridad de plazos establecidos por las federaciones deportivas y por las ligas profesionales) y, por otra, la imposibilidad de esperar un plazo de 5 ó 6 meses para regularizar su situación (mientras se tramitaban los permisos los deportistas profesionales extranjeros estaban participando en las competición en situación irregular y sin estar dados de alta en la Seguridad Social)⁹⁹⁴.

En aplicación de la normativa referida⁹⁹⁵, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 15 de julio de 2005, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, adoptó el Acuerdo⁹⁹⁶ por el que se aprobaron las Instrucciones por las que se determinaba el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros.

En concreto, según el Acuerdo, podrán acogerse a dichas instrucciones, en calidad de empleadores, los clubes deportivos, asociaciones deportivas, sociedades anónimas deportivas y en calidad de deportistas trabajadores, trabajadores extranjeros que estén en posesión de una licencia deportiva que habilite para participar en competiciones

⁹⁹³ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011, pág. 43821 a 44006.

⁹⁹⁴ EGEA JOVER, C., “Procedimiento para la obtención del permiso de trabajo y residencia: la peculiaridad de los deportistas profesionales”, *Derecho Deportivo en línea, dd-el.com*, Boletín núm. 8, Sept. 2006 – Marzo 2007, pág. 35-39.

⁹⁹⁵ Disposición Adicional 1ª, apartado 4º, del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005, pág. 485 a 539, dice lo siguiente:

“Cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que se fijen en aquéllas. Las instrucciones establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión de dichas autorizaciones. Asimismo, el Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento.”.

⁹⁹⁶ Resolución de 12 de agosto de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2005, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina e procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividad laborales deportivas profesionales por extranjeros. BOE núm. 200, de 22 de agosto de 2005, pág. 29164 a 29166.

deportivas oficiales o actividades deportivas cuya organización corresponda a federaciones deportivas y/o ligas profesionales o entidades asimiladas⁹⁹⁷. Dichas instrucciones se aplicarán en las actividades y competiciones correspondientes a las modalidades deportivas siguientes:

- Baloncesto: Liga ACB, Liga LEB y Liga Femenina de Baloncesto.
- Balonmano: Liga ASOBAL y División de Honor Femenina.
- Ciclismo: Clubes o equipos incluidos en el UCI PRO TOUR.
- Fútbol: Liga Santander, Liga 1, 2,3, Primera División de Fútbol Femenino y División de Honor de la Liga Nacional de Fútbol-Sala Masculino.
- Voleibol: División de Honor Masculina y División de Honor Femenina.

En lo referente al procedimiento, el representante legal de la entidad deportiva presentará la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ante el Registro del órgano competente para su tramitación junto con una certificación expedida por las correspondientes federaciones deportivas, ligas profesionales o entidades asimiladas y visada por el Consejo Superior de Deportes. Una vez comunicada la solicitud a la autoridad competente, se autorizará el inicio de la prestación laboral, siempre que se proceda con carácter previo al cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de Seguridad Social. Dicha autorización tendrá efectos para el exclusivo desarrollo de la actividad laboral como deportista profesional en la entidad solicitante y tendrá validez hasta el momento en que sea notificada la resolución definitiva sobre la solicitud de autorización de residencia y trabajo solicitada⁹⁹⁸.

IX.3.C. Regulación deportiva

A pesar de que la Ley de Extranjería⁹⁹⁹ proclama que los extranjeros (con permiso de residencia y de trabajo) ejercerán los derechos que les reconoce la ley en condiciones de igualdad con los españoles, la realidad es que existen multitud de restricciones a la participación de los deportistas extranjeros en las competiciones deportivas. Muchas han

⁹⁹⁷ MERCADER UGUINA, J. R., “Extranjería, deporte y ...”, *op. cit.*, pág. 1351-1381.

⁹⁹⁸ GARCÍA CABA, M. M^a, “Extranjería y Deporte profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.) y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVEIRO, E. A. (coords.): *Los deportistas profesionales: ...*, *op. cit.*, pág. 275-276.

⁹⁹⁹ Art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000.

sido las justificaciones utilizadas, a lo largo de la historia, para argumentar las restricciones, entre ellas el hecho de que la liberalización perjudicaría la promoción de la formación deportiva y el desarrollo de las categorías inferiores, ya que la contratación de deportistas extranjeros desincentivaría la labor formativa de los clubes deportivos o que las restricciones a la participación de no nacionales también contribuiría al mantenimiento del equilibrio de las competiciones, dado que una liberalización del mercado posibilitaría la adquisición de los deportistas con más talento por parte de los clubes más poderosos económicamente, contribuyendo ello a la acentuación de diferencias en las competiciones deportivas, las cuales quedarían desvirtuadas.

Es necesario, en este caso, distinguir las competiciones profesionales de las no profesionales. Respecto a estas últimas, las Disposiciones 2ª y 5ª de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte¹⁰⁰⁰ (que ya han sido oportunamente analizadas en el Capítulo II de la presente tesis), ha dejado manifiestamente claro que se deberá eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación en actividades no profesionales de los extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias (aunque el Consejo Superior de Deportes pueda, en su caso, por razones justificadas establecer algún tipo de restricción). Por su parte, respecto de la modalidad deportiva del fútbol el artículo 120.2. a) del Reglamento de la Real Federación Española de Fútbol prevé que, respecto a las competiciones oficiales de carácter no profesional, los extranjeros podrán inscribirse sin ninguna clase de limitaciones siempre y cuando acrediten su residencia legal en España¹⁰⁰¹.

Respecto a las competiciones profesionales, no se puede afirmar lo mismo, ya que este tipo de desigualdades se dan con más habitualidad (este aspecto ha sido objeto de análisis profundo en el presente trabajo y en aras a evitar repeticiones innecesarias véase Capítulo III, Apartado III.1. “Derechos y libertades de los extranjeros en España (art.13 CE), especial referencia a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”). Tanto la anteriormente referida

¹⁰⁰⁰ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964.

¹⁰⁰¹ Ha de recordarse que, en el País Vasco, por una parte, el artículo 41.2 de su Real Decreto 16/2006, de 31 de enero, de las Federaciones Deportivas del País Vasco, exige a los extranjeros menores de edad únicamente ostentar la vecindad administrativa para participar en competiciones deportivas y, por otra, el art. 53 del Reglamento General de la Federación Vasca de Fútbol establece que los futbolistas extranjeros podrán inscribirse sin ninguna clase de limitación siempre y cuando acrediten su vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma Vasca.

Disposición 2ª de la Ley 19/2007, en su apartado tercero, como el artículo 2 del Real Decreto 1006/1985 de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales¹⁰⁰², remiten su regulación a la normativa específica, dando a entender que se produce una remisión directa a las reglas federativas. Es el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, la norma que incorpora la constatación de las limitaciones por razón de la nacionalidad. Concretamente su artículo 28 .1 e)¹⁰⁰³ dispone que entre los extremos que contendrán los Convenios de Coordinación suscritos entre las ligas profesionales y las federaciones deportivas, estará la fijación del número de extranjeros no comunitarios que podrá participar en dichas competiciones. En caso de desacuerdo entre ambas instancias, será el Consejo Superior de Deportes el que lo determine.

¹⁰⁰² BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

¹⁰⁰³ Art. 28.1.e) del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826, dice lo siguiente:

“1. Las ligas profesionales organizarán sus propias competiciones en coordinación de la respectiva Federación deportiva española, y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.

Dicha coordinación se instrumentará mediante la suscripción de convenios entre las partes.

Tales convenios podrán recoger, entre otros, la regulación de los siguientes extremos:

(...)

e) Número de jugadores extranjeros no comunitarios que podrá participar en dichas competiciones. La determinación del número de jugadores extranjeros no comunitarios autorizados para participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal se realizará de común acuerdo entre la Federación Deportiva Española, la liga profesional correspondiente y la asociación de deportistas profesionales. En caso de desacuerdo, será de aplicación lo previsto en la disposición adicional segunda del presente Real Decreto.”.

CAPÍTULO VI

“ESPACIOS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA”

I. INTRODUCCIÓN

La razón de ser del presente capítulo se encuentra en el apartado 2 b) del artículo 19 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA que, si bien será objeto de amplio estudio en el siguiente capítulo, es necesario traer a colación en este momento. Este apartado regula una de las tres excepciones a la prohibición de los traspasos internacionales de los menores de edad, al estipular que se exceptuará de la prohibición general aquellos traspasos de jugadores de entre 16 y 18 años que se efectúen dentro del territorio de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo.

Teniendo en cuenta, por una parte, que esta excepción se circunscribe a la Unión Europea y al Espacio Económico Europeo, por entender que imponer este tipo de prohibiciones podrían vulnerar directamente el Derecho comunitario y, por otra, que el ámbito de aplicación del Reglamento de la FIFA es mundial, se ha estimado necesario averiguar si fuera de la Unión Europea existen otros espacios de integración comunitaria similares o parecidas, donde también se favorece el derecho a la libre circulación de personas o trabajadores. Si se constatará la existencia dichos espacios, debería cuestionarse la razón por la que la FIFA limita la excepción al ámbito europeo y no la extiende a otros espacios.

Es obvio que simplemente este tema daría para elaborar una tesis, por lo que la investigación se ha centrado en encontrar al menos un espacio de integración por cada continente y analizar, si bien de forma sencilla y práctica, los aspectos más destacados de cada uno de ellos.

II. TRABAJADORES MIGRANTES

II.1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJADORES (OIT)

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su resolución 45/158, define al trabajador migratorio o migrante como aquella persona que vaya a

realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional¹⁰⁰⁴.

A nivel internacional ha sido la Organización Internacional de Trabajadores (OIT)¹⁰⁰⁵ la encargada de elaborar los textos más importantes reguladores de esta figura que, si bien reconoce *prima facie* que son los Estados miembros los que tienen el derecho soberano de elaborar sus propias políticas de trabajo y de migraciones, estas deben tener en cuenta la necesidad de adoptar políticas nacionales coherentes y exhaustivas para gestionar con eficacia las migraciones laborales y proteger a los trabajadores migrantes, abogando por la defensa de la no discriminación en el trato a dichos trabajadores migrantes, promoviendo y protegiendo los derechos humanos de todos ellos, con independencia de su situación.

II.2. CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT

Son interesantes las disposiciones de los siguientes convenios y recomendaciones elaboradas por la OIT (algunas no están en vigor en España) que se citan a continuación:

II.2.A. Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores núm. 97, sobre trabajadores migrantes¹⁰⁰⁶

El artículo 6.1 del Convenio dispone lo siguiente:

“1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos

¹⁰⁰⁴ Artículo 2.1 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. España al igual que otros países europeos receptores de migrantes no ha ratificado dicho Convenio.

¹⁰⁰⁵ Es el Tratado de Versalles, que pondría fin a la Primera Guerra Mundial, el que con el objetivo de incorporar una serie de derechos laborales crea la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sita en Ginebra (Suiza), cuya finalidad ha sido la de contribuir a la mejora de las condiciones de vida y trabajo en todo el mundo. En 1946 pasaría a ser el primer organismo especializado que se asoció a las Naciones Unidas contribuyendo a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, siendo su única agencia tripartita donde se reúnen gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estado miembros, con el fin de establecer las normas de trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo de todos. Sus objetivos principales son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo.

¹⁰⁰⁶ Adoptado en Ginebra en la 32ª edición de la Conferencia Internacional del Trabajo, el 1 de julio de 1949 y en vigor en España mediante el instrumento de ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 97, sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949. BOE núm. 135, de 7 de junio de 1967, pág. 7864 a 7869.

favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

(a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

(i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

(ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;

(iii) la vivienda;

(b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva:

(i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.

(ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;

(c) los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;

(d) las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio.”.

II.2.B. Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores núm. 111, sobre discriminación¹⁰⁰⁷

Son de destacar los art. 1.1. a) y 2 del Convenio que establecen lo siguiente:

El artículo 1.1 a):

*“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”.*

El artículo 2:

“Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.”.

II.2.C. Convenio de la Organización Internacional de Trabajadores núm. 143, sobre trabajadores migrantes¹⁰⁰⁸

Entre sus preceptos destaca el artículo 10 que dice lo siguiente:

“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.”.

¹⁰⁰⁷ Adoptado en Ginebra en la 42ª edición de la Conferencia Internacional del trabajo, de 25 de junio de 1958 y en vigor en España mediante el instrumento de ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 111, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. BOE núm. 291, de 4 de diciembre de 1968, pág. 17351 a 17353.

¹⁰⁰⁸ Adoptado en Ginebra en la 60ª edición de la Conferencia internacional del trabajo de 24 de junio de 1975 y no está en vigor en España.

II.2.D. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo¹⁰⁰⁹

La importancia de esta Declaración es fundamental, ya que impone a los Estados miembros de la OIT, por el mero hecho de ser parte integrante de la misma, el respeto y la promoción de una serie de principios y derechos, independientemente de la ratificación o no de los convenios aprobados. A este respecto, es de destacar el segundo apartado de la Declaración que contempla lo siguiente (el subrayado no pertenece al texto original):

“Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;*
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;*
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y*
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”.*

A pesar de todas las disposiciones transcritas, la OIT es consciente, y así lo ha manifestado, que cada Estado miembro tiene el derecho soberano de elaborar sus propias políticas de trabajo y de migraciones, si bien estas deben tener en cuenta la necesidad de adoptar políticas nacionales coherentes y exhaustivas para gestionar con eficacia las migraciones laborales y proteger a los trabajadores migrantes.

Una manera de evitar los problemas que puedan generarse por las políticas nacionales de cada Estado, y con el objetivo de facilitar la cooperación y coordinación entre Estados afines, es tratar de agruparse formando uniones aduaneras, zonas de libre comercio incluso mercados comunes, que es la máxima expresión a la integración políticas entre diferentes Estados¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ Adoptado en Ginebra en la en la 86ª edición de la Conferencia internacional del trabajo de 18 de junio de 1998.

¹⁰¹⁰ *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

III. ESPACIOS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA

III.1. APROXIMACIÓN A LOS ESPACIOS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA

Como ya se exponía con anterioridad, el trabajador migrante se definía como aquella persona que fuera a realizar, realizara o hubiera realizado una actividad remunerada en un Estado del que no fuera nacional. Dicho de otra forma, se trataría de aquel trabajador que realiza movimientos migratorios entre Estados.

Ahora bien, cuando esos movimientos se dan entre Estados que están inmersos en procesos de integración económico-política, más o menos desarrollados, se añaden matices particulares a estos desplazamientos. Así, los ciudadanos de otros Estados miembros de la organización supranacional no se denominarían migrantes sino ciudadanos comunitarios, así como los desplazamientos protagonizados por estos pasarían a denominarse migraciones intracomunitarias.

La creación de espacios de integración comunitaria, más allá de su grado de profundización, supone la renuncia voluntaria, en la proporción del grado integracionista (la integración económica abarca una variada gama de situaciones que más adelante se definirán), de la soberanía estatal en las materias versadas por el proceso de integración; en estos espacios los Estados integrados ceden parte de sus poderes soberanos a una institución o entidad política supranacional distinta, por vía intergubernamental y/o supranacional, mediante la creación de políticas comunes¹⁰¹¹.

III.2. DISTINTAS FORMAS DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA

Antes de proceder a estudiar y analizar distintos ejemplos de integración comunitaria existentes en la actualidad, se estima necesario definir cuáles son las formas en las que se pueden configurar dichas uniones, comenzando por la menos integradora, la zona preferencial, y terminando con la más integradora, la unión económica.

III.2.A. Zona preferencial

Es la forma de asociación económica de menor alcance; en una zona preferencial los miembros de la misma acuerdan concederse los unos a los otros un tratamiento tarifario diferencial, más favorable que el que otorgan a terceros países. No significa que dejan sin

¹⁰¹¹ LAGÉS, R., “Breves notas sobre la libre circulación de personas y la política comunitario de inmigración en los procesos regionales de integración económica. Una visión comparada de las experiencias europea y sudamericana”, *Escenarios Actuales, año 18*, septiembre, núm. 2, Santiago de Chile, 2013, pág. 11-24.

efecto todas las tarifas y derechos aduaneros al comercio entre sí, pero las mutuas tarifas son más reducidas que las que imponen a las importaciones de otros países, son tarifas diferenciales¹⁰¹².

III.2.B. Zona de libre comercio

Es un proceso económico-comercial regional en el que se eliminan los derechos aduaneros y demás obstáculos que gravan los intercambios comerciales de sus productos entre los Estados constitutivos del grupo, pero en el cual cada miembro conserva su propia política comercial y arancel aduanero, generalmente distintos, respecto de las importaciones y relaciones comerciales con los países externos de dicha zona.

La reducción de tarifas a cero, dentro del grupo, normalmente se realiza en forma gradual y con concesiones para los países de menor desarrollo económico relativo de la zona. En un acuerdo de libre comercio surge el problema del control de las importaciones del resto del mundo, lo que obliga a los países miembros a arbitrar medios para efectivamente identificar y diferenciar entre los bienes que provienen del área y los bienes que se originan en el resto del mundo, lo que da lugar a las normas y certificados de origen.

En estas zonas es donde menor es la cesión de soberanía de los Estados (en las zonas preferenciales no existe cesión alguna), y cada país conserva la aplicación de sus sistemas y disposiciones económico-comercial internas; su característica esencial es que no restringe la libertad de sus Estados partes para tener su propia política comercial con terceros, en particular el nivel y la clase de barreras que a cada socio le convenga para el comercio con los países no integrantes del acuerdo¹⁰¹³.

III.2.C. Unión aduanera

Es aquella zona en la que existe una eliminación completa de las aduanas internas, se establece una tarifa uniforme sobre las importaciones del exterior a la Unión y se realiza una distribución de los ingresos aduaneros entre sus miembros conforme a la fórmula acordada. Al existir un arancel común, se eliminan los certificados de origen, sus normas y sistemas económicos-comerciales internos deben ser similares y sus miembros negocian

¹⁰¹² DELL, S., *Trade Blocs & Common Markets*, ed. Constable, London, 1966, pág. 76-77.

¹⁰¹³ ARNAUD, V. G., *Mercosur, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 24.

con el exterior en bloque. En una unión aduanera la cesión de soberanía por parte de los Estados miembros es sensiblemente mayor que en una zona de libre comercio.

III.2.D. Mercado común

Supone la eventual gradual creación de un solo mercado dentro de un área determinada, donde no existen aduanas, barreras tarifarias entre sus Estados miembros, se lleva a cabo una política comercial común, ocurre el libre desplazamiento de los factores de la producción y se adopta un arancel aduanero unificado frente al exterior. Los pilares del mercado común son las llamadas libertades fundamentales del mismo: la libre circulación de mercancías, de personas y de capitales y la libre prestación de servicios. Un mercado común implica mayor cesión de soberanía que en una zona de libre comercio o en una unión aduanera¹⁰¹⁴.

III.2.E. Unión Económica

Ocurre cuando, además de los elementos de un mercado común, los Estados miembros del acuerdo coordinan sus políticas monetarias y fiscales mediante organismos que dictan normas al respecto. La unión económica se diferencia de un mercado común en que combina la supresión de restricciones a los movimientos de mercancías y factores de la producción con algún grado de armonización de políticas económicas nacionales, con el objeto de suprimir la discriminación debida a las disparidades en estas políticas¹⁰¹⁵.

IV. UNIÓN EUROPEA

Si bien en el anterior Capítulo V se ha analizado en profundidad el régimen jurídico, tanto de los ciudadanos como de los trabajadores comunitarios, al ser objeto de estudio en el presente capítulo los distintos procesos de la integración regional, se estima necesario comenzar estudiando la Unión Europea, al menos de forma sucinta, por ser este el sistema de integración regional más desarrollado existente en la actualidad¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El Mercado Interior: Las cuatro libertades”, en RIMOLDI DE LADMANN, E. (coord.): *Mercosur y Comunidad Europea*, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pág. 89-94.

¹⁰¹⁵ BALASSA, B., *Integración de América Latina*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1964, México, pág. 3-14.

¹⁰¹⁶ Con el objetivo de que el trabajo no sea repetitivo en este apartado se realizará un estudio desde el punto de vista histórico y conceptual ya que en el anterior Capítulo V ya se realice un análisis más jurídico.

IV.1. VISIÓN HISTÓRICA

La Unión Europea no se hace de golpe, sino que es producto de un desarrollo que se realiza durante décadas. Con fecha 18 de abril de 1951 Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos suscribieron en París el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹⁰¹⁷ cuyo principal objetivo era la expansión económica de los Estados firmantes, el desarrollo del empleo y la mejora del nivel de vida para los nacionales de los Estados partes, gracias al mercado común del carbón y del acero.

En 1957, viendo los beneficios logrados con el Tratado del Carbón y del Acero, los mismos seis Estados firmaron en Roma otros dos acuerdos: el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹⁰¹⁸ y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica¹⁰¹⁹. Aunque cada uno de estos acuerdos constituyó una comunidad en sí mismo, la suma de todos ellos supuso el inicio del proceso de integración europea que se inició con un incipiente mercado común sobre la base de cuatro libertades: la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales.

El carácter económico inicial de la libre circulación de los trabajadores experimentará cambios importantes en su concepción y configuración a lo largo de los tiempos. En la actualidad, la Unión Europea afirma y garantiza la libre circulación de personas, pero entendida esta libertad en un doble sentido, de un lado, como una libertad necesaria en el funcionamiento del mercado interior común (un espacio sin fronteras interiores donde se han suprimido los derechos de aduana entre Estados para garantizar que cualquiera nacional de un Estado miembro pueda desplazarse libremente a otro Estado miembro para ejercer una actividad económica en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado) y, de otro, como derecho fundamental de los ciudadanos europeos (cuya calificación se da en la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰²⁰).

¹⁰¹⁷ Entró en vigor el 23 de julio de 2002 y dejó de estarlo el 23 de julio de 2002.

¹⁰¹⁸ Se firmó el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958. Desde el 1 de diciembre de 2009 dejó de estar en vigor con la adopción del Tratado de Funcionamiento de la Unión.

¹⁰¹⁹ Se firmó el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

¹⁰²⁰ DOCE C-306, de 17 de diciembre de 2007. El Tratado de Lisboa la incorpora por referencia otorgándole un valor jurídico igual que el Tratado.

IV.2. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

Como ya se ha expuesto anteriormente, en la Unión Europea existe una evolución hasta llegar, como ocurre en la actualidad, al reconocimiento del derecho a la libre circulación de personas; en su origen, esto es, en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957, a pesar de que su Título III se denominaba “La libre circulación de personas, de servicios y de capitales”, en su Capítulo 1º solo se hacía referencia y se abogaba a favor de la libre circulación de trabajadores (ratificando el carácter económico del Tratado). Concretamente, su artículo 48 disponía lo siguiente:

“1. La libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del periodo transitorio.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos con la Comisión;

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.”.

No es hasta más adelante cuando se reconoce la libre circulación de personas.

En la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰²¹, además de regular la libre circulación de trabajadores en su artículo 45 (su texto es prácticamente idéntico al del artículo 48 del antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea) se prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18) y se crea la ciudadanía europea (artículo 20), convirtiéndose en ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de cualquier Estado miembro, y reconociéndole los siguientes derechos¹⁰²²:

- a) a circular y residir libremente en los Estados miembros¹⁰²³;
- b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan;
- c) de acogerse en el territorio de un tercer Estado a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

V. MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR)

V.1. VISIÓN HISTÓRICA

La creación del Mercosur se vio motivada por la necesidad de formar un mercado común entre los países de América del Sur, que pretendía la liberalización del comercio de mercancías eliminando las barreras aduaneras. Fue fruto de un proceso de integración regional y se materializó en el Tratado de Asunción de fecha 26 de marzo de 1991, firmado por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay. Con posterioridad, el 31 de julio de 2012 se aprobó la entrada al Mercosur de Venezuela (aunque en la actualidad está suspendida en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el

¹⁰²¹ DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

¹⁰²² Que han sido oportunamente desarrollados en el Capítulo V del presente trabajo.

¹⁰²³ Derecho que desarrolla, regula y ampara la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/964/CEE, 90365/CEE y 93/96/CEE. DOUE L-158 de 30 de abril de 2004

Mercosur¹⁰²⁴) y el 17 de julio de 2015, Bolivia firmó el Protocolo de adhesión al Mercosur estando en la actualidad en proceso de adhesión¹⁰²⁵.

Los objetivos o propósitos iniciales del Mercosur se establecieron en el artículo 1 del Tratado de Asunción que manifiesta lo siguiente:

“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que debe estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR)

Este Mercado Común implica

- *La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;*
- *El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;*
- *La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;*
- *El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.”.*

Lo que se desprende de esta disposición es que el Mercosur nace como una estructura donde los aspectos de carácter económico prevalecen sobre cualesquiera otros, si bien

¹⁰²⁴ Decisión sobre la suspensión de la República Bolivariana de Venezuela en el Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, adoptada en Sao Paulo (Brasil) el 5 de agosto de 2017.

¹⁰²⁵ En la actualidad Mercosur tiene suscritos acuerdos con distintos Estados convirtiéndolos en Estados asociados, estos están autorizados a participar en las reuniones de órganos del Mercosur que traten temas de interés común al Mercosur. Los actuales Estados asociados al Mercosur son: Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana y Surinam.

dentro del concepto de “factores productivos” muchos han reconocido aspectos sociales y laborales, al entender que se refiere a la libre circulación de trabajadores¹⁰²⁶.

Desde su origen, fueron dos las instituciones predominantes en la estructura orgánica del Mercosur: el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común.

El Consejo del Mercado Común (CMC)¹⁰²⁷ es el órgano superior encargado de la conducción política y de la toma de Decisiones, que garantiza el cumplimiento definitivo del proceso de integración en los plazos y las formas previstas. Esta institución está compuesta por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados partes.

El Grupo Mercado Común (GMC)¹⁰²⁸, por su parte, es el órgano ejecutivo que se pronuncia mediante Resoluciones tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados miembros¹⁰²⁹.

El Protocolo de Ouro Preto, adoptado el 17 de diciembre de 1994 (Protocolo complementario del Tratado de Asunción), además de dotar a Mercosur de personalidad jurídica de Derecho internacional que le permitiera negociar y obligarse ante terceros países¹⁰³⁰, amplió su estructura inicial con la creación de nuevas instituciones como son la Comisión del Comercio, el Parlamento¹⁰³¹; la Secretaría¹⁰³² y el Foro consultivo

¹⁰²⁶ CORTI VARELA, J., “Evolución de la libre circulación de personas en el Mercosur y su impacto en las políticas migratorias nacionales”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 145.

¹⁰²⁷ Sus funciones, entre otras, son formular políticas y promover las acciones necesarias para la conformación del mercado común; ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur; negociar y firmar acuerdos, en nombre del Mercosur, con terceros países, grupo de países y organismos internacionales; y crear los órganos que estime pertinentes, así como modificarlos o suprimirlos.

¹⁰²⁸ Sus funciones principales son velar dentro de los límites de su competencia del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las Decisiones adoptadas por el CMC; fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común; manifestarse sobre las propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur en el ámbito de sus competencias; y negociar, con terceros países, grupo de países y organizaciones internacionales, bajo delegación expresa del CMC.

¹⁰²⁹ BOLOGNA, N., “Comparación entre la Unión Europea y el Mercosur desde un enfoque económico institucional”, *Historia Actual On line*, núm. 2, 2003, pág. 7-22.

¹⁰³⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. “Caracterización institucional del Mercosur: finalidades y estructuras al servicio de una comunidad económica, jurídica y cultural”, en VELASCO SAN PEDRO, L. A. (coord.): *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 30 y ss.

¹⁰³¹ Es el órgano representativo de los intereses de los ciudadanos de los Estados partes.

¹⁰³² Sus tareas principales son de carácter administrativo y de apoyo técnico a los demás órganos.

Económico-Social¹⁰³³. Finalmente, con la firma del Protocolo de Olivos, de 18 de febrero de 2002, se creó el Tribunal Permanente de revisión¹⁰³⁴.

V.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES

A partir del Protocolo de Ouro Preto la problemática sobre la regulación del derecho a la libre circulación de los trabajadores fue absorbida por la Comisión Socio laboral, cuyos trabajos condujeron a la Declaración Socio laboral¹⁰³⁵, de fecha 10 de diciembre de 1998, que fue revisada y modificada con posterioridad el 17 de julio de 2015¹⁰³⁶; en su Capítulo II que regula los Derechos Individuales, es de destacar su artículo 4, que regula lo siguiente:

“Artículo 4. No Discriminación

- 1. Los Estados Partes se comprometen a garantizar, conforme a la legislación vigente y las prácticas nacionales, la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y la ocupación, sin distinción o exclusión por motivo de sexo, etnia, raza, color, ascendencia nacional, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, edad, credo, opinión y actividad política y sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social, familiar o personal.*
- 2. Todo trabajador percibirá igual salario por trabajo de igual valor, de conformidad con las disposiciones legales vigentes en cada Estado Parte.*
- 3. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular, se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación en lo que respecta a los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.”.*

¹⁰³³ Sus principales cometidos son: pronunciarse dentro del ámbito de su competencia sea por iniciativa propia o sobre consultas que realice el GMC; cooperar activamente para promover el progreso económico y social, orientado a la creación de un mercado común y su cohesión económica y social; dar seguimiento, analizar y evaluar el impacto social y económico deriva de las políticas destinadas al proceso de integración; proponer normas y políticas económicas y sociales en materia de integración.

¹⁰³⁴ Es una instancia permanente para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de Integración.

¹⁰³⁵ La Declaración Socio Laboral es más una carta de intenciones que una regla impositiva, pues no cuenta con un régimen de control eficiente ni prevea sanciones en caso de incumplimiento.

¹⁰³⁶ NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 62 y ss.

Con fecha 15 de julio de 2015 el Grupo de Mercado Común (GMC) dictó la Resolución n° 25/15, mediante la cual, se ponía en marcha el Plan para Facilitar la circulación de trabajadores en el Mercosur. Entre sus considerandos manifestaba que constituía un paso sustantivo para la identidad laboral del Mercosur la decisión de avanzar en medidas que facilitaran la circulación de trabajadores; para la consecución de dicho objetivo, se abogaba a favor de la importancia de efectuar las modificaciones normativas de carácter interno en cada Estado miembro.

Un salto cualitativo se dio con la aprobación del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales Estados Partes del Mercosur, Chile y Bolivia, celebrado en Brasilia (Brasil) el 6 de diciembre de 2002¹⁰³⁷ que, además de reconocer en sus Considerandos la libre circulación de personas, regulaba en su articulado la libertad de residencia. Entre las disposiciones más reseñables se hallan las siguientes: por una parte, se dispone que las personas que hayan obtenido su residencia conforme al propio Tratado tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del país de recepción, sin perjuicio de las restricciones excepcionales impuestas por razones de orden y seguridad pública. Por otra, se regula que aquellas personas residentes de forma regular en cualquier Estado parte del Acuerdo gocen de los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del país de recepción, haciendo una mención expresa a su derecho a trabajar. Y, finalmente, aquella que regula que los inmigrantes (nacionales de otros Estados participantes en el Acuerdo que deseen establecerse en el territorio de otro Estado miembro) tengan derecho a un trato igualitario respecto de los nacionales del país de recepción en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales¹⁰³⁸.

Sin embargo, la entrada en vigor del Acuerdo de Residencia no marcó ni mucho menos un punto de llegada; por el contrario, pareció haber abierto la puerta hacia futuros pasos para mayores cotas de integración en la región¹⁰³⁹. En este sentido, el 16 de diciembre de

¹⁰³⁷ Acuerdo al que se han adherido países tales como Colombia (Decisión CMC n° 20/12), Ecuador (Decisión CMC n° 21/11) y Perú (Decisión CMC n° 04/11).

¹⁰³⁸ Art. 8, 9.1 y 9.3 del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile”, suscrito en Brasilia (Brasil) el 6 de diciembre de 2002.

¹⁰³⁹ CARDESA SALZMANN, A., “El contenido jurídico de la libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica:*

2010, en Foz de Iguazú (Brasil), el Consejo del Mercado Común (CMC) adoptó la Decisión n° 64/10, por la cual, se aprobó el Plan de acción para la conformación de un Estatuto de Ciudadanía del Mercosur en el que en su artículo 2 dispone lo siguiente:

“El Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y se conformará en base, entre otros, a los siguientes objetivos oportunamente en los Tratados Fundacionales del MERCOSUR y en la normativa derivada:

- *Implementación de una política de libre circulación de personas en la región.*
- *Igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR.*
- *Igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación.”.*

VI. COMUNIDAD ANDINA (CAN)

VI.1. VISIÓN HISTÓRICA

La génesis de la Comunidad Andina (CAN) se encuentra en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)¹⁰⁴⁰, compuesta por casi la totalidad de países sudamericanos más México. Esta asociación, por su propia constitución, mostraba una fuerte asimetría, ya que integraba Estados cuyo tamaño e influencia eran absolutamente distintos. De hecho, estas diferencias dieron origen a que los mandatarios de Chile, Colombia, Ecuador y Perú, el 26 de mayo de 1969, suscribieran el Acuerdo de Integración Subregional, más conocido como Acuerdo de Cartagena constitutivo del Pacto andino, que después pasaría a denominarse Comunidad Andina¹⁰⁴¹. El principal

Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 163 y ss.

¹⁰⁴⁰ La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) fue un organismo regional existente entre 1960-1980. Fue creado el 18 de febrero de 1960, por el Tratado de Montevideo, con el objetivo de crear una zona de libre comercio que evolucionara hasta la constitución de un Mercado Común. Los Estados miembros fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ante la imposibilidad de cumplir con los objetivos marcados y no pudiendo crear la zona de libre comercio deseada, en 1980 dejó de funcionar o más bien se reformuló en un nuevo organismo: la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

¹⁰⁴¹ El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo, aunque en abril de 2006 siendo Sr. Chávez Presidente se retiró del mismo como protesta, contra Colombia y Perú, al anuncio de la negociación de tratados de Libre Comercio con los Estados Unidos. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él como consecuencia de la falta de compatibilidad entre la política económico del régimen militar de Sr. Pinochet y las políticas de integración de la CAN. En la actualidad son miembros de la Comunidad Andina Bolivia,

objetivo del acuerdo fue mejorar juntos, el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social.

La CAN está conformada por órganos e instituciones que están articuladas en el Sistema Andino de Integración (SAI), el cual fue establecido e incorporado mediante el Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (conocido como Protocolo de Trujillo), suscrito el 10 de mayo de 1996. Entre los órganos más importantes se encuentran los siguientes: el Consejo Presidencial Andino, conformado por los Presidentes de los Estados miembros, que está a cargo de la dirección política de la CAN; el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, que formula la política exterior de los países andinos en asuntos relacionados con la integración y coordinan posiciones conjuntas en foros y negociaciones internacionales; la Comisión, conformada por delegados plenipotenciarios que se encargan de formular, ejecutar y evaluar la política de integración en temas de comercio e inversiones y generan normas que son de obligado cumplimiento para los Estados miembros; la Secretaría General que administra y coordina el proceso de integración; el Tribunal Andino de Justicia que controla la legalidad de los actos de todos los Órganos e Instituciones y dirime controversias existentes entre países, entre ciudadanos o entre países y ciudadanos cuando se incumplen los acuerdos asumidos en el marco de la CAN; el Parlamento andino, conformado por 20 parlamentarios elegidos por voto popular, donde se delibera sobre la integración andina y se proponen acciones normativas; y, finalmente la Universidad Andina Simón Bolívar, que son varias y es la entidad educativa¹⁰⁴².

En sus inicios, el sustrato teleológico del Acuerdo de Cartagena era absolutamente sectorial, enfocado a la formación de una unión aduanera y un mercado común, ya que las políticas económicas eran consideradas una herramienta para producir una unión política; con las reformas introducidas mediante el Protocolo de Trujillo se operó un cambio sustancial que ya le dio un mayor cariz supranacional a la Comunidad¹⁰⁴³.

Colombia, Ecuador y Perú; son Estados asociados Chile, Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay; y como país observador se encuentra España.

¹⁰⁴² Son, además, instituciones parte del Sistema Andino de Integración, el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas, el Consejo Consultivo de los Trabajadores, el Consejo Consultivo de los Empresarios, la Corporación Andina de Fomento y el Fondo Latinoamericano de Reservas.

¹⁰⁴³ SALDÍAS, O., “Libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos*

VI.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES

Como punto de partida, a la hora de analizar la libre circulación de personas y de trabajadores, es obligatorio recurrir a la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador) el 26 de julio de 2002, porque supone un hito por la inclusión formal de libertades fundamentales en América del Sur, más aún, porque entre otras disposiciones de calado¹⁰⁴⁴, se encuentra normativa que consagra los derechos y libertades relacionados con la circulación de personas. Así, la Carta Andina establece un deber explícito de

Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 187 y ss.

¹⁰⁴⁴ Entre las disposiciones más destacables se encuentran las siguientes:

- Art. 1 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002, dice:

“Los Países Miembros de la Comunidad Andina reconocen que los derechos humanos son inherentes a la naturaleza y a la dignidad de toda persona.”

- Art. 2 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002, dice:

“Reconocen que todos los derechos humanos deber ser exigibles y reafirman su compromiso de respetar y hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, y en las leyes nacionales, y de adoptar todas las medidas legales y administrativas necesarias para prevenir e investigar los hechos que puedan constituir violaciones de los derechos humanos, asegurar la eficacia de los recursos constitucionales y judiciales, juzgar y sancionar a los responsables de éstas y reparar integralmente a las víctimas, de conformidad con la ley.”

- Art. 10 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002, dice:

“Reafirman su decisión de combatir toda forma de racismo, discriminación, xenofobia y cualquier forma de intolerancia o de exclusión en contra de individuos o colectividades por razón de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, condición migratoria y por cualquier otra condición; y, deciden promover legislaciones nacionales que penalicen la discriminación racial.”

- Art. 19 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002, dice:

“Reafirman su compromiso de respeto y garantía de los derechos civiles y políticos, en particular el derecho a la vida y la integridad personal, tal como están consagrados en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y los instrumentos internacionales sobre la materia y las normas constitucionales de los Países Miembros.”

- Y art. 20 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002, dice:

“Promoverán y protegerán las libertades de pensamiento y de opinión y expresión, en particular el libre funcionamiento de los medios de comunicación social sin interferencias no injerencias políticas, públicas o de grupos de presión privada; el acceso a medios de información electrónica; y el acceso del individuo a la información que, sobre su persona, obre en poder de la administración pública y las corporaciones privadas, conforme a los establecido en la ley.”

protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias¹⁰⁴⁵ y, a su vez, hace expresamente referencia a la libre circulación de los migrantes y al Derecho comunitario, como también la acción conjunta de los países miembros para promover estas libertades. Concretamente su artículo 51 establece lo siguiente:

“Prestarán atención a los siguientes temas prioritarios con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes y sus familias, en sus respectivas jurisdiccionales y en el ámbito andino:

- 1. El respeto del derecho a la migración, al trabajo, al libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familias, y a la libertad de elegir libremente domicilio, con arreglo a las legislaciones nacionales y a la normativa comunitaria.*
- 2. La prevención y eliminación de la discriminación a los migrantes andinos y sus familias en el acceso a los servicios públicos de educación y salud, vivienda y alojamiento, seguridad social y a fuentes de trabajo, así como la creación de centros de información y atención a los migrantes.*
- 3. La dotación a los migrantes y sus familias de documentos de identificación, sin discriminación por raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, orientación sexual y estatuto migratorio.*
- 4. La reunificación en el país de destino de los migrantes y sus familias y la regularización de su situación migratoria por los medios legales y administrativos correspondientes.*
- 5. La protección a los familiares de los migrantes, especialmente a los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores que continúen viviendo en su país de origen y se hayan separado de miembros de su familia como consecuencia de la migración.*

¹⁰⁴⁵ Art. 50 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002, dice:

“Reiteran su compromiso de cumplir y hacer cumplir los derechos y obligaciones consagrados en instrumentos internacionales que tiene como finalidad promover y proteger los derechos humanos de los migrantes y sus familias; y afirman su propósito de continuar haciendo esfuerzos para que sus legislaciones nacionales hagan posible la adopción de la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (1990), y examinarán como cuestión prioritaria la posibilidad de firmarla y ratificarla, o de adherirse a ella.”.

6. *La acción conjunta de los Países de la Comunidad Andina para promover y proteger los derechos de los migrantes y sus familias ante otros países y grupos de países, así como en los foros internacionales y regionales.”*

Respecto a la propia normativa migratoria específica de la Comunidad Andina, el Acuerdo de Cartagena no contiene ninguna referencia directa a las migraciones ni a la libre circulación de personas, en ninguna de sus calidades de trabajadores, turistas, estudiantes o cualquier otra. Ello no ha impedido que tanto en los primeros momentos de integración como, especialmente, en las últimas dos décadas la CAN haya acumulado un importante acervo de normas específicas destinadas a regular diversos aspectos relativos a la gestión de las migraciones. Con todo, las primeras normas comunitarias destinadas a facilitar la libre circulación de personas, en particular, de trabajadores, datan de la primera década de integración andina. Así, en 1977 la Comisión adoptó las Decisiones núms. 113 y 116 por las que se creaba, respectivamente, el Instrumento Andino de Seguridad Social (IASS)¹⁰⁴⁶ y el Instrumento Andino de Migración Laboral (IAML)¹⁰⁴⁷. El primero, el IASS, venía a reconocer a todas las personas que estuvieran protegidas por la legislación de seguridad social de uno de los Estados miembros, el derecho de igualdad de trato en otro Estado miembro en materia de coberturas por enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, invalidez, vejez, muerte y auxilio funerario¹⁰⁴⁸. Por su parte, el IAML contenía la esencia del principio de libre circulación de personas, al establecer que en la integración andina no cabía discriminación alguna en el empleo de los trabajadores migrantes en razón de sexo, raza, religión o nacionalidad, por lo que estos tendrían idénticos derechos laborales que los trabajadores del país de inmigración¹⁰⁴⁹.

En el marco del XIIº Consejo Presidencial Andino reunido en Lima (Perú), de fecha 9 y 10 de junio de 2000, se formalizó la denominada “Acta de Lima” cuyo objetivo principal era la conformación del Mercado Común Andino, entendido como un espacio para la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas; en lo relativo a esto último establecía que dicho objetivo sería abordado de manera progresiva a partir de la flexibilización de las normas nacionales y, para ello, dedicó un apartado específico en el

¹⁰⁴⁶ Que luego, en el 2004, fue modificado por la Decisión núm. 583.

¹⁰⁴⁷ Que posteriormente, en el 2003, fue modificada por la Decisión núm. 545.

¹⁰⁴⁸ Art. 2, 3 y 4 de la Decisión núm. 113 “Instrumento Andino de Seguridad Social”, 17ª período de sesiones extraordinarias de la Comisión, de 14-17 de febrero, celebrado en Lima (Perú).

¹⁰⁴⁹ Art. 12 de la Decisión núm. 116 “Instrumento Andino de Migración Laboral”, 17ª período de sesiones extraordinarias de la Comisión, de 14-17 de febrero, celebrado en Lima (Perú).

que se recogían medidas, tales como reconocer la utilización de Documento Nacional de Identidad como único requisito para el libre tránsito intracomunitario de personas; establecer un sistema integrado de identificación a nivel subregional con miras a homologar los documentos nacionales de identificación; establecer mecanismos que faciliten la residencia y permitan responder a las ofertas de trabajo; aprobar normas comunes en material laboral, previsional, salud y seguridad en el trabajo y aprobar el derecho de residencia¹⁰⁵⁰.

Al año siguiente, en 2001, en cumplimiento de las Directrices establecidas en el Acta de Lima, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores adoptaría un paquete de normas de trascendental importancia¹⁰⁵¹, entre las que se detallan a continuación las siguientes:

- Decisión núm. 503, de 22 de junio de 2001, “Reconocimiento de documentos nacionales de identificación”.

En su Preámbulo establece que la libre circulación de personas en la CAN es un derecho de los nacionales andinos y de los extranjeros, con residencia permanente en cualquier Estado miembro, a fin consolidar la identidad andina. La aplicación de esta Decisión se traduce en el derecho de los nacionales de los Estados miembros para desplazarse por todo el territorio comunitario mediante la sola presentación de uno de los documentos nacionales de identificación, sin el requisito de la visa consular.

- Decisión núm. 504, de 22 de junio de 2001, “Creación del Pasaporte Andino”.

Se aprueba la creación del Pasaporte Andino, que se concibe con una doble finalidad: por una parte, responde a la necesidad de reforzar la identidad comunitaria y, por otra, la proyección internacional de la Comunidad Andina¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ Directrices 1, 8 y Apartado IV del Anexo 1 del Acta de Lima, XII Reunión del Consejo Presidencial Andino, celebrada en Lima (Perú) los días 9 y 10 de junio de 2000.

¹⁰⁵¹ Las Decisiones núm. 503, de 22 de junio de 2001, “Reconocimiento de documentos nacionales de identificación”; núm. 504, de 22 de junio de 2001, “Creación de Pasaporte Andino”; núm. 525, de 7 de julio de 2002, “Características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino”; y núm. 526, de 7 de julio de 2002, “Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros”

¹⁰⁵² Preámbulo de la Decisión núm. 504 “Creación del Pasaporte Andino”, 8ª Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada el 22 de junio de 2001, en Valencia (Venezuela) manifiesta:

“Que la creación del documento de viaje denominado Pasaporte Andino se constituirá en un instrumento que coadyuvará a la consolidación de una conciencia y cohesión comunitaria entre los nacionales de los

Una vez adoptadas las citadas Decisiones de carácter técnico y operativo en materia migratoria, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores pasó a reformular una de las principales normas que ha permitido dotar de sentido y de contenido material a la libre circulación de personas, adoptando la Decisión núm. 545, de 25 de junio de 2003 (que modifica la Decisión núm. 116), por la que se crea el “Instrumento Andino de Migración Laboral”¹⁰⁵³. El espíritu de esta norma, además de facilitar la libre circulación de personas, persigue fomentar el empleo y las migraciones laborales en el contexto de creación del mercado común andino. Entre otros derechos, se garantiza a los trabajadores la igualdad de trato y de oportunidades (sin que en ningún caso sean objeto de discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual), la sindicalización y negociación colectiva, la libre movilidad para la entrada y salida, la libertad de transferencia de los fondos provenientes de su trabajo, las medidas apropiadas para proteger a su familia, el acceso a los sistemas de seguridad social, el pago de prestaciones sociales y el libre acceso a instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos¹⁰⁵⁴.

VII. AFRICAN UNION (AU) UNIÓN AFRICANA

VII.1. VISIÓN HISTÓRICA

El proceso de descolonización y la independencia de las naciones africanas fue tardío. Es después de la II Guerra Mundial cuando se impone la progresiva emancipación de los países africanos, por lo que la noción de soberanía e identidad nacional es mucho menos madura que en otras zonas¹⁰⁵⁵.

La Unión Africana se puede describir como un acontecimiento de gran magnitud en la evolución institucional del continente africano, es heredera de varios intentos previos de

Países Miembros y a la identificación internacional de la Comunidad Andina como un conjunto de países comprometidos con un proyecto integrador común.”.

¹⁰⁵³ QUINDIMIL LÓPEZ, J. A., “La libre circulación de personas en la Comunidad andina a la luz del estatuto jurídico de la ciudadanía comunitaria andina”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Thomson Reuters- Aranzadi, 2012, pág. 202 y ss.

¹⁰⁵⁴ Preámbulo, art. 10, 11, 13 de la Decisión 545 “Instrumento Andino de Migración Laboral”, 11^a Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, de 24-25 de junio de 2003, celebrada en Quirama, Antioquía (Colombia).

¹⁰⁵⁵ BENAVIDES DE LA VEGA, L., *La integración regional y el desarrollo en África*, Catarata, Madrid, 2009, pág. 15-28.

unir políticamente al continente como la Unión de Estados Africanos¹⁰⁵⁶ o la Organización para la Unidad Africana¹⁰⁵⁷. Es esta última la que se puede definir verdaderamente como antecedente u origen de la Unión Africana. De hecho, es en el seno de una de sus Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno donde se confecciona la Declaración de *Sirte*¹⁰⁵⁸ que insta a los distintos miembros a que creen una unión africana con el fin de acelerar el proceso de integración en el continente y así poder ejercitar su derecho legítimo a participar en la economía globalizada. Una de las labores más destacadas de la Organización fue la elaboración del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Africana, suscrito en *Abuja* (Nigeria) el 3 de junio de 1991; en él se pactó que su establecimiento fuera un proceso gradual de coordinación e integración progresiva mediante, entre otras, la eliminación de obstáculos y barreras para el libre movimiento de personas, bienes, servicios y capitales, así como para el derecho de residencia y establecimiento¹⁰⁵⁹.

A la Asamblea de Jefes de Estado en el seno de la Organización para la Unidad Africana en *Sirte* le siguieron otras absolutamente necesarias para la configuración final de la Unión Africana, como fueron las siguientes:

Por una parte, la Cumbre de *Lomé* (Togo), donde se redactó el Acta Constitutiva de la Unión, cuyos objetivos prioritarios eran los siguientes¹⁰⁶⁰:

- Lograr una mayor unidad y solidaridad entre los países africanos y los pueblos de África.
- Defender la soberanía, la integridad territorial y la independencia de los Estados miembros.

¹⁰⁵⁶ Fue una organización internacional africana precursora de la Organización para la Unidad Africana y de la Unión Africana, fundada por el acuerdo suscrito el 23 de noviembre de 1958 por Ghana y Guinea, en abril de 1961 se adheriría el Estado de Malí. Se disolvió en 1962.

¹⁰⁵⁷ Fue fundada mediante la Carta de la Organización para la Unidad Africana formalizada en *Addis Abeba* el 25 de mayo de 1963, un año después de la disolución de la Unión de Estados Africanos y que fue posteriormente remplazada por la Unión Africana. Inicialmente la Carta fue suscrita por 32 Estados si bien a lo largo de los años fueron 21 Estados más los que se adhirieron a la misma, conformando un espacio de integración regional compuesto por todos los Estados africanos. El 1984 Marruecos se retiró de la Organización cuando la Organización aceptó la adhesión de la República Árabe Saharaui Democrática.

¹⁰⁵⁸ Declaración de *Sirte* aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana en su 4º periodo extraordinario de sesiones, celebrado en *Sirte* (Libia) el 8 y 9 de septiembre de 1999.

¹⁰⁵⁹ Art. 4.2 i) del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana de 3 de junio de 1991.

¹⁰⁶⁰ Art. 3 de la Acta Constitutiva de la Unión Africana suscrita en *Lomé* (Togo) el 11 de julio de 2000.

- Acelerar la integración política y socio-económica del continente.
- Promover y defender las posturas comunes africanas sobre asuntos de interés para todo el continente y sus pueblos.
- Estimular la cooperación internacional, tomando debidamente en cuenta la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Promover la paz, la seguridad y la estabilidad en el continente.
- Promover los principios y las instituciones democráticas, la participación popular y el buen gobierno.
- Promover y proteger los derechos humanos de los pueblos en correspondencia con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos pertinentes.
- Crear las condiciones necesarias que permitan al continente desempeñar su justo papel en la economía global y las negociaciones internacionales.
- Estimular el desarrollo sostenido en lo económico, social y cultural, así como la integración de las economías africanas.
- Propiciar la cooperación en todas las esferas de la actividad humana para elevar el nivel de vida de los pueblos africanos.
- Coordinar y uniformar las políticas de las Comunidades Económicas Regionales para el logro gradual de los objetivos de la Unión.
- Fomentar el desarrollo del continente mediante la promoción de la investigación en todos los campos, en particular la ciencia y la tecnología y
- Trabajar con colaboradores internacionales pertinentes en la erradicación de enfermedades previsibles y la promoción de una buena salud en el continente.

Por otra, la Cumbre de *Lusaka* (Zambia)¹⁰⁶¹, donde se aprobó el plan para la instauración de la Unión y estableció la transición de la Organización para la Unión Africana a la Unión Africana.

La Unión Africana celebró su primera cumbre el 9 de julio de 2002, donde se suscribió la Declaración de *Durban* y se fijó como objetivo principal que los países africanos

¹⁰⁶¹ Celebrada en *Lusaka* (Zambia) los días 8 y 9 de Setiembre de 2001.

siguieran los pasos de la Unión Europea en la integración política y económica. En la actualidad, aunque el grado de integración es aún emergente, pueden evidenciarse progresos importantes en esta organización regional.

En relación a su diseño orgánico en la Unión Africana, al igual que ocurre en otros espacios de integración económico, destacan las siguientes instituciones: la Asamblea¹⁰⁶²; el Consejo Ejecutivo¹⁰⁶³; el Comité de Representación Permanente¹⁰⁶⁴; la Comisión¹⁰⁶⁵; el Parlamento¹⁰⁶⁶; el Consejo Económico, Social y Cultural¹⁰⁶⁷; la Corte de Justicia¹⁰⁶⁸, el Consejo de Paz y Seguridad¹⁰⁶⁹; además de instituciones financieras; y Comités técnicos especializados.

VII.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES

En lo relativo a la regulación jurídica del derecho a la libre circulación de personas y trabajadores, su formulación embrionaria se encuentra en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Africana¹⁰⁷⁰, de 3 de junio de 1991, donde se fijaba, como uno de sus objetivos, la eliminación gradual de los obstáculos a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como al derecho de residencia y establecimiento. Además, en el artículo 43.2 del citado Tratado se instaba a las partes a formalizar un Protocolo relativo a la libre circulación de personas, el derecho de residencia y el derecho de establecimiento. Este mandato fue ejecutado finalmente por la Unión Africana que en su 30ª Sesión de la Asamblea celebrada en *Addis Abeba* (Etiopia), el 29 de enero de 2018,

¹⁰⁶² Es el órgano supremo en cuanto a sus funciones y competencias; está compuesta por los Jefes de Estado y Gobierno de cada Estado.

¹⁰⁶³ Está compuesto por los Ministros de Exterior de los países miembros y tiene encomendada la responsabilidad de debatir sobre los asuntos de interés para la Unión Africana que serán sometidos a la revisión de la Asamblea.

¹⁰⁶⁴ Está compuesto por representantes permanentes de los Estados miembros acreditados y está encargado de preparar la tarea que será tratada en el foro del Consejo Ejecutivo.

¹⁰⁶⁵ Juega un papel fundamental en la gestión diaria de la Unión Africana; entre otras funciones representa a la Unión y defiende sus intereses.

¹⁰⁶⁶ Es la institución que garantiza la plena participación de los nacionales de los distintos Estados miembros en el gobierno, desarrollo y la integración económica del continente.

¹⁰⁶⁷ Es el órgano consultivo compuesto por distintos grupos profesionales de los Estado miembros.

¹⁰⁶⁸ Es un órgano que aún no se ha constituido.

¹⁰⁶⁹ Es un órgano en estado incipiente que busca incentivar mecanismos de mediación y arbitraje por naciones africanas de conflictos locales.

¹⁰⁷⁰ En el seno de la Organización para la Unión Africana.

adoptó el Protocolo al Tratado de Constitución de la Comunidad Económica Africana relativo a la libre circulación de personas, derecho de residencia y derecho de establecimiento.

La importancia de este Protocolo es decisiva para la culminación del proceso de integración regional, aunque se prevé que las medidas reguladas en este Protocolo sean cumplimentadas de forma progresiva¹⁰⁷¹. El Protocolo reconoce a los nacionales de los Estados miembros el derecho de entrada, estancia (de 90 días prorrogables), libre movimiento y de salida, sin necesidad de presentación de visado, en otro Estado miembro (de acuerdo con sus leyes, reglamentos y procedimientos)¹⁰⁷² sin que este les dé un trato discriminatorio (principio inspirador del Protocolo)¹⁰⁷³ por razón de su nacionalidad, raza, grupo étnico, color, sexo, lenguaje, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, fortuna etc. Asimismo, el Protocolo reconoce el derecho de residencia y establecimiento a los nacionales de los Estados miembros, siempre que se realice de conformidad con la legislación del Estado miembro de recepción, si bien, en relación al derecho de residencia, insta a los Estados miembros para que gradualmente vayan implementando políticas y leyes favorables al efecto¹⁰⁷⁴.

En relación al libre movimiento de trabajadores el Artículo 14 del Protocolo establece lo siguiente¹⁰⁷⁵:

“1. Los nacionales de un Estado miembro tendrán derecho a buscar y aceptar empleo sin discriminación en cualquier otro Estado miembro de conformidad con las leyes y políticas del Estado miembro de recepción.

2. El nacional de un Estado miembro que acepte y asuma un empleo en otro Estado miembro podrá ir acompañados por su cónyuge y familiares dependientes.”

¹⁰⁷¹ Art. 5 del Protocolo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana, adoptado en la 30ª sesión ordinaria de la Asamblea celebrada en *Addis Abeba* (Etiopía) el 29 de enero de 2018.

¹⁰⁷² Art. 6 del Protocolo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana, adoptado en la 30ª sesión ordinaria de la Asamblea celebrada en *Addis Abeba* (Etiopía) el 29 de enero de 2018.

¹⁰⁷³ Art. 4 del Protocolo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana, adoptado en la 30ª sesión ordinaria de la Asamblea celebrada en *Addis Abeba* (Etiopía) el 29 de enero de 2018.

¹⁰⁷⁴ Art. 16 y 17 del Protocolo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana, adoptado en la 30ª sesión ordinaria de la Asamblea celebrada en *Addis Abeba* (Etiopía) el 29 de enero de 2018.

¹⁰⁷⁵ El texto oficial está redactado en inglés, se trata de una versión en castellano no oficial.

VIII. AUSTRALIA-NEW ZEALAND CLOSER ECONOMIC RELATIONS TRADE AGREEMENT (ANZCERTA) ACUERDO COMERCIAL DE ACERCAMIENTO ECONÓMICO ENTRE AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA

VIII.1 VISIÓN HISTÓRICA

Las relaciones comerciales entre Australia y Nueva Zelanda hasta después de la Segunda Guerra Mundial fueron relativamente escasas (destacan en ese periodo los acuerdos comerciales suscritos en 1922 y 1933), por una parte, porque cada país imponía políticas proteccionistas y, por otra, por la relación comercial preferencial que cada uno mantenía con el Reino Unido. No fue hasta 1965 con la firma del Acuerdo de Libre Comercio entre Nueva Zelanda y Australia¹⁰⁷⁶ cuando verdaderamente comenzó entre ambos países una relación comercial importante y beneficiosa para ambos. Este pacto tenía como objetivo la reducción de algunos aranceles¹⁰⁷⁷.

Dada la complejidad y la burocracia excesiva que imponía dicho acuerdo, en diciembre de 1982, los Primeros Ministros de ambos países¹⁰⁷⁸ vieron la necesidad de sustituirlo. El 1 de enero de 1983 entró en vigor el acuerdo conocido como ANZCERTA (Acuerdo Comercial de Acercamiento Económico entre Australia y Nueva Zelanda) que, si bien en un principio se limitaba a promocionar una zona de libre comercio de mercancías¹⁰⁷⁹, hoy en día se ha convertido en un mercado común en el que se ha liberalizado el comercio de bienes y servicios, logrando una mayor integración entre ambos países. El acuerdo es considerado como un gran éxito, ya que ha logrado un gran aumento en el comercio y la inversión entre los dos países. Se ha descrito como "uno de los acuerdos comerciales más abiertos en el mundo" y como "el acuerdo de libre comercio más completo, eficaz y mutuamente compatible del mundo"¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁶ Acuerdo suscrito el 31 de agosto de 1965 en *Wellington* y entró en vigor el 1 de enero de 1966.

¹⁰⁷⁷ PICKER, S. I.; "Pacific Partnership: The New Zealand-Australia Free Trade Agreement", *Melbourne University Law Review*, Vol. 7, 1969, pág. 67 y ss.

¹⁰⁷⁸ *Mr. Lionel Bowen* (Australia) y *Mr. Laurie Francis* (Nueva Zelanda).

¹⁰⁷⁹ En su artículo 1 se decía que los objetivos del acuerdo eran: fortalecer la relación entre Australia y Nueva Zelanda; desarrollar relaciones económicas más estrechas a través de la expansión, en beneficio mutuo, del libre comercio entre los dos países; eliminar las barreras al comercio de manera gradual, progresiva y acordada; y desarrollar el comercio entre Nueva Zelanda y Australia en condiciones de competencia leal.

¹⁰⁸⁰ SUTTON, H. J., *The Australia-New Zealand Closer Economic Relationship*, Ministry of Foreign Affairs and Trade, Wellington, 2005, pág. 2.

Toda esta evolución no solo se ha logrado mediante el ANZCERTA, sino que las partes han suscrito acuerdos (algunos anteriores) que han respaldado el objetivo de alcanzar el Mercado Común, entre ellos el Acuerdo de Viaje Trans-Transmánico, el Acuerdo sobre la Seguridad Social y el Acuerdo de doble imposición.

VIII.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES

El instrumento troncal existente entre ambos países que posibilita la libre circulación de personas y de trabajadores es el Acuerdo de Viaje Trans-Transmánico (*Trans- Tasman Travel Arrangement*) anunciado en Camberra (Australia) el 15 de marzo de 1973¹⁰⁸¹. Este acuerdo conjuntamente con el Acuerdo sobre la Seguridad Social y el Acuerdo de doble imposición se encuentran dentro del marco del ANZCERTA¹⁰⁸². Se trata de un acuerdo informal basado en acuerdos nivel ministerial, no es ningún tratado internacional. Su desarrollo o su ejecución se realiza mediante la aprobación de disposiciones específicas que cada país vaya aprobando dentro de su ordenamiento jurídico nacional en orden a cumplir con el objetivo estipulado en el Acuerdo, esto es, el facilitar la libre entrada a ciudadanos australianos y neozelandeses en el país del otro para visitar, residir y trabajar sin la necesidad de obtener visas o permisos. Según la doctrina¹⁰⁸³, la creación del acuerdo fue la culminación de una experiencia idiosincrásica basada principalmente en la proximidad geográfica, los lazos coloniales compartidos y el patrimonio cultural. El acuerdo fue simplemente un reconocimiento de una realidad existente, no una decisión proactiva para integrar a los dos países.

El acuerdo ha sufrido modificaciones a lo largo del tiempo; si en un principio los ciudadanos australianos y neozelandeses no necesitaban pasaportes para viajar, el 1 de julio de 1981, a petición de Australia, se estableció esta obligación; en 1994, Australia

¹⁰⁸¹ El 22 de enero de 1973, los Primeros Ministros de Australia y Nueva Zelanda (Sr. *Gough Whitlam* y Sr. *Norman Kirk*, respectivamente), en un comunicado conjunto, anunciaron las bases de lo que se conocería como el Acuerdo de viaje Trans-Tasmánico que cubría una amplia gama de cuestiones como la cooperación económica y de defensa, los viajes, los asuntos del Pacífico Sur, las relaciones raciales y las pruebas de armas nucleares. La negociación de los detalles del Acuerdo (o la política de puertas abiertas tal como se llamaba en ese momento) fue anunciada el 4 de febrero de 1973 y finalmente el 15 de marzo de 1973 se emitió un comunicado de prensa informando sobre su entrada en vigor.

¹⁰⁸² En el Preámbulo del Acuerdo, conocido como ANZCERTA, se fija como objetivo la libertad de movimiento dentro del espacio de libre comercio por razones sociales.

¹⁰⁸³ REFER LOCKHART, S. P. y MONEY, J., "Migration Cooperation in Asia", en HANSEN, R., MONEY, J. y KOEHLER, J. (edit.): *Migration, Nation States and International Cooperation*, Routledge, Londres, 2011, pág. 5.

amplió sus requisitos de visado a todos los no australianos que llegaran a Australia, entre ellos a los ciudadanos neozelandeses si bien, para estos, se creaba una visa de categoría especial, la subclase 444¹⁰⁸⁴ que se expedía automáticamente y sin necesidad de solicitud previa, otorgándoles un trato preferencial y sin que supusiera un cambio notorio. Por su parte, Nueva Zelanda en 2009, estableció un sistema similar al australiano exigiendo la presentación del visado a todos los no neozelandeses que llegaran a Nueva Zelanda, si bien se creaba una Visa de Categoría Especial a los ciudadanos australianos, de similares características de la australiana¹⁰⁸⁵.

IX. COMUNIDAD Y MERCADO COMÚN DEL CARIBE (CARICOM)

IX.1 VISIÓN HISTÓRICA

El CARICOM es el resultado de un largo periodo de cooperación para conseguir la integración y la unidad política en los países de la zona del Caribe. Los principales antecedentes se encuentran en la Federación de las Indias Occidentales y en la Asociación de Libre Comercio del Caribe (CARIFTA).

La Federación de las Indias Occidentales, establecida en 1958, tenía el objetivo de organizar una infraestructura suficiente para coordinar la actuación política de los países miembros¹⁰⁸⁶, cuando todavía no habían conseguido su independencia (ya que en ese momento eran colonias dependientes del Reino Unido). En 1962 se extinguió la Federación.

El CARIFTA¹⁰⁸⁷ fue creada en mayo de 1968 para promover el libre comercio en el área. A pesar del éxito de su funcionamiento, surgieron quejas por parte de los países menos avanzados respecto a la desigual distribución de los beneficios a favor de los más desarrollados¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ La Visa de Categoría Especial (subclase 444) es una visa que se expide automáticamente y sin solicitud previa y es de carácter temporal, aunque permite permanecer en Australia de forma indefinida.

¹⁰⁸⁵ SMITH, A., “The Fiscal Impact of the Trans-Tasman Travel Arrangement: Wither CER?”, 26th Annual Conference of the Australasian Tax Teachers’ Association. Brisbane, Queensland, 20th -22nd January 2014.

¹⁰⁸⁶ Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Jamaica, Montserrat, Trinidad y Tobago, San Cristobal y Nieves, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas.

¹⁰⁸⁷ El 1 de mayo de 1968 Barbados, Guyana, Antigua y Trinidad-Tobago firmaron el Tratado creando la Asociación de Libre Comercio del Caribe (*Caribbean Free Trade Association*) conocida como CARIFTA, tres meses más tarde Dominica, Santa Lucía, San Vicente, Granada y San Kitts y Nevis se adhirieron a la Asociación, en agosto lo hicieron Jamaica y Montserrat y posteriormente, en mayo de 1971, Belice.

¹⁰⁸⁸ MARIÑAS OTERO, L., “El CARIFTA y el CARICOM. La integración económica en el Caribe británico”, *Revista de Política internacional*, 1974, pág. 159-166.

El CARICOM¹⁰⁸⁹ surgió como resultado de los esfuerzos por la cooperación económica y la coordinación política de los países de la zona mediante la firma del Tratado de la Comunidad del Caribe, en *Chaguaramas* (Trinidad) el 4 de julio de 1973. En la actualidad, y después de que el Tratado se haya sometido a modificaciones, su objetivo principal es, además de establecer el Mercado Común y Económico del Caribe (MUEC), incluir otros elementos de cooperación adicionales, tales como la coordinación de las políticas exteriores y la cooperación de determinadas funciones en el terreno del desarrollo social, cultural y tecnológico¹⁰⁹⁰. Asimismo, el Tratado en su artículo 7° establece la prohibición expresa de toda discriminación fundada en motivos de nacionalidad.

Sus principales órganos son la Conferencia de Jefes de Gobierno y el Consejo de la Comunidad. El primero es el órgano supremo y bajo cuya responsabilidad está definir la política de una agrupación regional y responsabilizarse de los tratados; el segundo, esto es, el Consejo, está integrado por los Ministros y se encarga del desarrollo de los planes estratégicos, de coordinar la integración en diferentes sectores y de promover la cooperación entre los Estado miembros. Además, el CARICOM cuenta con la Secretaría General (es el órgano administrativo que ejecuta las decisiones que se adoptan en la conferencia o en las instituciones asociadas, al frente de la cual está un Secretario General nombrado por la Conferencia de Jefes de Gobierno) y con otras instituciones que son responsables de la supervisión de la cooperación y las políticas en distintos ámbitos (educación, sanidad, energía, transporte, recursos naturales, turismo, minería, asuntos exteriores, agricultura, trabajo, asuntos financieros, ciencia y tecnología y cuestiones legales)¹⁰⁹¹.

IX.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES

Es con la aprobación, por los Jefes de Gobierno de los Estados miembros, del Tratado Revisado de Chaguaramas en julio de 2001, cuando el CARICOM adquiere el

¹⁰⁸⁹ Los Estados miembros integrantes de pleno derecho son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guayana, Jamaica, Montserrat, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago.

¹⁰⁹⁰ Preámbulo del Tratado de Chaguaramas Revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la Economía de la CARICOM, de 5 de julio de 2001.

¹⁰⁹¹ CALVO HONERO, A., *Integración económica y regionalismo. Principales acuerdos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pág. 228-230.

compromiso de profundizar en la integración económica regional mediante el establecimiento del Mercado Único con el objetivo de conseguir el desarrollo económico sostenido sobre la base de la competitividad internacional, unas políticas económicas y exteriores coordinadas, la cooperación funcional y el fomento de las relaciones comerciales y económicas con terceros Estados. Para ello establece como principio interpretador del conjunto del Tratado la no discriminación, esto es, queda prohibida toda discriminación fundada en motivos de nacionalidad, incluso insta a los órganos competentes a que establezcan normas en aras a prohibir toda discriminación de esa índole¹⁰⁹².

Respecto a la libre circulación de las personas, el Tratado impone a los Estados miembros la obligación de conseguir el objetivo de la libre circulación de sus nacionales y, como primer paso para alcanzar este fin, concede el derecho de buscar empleo en cualquier Estado miembro a una serie de nacionales de la Comunidad que estén incluidas dentro de unas determinadas categorías profesionales, entre ellas se encuentra la de los deportistas, Concretamente sus artículos 45 y 46 dicen lo siguiente:

“Art. 45. Movimiento de nacionales de la Comunidad

Los Estados Miembros se comprometen a conseguir el objetivo de la Libre circulación de sus nacionales en la Comunidad

Art. 46. Movimiento de nacionales de la Comunidad capacitados

1. Sin perjuicio de los derechos que han reconocido y han acordado otorgarse entre sí y a los nacionales de la Comunidad en los artículos 32, 33, 37, 38 y 40, los Estados Miembros acuerdan y se comprometen, como primer paso para conseguir la meta establecida en el artículo 45, a conceder el derecho de buscar empleo en sus jurisdicciones a las siguientes categorías de nacionales de la Comunidad:

- a) titulados universitarios;*
- b) empleados de los medios de comunicación;*
- c) deportistas;*
- d) artistas; y*

¹⁰⁹² Art. 7 del Tratado de Chaguaramas Revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la Economía de la CARICOM, de 5 de julio de 2001.

- e) *músicos reconocidos como tales por las autoridades competentes de los Estados Miembros de acogida.*
2. *Los Estados Miembros adoptarán las disposiciones legislativas, administrativas y de procedimiento adecuadas para:*
- a) *Facilitar el movimiento de las capacidades contempladas en el ámbito del presente artículo;*
- b) *Tomar disposiciones para el movimiento de los nacionales de la Comunidad dentro de sus jurisdicciones y hacia ellas sin hostigamiento ni imposición de impedimentos; con inclusión de:*
- i) *La supresión del requisito de pasaporte para los nacionales de la Comunidad que viajen a sus jurisdicciones;*
- ii) *La supresión del requisito de permisos de trabajo para los nacionales de la Comunidad que busquen un empleo aprobado en sus jurisdicciones;*
- iii) *El establecimiento de mecanismos para certificar y establecer la equivalencia de títulos y para acreditar a las instituciones.*
- iv) *La armonización y posibilidad de transferencia de las prestaciones de la seguridad social.*
3. *Ninguna de las disposiciones del presente Tratado se interpretará en el sentido de que impide a los Estados Miembros conceder a los nacionales de la Comunidad acceso sin restricciones a sus jurisdicciones y capacidad de movimiento dentro de ellas con sujeción a las condiciones que el interés público pueda exigir.*
4. *La Conferencia mantendrá en examen las disposiciones del presente artículo al objeto de:*
- a) *Ampliar, según proceda, las clases de personas que tiene derecho a trasladarse y trabajar libremente en la Comunidad; y*
- b) *Vigilar y conseguir el cumplimiento de esas disposiciones.”.*

X. UNIÓN ECONÓMICA EUROASIÁTICA (UEEA)

X.1. VISIÓN HISTÓRICA

Desde la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en 1991, han sido muchos los intentos de entablar alianzas para lograr una cohesión económica y política entre los países independientes que resultaron de dicha disolución¹⁰⁹³.

La consecución de la Unión Económica Euroasiática ha sido el resultado de una larga andadura en la que se han negociado y suscrito multitud de tratados. La idea primigenia que desembocaría en la creación de la UEEA surge en 1994 por parte del presidente de Kazajistán cuando en un discurso en Moscú (Rusia) habló sobre la necesidad de establecer un área económica y política entre las nuevas Repúblicas surgidas tras la desintegración de la URSS. La idea fue acogida por los mandatarios de Bielorrusia y Rusia y en 1995 se redactó y firmó el Tratado de la Unión Aduanera, cuyo objetivo era eliminar las barreras arancelarias además de garantizar el libre comercio y la competencia leal. Al año siguiente, los mismos tres Estados suscribieron el Tratado de Integración Económica y Humanitaria en Moscú, si bien en esta ocasión se unió Kirguistán y más adelante se adhirió Tayikistán. El siguiente instrumento en ser firmado por los mismos cinco Estados, fue el Tratado de la Unión Aduanera y el Espacio Económico Euroasiático, firmado en Moscú (Rusia) en 1999. Un año más tarde, en 2000, con el objetivo de promover la integración y la cooperación en la región, se crea la Comunidad Económica Euroasiática (CEEAA)¹⁰⁹⁴ que durante 12 años implementó políticas económicas con el fin de lograr una integración económica de sus miembros¹⁰⁹⁵.

Finalmente, el 29 de mayo de 2014 se suscribió el Tratado de la Unión Económica Euroasiática¹⁰⁹⁶. La Unión Económica Euroasiática (UEEA) es un ente supranacional de corte económico y político donde la articulación de sus políticas no se realiza mediante la cesión de competencias a un órgano común, sino mediante la profundización en

¹⁰⁹³ Por ejemplo, la Comunidad de Estados Independientes (CEI) creada mediante la firma del Tratado en 8 de diciembre de 1991 en *Brest* (Bielorrusia) siendo su objetivo eliminar las fronteras y garantizar el libre movimiento de los nacionales de los Estados miembro (Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Kazajistán, Kirguistán, Moldavia, Rusia, Tayikistán, Uzbekistán).

¹⁰⁹⁴ Tratado de Establecimiento de la Comunidad Económica Euroasiática firmado en Astana (Kazajistán) el 10 de octubre de 2000.

¹⁰⁹⁵ HAZ GÓMEZ, F. E., <http://fes-sociologia.com/files/congress/12/papers/3446.pdf>.

¹⁰⁹⁶ Los Estados miembros firmantes fueron Kazajistán, Bielorrusia y Rusia, el 9 de octubre de 2014 se unió Armenia y el 23 de diciembre de 2014, Kirguistán. Entró en vigor el 1 de enero de 2015.

acuerdos multilaterales entre los socios que después deberán integrar cada uno en su ordenamiento jurídico nacional. Entre sus objetivos principales están, por una parte, crear las condiciones adecuadas para el desarrollo económico sostenible de los Estados miembros para mejorar el nivel de vida de su población; por otra, buscar la creación de un mercado común para bienes, servicios, capital y trabajo dentro de la Unión; y, finalmente, asegurar la modernización, cooperación y competitividad de las economías nacionales dentro de la economía global¹⁰⁹⁷.

Respecto a su estructura, que viene regulada en la Sección III del Tratado, destacan los siguientes órganos: el Consejo Económico Euroasiático Supremo¹⁰⁹⁸; el Consejo Intergubernamental Euroasiático¹⁰⁹⁹; la Comisión Económica Euroasiática¹¹⁰⁰ y finalmente, el Tribunal de la Unión Económica Euroasiática.¹¹⁰¹

X.2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y TRABAJADORES

En este caso, y como ya se ha comentado anteriormente, el Tratado de la Unión Económica Euroasiática reconoce, como uno de sus principales objetivos, la búsqueda de la creación de un mercado único para las mercancías, servicios, capital y trabajo, lo que implica que el Tratado admite el libre movimiento de los mismos dentro de las fronteras de la Unión. Es de destacar que entre las cuatro libertades que se impone como objetivo a alcanzar se encuentra la libre circulación de trabajadores, que no la de personas.

Es la Sección XXVI del Tratado la encargada de regular este derecho y para ello insta a los Estados miembros a que cooperen para alcanzar una política de migración laboral dentro de la propia Unión, mediante la interacción entre las autoridades competentes de cada Estado miembro. La Unión ampara el derecho de los trabajadores a ser empleados en cualquier otro Estado miembro sin sufrir ningún tipo de restricción (las únicas aceptadas serán aquellas que sean necesarias para garantizar la seguridad nacional y el

¹⁰⁹⁷ Art. 4 del Tratado de la Unión Económica Euroasiática suscrito en *Astaná* (Kazajistán), el 29 de mayo de 2014.

¹⁰⁹⁸ Es el órgano compuesto por los Jefes de Estado de los Estados miembros, su función es determinar la estrategia, la dirección y las perspectivas de la integración y toma de decisiones encaminadas a la consecución de los objetivos de la Unión.

¹⁰⁹⁹ Su función es controlar la ejecución de las disposiciones del Tratado.

¹¹⁰⁰ Es el órgano permanente que gestiona la Unión.

¹¹⁰¹ El Tribunal está a cargo de la resolución de litigios y de la interpretación del ordenamiento jurídico de la Unión Económica Euroasiática.

orden público) respecto de sus nacionales y además no se les requerirá la obtención del permiso de trabajo¹¹⁰².

¹¹⁰² Art. 96 y 97 del Tratado de la Unión Económica Euroasiática suscrito en *Astaná* (Kazajistán), el 29 de mayo de 2014.

CAPÍTULO VII

TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE FUTBOLISTAS MENORES DE EDAD

I. INTRODUCCIÓN

Es en este capítulo donde se va a centrar en análisis específico de la normativa que prohíbe el traspaso internacional de los jugadores menores de edad. Para ello es necesario realizar un estudio del propio Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de jugadores de la *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), para poder después contextualizar la prohibición que introduce el artículo 19, que es literalmente copiado en el Reglamento de la Real Federación Española de Fútbol.

Todo este análisis normativo viene acompañado de una completa colección de laudos arbitrales dictados por el Tribunal Arbitral Deportivo de Lausana que, como se ha mencionado a lo largo de toda esta investigación, es el competente (según los Estatutos federativos internacionales y nacionales) para dirimir este tipo de litigios en apelación.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La transferencia internacional de futbolista menor de edad se puede definir como el acto formal por el que se materializa la transferencia o cesión de los derechos federativos de un jugador de fútbol menor de edad de un club perteneciente a una asociación o federación deportiva de un Estado a otro club de otra asociación o federación deportiva de distinto Estado. Este negocio jurídico viene regulado por el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores¹¹⁰³ de la *Fédération Internationale de Football Association*¹¹⁰⁴, de ahora en adelante el RETJ, y es de obligado cumplimiento, ya que en su artículo 1.3 a) exige que las disposiciones reguladoras de la transferencia internacional

¹¹⁰³ Su última versión es el Reglamento aprobado por el Consejo de la FIFA en Zúrich el 3 de junio de 2019.

¹¹⁰⁴ Institución ya analizada en el Capítulo II: “Derecho Deportivo” del presente trabajo.

de futbolistas menores de edad, entre otras, sean incorporadas sin modificación alguna a todos los reglamentos de las federaciones deportivas de ámbito nacional.

En aras a ahondar más en la propia la definición, resulta necesario analizar cada uno de los factores que intervienen en ella.

II.1. DERECHO FEDERATIVO

Comenzando con el objeto del acto jurídico, hay que definir qué es el derecho federativo; la doctrina mayoritaria¹¹⁰⁵ lo define como aquel derecho o potestad, que tiene un club, de inscribir a un jugador en una determinada competición oficial organizada por una federación o asociación deportiva¹¹⁰⁶ para que el jugador lo represente en la misma; una vez inscrito, la asociación o federación expedirá la pertinente autorización, licencia federativa¹¹⁰⁷, a favor del jugador.

Se debe distinguir el acto de inscripción en una federación, que hace nacer el derecho federativo, del contrato de trabajo entre el club y el jugador (si bien en ocasiones se encontrarán íntimamente vinculados), porque son dos actos distintos y generan derechos diferentes. A modo de ejemplo, un jugador no profesional carece de contrato de trabajo, pero sí está inscrito en un club, por lo que el club ostentará los derechos federativos del jugador sin mediar contrato de trabajo.

II.2. ESTATUS DEL JUGADOR

En relación con lo anteriormente expuesto, es necesario aclarar que, en el traspaso internacional de derechos federativos de jugadores menores de edad, estos pueden ser

¹¹⁰⁵ GALEANO GUBITOSI, A. y GONZÁLEZ MULLÍN, H., “Los derechos federativos en el fútbol profesional actual: Vigencia o no de su contenido patrimonial”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, 2008, pág. 233-240.

¹¹⁰⁶ En España, las federaciones deportivas vienen definidas en el artículo 30 de la Ley 10/90, de 15 de octubre, del Deporte (BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411) y las define como:

“1. Entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte.

2. Las Federaciones deportivas además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación, funciones públicas de carácter de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública.”.

¹¹⁰⁷ Título jurídico, único, nominal e intransferible, que permite o habilita para participar en actividades o competiciones oficiales organizadas por las federaciones deportivas y que ha sido analizada, en profundidad, en el Capítulo II del presente trabajo de investigación.

profesionales o aficionados. Los primeros tendrán un contrato laboral que les vincula con el club donde se inscriben y los aficionados no.

A este respecto, resulta interesante abordar la complejidad que, en muchísimas ocasiones, acarrea diferenciar los futbolistas aficionados de los profesionales, ya que un jugador puede ser considerado aficionado por su federación deportiva nacional y, a su vez, puede ser considerado como profesional para la jurisdicción laboral.

Según el artículo 2 de RETJ, el jugador profesional será aquel que tiene un contrato escrito con un club y percibe un monto superior a los gastos que realmente efectúa por su actividad futbolística, por lo que cualquier otro jugador será considerado como aficionado.

En el ámbito nacional, el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985 de 26 de junio, por la que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales dispone lo siguiente:

“Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

Quedan excluidos del ámbito de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.”

Si bien conceptualmente la diferencia es clara, en la práctica no lo es. Es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de abril de 2009¹¹⁰⁸ y analizar el desarrollo dogmático que se hace a este respecto¹¹⁰⁹.

Los hechos objeto de la resolución se resumen en los siguientes: desde la temporada 2004/2005 el jugador venía realizando una actividad deportiva por cuenta del Club Deportivo Colonia Ofigevi, entrenando regularmente en dependencias del club y en horario de 20:00 a 22:30 durante tres o cuatro días por semana; el jugador participaba en partidos de fútbol semanalmente, bien en su propio campo o bien en el campo de fútbol

¹¹⁰⁸ STS, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2009, n° rec. de casación para unificación de doctrina: 4391/2007 (ECLI:ES:TS:2009:2432), Fundamentos jurídicos 3° y 4°.

¹¹⁰⁹ RODRIGUEZ GARCÍA, J., “La asociación de futbolistas españoles: 40 años por los derechos de los futbolistas”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 60, 2018, BIB 2018/11609.

del equipo rival (con arreglo al calendario federativo de competición); y el jugador recibía como retribución entre 210 ó 205 euros mensuales en concepto de honorarios. A la hora de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal, primeramente, expone cuáles son los requisitos sustantivos del contrato de trabajo deportivo, que no son otros que la práctica del deporte, que excluye a quienes, aun prestando servicios para las entidades deportivas, no lo hacen en actividades deportivas; la voluntariedad; la habitualidad o regularidad; la ajenidad; la dependencia; y la retribución, requisito que precisamente diferencia al deportista profesional frente al aficionado. El Tribunal reconoce que el problema se centra en el último de los requisitos, el retributivo y para ello recurre a seguir las siguientes pautas:

“a)- Es irrelevante la calificación jurídica -como deportista profesional o aficionado- que al efecto pudieran haber hecho las partes, puesto que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, conforme al principio de primacía de la realidad.

b)- Tampoco determina la existencia o no de la relación laboral especial la calificación federativa como deportista [profesional o aficionado], puesto que tal calificación no produce efectos en la esfera jurídico-laboral y por lo mismo no vincula a los órganos de esta jurisdicción; y con mayor motivo cuando la reglamentación federativa considera aficionados a jugadores de Tercera División. De esta manera, si se presta el servicio -deportivo- en las condiciones previstas en el art. 1 RD 1006/1985 (...), con sometimiento a la dirección y disciplina del Club, y percibiendo a cambio del mismo una contraprestación económica calificable de salario, cualquiera que sea su denominación, por fuerza estamos ante una relación laboral sometida al citado Real Decreto y el conocimiento de los litigios que en su ámbito se susciten corresponde a esta jurisdicción social, con absoluta independencia de la calificación -como aficionado o profesional que al efecto pudiera haber hecho la correspondiente Federación Deportiva.

c)- La laboralidad de una relación no requiere que la actividad prestada sea de absoluta dedicación y constituya el exclusivo o fundamental medio de vida, puesto que el deportista también puede desarrollar otros cometidos remunerados, sin ver por ello desvirtuada su profesionalidad (la exigencia que rechazamos no se explicita en precepto alguno del RD).

d)- Lo que realmente determina la profesionalidad -aparte de las restantes notas, sobre las que ni tan siquiera media debate- es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados, pues la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado; en el bien entendido de que -muy contrariamente a lo que argumenta la sentencia recurrida- la exigencia legal no va referida a la percepción mínima del salario interprofesional (la norma se limita a exigir “una retribución”, sin precisar cuantía), lo que no deja de ser la elemental consecuencia de que la profesionalidad tampoco comporta -como antes se ha indicado- la exclusividad de medio de vida; exactamente igual que si se tratase de una relación laboral común, donde es factible -y del todo frecuente- el trabajo a tiempo parcial.”.

Y todo ello para concluir que se reconoce al jugador como profesional.

En conclusión, el reconocimiento de un futbolista como profesional por parte de la justicia laboral, no depende del hecho de que un club participe en una competición considerada como profesional, tampoco que la federación deportiva le otorgue una licencia de carácter profesional. Únicamente dependerá de si en la relación con el club concurren los requisitos de dedicación a la práctica del deporte, regularidad, voluntariedad, ajenidad, dependencia y especialmente una retribución continuada¹¹¹⁰.

II.3. JUGADORES MENORES DE EDAD

Por otra parte, se trata de cesiones de derechos federativos de jugadores de fútbol menores de edad. En el ordenamiento jurídico español¹¹¹¹, así como el RETJ, se considera mayor de edad a toda persona que haya cumplido los 18 años, por lo que a *sensu contrario*, será menor de edad aquella que no alcance dicha edad. La fijación de una determinada edad para la obtención de la mayoría de edad es de vital importancia, ya que con la mayoría de edad se obtiene la plena capacidad obrar, esto es, la capacidad de ejercitar los derechos y obligaciones del que uno es titular y, por tanto, la posibilidad de realizar todos los actos

¹¹¹⁰ PALAZZO, I., *La transferencia internacional del futbolista*, Difusión Jurídica, Madrid, 2016, pág. 31.

¹¹¹¹ Art. 315 del 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, pág. 249 a 259) establece lo siguiente:

“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.”.

de la vida civil¹¹¹². Ahora bien, según la normativa española, la capacidad de obrar no solo se logra cuando se alcanza la mayoría de edad, existen otras dos posibilidades para que la persona pueda emanciparse y, por tanto, adquiera la capacidad de obrar¹¹¹³: la primera es a través de la concesión de los que ejerzan la patria potestad; para ello, se requiere que el menor tenga 16 años cumplidos y que consienta la concesión en escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro¹¹¹⁴; y la segunda, es por concesión judicial, cuando las personas mayores de 16 años así lo pidieran en determinadas circunstancias¹¹¹⁵.

Ahora bien, bajo el amparo de diversos ordenamientos jurídicos, esta fijación de la mayoría de edad en 18 años supondrá una vulneración de alguna normativa de orden público de diversos Estados, ya que son varios los países que no reconocen los 18 años como la edad legal para alcanzar la mayoría de edad¹¹¹⁶. A modo de ejemplo:

- En Japón, la mayoría de edad se alcanza a los 20 años, según el artículo 4 de su Código Civil¹¹¹⁷ (si bien ya está prevista su modificación y rebajar la edad a los 18 años en breve).

¹¹¹² Art. 322 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica Código Civil (“Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259) establece lo siguiente:

“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”.

¹¹¹³ Art. 314 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica Código Civil (“Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259) establece lo siguiente:

“La emancipación tiene lugar:

- 1. Por la mayor edad.*
- 2. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.*
- 3. Por concesión judicial.”.*

¹¹¹⁴ Según el artículo 318 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica Código Civil (“Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259) la concesión de la emancipación deberá inscribirse en el Registro Civil y una vez concedida no podrá ser revocada.

¹¹¹⁵ Según el 320 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica Código Civil (“Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259) el Juez podrá conceder la emancipación a los mayores de 16 años: cuando quienes ejerzan la patria potestad contrajeran o convivieran maritalmente con personas distintas del otro progenitor; cuando los padres vivieran separadamente o cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

¹¹¹⁶ Al margen de la normativa que cada Estado tenga respecto a otras formas de lograr la emancipación y la capacidad de obrar, tan como ocurre en el ordenamiento jurídico español y que se ha referenciado anteriormente.

¹¹¹⁷ Art. 4 of *Act no. 89 of 1896*, revisado por *Act no. 44 of 2017*, dice lo siguiente:

“The age of majority is reached when a person has reached the age of 20.”.

- En Costa de Marfil, la mayoría de edad se alcanza con 21 años, según el artículo 488 de su Código Civil¹¹¹⁸.
- En Egipto, la mayoría de edad se alcanza con 21 años, según el artículo 44 de su Código Civil¹¹¹⁹.
- En Gabón, la mayoría de edad se alcanza con 21 años, según el artículo 492 de su Código Civil¹¹²⁰.
- En Madagascar, la mayoría de edad se alcanza con 21 años, según el artículo 15 de la Ordenanza 62-011¹¹²¹.
- En Malawi, la mayoría de edad se alcanza con 21 años, según el artículo 1 del Acta de Ciudadanía¹¹²².
- En Níger, la mayoría de edad se alcanza con 21 años, según el artículo 388 de su Código Civil¹¹²³.
- En Somalia, la mayoría de edad se alcanza con 15 años siempre que tenga signos de madurez, según el artículo 1 de su Ley de Justicia Juvenil¹¹²⁴.
- En Paraguay, la mayoría de edad se alcanza con 20 años según el artículo 36 de su Código Civil¹¹²⁵.

¹¹¹⁸ *Code Civil, Droit des personnes et de famille*, 2016 establece lo siguiente:

“*La majorité est fixée à 21 ans accomplis, à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile.*”.

¹¹¹⁹ Art. 44 of Civil Code, 1948, dice lo siguiente:

“*All persons attaining majority in possession of their mental faculties and not under legal disability, have full legal capacity to exercise their civil rights. The majority of a person is fixed at twenty one years completed in accordance with the Gregorian calendar.*”.

¹¹²⁰ Art. 492 du Code civil du Gabon, 1972, dice lo siguiente:

“*Le mineur est l’individu de l’un de l’autre sexe qui n’a point encore l’âge de 21 ans accomplis.*”.

¹¹²¹ Art. 15 du Ordonnance 62-011 du 10/09/1962 relative aux dispositions générales du droit privé.

¹¹²² Art. 1 of Citizenship Act, 1966 dice lo siguiente:

“*minor means a person who has not attained the age of twenty-one years.*”.

¹¹²³ Art. 388 du Code Civil, 2005, dice lo siguiente:

“*Le mineur est l’individu de l’un en de l’autre sexe qui n’a point encore l’âge de vingt et un ans accomplis.*”.

¹¹²⁴ Art. 1 of Juvenile Justice Law no. 36/2007 dice lo siguiente:

“*Child means any human being below the age of 15 years old. Maturity means any human being who reach 15 years with the signs of maturity. Likewise, a mature person shall be whoever reaches the age of 18 years without the signs of maturity.*”.

¹¹²⁵ Art. 36 del Código Civil, Ley nº 1183/85 que dice lo siguiente:

- En Nepal, la mayoría de edad se alcanza con 16 años según el artículo 2 a) de su Acta de Ciudadanía¹¹²⁶.

Se debe recordar que el artículo 1.3 a) del RETJ exige que las disposiciones reguladoras de la transferencia internacional de futbolistas menores de edad, entre otras, sean incorporadas sin modificación alguna a todos los reglamentos de las federaciones deportivas de ámbito nacional.

II.4. TRANSFERENCIA DE CARÁCTER INTERNACIONAL

Finalmente, se trata de una transferencia de carácter internacional, esto es, la cesión de derechos federativos del jugador se tiene que realizar entre clubs deportivos adscritos a federaciones deportivas nacionales de distintos Estados.

El RETJ pretende, por una parte, regular las transferencias internacionales de jugadores entre las distintas asociaciones miembro y, por otra, establecer principios básicos que garanticen un tratamiento igual y uniforme de todos los participantes. Las federaciones deportivas nacionales serán las responsables de la regulación de las transferencias de ámbito nacional, es decir, las transferencias entre clubes afiliados a una misma federación deportiva (esta autonomía permite a la asociación nacional adaptar su propio reglamento a las circunstancias y condiciones particulares de cada país); sin embargo, esta autonomía está limitada por los principios básicos y disposiciones del RETJ que han de cumplirse, son vinculantes y deben incorporarse sin modificaciones a los reglamentos de cada asociación deportiva nacional, entre ellos se encuentra la regulación referida a los traspasos internacionales de jugadores menores de edad¹¹²⁷.

“La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente.”

¹¹²⁶ Art. 2 a) del *Nepal Citizenship Act 2063*, 2006, dice lo siguiente:

“Minor means a person who has not attained the age of 16 years.”

¹¹²⁷ Comentario acerca del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, de fecha 1 de julio de 2005.

III. REGLAMENTO SOBRE EL ESTATUTO Y LA TRANSFERENCIA DE JUGADORES: TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE JUGADORES

III.1. ORIGEN

La historia de las transferencias de jugadores comienza en Inglaterra en 1885 cuando los clubes poderosos del norte adquirirían los servicios de los mejores jugadores ofreciéndoles ventajas económicas importantes, pese a que ni siquiera eran considerados como trabajadores¹¹²⁸. En 1893 la federación de fútbol estableció reglamentariamente para Inglaterra (si bien luego se expandió a todo el mundo) el denominado “Derecho de retención”. Mediante este sistema se impedía a los futbolistas registrados en algún club adscrito a la federación, con o sin contrato, cambiar de club y solamente podían hacerlo si otro club accedía a pagar una suma de dinero por la transferencia¹¹²⁹.

Fue el Caso *Bosman*¹¹³⁰ el que principalmente determinó la abolición del derecho de retención, caso que sin lugar a dudas ha revolucionado el mundo del deporte. Hasta entonces el Reglamento sobre el Estatuto y las Transferencias de Jugadores disponía que un jugador profesional no tenía derecho a rescindir el contrato libremente, obligándole a permanecer bajo su disciplina hasta la finalización pactada y obligaba al nuevo club contratante, si lo hubiera, a pagar una indemnización al club de anterior incluso si la contratación hubiera sido posterior a la terminación de su contrato. Su sentencia estableció que el actual artículo 39 del Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo 48) se oponía a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas, según las cuales, un jugador profesional de un Estado miembro solo podía, al término de su contrato, ser empleado por un club de otro Estado miembro siempre que este hubiera abonado al primer club una indemnización por transferencia, formación o promoción. Según el Tribunal, esas normas podrían restringir la libre circulación de los jugadores que desearan ejercer su actividad en otro Estado.

Partiendo de ese caso y con la finalidad de resolver, entre otras, la situación descrita anteriormente, el sistema conocido hasta la fecha conoce un punto de inflexión

¹¹²⁸ MCARDLE, D., *From boot Money to Bosman Case*, Cavendish Publishin Limited, London, 2000, pág. 17.

¹¹²⁹ ABREU, G. y LOZANO G., “Las cesiones de derechos económicos: Estado actual de la doctrina y jurisprudencia en Argentina”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 18, 2006, pág. 327-338.

¹¹³⁰ STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, caso *Union Royale belge des sociétés de football association ASBL y otros contra Jean-Marc Bosman y otros* (ECLI:EU:C:1995:463).

determinante cuando la FIFA aprueba, en julio de 2001, el nuevo Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia. Es innegable que en la elaboración de dicho Reglamento la participación activa de la Comisión Europea fue fundamental y así queda reflejado en la Nota (IP/01/314) publicada por la Comisión Europea, de fecha 5 de marzo de 2001, que manifiesta lo siguiente:

“Resultado de las discusiones entre la Comisión y la FIFA/UEFA sobre los Reglamentos de la FIFA referentes a los traspasos internacionales de jugadores de fútbol.

En una reunión celebrada el 5 de marzo de 2001, los Comisarios Monti, Reding y Diamantopoulou, y los Presidentes de la FIFA y la UEFA, Blatter y Johansson respectivamente, concluyeron sus discusiones sobre los Reglamentos revisados de la FIFA sobre los traspasos internacionales de jugadores de fútbol. Así quedó formalizado a través de un intercambio de cartas entre el Presidente Blatter y el Comisario Monti.

(...)

En cuanto a la compatibilidad con el Derecho comunitario, se llegó a la conclusión de que los siguientes principios, que cubren las necesidades específicas del deporte, podrían dar paso a una solución positiva en el procedimiento de competencia que está abierto contra la FIFA a condición de que estos principios se recojan íntegramente en los Reglamentos de la FIFA que deben modificarse. La FIFA, de común acuerdo con la UEFA, se comprometió a proceder inmediatamente a cambiar sus vigentes Reglamentos sobre el estatuto y los traspasos de jugadores, en su versión de 1997, en consonancia con los puntos siguientes:

- Los jugadores menores de 23 años deberán abonar una indemnización en concepto de formación para fomentar y recompensar el esfuerzo de formación de los clubes, en especial de los pequeños;*
- Creación de mecanismos de solidaridad que redistribuyan una proporción significativa de los ingresos a los clubes que participen en la formación y educación de un jugador, incluidos los clubes no profesionales;*
- Transferencia internacional de jugadores menores de 18 años permitida según unas condiciones pactadas; las autoridades futbolísticas instaurarán y*

harán cumplir un código de conducta que garantice la educación deportiva, de formación y educativa que se debe facilitar;

- *Creación de un periodo para traspasos por temporada, y de un periodo limitado a mitad de temporada, con un límite de un traspaso por jugador y temporada;*
- *Duración mínima y máxima de los contratos de 1 y 5 años respectivamente;*
- *Contratos protegidos durante un periodo de 3 años hasta los 28 a los de edad y durante 2 años a partir de los 29 años de edad;*
- *Instauración de un sistema de sanciones que preserve la regularidad y el correcto funcionamiento de las competiciones deportivas de modo que las resoluciones unilaterales del contrato solamente sean posible una vez terminada la temporada;*
- *Podrá adeudarse una indemnización económica si el jugador o el club resuelven unilateralmente el contrato;*
- *Imposición de sanciones deportivas proporcionales a los jugadores, a los clubes o a los agentes en el caso de resolución unilateral del contrato sin justa causa durante el periodo protegido;*
- *Creación de un órgano de arbitraje efectivo, rápido y objetivo integrado por miembros elegidos a partes iguales por los jugadores y los clubes y con un Presidente independiente;*
- *El arbitraje es voluntario y no impide el recurso ante los tribunales nacionales.”.*

El Reglamento, hasta llegar hasta la versión actual (que entró en vigor el 3 de junio de 2019), ha sufrido modificaciones significativas, que se han plasmado en diferentes versiones, para poder adaptarse a las circunstancias de cada momento. Una de las modificaciones más relevantes¹¹³¹, por la trascendencia que tuvo, tiene y tendrá en la elaboración jurisprudencial del propio Reglamento, fue la imposición de la obligación de la sumisión de la FIFA al Tribunal Arbitral del Deporte (CAS-TAS)¹¹³², esto es, las

¹¹³¹ Artículo 23.3 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de jugadores, versión 1 de julio de 2005.

¹¹³² El artículo 57 de los Estatutos de la FIFA (2019) dispone lo siguiente:

resoluciones provenientes de los órganos creados en el ámbito del Reglamento de la Transferencia y el Estatuto de Jugador, como son la Comisión del Estatuto del Jugador y/o la Cámara de Resolución de Disputas, debían ser recurridas ante el Tribunal Arbitral de Deporte sito en Lausana, instancia independiente material y económicamente de la FIFA¹¹³³.

III.2 ASPECTOS RELEVANTES DEL REGLAMENTO SOBRE EL ESTATUTO Y TRANSFERENCIA DE JUGADORES (RETJ)

No es el objetivo del presente apartado realizar un análisis completo, profundo y detallado de la norma, pero sí que se estima procedente rescatar y estudiar determinados aspectos que por su trascendencia real¹¹³⁴ en el régimen normativo de las transferencias internacionales de jugadores se han convertido en imprescindibles para entender la norma en su conjunto.

“1. La FIFA reconocerá al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD) con sede en Lausana (Suiza) a la hora de resolver disputas entre la FIFA y las federaciones miembros, las confederaciones, las ligas, los clubes, los jugadores, los oficiales, los intermediarios y los agentes organizadores de partidos con licencia.

2. El procedimiento arbitral se regirá por las disposiciones del código de arbitraje en materia deportiva del TAD. En primer lugar, el TAD aplicará los diversos reglamentos de la FIFA y, de manera complementaria, el derecho suizo.”

¹¹³³ DEL CAMPO COLÁS, C. y GARCÍA SILVERO, E. A., “El nuevo Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 15, 2005, pág. 433-435.

¹¹³⁴ De hecho, las disposiciones que regulan estos aspectos relevantes, según el propio RETJ, deberán ser incorporados a los reglamentos de las asociaciones de ámbito nacional, sea de forma directa, esto es, sin modificación alguna, sea estableciendo los medios apropiados para proteger los principios regulados en las mismas. El artículo 1.3 del RETJ dice lo siguiente:

“a) Las siguientes disposiciones son obligatorias en el ámbito nacional y deben incorporarse sin modificación al reglamento de la asociación: art. 2-8, 10, 11, 12 bis, 18, 18 bis, 18 ter, 19 y 19 bis.

b) Cada asociación deberá establecer en su reglamento los medios apropiados para proteger la estabilidad contractual, con el debido respeto a la legislación nacional obligatoria y a los convenios colectivos. En particular, deberían considerarse los siguientes principios:

- art. 13: el principio del cumplimiento obligatorio de los contratos;

- art. 14: el principio de que cualquier parte puede rescindir un contrato sin consecuencias en el caso de una causa justificada;

- art. 15: el principio de que un jugador profesional puede rescindir un contrato por causa deportiva justificada;

- art. 16: el principio de que los contratos no pueden rescindirse en el transcurso de la temporada;

- art. 17, apdos. 1 y 2: el principio de que en caso de rescisión de un contrato sin causa justificada se deberá pagar una indemnización que se estipulará en el contrato;

- art. 17, apdos. 3-5: el principio de que en caso de rescisión de un contrato sin causa deportiva justificada se impondrán sanciones deportivas a la parte infractora.”

III.2.A. La estabilidad contractual

A pesar de las variaciones que ha habido a lo largo de la historia en la regulación de los traspasos internacionales (que se ha expuesto anteriormente), la regla general impuesta por el Reglamento es que los contratos se deben cumplir, por lo que se aboga a favor de la estabilidad contractual, herramienta esencial para el funcionamiento armonioso de la actividad futbolística. Concretamente el artículo 13 del RETJ dice lo siguiente:

“13 Cumplimiento de contrato

Un contrato entre un jugador profesional y un club podrá rescindirse¹¹³⁵ solo al vencimiento del contrato o de común acuerdo.”.

La proclamación de este principio no es óbice para que la propia norma también prevea que los contratos entre los clubes y los profesionales se puedan rescindir por causa justificada, incluso sin causa que lo justifique.

III.2.B. Rescisión de contrato por causas justificadas

Las causas justificadas pueden ser de diversa índole y pueden provenir tanto por parte del club como por parte del jugador. El precepto que regula esta posibilidad, de forma general, es el artículo 14 del RETJ que dice lo siguiente:

“14 Rescisión de contratos por causa justificada

- 1. En el caso de que exista una causa justificada, cualquier parte puede rescindir un contrato sin ningún tipo de consecuencias (pago de una indemnización o imposición de sanciones deportivas).*
- 2. Cualquier conducta abusiva de una parte que tenga como objetivo forzar a su contraparte a rescindir un contrato o modificar los términos de este, constituirá una causa justificada de rescisión para la contraparte (jugador o club).”.*

¹¹³⁵ Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español el uso del término “rescindir” para referirse a la terminación del contrato al vencimiento del mismo no parece la más adecuada. Este error puede ser el resultado de una mala traducción de la norma al castellano del texto ya que en su versión inglesa (si bien es la propia FIFA la que provee del texto en castellano, es cierto, que el propio RETJ dispone que, en el caso de discrepancias relativas a la interpretación de los textos, el de idioma inglés dará fe, art. 28 RETJ.) se utiliza el término “*terminated*” cuando dice que:

*“A contract between a professional and a club may only be **terminated** upon expiry of the term of the contract or by mutual agreement.”.*

La causa justificada es aquella que se basa en el incumplimiento por una parte de una o varias obligaciones del contrato. Esta causa engloba una gran variedad de ejemplos que se han venido dando desde la entrada en vigor del RETJ. Los casos han sido múltiples y diversos, a modo de ejemplo los siguientes:

- Será una causa justificada para que el jugador pueda rescindir su contrato que el club no deje entrenar al jugador con su equipo. Este argumento, así como el impago de salarios, fue el utilizado en el caso que dio origen al laudo del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS 2007/A/1342) *Kayserispor Kulübü Baskanligi v. Erich Brabec*, de fecha 5 de febrero de 2008¹¹³⁶. En este caso el Árbitro Único reconoció que existía incumplimiento contractual cuando el club prohibía al jugador participar en los entrenamientos.

- Será una causa justificativa para que un club rescinda el contrato laboral que le vincula con el jugador, el dopaje de este. Caso que ocurrió y se resolvió en el laudo del Tribunal Arbitral del Deporte (CAS 2005/A/876) *Adrian Mutu v. Chelsea Football Club Limited*, de fecha 15 de diciembre de 2005¹¹³⁷, donde la Formación Arbitral reconoció al club inglés su derecho a rescindir el contrato laboral con el Sr. *Mutu* por entender que el dopaje por parte de este suponía un incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

El Reglamento, por su parte, ha querido dar un tratamiento específico a dos causas justificadas específicas, regulándolas de forma independiente. La primera de ellas es la

¹¹³⁶ Los antecedentes del caso son los siguientes: Don *Enrich Brabec*, jugador de nacionalidad eslovaca, suscribe un contrato laboral con el club turco *Kayserispor Kulübü Baskanligi* con fecha 25 de enero de 2005. El conflicto nace cuando habiendo comenzado la pretemporada el 25 de junio de 2005, no es hasta dos días después cuando el jugador se presenta a los entrenamientos, es en ese momento cuando el club notifica al jugador que no le está permitido entrenar con el primer equipo. El 9 de julio de 2005 el jugador rescinde el contrato con el club turco.

¹¹³⁷ Los antecedentes del caso son los siguientes: *Adrian Mutu*, jugador profesional de nacionalidad rumana, teniendo contrato en vigor con el club italiano AC Parma el 12 de agosto de 2003 fue transferido al *Chelsea Football Club Limited* por importe de 22.500.000 Euros, el 11 de octubre de 2004 se declara que el test realizado al jugador el 1 de octubre es positivo en cocaína. El 28 de octubre de 2004 el club da por finalizado el contrato laboral que les vincula por entender que el dopaje supone un incumplimiento de las obligaciones contractuales del jugador.

rescisión de contratos debido a la existencia de salarios pendientes, regulada en su artículo 14 bis¹¹³⁸ y, la segunda, la causa deportiva justificada, regulada en su artículo 15¹¹³⁹.

III.2.C. Rescisión de contrato sin causa justificada

Quizás la rescisión de contrato sin causa justificada (sobre todo, sus consecuencias económicas y deportivas) sea el aspecto más conflictivo del Reglamento y la que ha generado más casos ante el Tribunal Arbitral de Deporte. Su regulación fue consecuencia de las negociaciones, referidas anteriormente, que se llevaron a cabo entre la FIFA/UEFA y la Comisión Europea en el 2001; el acuerdo, entre otros aspectos, fue el de permitir que los jugadores pudieran rescindir sus contratos, pero con unas determinadas condiciones, entre ellas, el pago de una determinada indemnización. Todo lo relativo a la rescisión de contrato sin causa justificada viene regulado en el artículo 17 del RETJ, que dice lo siguiente:

“17 Consecuencias de la ruptura de contratos sin causa justificada

Se aplicarán las siguientes disposiciones siempre que un contrato se rescinda sin causa justificada:

¹¹³⁸ ***Art. 14 bis Rescisión de contratos por causa justificada debido a la existencia de salarios pendientes***

1. *En caso de que, contraviniendo la legalidad, un club adeude a un jugador al menos dos salarios mensuales vencidos, se considerará que el jugador tiene causa justificada para rescindir el contrato, siempre y cuando haya puesto en mora al club deudor por escrito y le haya otorgado un plazo de al menos quince días para cumplir con sus obligaciones económicas. En este sentido, podrán ser tomadas en cuenta las estipulaciones divergentes con lo anterior que consten en contratos ya existentes en el momento de entrada en vigor de la presente disposición.*

2. *En el caso de los salarios cuya periodicidad no sea mensual, se calculará de manera prorrateada la cantidad equivalente a dos meses. El retraso en el pago de una cantidad equivalente a un mínimo de dos mensualidades también se considerará como causa justificada de rescisión del contrato por parte del jugador, siempre y cuando haya notificado su rescisión conforme al apartado 1 precedente.*

3. *Los acuerdos colectivos negociados de forma válida entre representantes de empleadores y empleados en el ámbito nacional de conformidad con la legislación nacional podrán divergir de los principios estipulaciones en los apartados 1 y 2 precedentes. Los términos de dichos acuerdos prevalecerán frente al presente reglamento.”.*

¹¹³⁹ ***Art. 15 Rescisión de contratos por causa deportiva justificada***

Un jugador profesional que en el transcurso de una temporada participe en menos de 10% de los partidos oficiales disputados por su club puede rescindir prematuramente su contrato argumentando causa deportiva justificada. En el examen de estos casos, se considerarán debidamente las circunstancias del jugador. La existencia de una causa deportiva justificada se establecerá individualmente en cada caso. En tal caso, no se impondrán sanciones deportivas, aunque podrá exigirse indemnización. Un jugador profesional podrá rescindir su contrato sobre esta base en los 15 días siguientes a su último partido oficial de la temporada con el club en el que está inscrito.”.

1. *En todos los casos, la parte que rescinde el contrato se obliga a pagar una indemnización. Bajo reserva de las disposiciones sobre la indemnización por formación del art. 20 y el anexo 4, y salvo que no se estipule lo contrario en el contrato, la indemnización por incumplimiento se calculará considerando la legislación nacional, las características del deporte y otros criterios objetivos.*

Estos criterios deberán incluir, en particular, la remuneración y otros beneficios que se adeuden al jugador conforme al contrato vigente o al nuevo contrato, el tiempo contractual restante, hasta un máximo de cinco años, las cuotas y los gastos desembolsados por el club anterior (amortizados a lo largo del periodo de vigencia del contrato), así como la cuestión de si la rescisión del contrato se produce en un periodo protegido.

Teniendo en cuenta los principios mencionados, la indemnización debida a un jugador se calculará como sigue:

- i. *En caso de que el jugador no haya firmado un nuevo contrato tras la rescisión de su contrato anterior, por regla general, la indemnización será equivalente al valor residual del contrato que haya sido rescindido prematuramente.*
- ii. *En caso de que el jugador hubiera firmado un nuevo contrato antes de la decisión, el valor del nuevo contrato durante el periodo correspondiente al tiempo restante del contrato rescindido prematuramente se deducirá del valor residual del contrato que haya sido rescindido prematuramente (la “indemnización reducida”). Asimismo, y siempre y cuando el contrato se haya rescindido prematuramente por la existencia de deudas vencidas, además de la indemnización reducida, el jugador tendrá derecho a percibir una cantidad correspondiente a tres salarios mensuales (la “indemnización adicional”). En caso de circunstancias graves, la indemnización adicional podrá incrementarse hasta un máximo de seis salarios mensuales. La indemnización total no superará, bajo ningún concepto, el valor residual del contrato rescindido prematuramente.*

- iii. *Los acuerdos colectivos negociados de forma válida entre representantes de empleadores y empleados en el ámbito nacional de conformidad con la legislación nacional podrá divergir de los principios estipulados en los puntos i. y ii. Precedentes. Los términos de dichos acuerdos prevalecerán frente al presente reglamento.*
2. *El derecho a una indemnización no puede cederse a terceros. Si un jugador profesional debe pagar una indemnización, él mismo y su nuevo club tienen la obligación conjunta de efectuar el pago. El monto puede estipularse en el contrato o acordarse entre las partes.*
3. *Además de la obligación de pago de una indemnización, deberán imponerse sanciones deportivas a un jugador que rescinda un contrato durante el periodo protegido. La sanción consistirá en una restricción de cuatro meses en su elegibilidad para jugar en cualquier partido oficial. En caso de circunstancias agravantes, la restricción será de seis meses. Estas sanciones deportivas entrarán en vigor inmediatamente después de que se haya notificado la decisión al jugador. Dichas sanciones deportivas quedarán suspendidas durante el periodo comprendido entre el último partido oficial de la temporada y el primer partido oficial de la siguiente temporada, incluidos en ambos casos las copas nacionales y los campeonatos internacionales de clubes. No obstante, dicha suspensión de las sanciones deportivas no se aplicará si el jugador es miembro habitual del equipo representativo de la asociación que es elegible para representar, y la asociación en cuestión participa en la competición final de un torneo internacional durante el periodo entre el último y el primer partido de la temporada. El incumplimiento unilateral sin causa justificada o causa deportiva justificada tras el periodo protegido no implicará sanciones deportivas. Fuera del periodo protegido podrán imponerse medidas disciplinarias si la rescisión no se notifica con la debida antelación dentro de los quince días siguientes al último partido oficial de la temporada (incluyendo las copas nacionales) con el club en el que está registrado el jugador. El periodo protegido comienza de nuevo cuando, al renovar el contrato, se extiende la duración del contrato previo.*

4. *Además de la obligación de pago de una indemnización, deberán imponerse sanciones deportivas al club que rescinda un contrato durante el periodo protegido, o que haya inducido a la rescisión de un contrato. Debe suponerse, a menos que se demuestre lo contrario, que cualquier club que firma un contrato con un jugador profesional que haya rescindido su contrato sin causa justificada ha inducido al jugador profesional a la rescisión del contrato. La sanción consistirá en prohibir al club la inscripción de nuevos jugadores, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, durante dos periodos de inscripción completos y consecutivos. El club podrá inscribir nuevos jugadores, tanto en el ámbito como en el internacional, solo a partir del próximo periodo de inscripción posterior al cumplimiento íntegro de la sanción deportiva respectiva. En particular, el club no podrá hacer uso de la excepción ni de las medidas provisionales establecidas en el art. 6, apdo. 1 del presente reglamento con el fin de anticipadamente inscribir a nuevos jugadores.*
5. *Se sancionará a toda persona sujeta a los Estatutos y reglamentos de la FIFA que actúe de cualquier forma que induzca a la rescisión de un contrato entre un jugador profesional y un club con la finalidad de facilitar la transferencia del jugador.”.*

La disposición reconoce a las partes, jugador y club, la posibilidad de rescindir el contrato antes de su finalización sin justa causa siempre que abone una indemnización. Esta podrá venir pactada en el propio contrato laboral a través de la llamada cláusula de rescisión, que se analizará más adelante, o deberá ser calculada *a posteriori* según los criterios que vienen referidos en el propio artículo 17 en su primer apartado. Es el Tribunal Arbitral del Deporte, sito en Lausana, el que, en última instancia, dilucida y resuelve este tipo de conflictos y el que finalmente fija el importe de la indemnización en cada caso¹¹⁴⁰; a este

¹¹⁴⁰ Se han dado casos en los que, además de la indemnización, los clubes demandantes han solicitado en sus reclamaciones ante el Tribunal la reincorporación del jugador a sus filas. El Tribunal ha negado esta posibilidad por entender que se debe respetar el derecho del jugador, que le asiste como trabajador, de ejercer su profesión en el lugar que elija, todo ello, con independencia de la sanción económica y/o deportiva que se le pueda imponer. En el laudo del caso *Le Havre AC c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), Newcastle United & Charles N Zogbia*, TAS 2004/A/791, de fecha 27 de octubre, dispone que la vulneración de una obligación contractual no puede resolverse mediante una obligación de hacer (reincorporarse a la plantilla del club y/o firmar un nuevo contrato laboral con el club), ya que en el ámbito laboral la reincorporación al puesto de trabajo debe de ser siempre a petición del trabajador y no del empleador.

respecto, es necesario manifestar que en ocasiones el Tribunal ha dictado laudos absolutamente dispares siendo los hechos similares, lo que ha conllevado una inseguridad jurídica importante¹¹⁴¹. Es por ello, que se estima interesante para el estudio de la rescisión contractual sin justa causa, acudir a casos que se han resuelto ante el TAS y analizar la interpretación que este ha realizado en cada caso.

III.2.C.a. Caso Philippe Mexès (CAS 2005/A/902, 903)

El jugador francés *Philippe Mexès* renovó el contrato laboral que le vinculaba al club francés *Association de la Jeunesse Auxerroise* en diciembre de 2002, por lo que su vigencia alcanzaba hasta junio de 2006. El 12 de junio de 2004, el club italiano *Associazione Sportiva Roma* hizo una oferta por los derechos federativos del jugador por importe de 4.500.000€, que fue rechazado por el club francés. Ante esta circunstancia, el jugador el 24 de junio rescindió su contrato laboral con el club francés y firmó uno nuevo con el club italiano por cuatro temporadas.

El caso, en primer término, se discutió en los órganos internos de la FIFA, concretamente en la Comisión de Resolución de Disputas (CRD), y decidió que la indemnización debida por la rescisión del contrato sin causa por el jugador ascendía a 8.000.000€ y que debería ser abonada por el jugador conjuntamente con el club italiano *Associazione Sportiva Roma*.

Las partes recurrieron ante el Tribunal Arbitral del Deporte y este consideró que el CRD no había especificado los criterios utilizados para la determinación de la indemnización establecida y precisó en su laudo que, para el cálculo de la indemnización, era necesario tener en cuenta dos criterios: por una parte, el valor de mercado, esto es, había de considerarse la oferta recibida por el club italiano (4.500.000€); y, por otra, el valor del gasto en la contratación, esto es, la prima de renovación que había cobrado el jugador abonada por el club francés (2.500.000€).

Finalmente, la Formación Arbitral del Tribunal Arbitral del Deporte fijó la indemnización debida al *Association de la Jeunesse Auxerroise* en 7.000.000€ a pagar por *Don Philippe Mexès* y *Associazione Sportiva Roma* conjuntamente.

¹¹⁴¹ RIBEIRO COMICHOLI, B., “Análisis jurisprudencial: los criterios empleados por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) en la determinación de la indemnización por rescisión contractual sin justa causa”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 30, 2010, pág. 305-317.

III.2.C.b. Caso Andrew Webster (CAS 2007/A/1298, 1299, 1300)

En 2001, don *Andrew Webster*, siendo jugador del club escocés *Arbroath FC*, fue transferido por 75.000 Libras al también club escocés *Heart of Midlothian PLC*. El jugador suscribió un contrato laboral de jugador profesional, por tres temporadas, contrato que se prorrogó de mutuo acuerdo hasta junio de 2007. A la vista de su imparable progresión, el club le propuso una nueva ampliación por otras dos temporadas, que fue rechazada por el jugador. Coincidiendo con el rechazo, el jugador dejó de ser convocado por su equipo, razón por la cual, en mayo de 2006, decidió rescindir unilateralmente el contrato que le vinculaba con el club escocés. El 9 de agosto de 2006 el jugador suscribió un contrato laboral con el club inglés *Wigan Athletic FC* por tres temporadas.

El club *Heart of Midlothian PLC* denunció al jugador por entender que este había rescindido el contrato unilateralmente sin causa que lo justificare ante la Cámara de Resolución de Disputas (CRD) de la FIFA¹¹⁴² y esta estimó la reclamación condenándole a abonar al club escocés 625.000 Libras, imponiéndole, además, al jugador 2 semanas de suspensión deportiva.

Dicha resolución fue apelada ante el Tribunal Arbitral de Deporte de Lausana, y este la anuló al entender que no cumplía con los requisitos formales establecidos en la norma de la FIFA sobre la necesidad de motivar las conclusiones. Según el laudo, era imposible conocer cuáles habían sido los criterios establecidos para fijar la cantidad de 625.000 libras como importe de la indemnización. El Tribunal en su laudo hizo un análisis profuso de los criterios que se debían o no tomar en cuenta para el cálculo de la indemnización, todo esto sobre la premisa de la característica del deporte, ya que para el Tribunal era necesario encontrar un equilibrio razonable entre la necesidad de la estabilidad contractual y la libre circulación de jugadores (ambos principios básicos del propio RETJ). Finalmente fue un único criterio el que se tomó en consideración: el tiempo contractual que le restaba al jugador con el club reclamante, lo que ascendió a una indemnización de 150.000 libras. El Tribunal (apartado 138 del Laudo) justificó esta decisión argumentando que la indemnización derivada de la rescisión del contrato por

¹¹⁴² Si bien en un principio pudiera pensarse que la FIFA no debía de intermediar en el litigio dado que los sujetos intervinientes en el conflicto pertenecen al Reino Unido y, por tanto, carecería el elemento de internacionalización necesario para la legítima intervención de la FIFA; esta intervención fue absolutamente correcta ya que en el Reino Unido la FIFA reconoce cuatro distintas asociaciones deportivas, como son la de Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, por lo que las relaciones entre ellas son consideradas como internacionales y por tanto les es aplicable la RETJ.

parte del jugador no debía generar enriquecimiento al club para el que prestaba sus servicios, sino solo compensar la pérdida sufrida; además, adujo que las rescisiones unilaterales sin justa causa, al poder ser imputables a cualquiera de las dos partes, estas debían estar en igualdad de condiciones, y que, si la cantidad que debía haber abonado el club al jugador era la remuneración pendiente, era justo y equitativo que en el supuesto inverso la cantidad fuera la misma, opción que por otra parte ofrecería la ventaja de aportar seguridad jurídica en supuestos similares¹¹⁴³.

Finalmente, la Formación Arbitral del Tribunal Arbitral del Deporte fijó la indemnización debida al *Heart of Midlothian PLC* en 150.000 libras a pagar por *Don Andrew Webster* y *Wigan Athletic FC* conjuntamente.

III.2.C.c. Caso Matuzalem (CAS 2008/A/1519,1520)

Con fecha 20 de junio de 2004, el jugador *Matuzalém Francelino da Silva* fue transferido del club italiano *Brescia Calcio Spa* al club ucraniano *FC Shakhtar Donetsk* por importe de 8.000.000€. A raíz de dicha transferencia, el 26 de junio de 2004, el club ucraniano suscribió con el jugador un contrato laboral por 5 temporadas. Entre otras cláusulas, se incluyó una de traspaso por importe de 25.000.000€, esto es, el *FC Shakhtar Donetsk* se obligó a transferir al jugador en caso que recibiera una oferta de transferencia de un tercero por el importe referido. El 1 junio de 2007 el club italiano *US Città di Palermo Spa* mostró su interés por el jugador ofreciendo la cantidad de 7.000.000€, oferta que fue rechazada por el club ucraniano. El 2 de julio de 2007, el jugador decidió dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo, para poco después suscribir un nuevo contrato laboral con el club español *Real Zaragoza, S.A.D.* (si bien luego fue cedido temporalmente a la *SS Lazio*).

Ante esta resolución unilateral, el *FC Shakhtar Donetsk* denunció al jugador ante la Cámara de Resolución de Disputas (CRD) que resolvió condenando al jugador a abonar una indemnización de 6.800.000€.

Dicha resolución fue recurrida ante el Tribunal Arbitral de Deporte de Lausana y este, en su laudo, hizo un análisis profuso de los criterios que se debían o no tomar en cuenta para el cálculo de la indemnización, al igual que lo hizo en el caso *Webster*. Ahora bien, la

¹¹⁴³ RODRÍGUEZ TEN, J., “El “caso Webster”: ¿tempestad, tormenta o chirimirí?, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 24, 2008, pág. 445-451 y SEMPERE NAVARRO, A y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “El caso Webster: indemnización por extinguir el contrato más allá del “periodo protegido”, *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento*, núm. 23, 2008, pág. 403-410.

interpretación de los criterios que hizo el Tribunal, en esta ocasión, fue diametralmente opuesta al caso anteriormente expuesto. El Tribunal consideró que el art. 17 del RETJ no ofrecía un fundamento legal para la resolución unilateral del contrato, sino que la rescisión unilateral de contrato sin justa causa constituía un grave incumplimiento al deber de respetar un contrato vigente y, por tanto, una violación a la estabilidad contractual. El Tribunal, para calcular la indemnización, tomó en cuenta las cuantías remuneratorias que el jugador había pactado con el Real Zaragoza, S.A.D. y con el *SS Lazio*, restando a estas el importe que al jugador le quedaba por cobrar con el club ucraniano, lo que ascendía a 11.258.934€. A esto, y por primera vez, el Tribunal consideró la existencia también de un daño deportivo y estimó fijar una indemnización adicional cifrada en seis meses del salario que el jugador tenía en el *FC Shakhtar Donetsk*, esto es, 600.000€¹¹⁴⁴.

Finalmente, la Formación Arbitral del Tribunal Arbitral del Deporte fijó la indemnización debida al *FC Shakhtar Donetsk* en 11.858.934 € a pagar por Don *Matuzalém Francelino da Silva* y Real Zaragoza S.A.D., conjuntamente.

III.2.C.d. Caso De Sanctis (CAS 2010/A/2145,2146 y 2147)

En fecha 1 de julio de 1999, el jugador Don *Morgan De Sanctis* (portero) firmó un contrato de trabajo con el club italiano *Udinense Calcio Spa* por cinco temporadas. El contrato se fue prorrogando sucesivamente hasta que finalmente, con 28 años, ambas partes acordaron un nuevo contrato por cinco años comenzando su vigencia el 1 de julio de 2005. El 7 de julio de 2006 el *Udinense Calcio Spa* cedió a su portero suplente (*Samir Handanovic*) al *FC Rimini* y este último se reservó una opción de compra para quedarse con el portero en propiedad sujeto al pago de 1.200.000€, contemplándose también en dicho acuerdo que, mientras el jugador estuviese cedido, el *Udinense Calcio Spa* podría recuperarlo en cualquier momento si pagaba 250.000€¹¹⁴⁵.

El 8 de junio de 2007, el jugador, Don *Morgan De Sanctis*, comunicó al club italiano su decisión de rescindir el contrato unilateralmente para después firmar un contrato laboral, por cuatro temporadas, con el Sevilla Fútbol Club, S.A.D.

¹¹⁴⁴ CRESPO PÉREZ, J. D., “El laudo del TAS en el caso Shakhtar Donetsk vs Matuzalem & Real Zaragoza. El artículo 17 de Reglamento FIFA. La Rescisión de contrato tras el periodo de protección”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 27, 2009, pág. 463-469.

¹¹⁴⁵ Este contrato de cesión tuvo una importancia decisiva en el laudo arbitral dictado sobre este caso.

El club italiano decidió reclamar ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA, la indemnización derivada por la rescisión unilateral del jugador sin justa causa. Con fecha 10 de diciembre de 2009, la CRD de la FIFA condenó al jugador al abono de 3.933.134€, resolución que fue objeto de apelación ante el Tribunal Arbitral de Lausana. Este, en primer término, concluyó que el método de cálculo adoptado por la Cámara había sido incorrecto, ya que no había optado ni por el método utilizado en el caso *Webster* ni en el caso *Matuzalém*, sino se había optado por una suerte de solución intermedia.

El Tribunal consideró que la forma más adecuada de calcular el monto total de la compensación a conceder era aplicar el principio recogido por la jurisprudencia suiza del “Interés positivo”, que en resumen establece que la parte que ha sufrido el daño habrá de ser restituida en la situación en la que se encontraría si las obligaciones contractuales hubiesen sido debidamente satisfechas. Para ello, además de tenerse en cuenta el principio de la especialidad en el deporte¹¹⁴⁶, se tomaron en consideración ciertos baremos que bien podrían considerarse como objetivos¹¹⁴⁷, como fue el coste de reemplazo del jugador, así como la pérdida de la posibilidad de obtener una compensación económica por un posible traspaso del mismo¹¹⁴⁸, a los que se dedujo el coste que había dejado de incurrir el club¹¹⁴⁹.

Finalmente, la Formación Arbitral del Tribunal Arbitral del Deporte fijó la indemnización debida al *Udinense Calcio Spa* en 2.250.055€ a pagar por Don *Morgan De Sanctis* y Sevilla Fútbol Club, S.A.D., conjuntamente.

III.2.C.e. Caso *Zinchenko* (CAS 2017/A/4935)

En fecha 1 de febrero de 2010, el jugador Don *Olexandr Vladimirovich Zinchenko*, de nacionalidad ucraniana, ingresó en la plantilla de las categorías inferiores del club ucraniano *FC Shakhtar Donetsk*, con quien firmó su primer contrato laboral, el 14 de

¹¹⁴⁶ En este caso en Tribunal lo calculó partiendo del contrato laboral suscrito con el Sevilla Fútbol Club, S.A.D., concretamente, 6 salarios mensuales, 690.789€.

¹¹⁴⁷ Dichos criterios no están explícitamente recogidos en el artículo 17 de RETJ, pero sí habían sido previamente utilizados por otras Formaciones Arbitrales del Tribunal Arbitral de Lausana.

¹¹⁴⁸ La pérdida de *De Sanctis* forzó a *Udinense Calcio Spa* a recuperar a *Samir Handanovic* para suplir el vacío dejado en la portería (por lo que el club italiano renunció a la posibilidad de que el *FC Rimini* ejerciera su derecho de opción de compra por importe de 1.200.000€) lo que supuso incurrir en un gasto de 250.000€, además de su salario. Además, alegando que *Samir Handanovic* no tenía experiencia suficiente contrató a Don Antonio *Chimenti*, como segundo portero, lo que supuso un coste extra al tener que sufragar otro salario. Todo ello ascendió a 4.510.000€

¹¹⁴⁹ El salario anual del jugador con el *Udinense Calcio Spa*, las primas de permanencia, así como los gastos de alojamiento, lo que ascendió a 2.950.734€.

marzo de 2013, por dos temporadas, siendo su salario mensual la cantidad de 4.000 *Grivna*¹¹⁵⁰ mensuales en la primera temporada y 5.000 *Grivna* mensuales en la segunda. Durante la vigencia del contrato laboral, se mantuvieron negociaciones para prorrogar dicho contrato si bien fueron infructuosas.

El 3 de junio de 2014, el jugador remitió una carta al club mediante la cual rescindía su contrato laboral, alegando que su familia se trasladaba de país con el fin de evitar los riesgos personales derivados de las intervenciones militares, que estaban aconteciendo en ese momento en Donetsk, que le imposibilitaban vivir de manera segura.

La familia se trasladó a Rusia y no fue hasta el 21 de enero cuando el jugador suscribió su segundo contrato laboral, esta vez con el club *FC UFA*, si bien entrenó durante ese intervalo de tiempo (sin que mediara contrato) con el *FC Rubin Kazan*.

El club ucraniano decidió reclamar ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA, la indemnización derivada por la rescisión unilateral del jugador sin justa causa. Con fecha 18 de agosto de 2016, la CRD de la FIFA condenó al jugador al abono de 232.000 *Grivna*, resolución que fue objeto de apelación ante el Tribunal Arbitral de Lausana. El Tribunal confirmó la decisión adoptada por la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA y reconoció que, a lo largo de los últimos años, se habían utilizado diferentes criterios¹¹⁵¹ a la hora de calcular la indemnización por la rescisión unilateral del contrato sin justa causa, sin que ningún método fuera mejor que el otro y que su obligación era tratar cada caso de forma individual e independiente, para que con la absoluta libertad se encontrara el mejor criterio para calcular la indemnización.

En este caso, el criterio, diferente a los referenciados con anterioridad, que se utilizó para el cálculo de la indemnización no fue otro que tomar en consideración cuánto tiempo faltaba de contrato con el *FC Shakhtar Donetsk* cuando el jugador rescindió unilateralmente y, valiéndose de ese margen de tiempo, hacer una media entre los salarios que hubiera percibido del club ucraniano y los que hubiera percibido del club ruso, lo que arrojó un importe de 232.000 *Grivna*¹¹⁵². Importe al que fueron condenados a pagar al jugador don *Olexandr Vladimirovich Zinchenko* conjuntamente con el *FC UFA*.

¹¹⁵⁰ Moneda ucraniana. A fecha 4 de septiembre de 2019 el cambio asciende a 1 euro= 27,69 *Grivna*.

¹¹⁵¹ Valor de mercado (caso *Mexés*); valor residual (caso *Webster*); aproximación al interés positivo (caso *Matuzalém*); o el método de reemplazo del jugador (caso *De Sanctis*).

¹¹⁵² El jugador rescindió el contrato cuando le quedaba un año para su finalización. En el jugador hubiera cobrado del *FC Shakhtar Donetsk* 5.000 *Grivna* al mes mientras que en el *FC UFA* 33.660 *Grivna*, por lo

Por todo lo expuesto, resulta claro que la disposición en cuestión (artículo 17 del RETJ) ha dado lugar a diversas interpretaciones por parte del Tribunal Arbitral del Deporte respecto de los criterios objetivos que efectivamente se establecen para el cálculo de indemnizaciones a pagar tras una rescisión contractual unilateral sin justa causa. Esta diversidad de interpretación es consecuencia de las distintas composiciones (de miembros o árbitros) en cada Tribunal. Cada Tribunal Arbitral está compuesto por diferentes árbitros, teniendo cada uno de ellos sus propias opiniones y métodos que entienden más adecuados, porque disponen de una más que considerable discrecionalidad para la interpretación de la norma y, en este caso, para el cálculo de la indemnización, lo que en opinión de muchos autores genera una absoluta inseguridad jurídica¹¹⁵³.

Toda esta inseguridad jurídica se podría evitar si los contratos laborales, que vinculan a los jugadores profesionales y a los clubes, incorporaran cláusulas de rescisión, admitidas por el Reglamento¹¹⁵⁴, muy utilizadas en España, pero no muy extendidas en el resto del mundo.

Las cláusulas de rescisión, en el ordenamiento jurídico español, vienen reguladas en el apartado primero del artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985¹¹⁵⁵, que regula lo siguiente:

“La extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable.”.

tanto, haciendo la media de las referidas cantidades, $(5000 \times 12) + (33.660 \times 12) / 2$, se obtiene el importe por el que finalmente es sancionado el jugador y conjuntamente el club ruso, esto es, la cantidad de 232.000 Grivna.

¹¹⁵³ CRESPO PÉREZ, J. D. y FREGA NAVIA, R., *Nuevos comentarios al Reglamento FIFA, con análisis de Jurisprudencia de la DRC y del TAS*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 226-227.

¹¹⁵⁴ Concretamente el artículo 17.1 del RETJ dice lo siguiente (la negrita no pertenece al texto original):

*“En todos los casos, la parte que rescinde el contrato se obliga a pagar una indemnización. Bajo reserva de las disposiciones sobre la indemnización por formación del art. 20 y el anexo 4, y **salvo que no se estipule lo contrario en el contrato**, la indemnización por incumplimiento se calculará considerando la legislación nacional, las características del deporte y otros criterios objetivos.”.*

¹¹⁵⁵ Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985, pág. 20075 a 20077.

Si bien la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos laborales puede evitar, de alguna manera, la inseguridad jurídica antes comentada (es el propio contrato se establece cuál va a ser la cuantía específica que el jugador deberá abonar al club en caso de resolución unilateral sin justa causa), en ocasiones este tipo de pacto jurídico también será fuente de controversias legales, que tendrán que ser dirimidas ante los tribunales, cuando el importe pactado sea tan elevado que se considere abusivo. Es innegable la conciencia generalizada de que las cláusulas de rescisión se han convertido últimamente, mediante las elevadas cuantías que incorporan, en un mecanismo que, más allá de proteger la inversión realizada en la formación o en el fichaje de un deportista, pretenden asegurar su permanencia en la entidad a la que pertenecen disuadiendo a los posibles pretendientes del deportista o, en el peor de los casos, la obtención de un altísimo rendimiento por su marcha a otro club¹¹⁵⁶. En el caso de que dichas cláusulas sean manifiestamente abusivas, estas generan un desequilibrio contractual en beneficio de los clubes o entidades deportivas y un correlativo perjuicio de los deportistas que las suscriben, desde el instante en que, aun siendo fruto de una teórica libertad de contratación o autonomía de la voluntad, vulneran el derecho al trabajo¹¹⁵⁷.

III.2.D. Indemnización por formación

La necesidad de protección de la inversión en la formación de deportista es una cuestión que en la actualidad nadie discute. Ahora bien, se ha generado un complejo debate acerca de la fórmula adecuada para lograr dicha protección; que las indemnizaciones por formación hayan llegado a cifras desorbitadas, ha hecho dudar de estos mecanismos de compensación¹¹⁵⁸ que, en ocasiones, parecen, no tanto atender verdaderamente a la finalidad de compensar a la entidad que ha contribuido a la formación del deportista, cuanto esconder un derecho de retención¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ IRURZUN UGALDE, K. y RUBIO SÁNCHEZ, F., “La “Sentencia Téllez”: cláusula de rescisión y su modulación desde los principios del derecho laboral”, *Aranzadi social*, núm. 3, 1998, pág. 2604-2607.

¹¹⁵⁷ VERGARA PRIETO, N., “Cláusula de rescisión: al borde del abismo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 59, 2018, BIB 2018/9581.

¹¹⁵⁸ El TJUE en su sentencia C-325/08, del caso *Olympique Lyonnais SASP contra Olivier Bernard y otros*, de 16 de marzo de 2010 (ECLI:EU:C:2010:143), reconoció que el sistema que regula el derecho de los clubes formadores a ser compensados por las inversiones realizadas en jóvenes jugadores no contradice el artículo 45 del TFUE, siempre que sea apto para garantizar la realización de ese objetivo, sea proporcional al fin que persigue y la indemnización guarde relación con los costos reales de formación que haya incurrido el club formador.

¹¹⁵⁹ GARCÍA CABA, M. M^a; “Algunas propuestas de perfeccionamiento de los derechos ...”, *loc. cit.*, pág. 365-402.

Su regulación fue consecuencia de las negociaciones mantenidas entre la Comisión y la FIFA/UEFA en el 2001, cuando la FIFA se comprometió a cambiar su vigente Reglamento e incluir la obligación de indemnizar en concepto de formación el esfuerzo que los clubes realizaban a los jugadores menores de 23 años.

Esta protección se cristaliza en la denominada indemnización por formación que viene referida en el artículo 20 del RETJ, que relata lo siguiente:

“20 Indemnización por formación

La indemnización por formación se pagará al club o clubes formadores de un jugador: 1) cuando el jugador firme su primer contrato profesional y 2) por cada transferencia del jugador profesional hasta el fin de la temporada en el que cumple 23 años. La obligación de pagar una indemnización por formación surge aunque la transferencia se efectúe durante o al término del contrato. Las disposiciones sobre la indemnización por formación se establecen en el anexo 4 del presente reglamento. Los principios de la indemnización por formación no son aplicables al fútbol femenino.”.

La regulación de dicha institución, como bien lo apunta el propio artículo 20, viene regulada en el Anexo 4 del propio Reglamento, donde dispone cuál es el objetivo; quién debe abonar la indemnización; quién la debe percibir; cuál será el importe de la misma, así como las disposiciones especiales aplicables para el territorio de la UE/EEE.

Respecto al objeto de la indemnización el artículo 1 del Anexo 4 del RETJ¹¹⁶⁰ traza un marco general acerca de cuál es el periodo de tiempo en que debe entenderse que el jugador se ha formado. Para ello, se realiza una presunción *iuris tantum* que, si bien su redacción puede llevar a confusión, se resume en que el periodo de formación se circunscribe entre los 12 y 21 años (siempre que no se demuestre que el jugador lo ha

¹¹⁶⁰ El artículo 1 del Anexo 4º del RETJ dice lo siguiente:

“1 Objetivo

- 1. La formación y la educación de un jugador se realizan entre los 12 y los 23 años. Por regla general, la indemnización por formación se pagará hasta la edad de 23 años por la formación efectuada hasta los 21 años de edad, a menos que sea evidente que un jugador ha terminado su proceso de formación, antes de cumplir los 21 años. En tal caso, se pagará una indemnización por formación hasta el final de la temporada en la que el jugador cumpla 23 años, pero el cálculo de la suma de indemnización pagadera se basará en los años comprendidos entre los 12 años y la edad en que el jugador ha concluido efectivamente su formación.*
- 2. La obligación de pagar una indemnización por formación existe sin perjuicio de cualquier otra obligación a pagar una indemnización por incumplimiento de contrato.”.*

terminado antes de cumplir los 21 años) si bien el periodo de pago de la indemnización se extiende a los 23 años. Pero dicha indemnización solo será abonada cuando el jugador se inscriba por primera vez como profesional (siempre que provenga de un club perteneciente a una asociación nacional diferente, el elemento de internacionalidad es necesario) y cada vez que este sea transferido entre clubes de dos asociaciones nacionales distintas antes de finalizar la temporada de su 23º cumpleaños.

En relación a los sujetos implicados en el pago y recepción de dicha indemnización, el RETJ establece dos supuestos¹¹⁶¹: en primer lugar, en el caso de que la indemnización se derive de la primera inscripción del jugador como profesional, la persona responsable de pago será aquella con la que el jugador haya suscrito el contrato profesional, mientras que las personas que percibirán la indemnización serán todos los clubes que hayan participado en la formación del jugador de forma prorrateada (para acreditar el carácter formador del club será necesario recurrir al pasaporte deportivo del jugador¹¹⁶²); por otro lado, en caso de transferencias subsiguientes del jugador profesional, la indemnización por formación a pagar por el club que ha contratado los servicios de jugador profesional será a favor, solo, del club anterior del jugador por el tiempo¹¹⁶³ que efectivamente entrenó en su club¹¹⁶³.

Para calcular el montante de la indemnización, si bien el Reglamento¹¹⁶⁴ recurre a dibujar el procedimiento para fijar parámetros objetivos, conscientes de la complejidad que

¹¹⁶¹ Artículo 3 del Anexo 4º del RETJ.

¹¹⁶² El pasaporte del jugador viene regulado en el artículo 7 del RETJ. Entre los datos que debe contener el pasaporte, además del nombre del jugador y su fecha de nacimiento, se encuentra la información acerca de los clubes que el jugador ha estado inscrito desde la temporada en que cumplió 12 años, la categoría y el periodo de tiempo de cada inscripción.

¹¹⁶³ Dentro de las últimas reformas llevadas a cabo por la FIFA, una de las más importantes ha sido la constitución de la denominada Cámara de Compensación (organismo independiente, sometido a una auditoría anual por parte de la FIFA) que se encargará de recibir el importe del club de destino y distribuirlo entre los clubes formadores. También será el encargado de gestionar el mecanismo de solidaridad.

¹¹⁶⁴ El artículo 4 del Anexo 4º del RETJ dice lo siguiente:

“4 Costos de formación

1. *A fin de calcular la indemnización de los costos de formación y educación, las asociaciones clasificarán a sus clubes en un máximo de 4 categorías, de acuerdo con sus inversiones financieras en la formación de jugadores. Los costos de formación se establecen para cada categoría y corresponden a la suma requerida para formar a un jugador durante un año, multiplicada por un “factor jugador”. Que es la relación entre el número de jugadores que deben formarse para producir un jugador profesional.*

2. *Los costos de formación, que se establecen por confederación para cada categoría de un club, así como la categorización de clubes de cada asociación, se publican en el sitio de internet oficial de la FIFA (www.fifa.com). Estos datos se actualizan al final de cada año civil. Las asociaciones deberán mantener al día en todo momento los datos referentes a la categoría de formación de sus clubes en el TMS (v. anexo 3, art. 5.1, apdo. 2).”*

resulta en la práctica su aplicación (ya que implicaría sumar todos los gastos que efectivamente el club destina a la formación de jóvenes deportistas, para luego dividirlos por la cantidad de jugadores formados y así obtener el promedio del gasto por la educación de cada jugador), la FIFA ha optado, a través de circulares¹¹⁶⁵, por imponer cuantías fijas dependiendo de cuál sea la confederación a la que pertenece la asociación nacional que, a su vez, esté afiliado el club y la clasificación que este último tenga dentro de la asociación nacional a la que pertenezca. Por tanto, para el cálculo final del importe de la indemnización, se recurrirá al importe de gastos que el nuevo club hubiese efectuado en caso de haber formado al jugador, ya prefijados por las circulares de la FIFA, lo que *a priori* parece contradecir el espíritu de la indemnización, pues esta lo que intenta es compensar el gasto que el club formador ha invertido en la formación del jugador¹¹⁶⁶.

A este respecto y con el fin de menguar los costos de indemnización por formación, en ocasiones, clubes interesados en la contratación de un jugador concreto han recurrido a un tercer club, de categoría inferior (lo que la doctrina a denominado “club puente”)¹¹⁶⁷, para que este contrate los servicios del jugador en primer término y, posteriormente, sea traspasado al club (de categoría superior) que estuviera interesado en el jugador. A este respecto, es interesante traer a colación el caso resuelto por el Tribunal Arbitral de Deporte de Lausana, CAS 2009/A/1757 *MTK Budapest v. FC Internazionale Milano Spa*, de fecha 30 de julio de 2009. El jugador de nacionalidad húngara don *Attila Filkor*, nacido

¹¹⁶⁵ Actualmente la Circular que fija estos parámetros es la número 1673, de fecha 28 de mayo de 2019 y establece la siguiente tabla (que es la misma que la que fijó la Circular n° 959, de 16 de marzo de 2005):

<u>CONFEDERACIÓN</u>	CATEGORÍA I	CATEGORÍA II	CATEGORÍA III	CATEGORÍA IV
AFC		40.000 \$	10.000 \$	2.000 \$
CAF		30.000 \$	10.000 \$	2.000 \$
CONCACAF		40.000 \$	10.000 \$	2.000 \$
CONMEBOL	50.000 \$	30.000 \$	10.000 \$	2.000 \$
OFC		30.000 \$	10.000 \$	2.000 \$
UEFA	90.000 €	60.000 €	30.000 €	10.000 €

¹¹⁶⁶ Con el ánimo de que dicha indemnización no sea desmesurada el artículo 5.3 del Anexo 4º del RETJ establece que los costos de formación de jugadores de entre 12 y 15 años, se basará en los costos de formación de clubes de 4ª categoría.

¹¹⁶⁷ ARROYO SÁNCHEZ, J., “Un puente para llegar antes: los Derechos de Formación en el Fútbol Español a propósito de la decisión del TAS caso 2011/A/2477 *FC Spartak Moscow v. RFU and FC Rostov*”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 40, 2013, pág. 371-387.

el 12 de julio de 1988, es inscrito, en calidad de aficionado, en el club húngaro MTK Budapest desde el 1 de julio de 2003 hasta 30 de junio de 2006. Es en esa fecha cuando el *FC Internazionale Milano Spa* muestra interés por el jugador y comienzan las negociaciones entre ambos clubes, negociación que no fructifica porque el 24 de agosto de 2006 es inscrito, como jugador profesional, en el club Maltés, *Pieta Hotspurs FC*. Curiosamente, el 31 de agosto de 2006 el jugador es transferido al club italiano al *FC Internazionale Milano Spa*. El *MTK Budapest*, al no recibir la indemnización por formación, interpone reclamación, primero ante la FIFA y después ante el Tribunal Arbitral del Deporte contra *FC Internazionale Milano Spa*, por entender que el contrato entre el jugador y el *Pieta Hotspurs FC* había sido una ficción y que el único objetivo de dicha ficción era que, en el caso de tener que abonar una indemnización¹¹⁶⁸, esta fuera de menor cantidad¹¹⁶⁹. Finalmente, el Tribunal reconoció al *MTK Budapest* el derecho a percibir la indemnización a abonar por el *FC Internazionale Milano Spa*, al entender que por ser este el único beneficiado de la formación del jugador, debería ser el obligado a pagar la indemnización.

Al igual que lo que ocurre con las transferencias internacionales de menores de edad, objeto de análisis de la presente tesis, y cuya regulación se expondrá en el presente capítulo, el RETJ establece unas disposiciones especiales en relación a la regulación de la indemnización por formación en los casos de que el hecho generador de la compensación tenga lugar dentro del territorio de la UE/EEE (resulta harto complicado justificar el trato normativo diferenciado según el área geográfica en el cual se desarrolle el acto jurídico teniendo en cuenta que las disposiciones del Reglamento de la FIFA tienen un ámbito de aplicación mundial). Es el artículo 6 del Anexo 4º del RETJ el que articula estas disposiciones especiales y regula lo siguiente:

“6 Disposiciones especiales para la UE/EEE

¹¹⁶⁸ Existen unas disposiciones especiales respecto a la indemnización por formación en las transferencias internacionales que se realicen dentro del espacio de la UE/EEE. Entre ellas, está la necesidad de haber ofrecido el club anterior al jugador un contrato para que aquel mantenga el derecho a la indemnización por formación.

¹¹⁶⁹ A los meros efectos de ilustrar el caso, solo recordar que el *MTK Budapest* pertenece a la Categoría II, el *Pieta Hotspurs, FC* a la Categoría III y el *FC Internazionale Milano Spa* a la Categoría I. Por lo que queda claro que en el caso de que el contrato con el club maltés (Categoría III) fuera tenido en cuenta, la indemnización por compensación sería sustancialmente inferior.

1. *En la transferencia de jugadores de una asociación a otra dentro de la UE/EEE, el monto de la indemnización por formación se definirá de la manera siguiente:*
 - a) *Si el jugador pasa de un club de una categoría inferior a otro de categoría superior, el cálculo se realizará conforme a los gastos promedio de los costos de formación de los dos clubes.*
 - b) *Si el jugador pasa de una categoría superior a una inferior, el cálculo se realizará conforme a los costos de formación del club de categoría inferior.*
2. *En el territorio de la UE/EEE, la temporada final de formación puede realizarse antes de la temporada en la que el jugador cumpla sus 21 años de edad, si se comprueba que el jugador completó su formación antes de ese periodo.*
3. *Si el club anterior no ofrece al jugador un contrato, no se pagará una indemnización por formación a menos que el club anterior pueda justificar que tiene derecho a dicha indemnización. El club anterior debe ofrecer al jugador un contrato por escrito, remitido por correo certificado, a más tardar 60 días antes del vencimiento de su contrato vigente. Esta oferta deberá ser, al menos, de un valor equivalente al contrato vigente. Esta disposición no será en perjuicio de los derechos a una indemnización por formación de los clubes anteriores del jugador.”.*

A este respecto, resulta interesante destacar la necesidad de que el club anterior haya ofrecido un contrato laboral al jugador para que aquel tenga derecho a la indemnización por formación. *A sensu contrario*, se podría entender que, si el club anterior no ofrece al jugador un contrato profesional y el jugador firma contrato laboral con un tercer club de asociación distinta al club de origen, este no tendría derecho a la indemnización por formación. Pero como ocurre con otras disposiciones del RETJ, el Tribunal Arbitral del Deporte ha interpretado de forma laxa esta obligación acogiéndose a la literalidad del artículo cuando especifica lo siguiente: “... *a menos que el club anterior pueda justificar que tiene derecho a dicha indemnización.*”. Todo ello, porque el Tribunal ha entendido que no se puede esperar que los clubes de origen, en muchísimas ocasiones clubes muy

modestos, puedan ofrecer contratos profesionales a todos los jugadores de los que espera recibir en un futuro la indemnización por formación realizada a lo largo del tiempo¹¹⁷⁰.

Estas disposiciones especiales se aplicarán en aquellas transferencias que se realizan dentro del área geográfica de la UE/EEE, sea cual sea la nacionalidad del futbolista en cuestión. A este respecto, el Tribunal Arbitral de Deporte ya ha manifestado, en el caso CAS 2009/A/1810 & 1811 *SV Wilhelmshaven v. Club Atlético Excursionistas & Club Atlético River Plate*, de fecha 5 de octubre de 2009¹¹⁷¹, que el artículo 6 del Anexo 4º del RETJ es un sistema que rige las transferencias de jugadores que se trasladan de una asociación a otra dentro del territorio de la UE/EEE y que resulta irrelevante la nacionalidad del jugador a fin de analizar la procedencia o no de la reclamación por una indemnización por formación (apartados 49 y 46 del laudo).

III.2.E. Mecanismo de solidaridad

El mecanismo de solidaridad es, conjuntamente con la indemnización por formación, uno de los remedios jurídicos proporcionados por la FIFA, como consecuencia de las negociaciones mantenidas en el 2001 entre la Comisión Europea y la FIFA /UEFA, que tiene por objeto el resarcimiento económico de los clubes que han colaborado en la etapa formativa de los futbolistas, en ocasión de sus futuros traspasos a otros clubes pertenecientes a otras asociaciones nacionales¹¹⁷².

Este mecanismo tiene un eje solidario y consiste en redistribuir una pequeña parte de las sumas económicas que generan las transferencias, en favor de los clubes que permitieron educar deportivamente al jugador en cuestión, los llamados clubes formadores¹¹⁷³.

El artículo 21 del RETJ dispone lo siguiente:

¹¹⁷⁰ Laudo del Tribunal Arbitral de Deporte, CAS 2009/A/1757 *MTK Budapest v. FC Internazionale Milano Spa* de fecha 30 de julio de 2009, apartados 18-20.

¹¹⁷¹ Los hechos que dan lugar al caso son los siguientes: El jugador Don Sergio Sagarzazu, nacido el 11 de septiembre de 1987 y poseedor de doble nacionalidad (la argentina y la italiana), estuvo inscrito como futbolista aficionado en la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) a favor de dos de sus clubes afiliados, el Club Atlético Excursionistas de la Ciudad de Buenos Aires y el Club Atlético *River Plate*. Posteriormente el jugador firmó su primer contrato profesional con el club alemán *SV Wilhelmshaven*. Los clubes argentinos reclamaron la indemnización por formación basándose en el artículo 3.1 del Anexo 4º mientras que la defensa del club alemán se basó en el artículo 6 del mismo Anexo argumentando que en el caso de negar la aplicación del referido artículo implicaría negar la libertad de movimiento de un ciudadano de la Unión Europea.

¹¹⁷² GONZÁLEZ MULLÍN, H., *Manual práctico de Derecho del Deporte*, Editorial AMF, Montevideo, 2012, pág. 211 y ss.

¹¹⁷³ A través de la gestión de la Cámara de Compensación.

“21 Mecanismo de solidaridad

Si un jugador profesional es transferido antes del vencimiento de su contrato, el club o los clubes que contribuyeron a su educación y formación recibirán una parte de la indemnización pagada al club anterior (contribución de solidaridad). Las disposiciones sobre la contribución de solidaridad se establecen en el anexo 5 del presente reglamento.”.

Al igual que ocurría con la indemnización por formación, la regulación de este mecanismo viene regulada en un Anexo al RETJ, concretamente el 5°.

La premisa fundamental para que el mecanismo de solidaridad se active es que exista un traspaso internacional, con indemnización, de un jugador profesional entre dos clubes pertenecientes a distintas asociaciones nacionales.

La contribución de solidaridad asciende al 5% de la indemnización, que deberá deducirse del importe total de la indemnización y será distribuida por el nuevo club entre los clubes que a lo largo de los años han formado y educado al jugador. Esta contribución se hará proporcionalmente en función del número de años que el jugador haya estado inscrito en cada club durante las temporadas comprendidas entre la edad de 12 y 23 años¹¹⁷⁴. Como ocurría con la indemnización por formación, el pasaporte del deportista será el documento fundamental para realizar dicha distribución.

El mecanismo de solidaridad no es un sistema exento de polémica. Uno de los elementos más conflictivos ha sido identificar el concepto de la indemnización cuando en ocasiones

¹¹⁷⁴ El artículo 1 del Anexo 5° del RETJ establece la siguiente distribución:

- Temporada del 12° cumpleaños: 5% (es decir, 0,25% de la indemnización).
- Temporada del 13° cumpleaños: 5% (es decir, 0,25% de la indemnización).
- Temporada del 14° cumpleaños: 5% (es decir, 0,25% de la indemnización).
- Temporada del 15° cumpleaños: 5% (es decir, 0,25% de la indemnización).
- Temporada del 16° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 17° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 18° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 19° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 20° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 21° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 22° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).
- Temporada del 23° cumpleaños: 10% (es decir, 0,5% de la indemnización).

los agentes intervinientes han utilizado negocios jurídicos simulados, realizados en fraude de ley, para evitar el pago de dicha contribución. El artículo 21 del RETJ parece identificar la indemnización con aquella derivada de una transferencia, por acuerdo, entre dos clubes de distintas asociaciones nacionales que pactan la cesión de los derechos deportivos de un jugador a cambio de un precio. Sin embargo, el artículo 1 del Anexo 5° se refiere a cualquier indemnización pagada al club anterior por el nuevo club.

Ahora bien, el problema aparece en los casos en los que la indemnización es consecuencia de la resolución unilateral, sin justa causa, del jugador. Como ya se ha adelantado, en muchas ocasiones, con el ánimo de eludir el pago de la contribución de solidaridad, el nuevo club ha animado al jugador a rescindir unilateralmente el contrato laboral que le vincula al anterior club, este recibe la indemnización por rescisión unilateral sin justa causa (sea bien la fijada en la cláusula de rescisión o en su ausencia la fijada por los tribunales *ad hoc*), y como el sujeto obligado a pagar en primer término es el jugador (si bien conjuntamente se le hace responsable al nuevo club), parece que el mecanismo de solidaridad no debiera activarse y, por lo tanto, los clubes formadores no podrían proceder a recibir los importes que, habiéndose formalizado, vía acuerdo o traspaso, hubieran recibido. El Tribunal Arbitral del Deporte¹¹⁷⁵ ha tenido ocasión de dirimir este tipo de problemática y su resolución ha sido clara y contundente, al entender que ha de cerrarse la puerta a este tipo de simulaciones, ya que de otro modo significaría la extinción de facto del mecanismo solidario a través de una sencilla simulación contractual y destaca que se estará en presencia de una transferencia (típica o atípica) siempre que, sin que deban concurrir en un mismo momento, se presenten los siguientes cuatro elementos¹¹⁷⁶:

- el consentimiento del jugador, ya que es él mismo el que voluntariamente rescinde el contrato con el club anterior y suscribe uno nuevo con el club de destino.
- el consentimiento de club de origen; la inclusión de una cláusula de rescisión en el contrato laboral suscrito con el jugador puede entenderse como que se está implícitamente consintiendo y admitiendo de manera indiscutible que el jugador puede abandonar el club.

¹¹⁷⁵ CAS 2011/A/2356 *SS Lazio S.p.A. v. CA Vélez Sarsfield & Fédération Internationale de Football Association Association (FIFA)*, de fecha 28 de septiembre de 2011.

¹¹⁷⁶ RECK, A., “El caso CAS 2011/A/2356 Lazio SPA V C.A. Vélez Sársfield & FIFA”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 35, 2012, pág. 479-487.

- el consentimiento del club de destino, que conoce la situación real del jugador y abona la indemnización al club de origen.
- y el precio.

Otra cuestión problemática, relativa al mecanismo de solidaridad y que ha sido objeto de análisis del Tribunal Arbitral del Deporte, ha sido la existencia o no del derecho a la indemnización cuando la transferencia del jugador no se ha realizado a cambio de un precio sino a cambio de otro jugador, esto es, utilizando el negocio jurídico de permuta. Para los clubes implicados, este tipo de traspaso no genera indemnización alguna, ya que no media cuantía económica alguna (el valor del jugador para el club es cero) que se deba retener el porcentaje relativo al mecanismo de solidaridad. Es interesante traer a colación el laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Deporte en el caso CAS 2016/A/4821 *Stoke City Football Club v. Pepsi Football Academy*, de fecha 30 de marzo de 2017¹¹⁷⁷; la Formación Arbitral concluye lo siguiente: que la indemnización a la que se refiere el artículo 21 del RETJ en ningún caso se debe interpretar como una compensación de carácter monetario; que un jugador no tenga valor para un club no quiere decir necesariamente que carezca de valor para otro club; que el valor de ambos jugadores involucrados en la permuta deberá ser el mismo; y, finalmente, que en el contexto específico de una permuta o intercambio de jugadores profesionales, sin el pago indemnización por la transferencia de los clubes involucrados en la transacción, el método más preciso y simple (y que cumple adecuadamente los objetivos de la institución del mecanismo de solidaridad) para calcular el valor de mercado del jugador, es el montante que resulte de obtener la media entre las compensaciones previas pagadas, por la

¹¹⁷⁷ El jugador profesional Don *Peter Odemwingie* perteneciente a las filas del *Cardiff City FC* es traspasado al *Stoke City Football Club* en enero del 2014, como contraprestación a dicho traspaso el *Stoke City Football Club* transfiere al *Cardiff City FC* al jugador *Kenwyne Jones*. En dicho intercambio de jugadores no existe compensación monetaria. Dada esta situación, el club nigeriano *Pepsi Football Academy*, club al que había pertenecido Don *Peter Odemwingie*, desde el 10 de enero de 1998 hasta el 30 de junio de 1999, reclama ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA la contribución de solidaridad correspondiente. La resolución de la CRD, que luego es confirmada por el Tribunal Arbitral de Deporte, reconoce su derecho y establece como método para el cálculo del valor de la transacción el valor medio de las compensaciones previas pagadas por la obtención de los derechos de los jugadores en sus transacciones previas, esto es, el *Welsh Club Cardiff City FC* había pagado al *West Bromwich Albion FC* por Don *Peter Odemwingie* la cantidad de 2.450.000 Libras esterlinas, mientras que el *Sunderland AFC* había pagado al *Stoke City Football Club* por Don *Kenwyne Jones* 6.970.000 Libras esterlinas; por lo que el valor de los jugadores (el mismo en ambos casos) ascendió a 4.620.000 Libras, $(2.450.000+6.970.000) / 2$. Finalmente, el *Stoke City Football Club* fue condenado a pagar al *Pepsi Football Academy* 33.910,87 Libras esterlinas en concepto de mecanismo de solidaridad.

obtención de los derechos de los jugadores objeto del intercambio, en sus anteriores transferencias.

III.2.F. Certificado de transferencia internacional

Para que un jugador, profesional o aficionado, inscrito en un club perteneciente a una asociación, pueda inscribirse en otro club perteneciente a otra asociación nacional distinta, es necesario la obtención del denominado Certificado de Transferencia Internacional (CTI)¹¹⁷⁸.

El CTI viene regulado en el artículo 9.1 del RETJ que dice lo siguiente:

“9 Certificado de Transferencia Internacional

1. Los jugadores inscritos en una asociación únicamente podrán inscribirse en una nueva asociación únicamente cuando esta última haya recibido el certificado de transferencia internacional (en adelante, “el CTI”) de la asociación anterior. El CTI se expedirá gratuitamente, sin condiciones ni plazos. Cualquier disposición en contra se considerará nula y sin efecto. La asociación que expide el CTI remitirá una copia a la FIFA. Los procedimientos administrativos para la expedición del CTI se encuentran definidos en el anexo 3, art. 8, y en el anexo 3^a del presente reglamento.”.

Es la nueva asociación la que solicita a la asociación de origen del jugador la expedición de dicho instrumento y no es hasta la recepción de la misma por la asociación de destino cuando el jugador puede ser inscrito a favor del nuevo club. La expedición del CTI es gratuita, no puede estar sujeta a condición alguna¹¹⁷⁹ ni su validez limitarse a un periodo determinado.

¹¹⁷⁸ Como regla general las inscripciones de jugadores solo se podrán realizar dentro del periodo de inscripción fijado por la asociación nacional con al menos 1 año de antelación. Cada año habrá dos periodos de inscripción fijados por la asociación correspondiente. El primer periodo de inscripción comenzará tras la finalización de la temporada y terminará antes del inicio de la nueva temporada, no deberá durar más de doce semanas. El segundo periodo de inscripción comenzará a mediados de temporada y no deberá durar más de 4 semanas.

¹¹⁷⁹ La FIFA es muy estricta en este aspecto, llegando incluso a prohibir que la emisión del Certificado de Transferencia Internacional se condicione al pago de la compensación del traspaso (pactado entre las partes) origen de la petición del certificado (esta prohibición, desde el punto de vista del Derecho de obligaciones y contratos, carece de sentido, ya que este tipo de condición suspensiva es una herramienta totalmente válida en aras a garantizar el cumplimiento de las obligaciones). Según las disposiciones de la FIFA, el club de origen deberá tramitar el CTI y en caso de incumplimiento por parte del club de destino del pago de la cuantía del traspaso deberá, con posterioridad, iniciar acciones tendentes a solicitar el cumplimiento del contrato de traspaso suscrito contra el club de destino del jugador.

Cuando la transferencia del jugador se realiza como consecuencia del acuerdo entre los dos clubes implicados y se cumplen con todas las cláusulas previstas en el contrato de traspaso, la obtención del certificado no supone problema alguno. Ahora bien, cuando existe un conflicto contractual entre el club de origen y el futbolista (profesional o aficionado) la obtención del certificado se complica, ya que el club se negará a que su asociación nacional emita el Certificado Internacional de Transferencia, impidiendo el registro del futbolista en el nuevo club. En estos casos, la FIFA, a petición del club de destino y/o el jugador, otorgará el certificado de carácter provisional con la finalidad de respetar y no vulnerar el derecho al trabajo que le asiste a todo jugador de fútbol, si bien dicho otorgamiento se realizará sin perjuicio de la posible indemnización por resolución unilateral, sin justa causa, que pueda serle impuesta al jugador con posterioridad¹¹⁸⁰.

Los jugadores menores de 10 años no necesitarán el certificado¹¹⁸¹. La imposición de este límite de edad, anteriormente estaba fijado en 12 años, fue consecuencia de la polémica generada por el caso FC Barcelona¹¹⁸², que obligó a la FIFA a modificar parcialmente el RETJ. La Circular de la FIFA, número 1468, de fecha 23 de enero de 2015, justificaba dicha modificación, por la necesidad de fortalecer la protección de los menores, dado el incremento de transferencias internacionales de jugadores menores de 12 años que se

¹¹⁸⁰ Laudo CAS 2007/A/1250, caso Club Atlético Boca Juniors vs Trejo & Real Club Deportivo Mallorca, el apartado 55 dice lo siguiente:

“Como ya hemos indicado anteriormente, para el Jugador, la adopción de la medida provisional tiene un interés inmediato, cual es el de posibilitarle el desempeño de su profesión en el lugar donde quiere desarrollarla sin tener que esperar a la resolución de la reclamación principal interpuesta por Boca Juniors, y por el contrario, la no adopción de la medida tiene el efecto de privarle de su derecho a trabajar. Este interés y el velar por la inmediatez de garantizarlo, según entiende la Formación, debe prevalecer en este caso sobre los intereses del Club, que con la resolución del procedimiento principal podrá ver en su caso satisfechas sus pretensiones.”

¹¹⁸¹ Art. 9.4 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores, aprobado por el Consejo de la FIFA celebrado en Zurich, el 3 de junio de 2019.

¹¹⁸² Los hechos origen del caso, CAS 2014/A/3793 Fútbol Club Barcelona v. *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, de 24 de abril de 2015, son los siguientes: en enero de 2013, la FIFA fue advertida de la posible vulneración cometida por el Fútbol Club Barcelona respecto a la transferencia de un jugador menor de edad e inscrito, en la *Federació Catalana de Fútbol*, en septiembre de 2011. Ante esta denuncia la FIFA extendió su investigación y solicitó información sobre 31 jugadores menores de edad cuyos traspasos internacionales se habían realizado durante los 7 años anteriores. El 28 de noviembre de 2013, la FIFA (a través de su Comité Disciplinario) resolvió condenando a la Real Federación Española de Fútbol y al Fútbol Club Barcelona a pagar 500.000€ y 450.000€, respectivamente, además de prohibirle al club catalán inscribir jugadores, tanto a nivel nacional como internacional, durante dos períodos de transferencia, por haber vulnerado, entre otros, la prohibición realizar transferencias internacionales de menores de edad en nueve casos; y la prohibición de realizar la primera inscripción de jugadores menores de edad de nacionalidad diferente de la asociación nacional en la que se inscribe. Esta resolución fue ratificada por el Comité de Apelación de la FIFA, así como por el Tribunal Arbitral del Deporte sito en Lausana.

habían dado en los últimos años¹¹⁸³. El hecho de no exigir el certificado internacional de transferencia a jugadores menores de 10 años, en ningún caso supone que la transferencia de estos sea libre. Como se verá más adelante en el presente capítulo, la transferencia internacional de menores de 18 años está prohibida por el artículo 19 del RETJ y solo se aceptarán aquellas que se ajusten a alguna de las excepciones previstas en el propio precepto.

La FIFA, hasta hace pocas fechas, ha diferenciado el procedimiento administrativo aplicable para la emisión del Certificado de Transferencia Internacional de un jugador de fútbol profesional del aplicable al jugador de fútbol aficionado (el primero lo regulaba el Anexo 3 del RETJ y el segundo el Anexo 3a). La diferencia entre ambos procedimientos estribaba en que, en el caso de que fueran profesionales los jugadores que se traspasaran, la tramitación se debería realizar a través del Sistema de Correlación de Transferencias, conocido como TMS¹¹⁸⁴ y, en el caso de que fueran aficionados los jugadores, el procedimiento sería el ordinario. Con fecha 1 de julio de 2019, la FIFA ha publicado la circular nº 1679, por la que mediante las oportunas enmiendas ha dispuesto modificar el Reglamento incluyendo, entre otras, la obligación de que todas las transferencias de jugadores aficionados sean también procesadas a través del sistema de correlación de transferencias¹¹⁸⁵.

El TMS, que entró en vigor el 1 de octubre de 2010, fue creado para asegurar y aumentar la transparencia (y así, fortalecer la credibilidad y el prestigio de todo el sistema de transferencias) en los traspasos internacionales, ya que mediante este sistema las asociaciones deportivas logran mayor cantidad de información sobre cada transferencia. Entre sus objetivos se encuentran los siguientes: asegurar que las autoridades deportivas tengan más información disponible respecto de las transferencias; ayudar a salvaguardar la protección de los jugadores menores de edad; ayudar a los clubs a formalizar las transferencias de forma más fácil y rápida; proporcionar una mayor transparencia financiera distinguiendo el concepto de cada pago que se realiza y asegurar que los clubes

¹¹⁸³ Si bien la edad mínima para la obtención del Certificado de Transferencia Internacional ha bajado a los 10 años, la FIFA sigue manteniendo la edad de 12 años, como la mínima, en lo que se refiere a la indemnización por formación, así como al mecanismo de solidaridad.

¹¹⁸⁴ Las siglas del nombre en inglés, *Transfer Matching System*.

¹¹⁸⁵ Según la circular referida las modificaciones entrarán en vigor el 1 de octubre de 2019 si bien su implementación será obligatoria a partir de 1 de julio de 2020.

formadores son debidamente compensados¹¹⁸⁶. Si bien en sus inicios solo era aplicable a los traspasos internacionales de jugadores profesionales varones, a partir del 1 de enero de 2018¹¹⁸⁷, fue requisito obligatorio de utilización del TMS en las transferencias internacionales de jugadoras profesionales. En la actualidad, con las modificaciones introducidas mediante la circular n° 1679, antes referida, el uso del TMS se circunscribe, según el artículo 1.5 del Anexo 3, a:

“1 Ámbito

El uso del TMS es requisito obligatorio para toda transferencia internacional de jugadores profesionales y aficionados (hombres y mujeres) de fútbol once, y toda inscripción de estos jugadores que se realice sin utilizar el TMS se considerará nula. En los siguientes artículos del presente anexo, el término “jugador” se referirá a jugadores y jugadoras de fútbol once. El término “transferencia internacional” se referirá en este anexo exclusivamente a la transferencia de dichos jugadores entre asociaciones.”.

El TMS es un sistema de almacenamiento de datos basado en la web que administra y realiza el seguimiento de las transferencias internacionales simplificando su procedimiento. En caso de que se realice una transferencia internacional sin existir acuerdo de transferencia (al entender que el jugador está libre), el nuevo club deberá

¹¹⁸⁶ A pesar de que entre los objetivos del TMS se encuentra lograr una mayor transparencia y control de las transferencias internacionales, su regulación ha sido objeto de duras críticas por no ser una herramienta apropiada ni efectiva para combatir y sancionar las denominadas transferencias puente, aquellas que se realizan de forma fraudulenta, ya sea para evadir impuestos o aminorar indemnizaciones por formación. Laudo del caso CAS 2014/A/3536 Racing Club Asociación Civil v. *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA), de fecha 5 de mayo de 2015.

¹¹⁸⁷ Circular n° 1601 de la FIFA, Jugadoras profesionales en el ITMS: cambios en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de jugadores de la FIFA, de 31 de octubre de 2017.

enviar información específica¹¹⁸⁸ y cargar en el TMS los documentos¹¹⁸⁹ relacionados con la transferencia que permitan a su asociación nacional solicitar el CTI a la asociación nacional anterior donde el jugador estaba inscrito. En caso de que se realice una transferencia internacional mediante acuerdo de transferencia, serán los dos clubes involucrados, de forma independiente, los que deberán enviar información específica y cargar en el TMS los documentos relacionados con el traspaso. Este sistema de Correlación de Transferencias, y su correcta utilización, ha generado no pocos problemas

¹¹⁸⁸ El artículo 4.3 del Anexo 3 del RETJ obliga a los clubes que quieran crear una orden de transferencia a proporcionar, entre otros, los siguientes datos:

- Tipo de orden (contratar jugador o liberar jugador);
- Transferencia permanente o temporal;
- Si existe un acuerdo de transferencia;
- Si el traspaso es consecuencia de una permuta de jugadores;
- Nombre del jugador, nacionalidad y fecha de nacimiento;
- Club anterior del jugador;
- Asociación anterior;
- Fecha del acuerdo de transferencia;
- Fechas de inicio y finalización del acuerdo de préstamo;
- Nombre del intermediario y comisión;
- Fechas de inicio y finalización del contrato del jugador con el club anterior;
- Motivo de la terminación del contrato entre el jugador y el club anterior;
- Fechas de inicio y finalización del contrato del jugador con el nuevo club;
- Remuneración fija del jugador estipulada en el contrato con el nuevo club;
- La cuantía, el modo de pago y cualquier otra circunstancia relativa a la indemnización del traspaso;
- Datos bancarios;
- Estatus del jugador (aficionado o profesional) en el club anterior;
- Estatus del jugador (aficionado o profesional) en el nuevo club.

¹¹⁸⁹ Los documentos que, al menos, se deben cargar al sistema son los previstos en el artículo 8 del Anexo 3 del RETJ que son los siguientes:

- Copia del contrato entre el nuevo club y el jugador profesional;
- Copia del contrato de transferencia o préstamo firmado entre el nuevo club y el club anterior, si procede;
- Copia de un documento que certifique la identidad, nacionalidad (o nacionalidades) y fecha de nacimiento del jugador;
- Copia de un documento que certifique la fecha de finalización del último contrato del jugador y motivo de la terminación;
- Prueba firmada por el jugador y el club anterior de que no existe la propiedad de los derechos económicos de futbolistas por parte de terceros.

a los clubes, incluso ha llegado a frustrar transferencias mediáticas; muestra de ellos, son los casos del Real Madrid Club de Fútbol (De Gea) y de la Sociedad Deportiva Éibar, S.A.D. (por partida doble).

En el caso del Real Madrid Club de Fútbol, el 31 de agosto de 2015 (último día del periodo de inscripción) el club madrileño y el *Manchester United Football Club* llegaron a un principio de acuerdo mediante el cual el portero Don David de Gea (perteneciente a la plantilla del club inglés) iba a ser permutado con el portero Don Keylor Navas (perteneciente a la plantilla del Real Madrid Club de Fútbol), pero no fue hasta las 00:00 cuando el *Manchester United Football Club* introdujo los datos de la operación de David de Gea, no así los del Keylor Navas, en el TMS, por lo que, cuando el Real Madrid Club de fútbol intentó acceder al mismo, este se encontraba cerrado, frustrándose así un traspaso muy deseado por el club madrileño.

En el caso de la Sociedad Deportiva Éibar, S.A.D., son dos las ocasiones en la que el TMS le ha jugado una mala pasada. En la primera ocasión, enero de 2015, el *Liverpool Football Club* y el club armero suscribieron un contrato de cesión temporal del jugador profesional Don Rafa Páez, pero a la hora de introducir los datos y los documentos en el TMS, la Sociedad Deportiva Éibar, S.A.D. señaló que no mediaba precio mientras que el club inglés informó que el Éibar debía de abonar 20.000 €. Ante la falta de correlación, no se permitió la emisión del Certificado de Transferencia Internacional. En el segundo de los casos, el 1 de febrero de 2016 (último día del periodo de inscripción) el club armero llegó a un acuerdo de compra de los derechos federativos del jugador Don Kike García con el club inglés *Middlesbrough Football Club*. Por problemas a la hora de hacer el pago no fue hasta las 00:00 cuando el club armero introdujo toda la documentación relativa al traspaso impidiendo al club inglés entrar en su TMS para lograr la emisión del Certificado Internacional de Transferencia. En ambos casos, si bien no se expidieron los certificados, impidiendo de este modo la inscripción de los jugadores en la RFEF a favor del club vasco, los contratos de traspaso se hicieron efectivos, por lo que los jugadores se trasladaron, con sus contratos laborales vigentes, a Éibar, si bien durante la respectiva temporada no pudieron ser alineados y, por tanto jugar, por falta de licencia que les habilitara, lo que supuso un grave perjuicio tanto para los jugadores como para el club eibarrés.

Si bien el traspaso internacional de menores se va a analizar en profundidad en el siguiente apartado, solo queda apuntar que, respecto a la obtención del Certificado de Transferencia

Internacional, el procedimiento quedará sometido al sistema de correlación de transferencias (TMS), aunque con anterioridad se deba recabar la aprobación expresa para la transferencia del menor, de la Subcomisión designada al efecto por la Comisión del Estatuto del Jugador de la FIFA.

IV. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE JUGADORES MENORES DE EDAD: PROHIBICIÓN

IV.1. APROXIMACIÓN

El sistema que regula actualmente las transferencias internacionales de los jugadores menores de edad nace como respuesta al abuso que los clubes europeos, detectado desde principios de la década de los ochenta, que se habían cometido cuando jugadores menores de edad, pertenecientes a clubes de países más desfavorecidos, realizaban miles de kilómetros para incorporarse a las plantillas de clubes europeos, con la esperanza de poder progresar en su carrera deportiva; si bien algunos pocos triunfaron, la gran mayoría no y, alejados de su país y familia, debieron comenzar una vida laboral incierta.

No es hasta la aprobación del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia sobre Jugadores de 2001 cuando, por primera vez de forma expresa, se incorpora un capítulo específico relativo a la regulación jurídica de las transferencias de futbolistas menores de dieciocho años, lo que supone un punto de inflexión en la regulación de sus traspasos¹¹⁹⁰. Según la FIFA, el propósito de la incorporación de este capítulo no fue evitar que los jóvenes futbolistas disfrutaran del fútbol, sino evitar que estos fueran objeto de explotación y abuso¹¹⁹¹.

En su primera versión (la publicada en 2001) la redacción del artículo que regulaba esta situación, artículo 12, estaba formulada de forma positiva, en el sentido de afirmar que sí

¹¹⁹⁰ Esta incorporación es consecuencia directa del acuerdo adoptado entre la Comisión Europea y FIFA/UEFA cuyo resultado fue plasmado en la Nota (IP/01/314) publicada por la Comisión Europea, de fecha 5 de marzo de 2001, cuando dice lo siguiente:

“Resultado de las discusiones entre la Comisión y la FIFA/UEFA sobre los Reglamento de la FIFA referentes a los traspasos internacionales de jugadores de fútbol.

(...)

○ *Transferencia internacional de jugadores menores de 18 años permitida según unas condiciones pactadas; las autoridades futbolísticas instaurarán y harán cumplir un código de conducta que garantice la educación deportiva, de formación y educativa que se debe facilitar;”.*

¹¹⁹¹ Circular nº 801 de la FIFA, Interpretación del revisado reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de jugadores de la FIFA, de 28 de marzo de 2002.

era posible la transferencia de jugadores menores de dieciocho siempre y cuando el traspaso fuera consecuencia del cambio de residencia de la familia del jugador y no tuviera relación con el fútbol o la transferencia se produjera dentro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y se tratara de jugadores de edades comprendidas entre la edad laboral mínima en el país de origen y los dieciocho años¹¹⁹². A lo largo de los años, la regulación de la institución ha sido objeto de varias y profundas modificaciones hasta llegar a la versión actual que se plasma en el RETJ de 3 de junio de 2019.

IV.2. REGULACIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE MENORES DE EDAD: CAPÍTULO VI DEL RETJ

En la actualidad, las transferencias internacionales de menores de edad vienen reguladas en los artículos 19 y 19 bis, pertenecientes al Capítulo VI, del RETJ y dicen lo siguiente:

“19 Protección de menores

1. *Las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años.*
2. *Se permiten las siguientes tres excepciones:*
 - a) *Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol.*
 - b) *La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad. El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas:*
 - i. *Proporcionar al jugador una formación o entrenamiento futbolístico adecuado que corresponda a los mejores estándares nacionales.*
 - ii. *Además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una formación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita*

¹¹⁹² GARCÍA SILVERO, E. A., “La transferencia internacional de futbolistas menores: el artículo 19 del Reglamento FIFA y su interpretación por la Comisión del Estatuto del Jugador y el Tribunal Arbitral del Deporte”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 26, 2010, pág. 35-55.

iniciar una carrera que no sea futbolística en caso que cese en su actividad de jugador profesional.

iii. Tomar todas las previsiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la mejor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.).

iv. En relación con la inscripción del jugador, aportará a la asociación correspondiente la prueba de cumplimiento de las citadas obligaciones.

c) El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.

3. Las condiciones de este artículo se aplicarán también a todo jugador que no haya sido previamente inscrito en ningún club y que no sea natural del país en el que desea inscribirse por primera vez y que no haya vivido en dicho país de manera ininterrumpida los últimos cinco años como mínimo.

4. Toda transferencia internacional conforme al apartado 2, toda primera inscripción conforme al apartado 3, así como las primeras inscripciones de menores extranjeros que hayan vivido de manera ininterrumpida los últimos cinco años como mínimo en el país donde desean inscribirse, están sujetas a la aprobación de la subcomisión designada por la Comisión del Estatuto del Jugador a tal efecto. La solicitud de aprobación deberá presentarla la asociación que desea inscribir al jugador. Se concederá a la asociación anterior la oportunidad de presentar su postura. Toda asociación que solicite la expedición del CTI y/o realizar la primera inscripción deberá solicitar primero esta aprobación. La Comisión Disciplinaria de la FIFA impondrá sanciones conforme al Código Disciplinario de la FIFA en caso de cualquier violación de esta disposición. Igualmente, podrán imponerse sanciones no solo a la asociación que no se haya dirigido a la subcomisión, sino también a

la asociación que expidió el CTI sin la aprobación de la subcomisión y a los clubes que hayan acordado la transferencia de un menor de edad.

- 5. El procedimiento de solicitud a la subcomisión de toda primera inscripción y transferencia internacional de menores de edad se describe en el anexo 2 del presente reglamento.*

19 bis Inscripción y notificación de la presencia de menores de edad en academias

- 1. Aquellos clubes que operen una academia con la cual tengan una relación de derecho, de hecho y/o económica deberán notificar la presencia de jugadores menores de edad que asisten a la academia a la asociación en cuyo territorio la academia desempeñe su actividad.*
- 2. Cada asociación deberá asegurarse de que las academias que no tienen una relación de derecho, de hecho y/o económica con un club:*
 - a) Se constituyan en un club que participe en los campeonatos nacionales correspondientes; se deberá notificar la presencia de sus jugadores a la asociación en cuyo territorio desempeña su actividad la academia; o se deberá inscribir a los jugadores en dicho club; o bien*
 - b) Notifiquen la presencia de todos los jugadores menores de edad, que asisten la academia con el propósito de obtener una formación, a la asociación en cuyo territorio desempeña su actividad la academia.*
- 3. Cada asociación deberá llevar un registro con los nombres y fechas de nacimiento de todos los jugadores menores de edad que le hayan sido notificados por clubes o academias.*
- 4. Al notificar los nombres de sus jugadores, tanto la academia como los jugadores se comprometen a practicar el fútbol según los Estatutos de la FIFA y a observar y compartir los valores éticos del deporte del fútbol organizado.*
- 5. La Comisión Disciplinaria de la FIFA impondrá sanciones conforme al Código Disciplinario de la FIFA en caso de cualquier violación de esta disposición.*

6. *El art. 19 también se aplicará a la notificación de jugadores menores de edad que no sean ciudadanos del país en el que desean que se notifique su presencia.”.*

De la lectura de ambos preceptos se puede concluir que, como principio general, se prohíben las transferencias internacionales de menores de edad¹¹⁹³, materializándose una política de protección del futbolista menor de edad, cuyo eje es el de inmovilizar la opción de migración del menor por exclusivas razones deportivas. Esta prohibición opera aún en los supuestos en los que los agentes involucrados (clubes, jugadores, tutores, representantes etc.) presten válido consentimiento a la transferencia internacional.

IV.3. PRIMERA EXCEPCIÓN: CAMBIO DE RESIDENCIA DE LOS PADRES POR RAZONES DISTINTAS AL FÚTBOL (art. 19.2 a))

Probablemente esta excepción es la más conflictiva en cuanto a su análisis y estudio. Está prevista para situaciones donde la familia del jugador, por razones laborales o personales se traslada de país, y el jugador menor de edad quiere seguir practicando el fútbol federado. La norma de la FIFA busca compatibilizar las cuestiones laborales o personales de los progenitores con la vida deportiva del jugador menor de edad, permitiéndole continuar su proyección deportiva en la nueva asociación deportiva.

Hasta la fecha han sido varias las resoluciones del Tribunal Arbitral del Deporte que han podido analizar la utilización de esta excepción, en ocasiones fraudulenta¹¹⁹⁴, por parte de los clubes y jugadores de diferentes asociaciones nacionales. El análisis de los casos más relevantes y sus conclusiones ayudará a aportar una visión más clara y completa del contenido de la excepción y de la evolución que ha habido en su interpretación desde su inclusión en el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores.

IV.3.A. Caso Acuña, CAS 2005/A/955 y 956 Cádiz C.F., S.A.D. y Carlos Javier Acuña Caballero vs. FIFA y Asociación Paraguaya de Fútbol.

Don Carlos Javier Acuña Caballero, nacido el 23 de junio de 1988 en Encarnación (Paraguay), se trasladó con 15 años a Asunción para integrarse en las filas del Club

¹¹⁹³ Si bien en el RETJ del 2001 este tipo de transferencias se regulaban de forma positiva, esto pronto será objeto de modificación para terminar siendo regulado de forma negativa. De permitirse las transferencias en determinadas condiciones se pasa a la prohibición de las mismas, previendo determinadas excepciones a la regla general.

¹¹⁹⁴ CRESPO PÉREZ, J. D. y FREGA NAVIA, R., *Nuevos comentarios al Reglamento FIFA, con ...*, op. cit., pág. 258-268.

Olimpia de Paraguay. A finales de enero de 2005, el jugador participó en el Campeonato Internacional sub 20 celebrado en Colombia, siendo su participación un rotundo éxito. Consecuencia del mismo, el agente de jugadores, don Álvaro Torres, contactó con él para conocer su interés de jugar en equipos europeos. El 14 de febrero de 2005, el jugador, que estaba cerca de cumplir los 17 años, su madre y hermano menor, dejaron Paraguay y se trasladaron a Cádiz (España). Tres días después, el Cádiz Fútbol Club, S.A.D. suscribió, por una parte, un contrato de traspaso con el Olimpia de Paraguay y, por otra, un contrato laboral con el jugador (representado por su progenitora) por 6 temporadas. Por lo que se trataría de un traspaso de jugador profesional consensuado, donde todas las partes intervinientes consintieron su realización. El 20 de febrero de 2005, la madre del jugador suscribió un contrato laboral para trabajar en un restaurante, si bien su validez quedó condicionada a la obtención de los permisos administrativos oportunos, de residencia y de trabajo, condición que se cumplió en agosto de 2005.

El 21 de junio de 2005, la RFEF solicitó a la Asociación Paraguaya de Fútbol el Certificado Internacional de Transferencia, preceptivo para posibilitar la inscripción del jugador en la asociación deportiva española a favor del club andaluz. Esta solicitud fue negada por la Asociación Paraguaya del Fútbol alegando que, dada la minoría edad del jugador, el certificado no se podía emitir sin vulnerar las normas federativas.

Ante tal negativa el club, a través de la RFEF, se dirigió a la FIFA y el Juez Único del Comisión del Estatuto del Jugador de la FIFA rechazó este requerimiento mediante su resolución de 26 de agosto de 2005, estableciendo lo siguiente (la traducción no es oficial):

“(…) El único juez se dio cuenta de la edad del jugador, es decir, 17 años. A este respecto, el Juez Único destacó que, de conformidad con el artículo 19 de este Reglamento (...), las transferencias internacionales de jugadores solo están permitidas cuando el jugador cumple los 18 años. Sin embargo, este Reglamento establece tres excepciones. En virtud de ello, el Juez Único expresó que obviamente las excepciones estipuladas en el artículo 19, párrafo 2, letra b) y letra c) del Reglamento no se aplican a este caso. Sin embargo, el Juez Único consideró necesario verificar una posible autorización para que el jugador sea transferido de acuerdo con el art. 19, par. 2, letra a) del Reglamento.

(…) Refiriéndose al artículo 19, par. 2, letra a) del Reglamento, el Juez Único enfatiza que una razón válida para permitir la excepción al principio general (...)

era que los padres del jugador cambiaron su domicilio al país donde estaba ubicado el nuevo club (por razones no vinculadas al fútbol). En este estado de cosas, el Juez Único concluyó que la situación es exactamente la opuesta, la madre habría seguido al jugador después de que el club español hubiera expresado su interés especial en el jugador.

El Juez Único destacó que la protección de los menores es uno de los principios fundamentales del Reglamento y, por lo tanto, su observancia es esencial para proteger su interés superior en la medida en que es menor de edad. Solo aplicando las disposiciones apropiadas en consecuencia y de forma sistemática se seguirán generando efectos positivos, evitando así la incursión en los derechos de los menores. Como consecuencia de los argumentos presentados, el Juez Único concluyó que una aplicación estricta del art. 19 par. La letra a) del Reglamento fue la más pertinente para evitar posibles intentos de elusión.

Sobre la base de lo anterior, el Juez Único decidió (habiendo aplicado estrictamente el Reglamento) rechazar la solicitud de la RFEF de registrar al jugador Carlos Javier Acuña en su club afiliado, Cádiz Club de Fútbol, S.A.D.”.

Una vez recibida la resolución, tanto el jugador como el club andaluz decidieron apelarla ante el Tribunal Arbitral del Deporte sito en Lausana siendo los argumentos de defensa más destacables los siguientes:

- Que la decisión de trasladarse a España fue adoptada por la madre con anterioridad a que supieran que el club andaluz estaba interesado en el jugador. El jugador que vivía solo en Asunción (ya que su madre vivía con su hermano menor en Encarnación) y, al conocer la intención de emigrar de su madre, decidió acompañarla y emprender un proyecto familiar conjunto. La oferta del Cádiz CF fue posterior.
- Que el artículo 19 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores vulneraba directamente el derecho al trabajo, al contravenir el derecho a la libertad de escoger trabajo y limitar su capacidad de acceder al mercado laboral.
- Asimismo, que la decisión contravenía el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho protegido por el Código Civil suizo, que debía ser observado por la FIFA, ya que se trataba de una organización sometida a la Ley suiza.
- Concluyendo que el Reglamento era contrario al Derecho español, suizo e internacional en materia del Derecho laboral y Derechos humanos.

El primer aspecto que la Formación Arbitral abordó en el Laudo fue el análisis acerca de la validez de la norma limitadora de las transferencias internacionales de los menores de edad. Según la Formación, las normas de la FIFA no vulneraban ningún principio de orden público bajo la Ley helvética o bajo cualquier norma de Derecho internacional¹¹⁹⁵, y ello en base a dos motivos: que las normas perseguían un objetivo legítimo, a saber, la protección de los jóvenes jugadores frente a los traslados internacionales que podrían interrumpir sus vidas, especialmente si, como solía suceder, la carrera en el fútbol finalmente fracasaba o, de todos modos, no era tan exitosa como lo esperaba; y que las normas eran proporcionales a los fines que se pretendían alcanzar.

Seguidamente, la Formación Arbitral pasó a analizar el fondo del asunto y a este respecto procedió a responder dos cuestiones: la primera, si el movimiento de la familia fue consecuencia del fichaje del menor por parte del club y, la segunda, si la excepción prevista en el artículo 19.2 a) del Reglamento era aplicable al caso.

Respecto a la primera de ellas, la Formación llegó a la conclusión que el traslado de la familia desde Paraguay a España había sido consecuencia directa del contrato de jugador profesional firmado entre el club andaluz y el jugador. Teniendo en cuenta lo anterior, la segunda de las cuestiones quedaba clara, el traslado familiar no había sido por razones diferentes a las del fútbol y, por tanto, en ningún caso el jugador podía verse beneficiado de la excepción referida.

Finalmente, la Formación aprovechó el laudo para enfatizar que la FIFA exigía una aplicación estricta de la normativa relativa a la protección de los menores¹¹⁹⁶ y que la labor del Tribunal se limitaba a aplicar la norma y no a revisar el contenido de la misma.

IV.3.B. Caso Sarmiento, CAS 2007/A/1403 Real Club Racing de Santander, S.A.D c. Club Estudiantes de la Plata

El futbolista don Brian Óscar Sarmiento, nacido el 22 de abril de 1990 en Rosario (Argentina), en su condición de aficionado, se entrenaba y jugaba en las categorías inferiores del Club Estudiantes de la Plata. En febrero de 2007, el jugador fue convocado para integrar el equipo de la Selección Argentina Sub 17 y así participar en el Campeonato Sudamericano a disputarse en Ecuador en marzo del 2007. Al tener conocimiento de la

¹¹⁹⁵ Dicha afirmación no vino respaldada por ningún análisis realizado en profundidad.

¹¹⁹⁶ Circular n° 801 de la FIFA, Interpretación del revisado Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA, de 28 de marzo de 2002.

convocatoria, el club argentino conminó al jugador a firmar un contrato profesional bajo la amenaza de que, en caso de no aceptar las condiciones del contrato, ordenaría su expulsión de la Selección Nacional. Ante estas circunstancias, el jugador no consintió y el club cumplió su advertencia y logró que la Asociación de Fútbol Argentina expulsara al jugador de la selección nacional sustituyéndolo por otro jugador. Después del incidente el jugador renunció a continuar militando como aficionado en el Club Estudiante de la Plata, dando por terminada su etapa como integrante de dicho club.

Simultáneamente, su padre, que vivía en Argentina realizando trabajos de carpintería para escenografías, recibió una oferta de la empresa *Theater Workers Scoop.*, sita en Bizkaia (España), a través del dueño de la misma (un antiguo compañero de trabajo). El padre interesado en el trabajo comenzó, a finales de febrero del 2007, con los trámites administrativos en orden a obtener el permiso de residencia y de trabajo en España. Habiéndose iniciado ya los trámites, el jugador y su padre viajaron a España los días 26 de marzo y 1 de abril de 2007, respectivamente. El 8 de agosto de 2007, una vez obtenido los permisos necesarios, el padre del jugador firmó su contrato laboral, pactando un salario mensual de 761 €.

Por su parte, el 13 de agosto de 2007, el jugador, contando con 17 años, suscribió un contrato laboral con el Real Club Racing de Santander, S.A.D. por 7 temporadas, debiendo percibir por la prestación de sus servicios la cantidad de 6.714€ mensuales. En fecha 24 de agosto, la RFEF solicitó a las Asociación de Futbolistas Argentina (AFA) la expedición del Certificado de Transferencia Internacional para poder inscribir al jugador a favor del club cántabro, solicitud que fue denegada por no concurrir la excepción prevista en el artículo 19.2 a) del RETJ por ser el jugador menor de edad y por la existencia de un contrato laboral válido entre el jugador y el club Argentino Club Estudiantes de la Plata. Ante tal negativa, el Real Racing Club de Santander, S.A.D. acudió ante FIFA y el Juez Único de la Comisión del Estatuto del Jugador, en su resolución, de fecha 3 de octubre, rechazó la solicitud de inscripción provisional en base a la siguiente argumentación:

“(...) el Juez Único tomó debida nota de la edad actual del jugador, es decir de sus 17 años y dirigió su atención a la regla general establecida en el art. 19 del Reglamento que claramente manifiesta que las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años. Sin embargo, el Reglamento prevé tres excepciones. En virtud de ello, el Juez Único

estimó que evidentemente las excepciones estipuladas en el art. 19 par. 2 literal b) y literal c) del Reglamento no se aplican en el presente caso. No obstante, el Juez Único consideró necesaria la comprobación de una posible inscripción del jugador de acuerdo con el art. 19 par. 2 literal a) del Reglamento.

A este respecto, el Juez Único recordó que la finalidad de la disposición mencionada es la protección de jugadores menores de edad. Este elemento esencial es uno de los principios del convenio celebrado entre FIFA, la UEFA y la Comisión Europea en marzo 2001 y constituye uno de los pilares del Reglamento. Asimismo, el Juez Único trajo a la memoria que establecer la referida disposición fue resultado de una situación alarmante que había surgido de un abuso y maltrato de muchos jóvenes, hasta niños. (...). Asimismo, el Juez Único estimó que es de suma importancia, a fin de proteger el interés superior que el del menor de edad, la estricta, consecuente y sistemática implementación del art. 19 del Reglamento, dado que no existen medidas que permitieran un modus operandi más indulgente.

(...) Considerando las circunstancias del presente caso y en particular luego de analizar comparativamente los dos contratos laborales, es decir, el contrato club/jugador y el contrato (...) padre del jugador/empresa, el Juez Único consideró que, en vista de que el jugador ganaría diez veces más que su padre y que el contrato del jugador fue firmado sólo cinco días después de la firma del contrato de su padre, surge como obvio que el jugador se trasladó de Argentina a España con el único propósito de seguir allí con su carrera futbolística.

(...) el Juez Único concluyó (...) que el padre habría seguido al jugador luego que el club español expresó su interés concreto en el jugador (...).”.

Una vez recibida la resolución, el club cántabro decidió apelarla ante el Tribunal Arbitral del Deporte sito en Lausana siendo el argumento principal de defensa el que la excepción prevista en el artículo 19.2 a) del Reglamento (que permite la transferencia internacional de menor de 18 años si los padres del jugador cambian de domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol) se cumplía en el caso objeto de recurso. La Formación Arbitral desestimó el recurso planteado por el Real Racing Club de Santander, S.A.D. y confirmó la decisión adoptada por el Juez Único de la Comisión del Estatuto del Jugador de la FIFA, al entender que el caso planteado no se ajustaba al contenido de la excepción prevista en el art. 19.2 a) del Reglamento. El Tribunal admitió

que la norma referida era muy estricta, pero la justificó aduciendo los graves abusos que se habían dado en el pasado, y argumentó que el fin de la medida no era otro que proteger un bien jurídico tan importante como era la seguridad de los menores de edad, aunque ello a veces llevara a situaciones difíciles de sostener o contradictorias como era el caso que estaban juzgando, ya que la Formación reconoció que el jugador y su padre, con el contrato profesional firmado con el club español, gozarían de una situación económica muchísimo mejor que la que ostentaban en Argentina pudiendo incluso traer al resto de la familia (madre y hermano), además de que el jugador podría hacer lo que más le gustaba, jugar al fútbol. Pero no era el cometido de la Formación legislar, sino aplicar las normas establecidas y fue por ello que tuvieron que rechazar la apelación no permitiendo la inscripción del jugador en la RFEF a favor del club español.

IV.3.C. Caso *Elmir Muhic*, CAS 2011/A/2354 E. v. *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*

Elmir Muhic, nacido el 30 de marzo de 1994 en Bosnia Herzegovina, en 2009 se trasladó a vivir a Frankfurt, a casa de su tía (sin sus progenitores, pero con su consentimiento expreso), para cursar un programa de formación profesional de ámbito administrativo, combinado con idiomas, de duración de tres años, comenzando el 1 de octubre de 2009 y finalizando el 30 de septiembre de 2012. En 2010, el Sr. *Muhic* se unió al club *OFC Kickers Offenbach* en calidad de jugador de fútbol y se solicitó el oportuno Certificado de Transferencia Internacional alegando la excepción amparada en el art. 19.2 a), ya que el traslado del jugador al país donde estaba domiciliado el club había sido por razones distintas al fútbol, solicitud que fue rechazada por el Juez Único de la Subcomisión de la Comisión del Estatuto del Jugador, el 28 de septiembre de 2010.

El jugador interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Arbitral del Deporte solicitando la inscripción en el club alemán alegando que su caso quedaba amparado bajo la regulación del art. 19.2 del Reglamento, por lo que la Formación Arbitral analizó el caso teniendo en cuenta las tres excepciones previstas¹¹⁹⁷.

En lo relativo a la primera de las excepciones, la Formación Arbitral manifestó que, siendo tanto el traslado de la tía como la del sobrino (el jugador) por razones distintas a las relacionadas con el fútbol, la excepción aludida hacía referencia expresa al traslado

¹¹⁹⁷ En este momento solo se analizará los argumentos relativos a la primera excepción dejando para más adelante el análisis de las otras.

de los “padres” y siguiendo lo explicitado en el Comentario oficial al Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de 2009, la interpretación del término “padres” se debía realizar de forma estricta, por lo que el caso en cuestión no podía verse amparado por la primera de las excepciones por no darse las condiciones objetivas requeridas por la misma.

La Formación Arbitral procedió al análisis de las restantes excepciones (el análisis de la segunda se analizará oportunamente más adelante) y decidió que la apelación debía ser rechazada y, por tanto, confirmó la resolución del Juez Único de la Subcomisión de la Comisión del Estatuto del Jugador. Según el Tribunal, las medidas de protección de menores se debían de aplicar de forma estricta, ya que abrir la puerta a excepciones diferentes a las ya incluidas en el Reglamento generaría inevitablemente una vía para poder eludir dichas medidas de protección y la denegación de la inscripción no conllevaría la privación de la posibilidad de continuar con su preparación deportiva, ya que el no estar autorizado para jugar partidos oficiales no obstaría poder seguir entrenando con el club.

IV.3.D. Caso Valentin Vada I, TAS 2011/A/2494, *FC Girondins de Bordeaux c. Fèdèration Internationale de Football Association (FIFA)*

Valentín Vada, nacido en Argentina el 6 de marzo de 1996 y de nacionalidad italiana, pertenecía al “Proyecto Crecer”, entidad que formaba parte de un proyecto de formación y reclutamiento de jóvenes jugadores argentinos susceptibles de ser incluidos en el club francés *FC Girondins de Bordeaux*. A principios de 2011, el jugador, acompañado de su familia, se trasladó a Burdeos (Francia). El 9 de marzo, el padre del jugador suscribió un contrato de trabajo, en calidad de personal de mantenimiento, con una de las principales empresas patrocinadoras el referido club francés, por un salario de 2.004,17€ mensuales.

El 6 de mayo de 2011, el club francés, mostrando su interés de inscribir al jugador en su club, solicitó (a través de la Federación Francesa de Fútbol) el Certificado de Transferencia Internacional alegando que el desplazamiento de los progenitores había sido por razones distintas al fútbol. Solicitud que fue denegada por el Juez Único de la Subcomisión del Estatuto del Jugador, al entender que no se podía establecer de forma clara e indubitable que dicho traslado quedara amparado por la excepción prevista en el artículo 19.2 a).

El club francés interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Arbitral del Deporte por entender que el caso se ajustaba perfectamente a la excepción alegada. Aquel, en su laudo,

partió de dos premisas: que el contenido del artículo 19 no contravenía la normativa de orden público suizo o internacional, así como ninguna provisión de Derecho comunitario¹¹⁹⁸ y que era necesario la aplicación estricta de las tres excepciones, ya que el objetivo de la norma no era otro que la protección de un bien jurídico fundamental como era la seguridad de los jugadores menores de edad y así evitar toda forma de abuso. La Formación Arbitral, en su laudo de fecha 9 de diciembre de 2011, confirmó la resolución del Juez Único del 17 de mayo (denegando la inscripción del jugador), al entender que la familia Vada no había podido demostrar que su traslado se hubiera realizado por causas ajenas al fútbol. El Tribunal entendió, entre otros aspectos, que existía una pasarela activa entre el Proyecto Crecer (club al que pertenecía el jugador en Argentina) y el club francés, mediante la cual se ofrecía a los jóvenes jugadores talentosos argentinos, la posibilidad de evolucionar a través de su incorporación al club francés y que tanto el interés del club por incorporar al jugador, como el interés de este por ser parte de la plantilla del primero, habían quedado reflejados en sendas entrevistas y publicaciones anteriores a la fecha del traslado efectivo. Ahora bien, la Formación alentó al jugador para que, acogándose a su nacionalidad pudiera, más adelante, solicitar de nuevo su inscripción en el club francés.

IV.3.E. Caso *Reneau*, CAS 2013/A/3140, *Alex Daniel Reneau* v. Club Atlético de Madrid, S.A.D. & Real Federación Española de Fútbol (RFEF) & *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*

Don *Alex Daniel Reneau*, nacido en 1999 en California y de nacionalidad estadounidense, se trasladó a Madrid junto con sus padres el 27 de julio de 2012. El joven jugador era hijo de un exitoso hombre de negocios. Durante su estancia en Estados Unidos, a pesar de no ser inscrito de forma oficial en la Federación de Fútbol Estadounidense (*US Soccer Federation*), el jugador compitió con el club *The Mustang Boys U10 Red Bulls* en el año 2009 en California, con en el *Chicago Magic* y con el *Chicago Fire Soccer Club* cuando la familia se trasladó a vivir a Chicago. Este último club tenía un acuerdo asociativo suscrito con el Club Atlético de Madrid, S.A.D.

La decisión de trasladarse a España se adoptó en noviembre de 2011, cuando el padre del jugador contactó con abogados españoles para que se solicitaran los oportunos permisos de trabajo y residencia para los miembros de la familia, permisos que fueron concedidos

¹¹⁹⁸ Afirmación que no vino acompañado de ningún análisis al respecto.

en mayo de 2012. Si bien en un principio se trasladaron al centro de Madrid, en septiembre de 2012 entendieron más conveniente mudarse a las Rozas, ciudad que quedaba más cerca del colegio privado en el que habían matriculado al menor y casualmente esta nueva ubicación quedaba muy cerca de la sede del Club Atlético de Madrid, S.A.D. Dada esta cercanía, el jugador se presentó a las pruebas organizadas por el club, en septiembre de 2012, pruebas que fueron satisfactorias por lo que el Club Atlético de Madrid, S.A.D. solicitó su inscripción.

El 30 de noviembre de 2012, el Juez Único de la Subcomisión del Estatuto del Jugador dictó una resolución rechazando la solicitud y expuso lo siguiente¹¹⁹⁹:

“(…) En vista de todo lo antes mencionado, en particular, la situación en relación a los motivos por parte del padre y su actividad profesional del padre del jugador así como también tomando en cuenta el corto tiempo entre el proceso de inscripción del jugador por parte del club español, la residencia oficial de los padres del jugador en España y la prueba oficial de aptitud del jugador, además considerando la categoría del club, el Juez Único determinó que persisten las dudas que los motivos de la mudanza de los padres del jugador no sean relacionados al fútbol.

(…) Por tanto, el juez único determinó –aplicando estrictamente el Reglamento– que en el presente asunto los requisitos establecidos en el art. 19 par. 2 a) del Reglamento no se cumplen.”.

El 4 de abril de 2013, el jugador interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Arbitral del Deporte alegando, por una parte, que se habían cumplido todas las condiciones para que se diera la aplicación del artículo 19.2 a) del Reglamento, esto es, que el cambio de residencia de la familia del jugador no tenía relación con el fútbol y, por tanto, no estaba motivado por ninguna razón relacionada con el deporte y, por otra parte, que en el caso de que se le privara al jugador de la posibilidad de practicar deporte por la única razón de tener nacionalidad estadounidense, vulneraría el artículo 3.1 de la Ley Orgánica (española) 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, lo que conllevaría la nulidad del Reglamento.

¹¹⁹⁹ El contenido completo de la resolución se dio a conocer el 22 de marzo de 2013.

La Formación Arbitral, en este caso, innovó a la hora de plantear la redacción del laudo, ya que puso de manifiesto las reflexiones a favor y en contra de la apelación presentada, pero antes estableció las premisas básicas de las que partía la Formación a la hora de juzgar el caso: que no se estaba juzgando un traspaso internacional sino una primera inscripción (el jugador no había estado inscrito nunca en ninguna federación deportiva), pero que por aplicación del artículo 19.3 del Reglamento¹²⁰⁰ también se debía ajustar al principio general y excepciones previstas en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento; que al igual que lo expresaba la FIFA, el artículo 19 era una disposición importante por establecer los principios claves diseñados para proteger los intereses de los jugadores menores; que la aplicación de esta normativa se debía realizar de forma estricta, rigurosa y consistente y que el artículo 19.2 a) estaba previsto para proteger al joven jugador que siguiera a su familia cuando esta se trasladaba de país por razones personales y no a los padres que seguían al hijo que quisiera integrarse en la filas de un club extranjero.

Finalmente, el Tribunal estimó el recurso de apelación y, por tanto, anuló la resolución del Juez Único de la Subcomisión del Estatuto del Jugador permitiendo que el jugador fuera inscrito como aficionado en el Club Atlético de Madrid, S.A.D., fundamentalmente por tres razones: la primera de ellas, porque el jugador pertenecía a una familia multicultural, la madre era de nacionalidad colombiana, por lo que se entendía que la familia quisiera sumergirse en un ambiente hispano; la segunda, y quizás fundamental, porque la familia era rica y, por tanto, tenía el privilegio de poder elegir el lugar donde quisiera residir; y, finalmente, porque el Club Atlético de Madrid no manifestó ni antes ni después un interés específico por el jugador. El Tribunal, sorpresivamente, dejó de lado otras razones (que se habían utilizado en casos precedentes y se han utilizado en casos posteriores), tales como el lapsus de tiempo entre la llegada de la familia y la aceptación del club madrileño para ser parte de su plantilla (apenas dos meses); la previa formación deportiva del jugador en su país de origen (de hecho, su último club, el *Chicago Magic Soccer Club* tenía suscrito un contrato asociativo con el club español) y, por último, las propias declaraciones del jugador¹²⁰¹.

¹²⁰⁰ La primera inscripción de jugadores de nacionalidad distinta a la asociación nacional en la que se quieren inscribir, regulada por el artículo 19.3 y 19.4 del Reglamento se analizará más adelante.

¹²⁰¹ En la página web de colegio se recogió la manifestación del jugador exponiendo que su traslado de Chicago a Madrid se debía a que había sido aceptado en el club Atlético de Madrid, S.A.D.

De todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que tanto la FIFA como el Tribunal Arbitral del Deporte abogan a favor de la interpretación estricta del contenido de la excepción prevista en el artículo 19.2 a). Eso significa que, en principio, no se atenderá a circunstancias personales que puedan justificar la interpretación laxa del mismo. La razón por la que debe ser estrictamente aplicado el precepto es la importancia del bien jurídico que se desea proteger, que no es otro que la seguridad de los menores de edad, dados los abusos cometidos anteriormente. Tanto la FIFA como el TAS han afirmado que las medidas protectoras previstas en el Reglamento no vulneran, por un lado, ningún principio de orden público bajo la Ley helvética o bajo cualquier norma de Derecho internacional porque las normas persiguen un objetivo legítimo y son proporcionales a los fines que se pretenden alcanzar y, por otro lado, tampoco han supuesto quiebra de ninguna disposición de la Unión Europea, si bien en ninguno de los casos, la FIFA o el Tribunal Arbitral han realizado un análisis respecto a qué disposiciones concretas pudieran verse vulneradas y, por tanto, no se ha podido desarrollar este aspecto en profundidad.

Por lo que para poder aplicar esta disposición, será necesario que los progenitores¹²⁰² del menor de edad se trasladen de país por razones distintas a las relacionadas con el fútbol. De esta manera, por una parte, se evitará que los menores puedan ser objeto de desarraigo social, cultural, económico y educativo y, por otra, se permitirá que puedan practicar el deporte en su nuevo país de residencia. Incluso, se ha reconocido por parte del Tribunal que la aplicación rigurosa del precepto ha podido conllevar a situaciones injustas y contradictorias al fin que persigue la propia norma, pero, como lo ha expresado más de una vez, la Formación Arbitral no legisla, se limita a aplicar las normas existentes.

Es cierto que el último laudo analizado, Caso *Reneau*, CAS 2013/A/3140, *Alex Daniel Reneau v. Club Atlético de Madrid, S.A.D. & Real Federación Española de Fútbol*

¹²⁰² Según la “Guía para la aplicación de un jugador menor” elaborada por la FIFA, en Ginebra el 16 de febrero de 2018, y que se encuentra colgada en su página web oficial, www.fifa.com, dentro del concepto de “traslado de padres”, también se contemplan los casos tales como:

- Traslado ambos progenitores biológicos.
- Traslado del progenitor que posee la patria potestad del menor.
- Traslado del menor al país donde reside el progenitor que ostenta la patria potestad.
- Traslado del tutor legal (otorgada por la autoridad nacional) del menor cuando la patria potestad le ha sido retirada a los progenitores o hayan fallecido.
- Traslado del menor al país donde reside el tutor legal (otorgada por la autoridad nacional) del menor cuando la patria potestad le ha sido retirada a los progenitores o hayan fallecido.

(RFEF) & *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, si bien parte de las mismas premisas ya expuestas, la justificación que utiliza la Formación Arbitral a la hora de decidir y dictar la resolución, como es el altísimo poder adquisitivo de los progenitores, dista bastante de su habitual proceder (no se debe olvidar que en ocasiones la Formación Arbitral ha decidido negar la inscripción del jugador a sabiendas de que tal decisión perjudicaba personal y profesionalmente al menor y que, lejos de protegerle, se le estaba castigando). De hecho, ha sido un laudo muy criticado, no por permitirle al menor la inscripción, sino por la justificación utilizada al efecto¹²⁰³:

“El mensaje es claro: el que tiene un fuerte nivel económico podrá obtener un trato especial y positivo del TAS. La lógica jurídica que les obsequia este tribunal a los hijos de padres millonarios es insuperable: como tienen dinero pueden elegir cualquier parte del mundo para vivir y con un disfraz variado (razones multiculturales, etc.) se podrá obtener la excepción aquí analizada, sin tener que justificar como lo pide para el resto de los mortales económicamente no favorecidos, un contrato de trabajo, una explicación severa de por qué eligió ese lugar para prestar sus servicios, que transcurra un determinado tiempo desde su llegada a un país hasta que el hijo menor sea aceptado en un club del lugar bajo pena de estar padeciendo la presunción que emigraron por razones futbolísticas, etc.

(...) Por eso, el razonamiento que incorpora el laudo (si son ricos los padres se presume que no se trasladan a otro país por razones vinculadas al fútbol), tiene olor a discriminación en favor de los poseedores de una importante tranquilidad económica.”

IV.4. SEGUNDA EXCEPCIÓN: TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DENTRO DEL ESPACIO UE/EEE DE JUGADORES DE EDADES COMPRENDIDAS ENTRE LOS 16 Y 18 AÑOS

Esta segunda excepción proviene de la adecuación de la normativa FIFA al Derecho comunitario europeo. Esta previsión es fiel reflejo de la evolución pactada de la norma a raíz de los acuerdos con la Unión Europea de 2001. Su concreción constituye claramente

¹²⁰³ CRESPO PÉREZ, J. D. y FREGA NAVIA, R., *Nuevos comentarios al Reglamento FIFA, con ...*, op. cit., pág. 268-269.

el intento de compatibilizar legalmente la regla general de prohibición de transferencias internacionales de los menores de edad con el Derecho de la Unión Europea. Por lo que mientras la regla general es aplicable a todas las asociaciones nacionales pertenecientes a la FIFA (así como la primera y tercera excepción), la segunda excepción solo es aplicable a las asociaciones nacionales pertenecientes a la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, ya que el propio texto se refiere a las transferencias internacionales que se lleven a cabo dentro del territorio referido. Esta especificidad territorial ha sido criticada por muchos autores, incluso por el propio Tribunal Arbitral del Deporte sito en Lausana, al entender que dicha excepción se podría extender a otras zonas en el mundo, cuyas características sean iguales o parecidas a las de la Unión Europea o el Espacio Económico Europeo¹²⁰⁴.

Si bien la aplicación real de esta excepción no ha sido tan convulsa como en el caso de la excepción por el traslado familiar por razones distintas al fútbol, prevista en el art. 19.2 a), no es menos cierto que ha habido una evolución importante en la interpretación que se ha realizado de la misma.

Es interesante traer a colación, como punto de partida, lo expuesto por la FIFA en su “Comentario acerca del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de jugadores”¹²⁰⁵ a este respecto:

“Excepción 2: un jugador que tenga entre 16 y 18 años de edad puede moverse dentro del territorio de la UE/EEE de un país⁹⁵ miembro a otro a condición de que su formación deportiva y su educación deportiva y académica estén garantizadas por el nuevo club. La nacionalidad del jugador no es relevante. El reglamento establece directrices claras que el nuevo club ha de seguir. Las asociaciones y las ligas garantizarán la correcta aplicación de estas disposiciones y se asegurarán de que en cada caso en que un club solicite la inscripción de un jugador menor de 18 años de edad se observen los requisitos establecidos en este artículo.

¹²⁰⁴ CRESPO PÉREZ, J.D. y FREGA NAVIA, R., *Nuevos comentarios al Reglamento FIFA, con ... op. cit.*, pág. 271, MONREAL BRINGSVAERD, E., “La regulación FIFA de las transferencias internacionales de los futbolistas menores de edad: claves para la reforma”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* núm. 52, 2016, pág. 163-214 y Laudo CAS 2014/A/3793 Fútbol Club Barcelona v. *Fédération Internationale de Football Association*, de fecha 24 de abril 2015, apartado 9.34.

¹²⁰⁵ Elaborado por la FIFA en el 2009.

(...)

⁹⁵En el acuerdo entre la UE y la FIFA/UEFA firmado en marzo de 2001, se incluyó esta disposición para no contravenir el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE/EEE. Además, los trabajadores de un país que tenga un acuerdo bilateral con la UE sobre libertad de movimiento de los trabajadores (p. ej. Suiza) se benefician de las mismas condiciones que los jugadores de la UE.”.

Hasta la fecha han sido varias las resoluciones del Tribunal Arbitral del Deporte que han podido analizar la utilización de esta excepción. El análisis de los casos más relevantes y sus conclusiones ayudará a aportar una visión más clara y completa del contenido de la excepción y de la evolución que ha habido en su interpretación desde su inclusión en el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores¹²⁰⁶.

IV.4.A. Caso Midtjylland, CAS 2008/A/1485 FC Midtjylland A/S v. *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*

El club danés *FC Midtjylland A/C* celebró un acuerdo de cooperación deportiva¹²⁰⁷ con el club nigeriano *FC Eberei*, en virtud del cual, el club danés se hacía beneficiario de una opción de compra de los derechos federativos de los jóvenes nigerianos que militaran en el club nigeriano. Como consecuencia de dicho acuerdo, en junio de 2006, tres jugadores menores de edad provenientes del referido club nigeriano fueron traspasados al club danés, siendo registrados sin mayor problema. En febrero de 2007, en un nuevo intento de hacer efectivo el referido acuerdo, el *FC Midtjylland A/C* solicitó la inscripción de otros tres jugadores menores de edad, pero antes de proceder a la inscripción por la Asociación danesa de fútbol, la *Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels (FIFPro)*, el sindicato internacional de futbolistas, interpuso una reclamación ante la FIFA, aludiendo que el club danés estaba haciendo sistemáticamente transferencias de jugadores menores de edad nigerianos, violando el contenido del artículo 19 del RETJ. Dicha denuncia hizo que la Asociación danesa de fútbol denegara la inscripción, en tanto no se resolviera la reclamación interpuesta ante la

¹²⁰⁶ El texto actual de la excepción ha sufrido una pequeña modificación desde su versión inicial publicada de 2001, que era la siguiente:

“(…) siempre que la transferencia se produzca en el seno de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo (UE/EEE) y se trate de jugadores entre la edad laboral mínima en el país del nuevo club formador y los dieciocho años, cuando el nuevo club formador garantice un entorno adecuado para su formación deportiva y educación escolar. Con dicha finalidad, se elaborará un código de conducta, que verificarán y harán cumplir las autoridades del fútbol.”.

¹²⁰⁷ Contrato que se colgó en la página web oficial del club danés.

FIFA. Entre tanto, los jugadores pendientes de inscripción en la asociación deportiva, obtuvieron los pertinentes permisos de residencia del Servicio de Inmigración danesa en calidad de estudiantes, permisos que por otro lado no concedían el derecho a trabajar. El 25 de octubre de 2007, la Comisión del Estatuto del Jugador dictó la resolución por la que fueron sancionados tanto la Asociación de fútbol danesa como el *FC Midtjylland A/C* por haber vulnerado el contenido del artículo 19.1 del RETJ. La decisión fue recurrida en apelación ante el Tribunal Arbitral de Deporte sito en Lausana el 14 de febrero de 2008, mediante la cual se requería al Tribunal que dejara sin efecto la resolución de la Comisión del Estatuto del Jugador y que cancelara la sanción impuesta.

La Formación Arbitral, a la hora de elaborar el contenido del laudo, procedió a dar respuesta a los aspectos primordiales de forma diferenciada e independiente. Entre ellas las más interesantes serían las siguientes:

1. Si el artículo 19 del RETJ era aplicable a los jugadores profesionales o a los aficionados también.

La Formación consideró que el artículo 19 del RETJ se aplicaba tanto a los jugadores aficionados como profesionales¹²⁰⁸, ya que la literalidad de la provisión no indicaba que su aplicación debiera ser limitada a los jugadores profesionales. Además, el término “transferencia” estaba relacionado con el término de “inscripción”, ambos aplicables tanto a los profesionales como a los aficionados. Cualquier interpretación diferente iría contra el espíritu de la norma y dejaría abierta la puerta a posibles abusos a los jugadores aficionados, puesto que carecerían de esta protección que ofrecería el Reglamento federativo.

2. Conocer cuáles eran las excepciones al principio general y si existían otras posibles excepciones.

La Formación Arbitral, por un lado, afirmó que las excepciones reguladas en el propio artículo 19 del RETJ debían aplicarse de forma taxativa y estricta, pero, por otro lado y por primera vez, aceptó la existencia de otras dos excepciones no incorporadas en el Reglamento, si bien solo se aplicarían a los estudiantes:

2.a) Las transferencias internacionales de menores en el caso de que no hubiera ni el menor atisbo de duda de que el traslado o movimiento de un país a otro fuera por motivos

¹²⁰⁸ El club danés alegaba que el artículo 19 del RETJ solo era de aplicación para el caso de los traspasos internacionales de jugadores profesionales menores de edad.

estrictamente académicos y solo de tal índole, sin tener nada que ver con su actividad como futbolistas.

2.b) Las transferencias consecuencia de acuerdos suscritos entre la Asociación nacional de origen del jugador y el nuevo club de destino. El acuerdo suscrito debería formar parte de un programa de desarrollo para jóvenes jugadores sujeto a estrictas condiciones.

La Formación entendió que el caso no se amparaba en ninguna de ellas.

3. Si la aplicación del artículo 19 del RETJ al caso de referencia vulneraría alguna disposición de orden público o normativa comunitaria.

El Tribunal, tomando como referencia el caso de *Simuntekov*¹²⁰⁹, analizó si el Acuerdo de Cotonou¹²¹⁰ era aplicable al caso, concretamente su artículo 13.3 que dice lo siguiente:

“Cada Estado miembro concederá a los trabajadores procedentes de un país ACP que ejerzan legalmente una actividad en su territorio un trato caracterizado por la ausencia de toda discriminación basada en la nacionalidad con relación a sus propios nacionales en lo referente a condiciones de trabajo, remuneración y despido. Cada Estado ACP, por su parte, concederá a este respecto un trato no

¹²⁰⁹ STJCE, Gran Sala, de 12 de abril de 2005, asunto C-265/03, caso *Igor Simutenkov* contra Real Federación Española de Fútbol y el Reino de España (ECLI:EU:C:2005:213). Don Igor Simutenkov, nacional ruso y residente en Tenerife, provisto de permiso de residencia y trabajo, estaba contratado como jugador de fútbol profesional en virtud de un contrato laboral suscrito con el Club Deportivo Tenerife y era titular de una licencia federativa como jugador no comunitario. En enero de 2001, presentó la solicitud para que se sustituyese su licencia por una idéntica a la de los jugadores comunitarios, fundamentando dicha solicitud en el Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la Federación Rusa, de 24 de junio de 1994, suscrito en Corfú. Dicha solicitud fue rechazada por la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) y el jugador decidió interponer recurso ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y después de que este lo rechazara, ante la Audiencia Nacional quien planteó ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la cuestión prejudicial. Según la sentencia del TJCE, el Acuerdo de Colaboración con Rusia establecía con claridad la prohibición a cada Estado miembro de tratar de manera discriminatoria, por razón de su nacionalidad, a los trabajadores rusos en relación con sus propios nacionales, por lo que respecta a sus condiciones de trabajo, retribución o despido, y dicho acuerdo podría ser invocado directamente ante cualquier órgano jurisdiccional; asimismo, manifestó que la aplicación de las normas federativas, en las que se limitara la participación de deportistas profesionales nacionales de Estados no comunitarios en las competiciones oficiales, a un deportista profesional de nacionalidad rusa, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, vulneraba el Acuerdo de Colaboración entre las Comunidades Europeas y la Federación Rusa.

¹²¹⁰ Acuerdo de asociación 2000/483/CE, entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000. El acuerdo de Cotonú constituye el marco general para las relaciones de la UE con los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP). Se trata del acuerdo de asociación más amplio celebrado entre países en desarrollo y la UE. La finalidad del Acuerdo de Cotonú es reducir y, en último término, erradicar la pobreza, así como contribuir a la integración gradual de los países ACP en la economía mundial. Se base en tres pilares: cooperación para el desarrollo, cooperación económica y comercial y dimensión política.

discriminatorio comparable a los trabajadores nacionales de los Estados miembros.”.

La Formación entendió que este artículo del Tratado (así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE) otorgaba el derecho, a los nacionales de los Estados firmantes, a la no discriminación por razón de nacionalidad en el territorio de la UE, pero únicamente en relación a las condiciones de trabajo. El Tribunal entendió que los jugadores, en este caso, eran aficionados, provistos de permiso de residencia y no de trabajo, por lo que, al no tratarse de trabajadores, en sentido estricto, los jugadores se encontraban fuera del ámbito de aplicación de Acuerdo de Cotonú.

Como consecuencia de todo el análisis realizado por el Tribunal Arbitral, este confirmó la resolución dictada por la Comisión del Estatuto del Jugador al entender que el club danés *FC Midtjylland A/C* había vulnerado el artículo 19 del RETJ.

IV.4.B. Caso *Elmir Muhic*, CAS 2011/A/2354 E. v. *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*

Los antecedentes fácticos del caso ya fueron expuestos en el apartado IV.3.C. del presente capítulo. Simplemente con el fin de situar al lector recordar que, Don *Elmir Muhic*, un menor de edad de nacionalidad bosnia, se traslada desde su país de origen a Alemania, a casa de su tía, para estudiar un curso de carácter administrativo combinado con idiomas. Poco después de su llegada a Alemania, intentó unirse al club alemán *OFC Kickers Offenbach*.

Tras la decisión del Juez Único de la Comisión del Estatuto del Jugador denegando la emisión del Certificado de Transferencia Internacional, el jugador interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Arbitral de Deporte. En dicho recurso se alegó, en primer término, analizado en el anterior apartado IV.3.C., que el traslado del menor a casa de su tía se había realizado por razones ajenas al fútbol, alegación que fue rechazada por la Formación Arbitral por entender esta que el término de “padres” se debía aplicar de forma estricta. Pero en dicho recurso el jugador también alegó una segunda justificación subsidiaria, la del artículo 19.2 b), al entender que le era aplicable, por analogía, el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre la Unión Europea y Bosnia Hergovina¹²¹¹.

¹²¹¹ Reglamento (CE) n° 594/2008 del Consejo de 16 de junio de 2008, relativo a determinados procedimientos de aplicación del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y Bosnia y Herzegovina, por otra, y de aplicación del acuerdo

La Formación confirmó que la razón de ser de la excepción regulada en el artículo 19.2. b) era la libertad de movimiento de trabajadores y servicios existente dentro del territorio de la UE, así como de la EEE; sin embargo, en el Acuerdo de Estabilización y Asociación alegado por el jugador, no se preveía disposición alguna a este respecto, sino más bien se trataba de un acuerdo relativo a disposiciones comerciales. Es por ello que la Formación Arbitral entendió que en ningún caso la excepción regulada en el artículo 19.2. b) se podría aplicar, por analogía, a este caso.

IV.4.C. Caso Valentín Vada II TAS 2012/A/2862, *FC Girondins de Bordeaux c. Fèdèration Internationale de Football Association (FIFA)*

Este procedimiento tiene origen en el procedimiento TAS 2011/A/2494 *FC Girondins de Bordeaux c. Fèdèration Internationale de Football Association (FIFA)*, analizado en el anterior apartado IV.3.D del presente capítulo, donde la Formación Arbitral confirmó la resolución del Juez Único de la Comisión del Estatuto del Jugador, desestimando la inscripción del jugador en la Federación Francesa de Fútbol a favor del club francés FC Girondins de Bordeaux, al entender que el caso no quedaba amparado en la excepción del art. 19.2. a) del RETJ, si bien en su laudo la Formación alentó al jugador para que, acogiéndose a su nacionalidad pudiera, más adelante, solicitar de nuevo su inscripción en el club francés.

Llegado su decimosexto cumpleaños, el jugador Don Valentín Vada, de nacionalidad italiana, si bien procedía de Argentina donde había estado inscrito en el Club Proyecto Crecer, firmó un acuerdo de formación con el club francés, el cual combinaba componentes deportivos con los escolares. Para poder proceder a su inscripción y obtener la licencia federativa oportuna la Federación Francesa de Fútbol, inició el procedimiento frente a la FIFA, basando su solicitud en la excepción prevista en el artículo 19.2 b) del RETJ, esto es, que la transferencia se estaba efectuando dentro del territorio de la UE o el EEE y que el jugador tenía 16 años. Solicitud que fue denegada por el Juez Único en su resolución de 23 de mayo de 2012, que entre otras consideraciones señaló las siguientes (traducción no oficial):

“8. A continuación, el Juez Único señaló que el jugador es de nacionalidad italiana, que actualmente está registrado en un club afiliado a la Asociación

interino sobre comercio y asuntos comerciales entre la Comunidad Europea, por una parte, y Bosnia y Herzegovina, por otra. Diario oficial de la Unión Europea L 233, de fecha 30 de agosto de 2008.

Argentina de Fútbol (AFA) y que ahora quiere inscribirse en un club ubicado en Francia. Dicho esto, el Juez Único concluyó que el presente caso se refiere a la transferencia internacional de un nacional de la Unión Europea de una asociación que no se encuentra en el territorio de la UE o el EEE a una asociación de un Estado miembro de la UE, de la que no es nacional.

9. En esa disputa, el Juez Único señaló que tal transferencia internacional no corresponde a la lectura estricta de la excepción en cuestión, que se refiere claramente a una transferencia que tuvo lugar dentro del territorio de la UE o EEE. De hecho, el Juez Único consideró que dicha excepción se basaba en un criterio objetivo de territorialidad, sin tener en cuenta un criterio de personalidad. De tal manera, el Juez Único consideró que la excepción en cuestión solo se aplica en el caso de la transferencia de un jugador de un club ubicado dentro de la UE o del EEE a otro club en el territorio de la UE o EEE, es decir, una condición sine qua non para la aplicación de dicha excepción, en el caso de transferencia internacional, es el hecho de que el jugador esté previamente registrado en un club ubicado dentro de la UE o el EEE. Si este no es el caso, el artículo 19.2 (b) del Reglamento no se puede aplicar. Además, el Juez Único señaló que las consideraciones anteriores no solo están dictadas por la lectura del Reglamento, sino que también reflejan el contenido del acuerdo celebrado entre la Comisión Europea y la FIFA / UEFA en 2001, en particular en relación con los jugadores menores.”.

Esta resolución fue apelada ante el Tribunal Arbitral del Deporte en base a las siguientes tres alegaciones: la primera relativa a que la Formación Arbitral, que conoció del primer pleito habría especificado, en su laudo, que las reglas aplicables de la FIFA deberían permitirle al jugador beneficiarse de una licencia apropiada a partir de los dieciséis años; la segunda, que la actividad deportiva del jugador estaría protegida bajo el principio de libre circulación de personas y que su derecho a permanecer en el territorio de la Unión Europea implicaría tener derecho de ejercer actividades deportivas sin restricciones; y la tercera, que la imposibilidad de que el jugador practicara en Francia el fútbol de competición constituiría una violación de su derecho al respeto de su propiedad garantizado por el artículo 1 del Primer Protocolo adicional de la Convención Europea de los Derechos Humanos y un ataque a su vida privada, garantizado por el artículo 8 de la Convención referida.

El Tribunal Arbitral, antes de entrar en el fondo del asunto, manifestó, por una parte, que se excluía la aplicación directa de las normas que emanaran de la legislación de la UE, ya que solo debería tenerlas en cuenta cuando su aplicación estuviera justificada por intereses suficientes y, por otra, que los derechos garantizados por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos no debían aplicarse a casos dirimidos por asociaciones privadas (conflictos entre particulares), porque, según la Formación, los derechos fundamentales deberían ser garantías frente al poder Estado.

El Tribunal, al entrar en el fondo del asunto, concluyó que, a pesar de que el Artículo 19.2 b) del Reglamento no hacía referencia a criterio de nacionalidad alguno¹²¹², la intención¹²¹³ de los redactores de esta disposición había sido la de evitar posibles infracciones del derecho a la libre circulación de trabajadores dentro de la UE / EEE, que podrían haber sido generadas por la aplicación estricta de la prohibición de transferencias internacionales de los jugadores menores de edad. Al considerar que esta intención no podía ser ignorada y remitiéndose al laudo CAS 2008/A/1485, donde se admitió la existencia de excepciones no escritas, la Formación Arbitral reconoció como excepción no escrita aquella que autoriza al jugador nacional de un Estado miembro (UE o EEE) a beneficiarse de la excepción regulada en el artículo 19.2 b), siempre y cuando el nuevo club garantizara su educación escolar y su formación deportiva, criterios adicionales del artículo referido.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Arbitral finalmente estimó el recurso de apelación interpuesto por el club francés y anuló la resolución dictada por el Juez Único de la Comisión del Estatuto del Jugador, por lo que permitió a la Federación Francesa de Fútbol inscribir al jugador a favor del *FC Girondins de Boudeaux*.

¹²¹² Se centraba en el criterio de territorialidad, esto es, transferencias internacionales que se produjeran dentro del territorio de la UE/EEE, independientemente de la nacionalidad del jugador, interpretación que imposibilitaría la aplicación de la excepción al caso objeto de litigio.

¹²¹³ Intención que quedó de manifiesto en el documento elaborado por la FIFA, “Comentarios al Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de jugadores” al comentar el artículo 19.2 b) reconoce lo siguiente:

“En el acuerdo entre la UE y la FIFA/UEFA firmado en marzo de 2001, se incluyó esta disposición para no contravenir el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE/EEE. Además, los trabajadores de un país que tenga un acuerdo bilateral con la UE sobre libertad de movimiento de los trabajadores (p. ej. Suiza) se benefician de las mismas condiciones que los jugadores de la UE.”

IV.4.D. Caso Benjamín Garré, CAS 2016/A/4903 Club Atlético Vélez Sarsfield v. *The Football Association Ltd., Manchester City FC & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*

En junio de 2016, el *Manchester City, FC* remitió un correo electrónico al Club Atlético Vélez Sarsfield informándole de su interés por incorporar a sus filas el jugador Don Benjamín Garré, un jugador nacido en Argentina en el 2000 e inscrito en el club argentino desde el año 2010. El club argentino respondió oportunamente al correo electrónico informando al *Manchester City, FC* que, de hacer efectiva su pretensión, este estaría vulnerando el artículo 19 del RETJ.

El 27 de junio de 2016, el jugador obtuvo el pasaporte de nacionalidad italiana y poco después el jugador suscribió un contrato de trabajo como profesional con el club inglés por dos temporadas. Para poder hacer efectiva la inscripción, la Asociación Inglesa de Fútbol tramitó la oportuna solicitud de aprobación necesaria para la obtención del Certificado de Transferencia Internacional, a la Subcomisión del Estatuto del Jugador, basada en la aplicación del artículo 19.2 b) del RETJ, por el cual se permiten las transferencias de jugadores de edades comprendidas entre 16 y 18 años dentro del territorio de la UE o EEE. Esta solicitud fue aprobada por el Juez Único a pesar de la negativa del Club Atlético Vélez Sarsfield y su asociación nacional, por su resolución de 24 de agosto de 2016, que entre otras consideraciones hizo las siguientes (traducción no oficial):

“En este sentido, el Juez Único tomó en cuenta el hecho de que el jugador es de nacionalidad italiana, que estaba inscrito en un club argentino y desea ser transferido a un club inglés. En este contexto, el Juez Único resumió que la lógica del artículo 19.2.b) del Reglamento era garantizar que se respetara la legislación europea relativa a la libre circulación de trabajadores en asuntos de transferencias internacionales de jugadores menores de edad. Dicho esto, y reconociendo que el jugador en cuestión se inscribió por última vez en un club no perteneciente a la UE, el Juez Único considera que los ciudadanos de los Estados miembros de la UE deben mantener los mismos derechos con respecto a la libre circulación, estén o no inscritos actualmente en la UE/EEE. Debido a lo anterior, y de acuerdo con el Tribunal de Arbitraje Deportivo, en su caso TAS 2012/A/2862, el Juez Único declaró que, en principio, el art. 19.2 b) del Reglamento era

aplicable al presente caso, siempre que los requisitos establecidos en los puntos (i), (ii) y (iii) de esa disposición se cumpliera.”.

La resolución del Juez Único fue apelada por el Club Atlético Vélez Sarsfield ante el Tribunal Arbitral del Deporte y, aunque fue rechazada, el laudo elaborado al efecto es realmente interesante por las reflexiones que realiza y conclusiones que alcanza.

Tal elaboración reflexiva parte de la interpretación de la excepción contenida en el artículo 19.2 b) del RETJ. En el caso de realizar una interpretación literal del precepto, el Tribunal admite que es obvio que el caso en litigio no quedaría amparado por la excepción, ya que la literalidad del precepto lleva a concluir que solo a los traspasos internacionales de jugadores de edades comprendidas entre 16 y 18 años realizados dentro del territorio de la UE o EEE les será aplicable dicha excepción, sin que la nacionalidad de los jugadores se tenga en consideración. Ahora bien, cabe otra interpretación (que ya realizó el Tribunal Arbitral en el caso Valentín Vada II, TAS 2012/A/2862, *FC Girondins de Bordeaux c. Fèdèration Internationale de Football Association (FIFA)*), cuando estimó que la intención de los redactores de esta disposición era la de evitar posibles infracciones al derecho la libre circulación de trabajadores dentro de la UE/EEE) mediante la cual a los nacionales de los Estados miembros de la UE/EEE se les da la oportunidad de ampararse en la excepción del artículo 19.2 b) cuando el club de destino del traspaso internacional pertenezca a una asociación nacional de un Estado miembro, independientemente de cual sea la asociación nacional de origen del jugador de edad comprendida entre 16 y 18 años (y siempre que el club de destino cumpla con las obligaciones prefijadas en el propio artículo).

Ahora bien, y quizás sea esto lo más interesante y destacable del laudo, por lo novedoso, la Formación Arbitral pone de manifiesto su crítica profunda respecto de la normativa y de su interpretación al observar que, por una parte, esta interpretación también daría lugar a un trato desigual ya que, mientras un jugador de 16 años, como es este caso, con doble nacionalidad (una de ellas de un Estado miembro) podría ser transferido de la asociación nacional de cualquier país del mundo a alguna asociación de un Estado Miembro, el mismo jugador no podría ser trasferido de la asociación nacional de un Estado miembro a cualquier otra asociación nacional de cualquier otro Estado no comunitario (incluso a la asociación nacional del Estado del que también es nacional) y, por otra parte, no existe una justificación aparente para que la FIFA aplique un trato tan diferente entre los ciudadanos de la UE/EEE y los ciudadanos del resto del mundo, al menos en los casos en

los que el derecho a la libertad de movimiento de trabajadores sea aceptada y reconocida, sea por acuerdo bilateral entre dos Estados específicos o bajo tratados y convenciones internacionales (incluso regionales).

La Formación, ante el silencio de la FIFA, considera que el trato discriminatorio expuesto debería ser evitado e invita a la FIFA a que, ya sea mediante una modificación del Reglamento ya sea a través de circulares, remedie esta circunstancia.

Como resultado de todos los casos expuestos, se puede concluir que el Tribunal Arbitral, en este tipo de litigios, ha adoptado un perfil distinto, y ha dejado de lado su obligación de realizar una interpretación estricta y rigurosa del Reglamento (según el Tribunal, ellos no legislan ellos aplican el Reglamento), para pasar a interpretar el Reglamento de manera que se tomen en cuenta las circunstancias que lo rodean, como pueden ser los tratados internacionales o convenios bilaterales. Incluso, en este particular caso, se ha atrevido a invitar a la FIFA a que realice una modificación reglamentaria.

IV.5. TERCERA EXCEPCIÓN: TRANSFERENCIA TRANSFRONTERIZA

La incorporación de esta excepción al Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA no fue coetáneo a la reforma llevada a cabo en 2001 en la norma, sino que su incorporación reglamentaria fue consecuencia de las diversas cuestiones planteadas a la Comisión del Estatuto del Jugador después de la entrada en vigor del Reglamento. Esta incorporación fue justificada por la FIFA porque según ella¹²¹⁴ (traducción no oficial):

“Sin embargo, la Comisión consideró la situación de los jugadores que viven en comunidades cercanas a las fronteras, donde el tráfico fronterizo es un asunto diario y requiere una solución especial. La Comisión resolvió que, con el consentimiento de las asociaciones nacionales afectadas, los jugadores jóvenes pueden entrenarse en clubes de la asociación nacional vecina si sus hogares se encuentran a 50 km de la frontera y si los clubes en cuestión tampoco están a más de 50 km de distancia de la frontera, siempre que los jugadores estén viviendo en casa. La distancia entre la casa de los jugadores y los clubes no puede exceder un diámetro de 100 km. La asociación nacional interesada solicitará monitorear estas excepciones.”

¹²¹⁴ Circular n° 801, Interpretación del revisado Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores, de 28 de marzo de 2002.

A este respecto, no existe jurisprudencia del Tribunal Arbitral del Deporte reseñable, lo que en ningún caso quiere decir que esta excepción no genere conflictos en su interpretación.

El primero de los posibles conflictos surgiría de la propia interpretación estricta de la norma, ya que esta se refiere a que tanto el hogar familiar como la sede del club ambos estén situados como máximo a 50 km de la frontera y que, por tanto, entre ambos domicilios no superen los 100 km; ahora bien, ¿qué ocurriría si el hogar familiar estuviera a 5 km de la frontera y la sede del club a 60 km? La distancia real sería de 65 km, aunque no se cumpliría con los criterios específicos establecidos en la norma. La Subcomisión hasta la fecha, al igual que en otras situaciones, ha optado por la aplicación estricta de la norma y ha denegado la inscripción de jugadores¹²¹⁵.

Otro posible conflicto se generaría por la utilización de la norma de forma fraudulenta, esto es, se podría dar el caso de que la familia del jugador menor de edad se trasladara a un lugar cercano a la frontera de su Estado, en el caso de que quisiera fichar por un club del Estado vecino cercano, igualmente, a la frontera. De esta manera, el jugador y el club se beneficiarían de la excepción del artículo 19.2 c) de RETJ, ya que cumpliría con los requisitos objetivos comprendidos en la misma. La FIFA, teniendo en cuenta esta posibilidad, ha previsto, en orden a evitar posibles fraudes, la obligación de justificar documentalmente que el cambio de residencia realizada por los progenitores sea por causas ajenas al fútbol, ya sea por cuestiones laborales (donde se le exigirá el oportuno contrato laboral) ya sea por otras razones que no estén relacionadas con el fútbol (donde se le exigirá que aporte la documentación que acredite esas razones).

IV.6. OTRAS EXCEPCIONES

Además de las excepciones contenidas en el Artículo 19 del Reglamento de la FIFA, los órganos decisorios competentes han concedido, únicamente en ocasiones limitadas y con extrema precaución, excepciones no comprendidas en el artículo referido a grupos de jugadores menores de edad muy específicos. En particular, la Subcomisión ha aceptado solicitudes en las siguientes dos circunstancias: estudiantes de intercambio y refugiados¹²¹⁶.

¹²¹⁵ *Legal Bulletin no. 7 of European Club Association*, septiembre de 2017.

¹²¹⁶ En breve ambas excepciones serán incorporadas al artículo 19 del RETJ, según ha anunciado doña Erika Montemor (Jefa del Departamento del Estatuto del Jugador de la FIFA) en el 8º Congreso Internacional del Derecho del Fútbol, celebrado en Madrid, los días 27 y 28 de septiembre de 2019.

IV.6.A. Estudiantes de intercambio

En este caso, el jugador es un estudiante, que se traslada temporalmente sin la compañía de sus progenitores a otro país, por razones académicas como resultado de un programa de intercambio de estudiantes. Para ello, será necesario que se cumplan unas condiciones, tales como que el nuevo club del jugador sea exclusivamente aficionado; que no tenga ningún vínculo legal, financiero o *de facto* con un club profesional; que la duración de la inscripción del jugador en el nuevo club no exceda de un año; que la formación escolar sea su razón fundamental para el traslado al extranjero (existencia de programa de intercambio); que el jugador esté residiendo en el hogar de unos “padres anfitriones” y que exista acuerdo entre los padres biológicos y los padres anfitriones respecto de la inscripción en el club aficionado.

IV.6.B. Refugiados

En los últimos tiempos, ha habido un gran aumento de refugiados que, por razones humanitarias, huyen al extranjero, ya sea solos o con sus progenitores, buscando protección internacional. La Subcomisión, en tales casos, ha reconocido y aceptado la inscripción de los jugadores menores de edad.

En el caso de que el menor se traslade con sus progenitores por razones humanitarias¹²¹⁷ a otro país y, posteriormente, desee registrarse en un club de fútbol en dicho país, tal situación está, en principio, cubierta por el artículo 19.2 a) del RETJ (los padres del jugador se mudan al país del nuevo club por razones no relacionadas con el fútbol).

En caso de que el jugador se traslade de país por razones humanitarias sin sus progenitores, sin que pueda preverse su regreso a su país de origen, el menor podrá ser inscrito en las mismas condiciones que si estuviera acompañado por sus progenitores. Ahora bien, es comúnmente conocido que las solicitudes de asilo tardan mucho tiempo en ser procesadas ya que, después de la presentación de la solicitud, los servicios nacionales de inmigración pueden demorar varios años hasta adoptar una decisión definitiva. Por tanto, mientras que el jugador no acompañado no haya recibido el estatus de refugiado por la autoridad competente, su nuevo club solo podrá ser un club puramente

¹²¹⁷ Su vida o su libertad se encuentran amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones sociales.

aficionado sin que en ningún caso tenga un vínculo legal, financiero o *de facto* con un club profesional¹²¹⁸.

IV.7. PRIMERA INSCRIPCIÓN Y REGLA DE LOS 5 AÑOS DE RESIDENCIA

Una vez fijada la regulación de las transferencias internacionales de jugadores menores de edad, esta regulación se extiende a toda primera inscripción de jugadores menores de edad que no sean naturales¹²¹⁹ de un Estado en el que quieren ser inscritos, en virtud del art. 19.3 del RETJ¹²²⁰. Según ello, los jugadores menores de 18 años de edad que se desplacen a un país cuya nacionalidad no ostente, solo podrán solicitar su primera inscripción si concurre una de las tres excepciones previstas en el artículo 19.2. En caso contrario, deberían esperar hasta cumplir su décimo octavo cumpleaños. En 2016, mediante su Circular nº 1542¹²²¹, la FIFA incluyó una excepción, la denominada “regla de los 5 años”, a través de la cual aquellos menores de edad no nacionales del país donde se quisiera inscribir por primera vez, no quedarían sujetos ni a la prohibición general ni a la necesidad de ampararse en ninguna excepción (de las reguladas en el art. 19.2 del RETJ) en el caso de que hubiera residido de forma ininterrumpida, como mínimo, los últimos 5 años.

¹²¹⁸ *FIFA Football Law Annual Review 2018*, de 15 de febrero de 2019.

¹²¹⁹ Si se analizan las versiones oficiales del Reglamento, la inglesa y la francesa, se puede ver que quizás la traducción al castellano no ha sido la más adecuada.

Según la versión inglesa: “*The conditions of this article shall also apply to any player who has never previously been registered with a club, is not a **national** of the country in which he wishes to be registered for the first time (...)*”.

Según la versión francesa: “*Les dispositions de cet article s’appliquent également au premier enregistrement auprès d’un club de tout joueur dont la **nationalité** est différente de celle du pays dans lequel il demande à être enregistré pour le premier fois (...)* ».

Sin embargo, en la versión española se habla de que las condiciones del artículo 19 del RETJ se aplicarán a todo jugador que no haya sido previamente inscrito en ningún club y que no sea “natural del país” en el que desea inscribirse por primera vez (...). Según esta versión se da a entender que del que se habla es aquel jugador que no haya nacido en el país, sin que en ningún caso se tenga en cuenta su nacionalidad, cuando analizando las versiones oficiales es evidente que de lo que se habla es de esto último. Esto ha conllevado a más de un malentendido.

¹²²⁰ *Vide* apartado IV.3.E., Caso *Reneau*, CAS 2013/A/3140, *Alex Daniel Reneau v. Club Atlético de Madrid, S.A.D. & Real Federación Española de Fútbol (RFEF) & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, del presente Capítulo.

¹²²¹ Circular nº 1542, Enmiendas al Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores, de 1 de junio de 2016.

IV.8. OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL (CTI) Y APROBACIÓN PREVIA DE LA SUBCOMISIÓN DEL ESTATUTO DEL JUGADOR

Uno de los temas que fueron incorporados en la reforma del Reglamento, que entró en vigor en octubre de 2009, fue el insertar como parte necesaria, tanto en la tramitación de la obtención del Certificado de Transferencia Internacional como en el caso de primera inscripción, ambos de menores de edad, la Subcomisión creada al efecto. Así lo anunciaba la Circular n° 1209 de la FIFA, de fecha 20 de mayo de 2009 (traducción no oficial):

“En particular, nos gustaría enfatizar que una Subcomisión designada por la Comisión del Estatuto del Jugador estará a cargo del examen y posible aprobación de cada transferencia internacional de un jugador menor de edad y de cada primer registro de un jugador menor que no sea nacional del país en el que desea inscribirse por primera vez. Igualmente, nos gustaría subrayar que la aprobación de la Subcomisión debe obtenerse antes de cualquier solicitud de una asociación del Certificado de Transferencia Internacional y/o una primera inscripción. Finalmente, tenga en cuenta que la disposición pertinente también confiere a la Comisión Disciplinaria de la FIFA la competencia para sancionar a las asociaciones y clubes que no cumplan con las normas pertinentes (art. 19.4).”.

Por lo tanto, mediante la incorporación del artículo 19.4 del RETJ, se formaliza la creación de un órgano especializado que se encargará de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 19 del RETJ. Así, la asociación nacional que deba inscribir al jugador menor de edad deberá solicitar la aprobación previa de la Subcomisión del Estatuto del Jugador para después tramitar la obtención del Certificado Internacional de Transferencia o su primera inscripción, en su caso. La obligación de recabar la aprobación previa de la Subcomisión del Estatuto del Jugador no obsta para que la tramitación se realice a través del Sistema de Correlación de Transferencia (TMS) analizado en el anterior apartado III.2.F. “Certificado de transferencia internacional” del presente capítulo. La inclusión de este nuevo control es una forma de ahondar en la protección de los menores. Cualquier inscripción federativa de una transferencia o primera inscripción, ambas internacionales, de menores de edad que no se haga dentro del marco del TMS, y sin la participación de la Subcomisión, será inválida y objeto de sanción a las federaciones y clubes que intervinieron en la misma.

Si bien lo expuesto hasta aquí es la regla general, no es menos cierto que al poco tiempo la FIFA tomó conciencia de la complejidad que la nueva tramitación conllevaba y mediante la Circular n° 1209, de 30 de octubre 2009, señaló que, con objeto de garantizar el funcionamiento del sistema para salvaguardar el principio de la protección de menores, una asociación nacional podía, en circunstancias especiales, someter por escrito a la Subcomisión una solicitud de exención limitada de la obligación de presentar solicitudes de aprobación previa prevista en el art. 19.4 del RETJ. En todo caso, dichas exenciones limitadas, de concederse, serían por un periodo determinado¹²²² y se aplicarían solamente a los jugadores aficionados menores de edad que quisieran inscribirse en clubes exclusivamente aficionados. Ahora bien, si la Subcomisión otorgare dicha solicitud de exención a una asociación miembro, esta debería asegurarse de que efectivamente se acatarán y respetarán los principios relativos a la protección de menores, tal como se establecen en los arts. 19 y 19bis del RETJ y debería presentar informes periódicos a la FIFA, indicando los jugadores menores que se hubieran inscrito durante el periodo en cuestión basándose en la dispensa especial otorgada.

La experiencia hizo que la FIFA se percatara de que, en más ocasiones de las deseadas, las asociaciones nacionales a las que se les había concedido esta exención, no habían prestado la suficiente diligencia a la hora de examinar si las transferencias internacionales de jugadores aficionados a clubes aficionados o si las primeras inscripciones respetaban escrupulosamente la normativa del artículo 19 del RETJ y permitían que clubes de carácter aficionado (clubes puente) fueran utilizados por clubes profesionales para hacer efectivo el traspaso internacional o primera inscripción, para que, después, los jugadores fueran traspasados finalmente, esta vez dentro del ámbito nacional, a los clubes de carácter profesional. Por ello, en virtud de la Circular n° 1576, “Exención limitada de menores”, de 3 de marzo de 2017, la FIFA manifestó lo siguiente (la negrita es original del texto):

*“En consecuencia, el **principal motivo de preocupación de la FIFA no es la inscripción de un jugador menor de edad en un club exclusivamente aficionado, sino más bien el uso de una exención limitada para menores con objeto de facilitar una posible inscripción de un jugador menor de edad en un club profesional o en un club vinculado jurídicamente, económicamente o de hecho***

¹²²² Hasta la fecha todas las concesiones otorgadas han sido por un periodo de dos años prorrogables.

con un club profesional. Por tanto, la FIFA, por lo que respecta al cumplimiento, centra su atención en las posibles transferencias subsecuentes de jugadores menores de edad de un club exclusivamente aficionado a un club profesional (o a un club vinculado jurídicamente, económicamente o de hecho con un club profesional).

(...)

*Con todo, las federaciones miembro (y los clubes implicados) siempre serán responsables de probar que cualquier **inscripción subsiguiente** de jugadores menores incluidos en sus informes de exenciones limitadas, a favor de un club profesional (o un club vinculado jurídicamente, económicamente o de hecho con un club profesional), cumple íntegramente los requisitos del art. 19 del Reglamento. Asimismo, si una federación miembro, en el momento de examinar una solicitud para una transferencia subsecuente de un jugador menor de edad, advierte que las condiciones para la excepción aludidas por el club en la inscripción inicial no fueron satisfechas, deberá rechazar la solicitud de la inscripción subsiguiente del jugador menor de edad, dar de baja a este último y posiblemente sancionar a los clubes por sí misma o notificar el incidente a la FIFA.”.*

La Real Federación Española de Fútbol solicitó la exención limitada, que fue concedida por un periodo de dos años y que ha venido siendo prorrogada por periodos iguales hasta la fecha¹²²³.

IV.9. ACADEMIAS

La referida Circular nº 1190 de la FIFA, no solo anunció la creación de la Subcomisión del Estatuto del Jugador, sino también la nueva regulación la figura de la “Academia”, que vendría regulada en el artículo 19 bis del RETJ. Concretamente, este precepto se encarga de regular la protección del menor en el ámbito de las academias de fútbol. El Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores en su apartado de definiciones, la 12ª, define el término “Academia” como:

“Academia: organización o entidad jurídicamente independiente, cuyo objetivo principal es formar deportivamente y a largo plazo a jugadores, mediante la

¹²²³ Circular nº 15 del RFEF, Temporada 2019/2020, “Solicitud de autorización para la primera inscripción o la transferencia internacional de jugadores extranjeros menores de edad”, de fecha 31 de julio de 2019.

puesta a disposición de instalaciones e infraestructura adecuadas. El término incluye, entre otros, los centros de formación para futbolistas, los campamentos de fútbol, las escuelas de fútbol, etc.”.

A pesar de que las academias son entidades independientes que no se encuentran afiliadas a ninguna asociación nacional, el Reglamento pretende establecer un régimen legal a este tipo de organizaciones. La finalidad del precepto es regular y ordenar la notificación de la presencia de menores de edad en las academias. Para ello, realiza una primera distinción entre aquellas que se encuentran vinculadas a un club, ya sea por una relación de Derecho, de hecho o económica y aquellas que no poseen tal vinculación. En lo que respecta al primer tipo de academias (las que están de forma directa o indirecta relacionadas con un club), el club deberá notificar a la asociación nacional, donde radique el domicilio de la academia, la presencia de menores. En el caso de que las academias sean de las que no tienen conexión alguna con un club, será la asociación nacional, del domicilio de la academia, la que deberá llevar a cabo las actuaciones necesarias para asegurarse de que, por una parte, las academias se constituyan en clubs, y así afiliarlas a sus asociaciones nacionales y, por otra, notifiquen la presencia de los jugadores menores de edad que asistan a la academia¹²²⁴.

Ahora bien, respecto de las academias que se encuentren vinculadas a un club, se ha de distinguir la obligación que el club tiene de notificar la presencia de los menores en la academia (art. 19 bis RETJ), de la obligación que tiene el club de inscribir los jugadores en su asociación nacional (art. 5.1 RETJ¹²²⁵).

La primera de las obligaciones, la prevista en el art. 19 bis, supone una obligación adicional, separada e independiente de la obligación de inscripción, y así quedó constatado en los laudos correspondientes a los casos CAS 2014/A/3793, FC Barcelona v. FIFA y CAS 2016/A/4785 Real Madrid Club de Fútbol v. FIFA, donde además de

¹²²⁴ GÓMEZ OLMOS, A. D. y TEJERIZO SOLANILLA, P., “La protección del menor en la normativa FIFA y UEFA”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística: marco jurídico y reflexiones de contexto*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 28 y 29.

¹²²⁵ El artículo 5.1. del RETJ dice lo siguiente:

“Cada asociación deberá contar con un sistema electrónico de registro de jugadores que asignará a cada jugador una FIFA ID en el momento en que se realice la primera inscripción. Un jugador debe inscribirse en una asociación como profesional o aficionado, conforme a lo estipulado en el art. 2 del presente reglamento. Solo los jugadores inscritos electrónicamente e identificados con una FIFA ID son elegibles para participar en el fútbol organizado. Mediante la inscripción, el jugador se obliga a aceptar los Estatutos y reglamentos de la FIFA, las confederaciones y las asociaciones.”.

otros aspectos, se analizó la posible vulneración del artículo 19 bis por parte de los clubes implicados, por no haber notificado la presencia de menores en sus respectivas academias (en el caso del FC Barcelona, la “Masía” y en el caso del Real Madrid C.F., la “Cantera”). En opinión del Tribunal, el inscribir a un jugador en la asociación nacional correspondiente (cumplimiento del art. 5.1 del RETJ) no supondría que el club estuviera cumpliendo automáticamente con la obligación de notificar la presencia de jugadores menores en su academia (cumplimiento del art. 19 bis del RETJ), ya que ambas obligaciones son diferentes; mediante la notificación, las asociaciones nacionales poseerían más información (diferente de la que se obtendría de la mera inscripción) necesaria para asegurarse que los intereses de los menores quedaban protegidos.

El cumplimiento del precepto, por las características del mismo, no ha sido tan efectiva como la FIFA esperaba. De hecho, la FIFA mediante la Circular nº 1387¹²²⁶, recordó a las asociaciones nacionales y a los clubes, de la necesidad de que estos cumplieran con las obligaciones de notificación derivadas del artículo 19 bis del RETJ.

V. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE JUGADORES MENORES DE EDAD: PROHIBICIÓN. SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

V.1. NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA

En relación a la aplicación de la normativa expuesta en el anterior apartado IV en España, el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA en su artículo 3 a) dice lo siguiente:

“Las siguientes disposiciones son obligatorias en el ámbito nacional y deben incorporarse sin modificación al reglamento de la asociación: art.2-8, 10, 11, 12bis, 18, 18bis, 18 ter, 19 y 19bis.”

La Real Federación Española de Fútbol (la asociación nacional española) ha optado por integrar el contenido del artículo 19 del RETJ, en los apartados 5º y 6º del artículo 120 de su Reglamento General, que se titula “De los futbolistas que no poseen la nacionalidad española”, cuestión que, sin duda, lleva a equívoco, ya que tanto la prohibición de los traspasos internacionales de los menores de edad como las excepciones poco o nada

¹²²⁶ Circular nº 1387 de la FIFA, Procedimiento sobre las academias de fútbol de los clubes y las escuelas de verano, de 23 de octubre de 2013.

tienen que ver con la nacionalidad del jugador¹²²⁷. Sin embargo, la RFEF ha reservado el artículo 120 bis, cuyo título es “Inscripción y notificación de la presencia de menores de

¹²²⁷ El artículo 120 del Reglamento General del RFEF dice lo siguiente:

“Artículo 120. De los futbolistas que no posean la nacionalidad española.

1. *Los futbolistas extranjeros comunitarios podrán inscribirse en cualquier categoría o competición, sin ninguna clase de limitaciones y quedarán encuadrados en la organización federativa con idénticos derechos y obligaciones y bajo la misma normativa que los españoles.*

La inscripción y transferencia internacional de los futbolistas extranjeros comunitarios menores de 18 años se ajustará, en todo caso, a lo establecido en los epígrafes 5 y 6 del presente artículo.

2. *Los futbolistas extranjeros no comunitarios se someterán al siguiente régimen en las competiciones oficiales de ámbito estatal, si bien la inscripción y transferencia internacional de estos futbolistas cuando sean menores de 18 años se ajustará, en todo caso, a lo establecido en los epígrafes 5 y 6 del presente artículo:*

a) Categorías reconocidas como competiciones oficiales de carácter no profesional:

I) En las competiciones de carácter no profesional, los futbolistas extranjeros podrán inscribirse sin ninguna clase de limitaciones, tanto en cualesquiera de las divisiones o categorías actuales, como en las nuevas que eventualmente pudieran establecerse, siempre y cuando acrediten su residencia legal en España.

En caso de que al futbolista le fuera retirada la condición de residente legal en España, la RFEF podrá cancelar la licencia del mismo, por incapacidad sobrevenida.

II) Los futbolistas que se integren dentro del régimen que prevé el apartado anterior, quedarán encuadrados en la organización federativa con idénticos derechos y obligaciones y bajo la misma normativa que los inscritos en base a la regla general.

III) Todos los futbolistas españoles y comunitarios que no hayan nacido en el espacio de la Unión Europea, precisarán autorización de la RFEF para inscribirse, debiendo aportar copia de su DNI o pasaporte en vigor.

IV) Los futbolistas extranjeros no contemplados en el párrafo anterior deberán formular la correspondiente solicitud ante la RFEF, con expresa indicación del club con el que vayan a formalizar su vinculación, aportando documentación acreditativa de su filiación, nacionalidad y permiso de residencia, expresando además las razones que determinaron su estancia y permanencia en España. Las solicitudes tendrán siempre el carácter de individuales.

b) En las categorías reconocidas como competiciones oficiales de carácter profesional, la determinación del número de futbolistas extranjeros no comunitarios que puedan inscribir los clubs adscritos a competiciones de ámbito estatal y carácter profesional se ajustará a lo dispuesto por lo establecido en la legislación estatal en materia deportiva.

3. *Los futbolistas que nunca hayan estado inscritos por un club no necesitarán el Certificado Internacional de Transferencia y se ajustarán a lo dispuesto en el párrafo 5 del presente artículo. Todo futbolista procedente del exterior necesitará la autorización de la RFEF para inscribirse.*

4. *Será obligación del futbolista presentar la documentación correspondiente que será una declaración notarial o ante el Secretario General de la Federación de ámbito autonómico correspondiente de no haber participado en ninguna asociación adscrita a FIFA, así como una fotocopia autenticada del pasaporte del futbolista.*

5. *Las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años.*

Se permiten las siguientes tres excepciones:

a) Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol.

edad en academias/Escuelas de fútbol”¹²²⁸ para incorporar el contenido del artículo 19 bis del RETJ. Es por ello que toda la normativa elaborada por la FIFA relativa a la protección de los menores, es de aplicación directa en España.

b) La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad. El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas:

I. Proporcionar al jugador una formación escolar o capacitación futbolística adecuada, que corresponda a los mejores estándares nacionales.

II. Además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una formación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita iniciar una carrera que no sea futbolística en caso de que cese en su actividad de jugador profesional.

III. Tomar todas las previsiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la mejor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.).

IV. En relación con la inscripción del jugador, aportará a la RFEF la prueba de cumplimiento de las citadas obligaciones.

c) El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100 km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.

6. Toda transferencia internacional que se trate de ajustar a una de las excepciones descritas en el párrafo 5 y toda primera inscripción de un jugador que no sea natural del país en el que desea inscribirse por primera vez, están sujetas a la aprobación de la subcomisión designada por la Comisión del Estatuto del Jugador de FIFA. La solicitud de aprobación deberá presentarla la RFEF, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 19 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de FIFA.

¹²²⁸ El artículo 120 bis del Reglamento General de la RFEF dice lo siguiente:

“Artículo 120 bis. Inscripción y notificación de la presencia de menores de edad en academias / Escuelas de fútbol

1. Aquellos clubes que operen una academia / escuela de fútbol con la cual tengan una relación de derecho, de hecho y/o económica deberán notificar la presencia de jugadores menores de edad que asisten a la academia / escuela de fútbol a la asociación en cuyo territorio la academia / escuela de fútbol desempeñe su actividad.

2. La RFEF deberá asegurarse de que las academias / escuelas de fútbol que no tienen una relación de derecho, de hecho y/o económica con un club:

a) se constituyan en un club que participe en los campeonatos nacionales correspondientes; se deberá notificar la presencia de sus jugadores a la RFEF; o se deberá inscribir a los jugadores en dicho club; o bien

b) notifiquen la presencia de todos los jugadores menores de edad, que asisten la academia / escuela de fútbol con el propósito de obtener una formación, a la asociación en cuyo territorio desempeña su actividad la academia.

3. La RFEF deberá llevar un registro con los nombres y fechas de nacimiento de todos los jugadores menores de edad que le hayan sido notificados por clubes o academias /escuelas de fútbol.

4. Al notificar los nombres de sus jugadores, tanto la academia /escuela de fútbol como los jugadores se comprometen a practicar el fútbol según los Estatutos de la FIFA y a observar y compartir los valores éticos del deporte del fútbol organizado.

5. La Comisión Disciplinaria de la FIFA impondrá sanciones conforme al Código Disciplinario de la FIFA en caso de cualquier violación de esta disposición.

La RFEF, al igual que lo hacía la FIFA, se ha valido de las Circulares para informar a sus afiliados acerca de las enmiendas, nuevas interpretaciones, nuevas obligaciones, advertencias y/o incumplimientos que se hayan podido realizar respecto de la referida normativa internacional federativa.

V.2. EXENCIÓN LIMITADA

Como ya se ha adelantado en el apartado IV.8 “Obtención del Certificado de Transferencia Internacional (CTI) y la aprobación previa de la Subcomisión del Estatuto del Jugador” del presente capítulo, cuando la FIFA tomó conciencia de la complejidad que conllevaba la obtención previa de la aprobación de la Subcomisión para tramitar las transferencias internacionales o primeras inscripciones de los menores de edad, mediante la Circular nº 1209, de 30 de octubre 2009, señaló que, con la intención de garantizar el funcionamiento del sistema para salvaguardar el principio de la protección de menores, una asociación nacional podía, en circunstancias especiales, someter por escrito a la Subcomisión una solicitud de exención limitada de la obligación de presentar solicitudes de aprobación previa prevista en el art. 19.4 del RETJ. La RFEF hizo uso de la facultad conferida y mediante la Circular nº 35 de la RFEF, de 26 de febrero de 2010, informó a sus afiliados de que la FIFA había decidido acceder a su solicitud y le autorizaba, en el ámbito de sus competencias y con pleno respeto al artículo 19 del RETJ, a realizar la primera inscripción o transferencias internacionales de futbolistas menores de edad que desearan inscribirse como aficionados en clubes de categorías nacionales o regionales inferiores a 2ª División B. En este último caso, en el de transferencias internacionales, deberían indicar a qué excepción de las recogidas en el art. 19.2 del RETJ se acogían, aportando la documentación justificativa al efecto. El otorgamiento de esta exención se concedió para dos años y obligaba a la RFEF a informar a la FIFA cada seis meses sobre los jugadores que se hubieran inscrito bajo la exención, así como los clubes a favor de los cuales se hubiera hecho. La exención ha venido siendo prorrogada hasta la fecha¹²²⁹.

V.3. PROBLEMÁTICA GENERADA EN ESPAÑA

En España la imposición de la normativa FIFA, relativa a la protección de menores en las transferencias internacionales, en ningún caso ha sido pacífica y ha sido origen de

6. *El presente artículo también se aplicará a la notificación de jugadores menores de edad que no sean ciudadanos españoles.*”

¹²²⁹ Circular nº 15 del RFEF, Temporada 2019/2020, “Solicitud de autorización para la primera inscripción o la transferencia internacional de jugadores extranjeros menores de edad”, de fecha 31 de julio de 2019.

multitud de controversias. En el ámbito doméstico, esto es, a nivel nacional, han sido varias las instituciones que se han pronunciado al efecto, incluso, en ocasiones han exigido y obligado a las asociaciones deportivas respectivas a que librasen las requeridas licencias federativas, haciendo caso omiso a la prohibición impuesta por la FIFA y la RFEF.

V.3.A. Defensor del pueblo de Cataluña: resolución del expediente 0-02285/2014.

En octubre de 2013, el Defensor recibió una queja sobre la situación de los menores tutelados por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia residentes en centros que, como consecuencia de los requisitos que la Federación Catalana de fútbol exigía, a instancia de la RFEF y de la FIFA, no habían podido inscribirse y, por tanto, no podían participar en competiciones oficiales. El Defensor exigió a la Secretaría General del Deporte que planteara a la Federación Catalana de fútbol, así como a la RFEF y a la FIFA, la necesidad de que los requisitos de inscripción en las competiciones deportivas se ajustaran al ordenamiento jurídico vigente, y así el derecho a la práctica deportiva de los menores extranjeros se ajustara al interés superior del menor.

V.3.B. Gobierno Vasco. Departamento de educación, política lingüística y cultura. Viceconsejería de Cultura, Juventud y Deportes: Resolución del Director de Juventud y Deportes de 24 de septiembre de 2014.

El Club Deportivo de Fútbol Otxartabe presentó un recurso de alzada contra la resolución de la Junta Directiva de la Federación Vasca de Fútbol, en virtud de la cual, se denegaba la expedición de licencias federativas a menores extranjeros (no acompañados) integrantes de referido club. La denegación se basaba en que no podían tramitar ni expedir licencia ninguna que no contara con la autorización de la FIFA, todo ello amparado en el artículo 19 del RETJ.

El Director de Juventud y Deportes, en su resolución, anuló la Decisión de la Junta Directiva de la Federación Vasca de Fútbol y le ordenó que emitiera las licencias de los menores extranjeros no comunitarios que acreditaran la vecindad administrativa en el País Vasco, al entender que la Federación Vasca en materia de emisión de licencias estaba ejerciendo funciones públicas, por lo que en ningún caso se podría tolerar ninguna discriminación por ser un menor extranjero. Además, los extranjeros menores de edad, con vecindad administrativa en el País Vasco, debían ser tratados con igualdad frente al resto de los menores, sobre todo en los ámbitos que estuvieran relacionados con su

formación y desarrollo integral y, por tanto, no resultaba concebible aplicar el artículo 19 del RETJ en grave perjuicio de los menores.

V.3.C. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Consejo Superior de Deportes (CSD)

Son tres las resoluciones que se analizarán:

V.3.C.a. R 02-16, de 17 de marzo de 2016 (caso Don Alejandro Urrea Arango)

En este caso, la madre de don Alejandro Urrea, en representación de su hijo menor de edad, ambos de nacionalidad colombiana, presentó el oportuno escrito ante el CSD para impugnar, en vía administrativa, la decisión de la RFEF, por la que se le denegaba la expedición de la oportuna licencia federativa a favor del C.F. Pozuelo de Alarcón, por no haber presentado los contratos de trabajo de los progenitores debidamente firmados¹²³⁰. El Presidente del CSD manifestó que la RFEF debía someterse siempre al ordenamiento jurídico español, y que las normas impuestas por la FIFA, que fueran de aplicación en España por la RFEF, deberían respetar el ordenamiento jurídico vigente. Según la resolución, los requisitos exigidos por la FIFA en el artículo 19 del RETJ (trasladados a los apartados 5º y 6º del artículo 120 del Reglamento General de la RFEF) no resultarían ajustados al ordenamiento jurídico español, siendo suficiente para obtener la licencia solicitada a la RFEF, el estar legalmente en España. Así, en virtud de su resolución, ordenó a la RFEF que procediera a expedir la oportuna licencia deportiva.

V.3.C.b. R 43-16, de 21 de abril de 2017

En esta ocasión, la madre, en representación de su hijo menor de edad (se desconoce el nombre del menor), ambos de nacionalidad brasileña, interpuso recurso contra la Decisión el Juez Único de la Subcomisión del Estatuto del Jugador de la FIFA, por la que se denegaba la autorización previa para la inscripción del menor como jugador federado a favor del Torrent, C.F. Consideraba que el caso en cuestión no quedaba amparado bajo la excepción regulada en el artículo 19.2 a) del RETJ, al no haber sido posible establecer claramente el motivo de la mudanza de la madre. El Presidente del CSD resolvió estimando el recurso interpuesto, ordenando a la RFEF que procediera a la expedición de la licencia deportiva del menor en base a los siguientes argumentos: que el ordenamiento jurídico español promovía la participación de los extranjeros en actividades deportivas, siempre que se encontraran en situación legal en España; que el ordenamiento jurídico

¹²³⁰ De ello se deduce, que el menor habría solicitado la inscripción en base a la primera excepción, la de traslado de los progenitores por razones distintas al fútbol.

español era de obligado cumplimiento para las federaciones deportivas, pese a que estuvieran integrados en federaciones de ámbito internacional; que la RFEF, en cumplimiento de sus funciones, estaba sujeta no solo a la legislación deportiva sino también al conjunto de disposiciones que prohíben la discriminación por razón de la nacionalidad; y que habiendo acreditado la residencia legal, la obligación de tener que presentar documentación adicional, como eran los contratos laborales, excedía toda norma.

V.3.C.c. R 23-18, de 4 de diciembre de 2018

En este caso, el recurso que se plantea ante el CSD tiene como sujeto implicado a un menor de diecisiete años, de nacionalidad española, pero nacido en Florida (EEUU). El menor, con 16 años, se trasladó a Mallorca a casa de su tía e intentó fichar, en un principio, por el CDAB. En la tramitación de la solicitud de la autorización previa de la Subcomisión del Estatuto de Jugador, el club, a través de la federación territorial, alegó la excepción contenida en el art. 19.2 a) del RETJ (erróneamente), solicitud que fue rechazada, ya que el menor se trasladó solo a casa de su tía y la delegación de la custodia sobre un menor a un pariente o una tercera persona no la amparaba la citada excepción. Poco después, el menor volvió a intentar fichar por otro club, en este caso, el CFAR, y se volvió a solicitar la autorización pertinente basándola en la aplicación del art. 19.3 del RETJ (haber vivido 5 años de manera ininterrumpida en el país donde había de formalizarse la inscripción), pero en este caso fue la propia RFEF la que directamente la desestimó. Según la resolución de la Presidenta del CSD, el menor de edad era de nacionalidad española, por lo que en ningún caso debía ser discriminado respecto de sus compatriotas, por el hecho de haber nacido y vivido en el extranjero; la exigencia de otros requisitos por parte de la RFEF, como era la acreditación de una excepción del artículo 19 del RETJ, suponía la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española¹²³¹, pues se estaría colocando en una situación de peor derecho a los futbolistas españoles menores de edad que hubieran nacido o vivido en el extranjero. Por todo ello, la Presidenta del CSD ordenó a la RFEF que expidiera la oportuna licencia deportiva a favor del menor¹²³².

¹²³¹ Artículo 14 de la Constitución Española dice lo siguiente:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”.

¹²³² Esta resolución del Consejo Superior de Deporte parte de dos errores de origen, ya que en ambas solicitudes se equivocan a la hora de justificarlas, sabiendo que el menor es mayor de 16 años y de nacionalidad española, hubiera sido más adecuado o al menos el resultado hubiera sido más satisfactorio,

si en lugar de alegar el art. 19.2 a) (el traslado de los progenitores por razones distintas al fútbol) o el art. 19.3 (residencia ininterrumpida de 5 años) ambos del RETJ, hubiera alegado el art. 19.2 b) (transferencia dentro del EU/EEE) del RETJ, en su nueva interpretación, se hubiera tramitado la solicitud de inscripción del jugador sin problema alguno.

CONCLUSIONES

La consecuencia de la elaboración de toda tesis es que, después de un laborioso estudio acerca de las premisas planteadas en un inicio, se obtenga un resultado que se pueda materializar en unas conclusiones argumentadas al efecto.

A través de la realización del presente trabajo de investigación se ha pretendido verificar, en términos generales, si el respeto de las libertades fundamentales se extiende también a normativa de naturaleza privada generada por instituciones privadas, como en este caso son la FIFA o la RFEF, en su caso. Para ello, se ha decidido enfocar la presente investigación a un caso concreto y dar respuesta a la pregunta de si la prohibición de los traspasos internacionales de los futbolistas menores de edad¹²³³, así como sus excepciones (materializadas en el artículo 19 del Reglamento sobre el Estatuto y las Transferencias de los Jugadores de fútbol de la FIFA, que como ya se ha mencionado en la presente tesis, está transcrito literalmente en el artículo 120.5 del Reglamento de la RFEF, porque así lo exige la normativa FIFA) y ejecutadas por la FIFA y la RFEF, en su caso, en el ejercicio de sus funciones, vulneran o no derechos fundamentales¹²³⁴. No se puede obviar el hecho de que la consecuencia primordial de tal prohibición es que las asociaciones deportivas nacionales (o las ligas profesionales en las que recaiga la organización de los campeonatos profesionales, en su caso) no puedan emitir las licencias deportivas habilitantes para poder competir, a favor de los jugadores menores de edad, que se hayan trasladado de otro país y no se puedan acoger a las excepciones reguladas en el propio artículo 19 del RETJ o en el art. 120.5 del Reglamento de la RFEF. A este respecto, no se debe soslayar que, al menos en España, y de acuerdo con la actual Ley del deporte¹²³⁵, el Real Decreto sobre las federaciones deportivas¹²³⁶ y la doctrina mayoritaria, la licencia deportiva es un título de naturaleza pública, que se asemeja a la autorización administrativa, que la expide la federación deportiva o la liga profesional, en su caso, haciendo uso de una de las funciones de naturaleza pública que tiene delegadas, bajo la tutela y coordinación del

¹²³³ Con independencia de la nacionalidad que ostenten, ya que la normativa se centra en el traslado geográfico del menor, sin que en principio se tenga en cuenta su nacionalidad.

¹²³⁴ Este estudio también le será aplicable a los casos de primera inscripción de jugadores menores de edad que no sean nacionales del Estado en el que se quieran inscribir.

¹²³⁵ Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

¹²³⁶ Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991, pág. 41820 a 41826.

Consejo Superior de Deportes. Por ello, de confirmarse que la normativa es contraria a Derecho, se estaría ante una normativa de naturaleza privada que además de vulnerar los derechos fundamentales imposibilitaría a las federaciones deportivas el ejercicio de una función pública otorgada por la legislación nacional española.

Por lo que la pregunta inicial se debería completar para transformarse en si una normativa de carácter privado, en este caso la prohibición de los traspasos internacionales de los jugadores menores de edad, puede vulnerar derechos fundamentales, además de impedir que las federaciones deportivas ejerciten una de las funciones públicas que tienen delegadas de la Administración Pública, como es la emisión de las licencias deportivas habilitantes para el ejercicio de la actividad deportiva.

En el caso de que la respuesta a la pregunta fuera afirmativa, el siguiente paso sería conocer si tal vulneración estaría o no justificada, por considerarla objetiva y proporcionada con el objetivo legítimamente perseguido, que no es otro, según la FIFA, que proteger la integridad física y moral de los menores de edad, así como evitar los abusos que se pudieran acometer contra ellos.

Ante una pregunta tan compleja como de la que se parte en el presente trabajo de investigación y con el propósito de obtener una respuesta lo más completa y detallada posible, se ha optado por analizar el precepto que regula la prohibición de las transferencias internacionales de jugadores menores de edad, apartado por apartado, para así, desvelar las posibles vulneraciones en las que se incurre en cada uno de ellos. Y así, una vez realizado este estudio pormenorizado poder ser capaz de elaborar una conclusión integral al respecto.

1. “Las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años.”

1.1. Según las definiciones establecidas por el propio Reglamento de la FIFA, menor de edad es aquel que aún no ha cumplido los 18 años, de lo que se desprende que la FIFA, cuando ha establecido el límite de los 18 años, ha querido diferenciar claramente las transferencias internacionales de los mayores de edad de las de los menores de edad, permitiendo únicamente las primeras y, por tanto, prohibiendo las últimas. Es lógico entender que la fijación de dicha edad se debe a que, con la mayoría de edad, la persona adquiere un estatus civil distinto, se emancipa y adquiere lo que en España se conoce como capacidad de obrar (capacidad de ejercitar libremente los derechos y obligaciones

del que uno es titular y, por tanto, de realizar todos los actos de la vida civil). La mayoría de edad de cada persona la fija su ley nacional, por lo que depende del país del que sea uno nacional adquirirá la mayoría de edad a una edad u otra.

Si bien la mayoría de los Estados ha considerado establecer la mayoría de edad a los 18 años, se ha verificado que son muchos los países en los que mediante sus leyes nacionales de naturaleza pública han impuesto edades diferentes, como por ejemplo Japón y Paraguay (20 años), Nepal (16 años), Somalia (15 años) o Níger, Malawi, Madagascar o Gabón (21 años). Más aún, centrando el análisis en el ordenamiento jurídico español, aunque en otros países también ocurre lo mismo, la emancipación y, como consecuencia, la capacidad de obrar no solo se adquiere cuando uno alcanza los 18 años; existen también dos posibilidades más para alcanzar dicho estatus, a través de la concesión de los que ejerzan la patria potestad y a través de la concesión judicial, cuando en ambas circunstancias la persona tenga 16 años¹²³⁷. Estos menores emancipados podrán regir su persona como si fueran mayores de edad¹²³⁸.

Ahora bien, el Reglamento de la FIFA es una normativa cuyo ámbito de aplicación territorial se extiende a todo el mundo. Por tanto, se debería haber tomado en cuenta la diversidad normativa nacional expuesta a la hora de establecer dicha prohibición en términos tan generales.

Con la aplicación de dicho precepto, en el caso de los Estados donde se exige una edad superior a la de 18 años para alcanzar la mayoría de edad, no se estaría protegiendo a esos menores de edad de forma adecuada; no se debe olvidar que la imposición de dicha prohibición nace por la necesidad y con el objetivo de proteger a los menores de edad de posibles abusos y maltratos que pudieran sufrir como consecuencia del traslado a un país distinto siendo menores de edad; como consecuencia, se estaría dispensando un trato distinto a los menores de edad de estos países, ya que no se les estaría brindando dicha protección, vulnerando las posibles normativas nacionales de protección de los menores, así como de prohibición a la discriminación.

¹²³⁷ Art. 314 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259.

¹²³⁸ Art. 323 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889, pág. 249 a 259.

Por otra parte, en el caso de Estados donde se exigiera una edad inferior a los 18 años para alcanzar la mayoría de edad o la capacidad de obrar se obtuviera de forma distinta sin necesidad de alcanzar la mayoría de edad, con la aplicación de dicho precepto, normativa de carácter privada, se estaría, por una parte, limitando la capacidad de obrar de dichas personas, esto es, la capacidad de ejercitar sus derechos y obligaciones plenamente, vulnerando su ley pública nacional; y por otra parte, respecto de sus compatriotas, se verían discriminados, al exigírsele alcanzar los 18 años para ejercitar una actividad (jugar al fútbol) en otro país, cuando los demás (que realizaran cualquier otra actividad) lo podrían hacer una vez alcanzada la mayoría de edad (que ya la tendría según su ley nacional civil) o la emancipación, vulnerando así, la posible legislación nacional contra la discriminación entre sus nacionales.

1.2. Centrando el análisis en el propio contenido del apartado, y con el objetivo de proseguir elaborando las conclusiones, es necesario distinguir las transferencias internacionales de los jugadores menores de edad aficionados de las de los profesionales, aunque el Reglamento no realiza ningún tipo de distinción al imponer la prohibición general a cualquier traspaso internacional del jugador menor edad, sin considerar cuál sea su estatus, profesional o aficionado.

1.2.1. Transferencias internacionales de jugadores aficionados menores de edad.

Como ya se ha planteado, la prohibición se centra en el traslado geográfico del menor, con independencia de la nacionalidad que ostente, por lo que, desde una perspectiva española, se prohibirá los traspasos internacionales de menores extranjeros, españoles y comunitarios. En este apartado, el estudio se centrará únicamente en los menores cuya nacionalidad sea extranjera, dejando para un posterior análisis el caso de los menores cuya nacionalidad sea española o comunitaria¹²³⁹.

La premisa de la que se parte es que ningún menor de 18 años que juegue a fútbol en su país de origen (federadamente) tendrá derecho a continuar su actividad futbolística federada, cuando se traslade a vivir a otro país, siempre y cuando dicho traslado no se ajuste a las excepciones que más adelante se analizarán.

Partiendo de dicha premisa es imprescindible, en primer término, acudir a los Tratados y Convenios relativos a la protección de los menores de edad que se han analizado a lo

¹²³⁹ Se analizará cuando se estudie la excepción regulada en el art. 19.2.b) del Reglamento de la FIFA o el art. 120.5.b) del Reglamento de la RFEF.

largo del presente trabajo, y verificar si la prohibición establecida por el Reglamento vulnera, de alguna manera, los preceptos plasmados de dichos instrumentos internacionales. El primer instrumento, como no podía ser de otra manera, es la Declaración de los Derechos de los Niños¹²⁴⁰, un texto básico que, además de establecer como principio rector el interés superior del menor, señala que se debe permitir que los niños disfruten plenamente de juegos y recreaciones, todo ello sin discriminación ni distinción alguna por motivos, entre otros, de origen nacional o social del menor. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño¹²⁴¹, establece también como principio rector de todas las medidas concernientes a los menores que se tomen por instituciones públicas o privadas, el interés superior del menor; les reconoce a los menores el derecho a un nivel de vida adecuado para la obtención de un desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; el derecho a que exprese libremente su opinión y a que se le tenga en cuenta y el derecho al esparcimiento y al juego y, finalmente, obliga a los Estados a que garanticen y se aseguren de que todos los derechos contemplados en la Convención se apliquen sin distinción ni discriminación alguna. Para finalizar con el estudio en los instrumentos internacionales más destacados, se han de mencionar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁴² y la Carta Europea de los Derechos del Niño¹²⁴³, que exigen que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o privadas, se respete y garantice el interés superior del menor, que constituye una consideración primordial y que prohíbe toda discriminación. Si se traslada el examen a la legislación estatal, en primer término ha de recurrirse a la Constitución Española¹²⁴⁴ que reconoce entre otros, que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden político y de la paz social; asimismo, invoca que los extranjeros también deben gozar de las libertades públicas reconocidas por ella, por lo que se prohíbe cualquier discriminación por razón de origen, y en relación a

¹²⁴⁰ Principios 1, 2, 6, 7 y 10 de la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño adoptada por la Sociedad de Naciones, 23 de diciembre de 1924.

¹²⁴¹ Arts. 2, 3, 12, 27 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904.

¹²⁴² Arts. 21.1 y 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DOUE C-83/394, de 30 de marzo de 2010.

¹²⁴³ Principios 3,4,5,6y 7 de la Carta Europea de los derechos del niño. DOCE C-241, de 21 de septiembre de 1992.

¹²⁴⁴ Arts. 10, 13 y 14 de la Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

la normativa española relativa a los menores, indefectiblemente se debe invocar en primer término a la Ley Orgánica de Protección del Menor¹²⁴⁵ cuyo ámbito de aplicación se extiende a los menores de 18 años (salvo que en virtud de la ley que les sea de aplicación hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad) que se encuentren en territorio español, con independencia de la nacionalidad que posean. Esta normativa, al igual que lo hacía los instrumentos internacionales, establece como principio rector el interés superior del menor y exige que los menores gocen de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico español sin discriminación alguna.

La conclusión al respecto es inequívoca. La prohibición de que una federación deportiva expida una licencia federativa, de carácter aficionado en este caso, por el mero hecho de que el menor se haya trasladado de país, en principio supone un trato discriminatorio por razón de origen y en su caso de nacionalidad, por lo que la medida impuesta por el Reglamento vulneraría los preceptos señalados de los Tratados internacionales mencionados, así como la Constitución y la Ley Orgánica del Protección del Menor, en el caso de España.

Si el análisis se amplía a la normativa deportiva estatal, sin lugar a dudas se ha de acudir a la Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte¹²⁴⁶, ya que exige que los reglamentos, estatutos y normas federativas eliminen cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de extranjeros, que se encuentren legalmente en España, en actividades deportivas no profesionales. Por su parte, la Ley del Deporte¹²⁴⁷ impone a las federaciones deportivas de ámbito autonómico la obligación de eliminar cualquier restricción que impida o dificulte la participación de extranjeros que se encuentren legalmente¹²⁴⁸ en España en las actividades deportivas no

¹²⁴⁵ Art. 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238.

¹²⁴⁶ Apartado 2º de la Disposición adicional 2ª de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964.

¹²⁴⁷ Art. 32.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

¹²⁴⁸ A este respecto, existe normativa deportiva de ámbito autonómico, como es la del País Vasco (art. 41.2 del Decreto 16/2006, de 31 de enero, de Federaciones Deportivas del País Vasco. BOPV núm. 31, de 14 de febrero de 2006, pág. 2580 a 2647 y art 53 del Reglamento General de la Federación Vasca de Fútbol), que ha dado un paso más y en aras de obtener una integración social de los extranjeros menores de edad, exige que para poder participar en las competiciones deportivas estos acrediten únicamente su vecindad administrativa en el País Vasco.

profesionales, en el caso de que se quieran integrar en la federación deportiva de ámbito estatal. Es obvio que la prohibición establecida en el Reglamento supone una restricción que impide al extranjero, cuya residencia sea legal, participar en actividades deportivas no profesionales, por lo que también vulneraría la normativa estatal deportiva referida.

1.2.2. Transferencias internacionales de los jugadores profesionales menores de edad. Además de lo analizado en el anterior apartado, que le es absolutamente aplicable, en el caso de los menores de edad sean jugadores profesionales (jugadores que tienen suscrito un contrato laboral con un club), es necesario acudir a la legislación nacional de cada Estado que es la que finalmente regula el derecho y el deber de trabajar. En este caso y por facilitar el análisis se acudirá al ordenamiento español, si bien las conclusiones alcanzadas podrían ser similares partiendo de cualquier otro ordenamiento jurídico.

El Estatuto de los Trabajadores¹²⁴⁹ establece de manera general el límite mínimo para acceder al empleo en 16 años. El ámbito de aplicación del Estatuto de los trabajadores no distingue entre nacionales, comunitarios y/o extranjeros; por lo que en España cualquier persona mayor de 16 años podrá trabajar ya sea nacional español, comunitario o extranjero (siempre y cuando cumpla con los requisitos administrativos requeridos por la normativa de extranjería expuesta)¹²⁵⁰.

Teniendo en cuenta que lo que se regula en el precepto objeto de estudio en este trabajo es el traslado de un jugador profesional menor de edad, en este caso mayor de 16 años, de un país cualquiera a España, con independencia de la nacionalidad que ostente el menor, al igual que se hacía en el anterior apartado, el análisis se centrará en aquellos de nacionalidad extranjera, dejando para más adelante el estudio de aquellos de nacionalidad española o comunitaria¹²⁵¹. En este caso, y siguiendo los preceptos de la FIFA, este tipo de transferencia no se podría llevar a cabo; en puridad, la contratación entre el club y el jugador podría darse, esto es, el contrato suscrito por las partes sería absolutamente válido (además ha de tenerse en cuenta que la tramitación de los permisos de residencia y de trabajo en el caso de los deportistas profesionales extranjeros se rige por el Resolución de 12 de agosto de 2005, por la que se aligera y facilita la obtención de dichos permisos

¹²⁴⁹ Art. 1 y 6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pág. 100224 a 100308.

¹²⁵⁰ Art. 10 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

¹²⁵¹ Se analizará cuando se estudie la excepción regulada en el art. 19.2.b) del Reglamento de la FIFA o el art. 120.5.b) del Reglamento de la RFEF.

administrativos), pero no se podría obtener el Certificado Internacional de Transferencia (porque infringiría el artículo 19 del Reglamento FIFA, así como el 120.5 del Reglamento RFEF) y, como consecuencia, la RFEF o la Liga en su caso, no podrían expedir la licencia necesaria para habilitar al jugador menor de edad para jugar en cualquier competición. No se puede obviar en este caso que la licencia deportiva es un título de naturaleza pública, que se asemeja a la autorización administrativa, que la expide la federación deportiva o la liga profesional, en su caso, haciendo uso de una de las funciones de naturaleza pública que tiene delegadas, bajo la tutela y coordinación del Consejo Superior de Deporte.

Por tanto, una normativa de naturaleza privada impediría que un extranjero, que cumpliera con todos los requisitos exigidos por la legislación de extranjería (por ostentar los permisos y autorizaciones exigidos) y por la legislación laboral (al haber suscrito el oportuno contrato laboral) pudiera ejercitar sus derechos laborales en España. No ha de olvidarse que, si bien el artículo 35 CE¹²⁵² cuando regula el derecho fundamental al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, se refiere a los españoles, el artículo 13 CE y el artículo 3 de la Ley de Extranjería¹²⁵³, establecen que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, en el que queda recogido el derecho al trabajo. Por lo tanto, se vulneraría su derecho al trabajo.

Por otra parte, esta clase de trabajadores, los deportistas profesionales, se verían discriminados en España respecto a sus compatriotas o demás extranjeros que trabajaran en cualquier otra disciplina u otra profesión, ya que estos últimos siendo mayores de 16 años y cumpliendo con los requisitos laborales y administrativos exigidos podrían trabajar pacíficamente en España. Se podría dar el caso que una persona extranjera de 16 años pudiera trasladarse a España para trabajar como empleada de hogar por un salario mínimo, pero esa misma persona extranjera no pudiera trasladarse a España para trabajar como jugador de fútbol profesional con un salario millonario. Es obvio que en este caso existe una discriminación y se vulnera el artículo 14 CE¹²⁵⁴, que proclama en derecho a la igualdad y prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión,

¹²⁵² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹²⁵³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, pág. 1139 a 1150.

¹²⁵⁴ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que también sería de aplicación a los extranjeros a través del artículo 13 CE¹²⁵⁵.

2. Continuando con el análisis del precepto, una vez establecida la prohibición general, el Reglamento regula tres excepciones.

2.1. La primera de las excepciones la regula el art. 19.2. a) del Reglamento FIFA y el art. 120.5.a) del Reglamento RFEF, que dispone lo siguiente:

“a) Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tienen su sede por razones no relacionadas con el fútbol.”

En consecuencia, la FIFA y la RFEF admiten que, si el traslado de país del jugador de fútbol menor de edad, sea aficionado o profesional, es resultado del desplazamiento de sus progenitores por razones distintas del fútbol, el menor pueda continuar con su actividad deportiva, de forma reglada, en el país de destino. La intención de la FIFA es lograr la compatibilización entre las cuestiones laborales o profesionales de los progenitores con la vida deportiva del jugador menor de edad.

Al analizar el texto, se ha de comenzar por definir cuáles son las circunstancias que ampara la excepción cuando dispone que *“los padres del jugador cambian su domicilio”*. Para ello, es necesario acudir a la *“Guía para la aplicación de un jugador menor”* elaborada y publicada por la FIFA, el 16 de febrero de 2018, donde detalla las distintas situaciones que quedan incluidas en tal circunstancia. Según la FIFA, la excepción se aplicará cuando la mudanza sea de ambos progenitores que compartan la custodia del menor; sea del progenitor que ostente la custodia del menor o sea del tutor legal al que se le haya asignado la custodia del menor, una vez se haya retirado legalmente la custodia a los padres biológicos.

Es por ello, que la FIFA y el TAS (como órgano arbitral competente para resolver en apelación las resoluciones de la FIFA) no han permitido la inscripción en la asociación deportiva del país de destino del jugador menor de edad cuando este se ha trasladado a otro país a residir con un familiar (con el consentimiento de sus progenitores) por razones académicas, como ocurrió en el caso *Elmir Muhic* (CAS 2011/A/2354). El que la FIFA sea tan restrictiva en su interpretación hace que los menores que se trasladan de país para residir con familiares o personas que no ostenten legalmente la custodia del menor

¹²⁵⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

(aunque estén autorizados para ello), sean tratados de forma discriminatoria respecto de aquellos que pueden ser acompañados por sus progenitores. Desde una perspectiva estatal se vulneraría el artículo 14 CE¹²⁵⁶, que proclama el derecho a la igualdad y prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que, si bien el precepto está dirigido a los españoles, también sería de aplicación a los extranjeros a través del artículo 13 CE¹²⁵⁷ que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución. Por lo tanto, se vulneraría su derecho a la igualdad y a la no discriminación.

A este respecto es el momento de abordar lo que ocurre con los Menores No Acompañados, conocidos como MENAS, que viajan solos y que, al llegar al país de destino, son tutelados bajo la autoridad de la Administración Pública. En el caso de que estos hubieran participado en actividades futbolísticas federadas en su país de origen, al llegar al país de destino, la FIFA no tramitará del Certificado Internacional de Transferencia porque, al ser menor de edad, estaría prohibido y, lamentablemente, tampoco se podrían acoger a esta primera excepción, porque su custodia la ostentaría la Administración Pública, sujeto que queda fuera del amparo de dicha excepción. Este supuesto genera un trato discriminatorio en base a todos los preceptos legales de carácter internacional y estatal que han sido analizados con anterioridad. Si es el interés superior del menor el criterio que debe guiar tanto las actuaciones de instituciones públicas como privadas, y teniendo conocimiento de que el deporte es un elemento integrador para aquellos colectivos en peligro de exclusión, como pueden ser los MENAS (que por otra parte están bajo la tutela de la Administración pública), es difícil justificar la falta de amparo bajo estas circunstancias. Ejemplo de ello es el caso que finalmente se dirimió favorablemente ante el Gobierno Vasco mediante la Resolución de 24 de septiembre de 2014 del Director de Juventud y Deportes, ante la negativa de la Federación Vasca de Fútbol de tramitar su licencia como consecuencia de la aplicación del art. 19 del Reglamento de la FIFA.

Como ya se ha adelantado, probablemente esta excepción ha sido la más invocada, desde la imposición de la prohibición en el 2001, ante TAS (única competente para dirimir este

¹²⁵⁶ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹²⁵⁷ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

tipo de litigios en apelación según la normativa de la FIFA) y si bien se ha reconocido como discriminatoria, la interpretación que el Tribunal ha realizado de la misma en ocasiones ha podido generar, a su vez, desigualdades importantes necesarias de señalar.

Ha de indicarse que en casi todas las resoluciones se ha abogado a favor de la interpretación estricta del contenido de la excepción, dada la importancia del bien jurídico que se desea proteger y para evitar abusos cometidos en el pasado; de hecho, en ocasiones, como en el caso Sarmiento (CAS 2007/A/1403), se ha llegado a reconocer, por parte de la Formación Arbitral, que la norma era muy estricta y que su aplicación rigurosa le había llevado a situaciones difíciles de sostener o contradictorias, ya que reconocían que, en el caso en cuestión, el habilitar al jugador para inscribirse con el Real Club Racing de Santander, S.A.D. mejoraría la situación personal y profesional del menor, así como de su familia. La pregunta que nace de inmediato es dónde ha quedado el interés superior del menor, como principio rector que debe regir las actuaciones de las instituciones públicas y privadas, según los Tratados internacionales referidos, así como la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor que son de aplicación obligatoria. El Tribunal en estos casos se ha justificado alegando que solo aplica la normativa y que no legisla.

Ahora bien, esta interpretación estricta se ha realizado en casi todos los casos, pues como ya ha quedado acreditado, el Tribunal hizo una curiosa excepción el en caso *Reneau* (CAS 2013/A/3140), donde ante unos relatos fácticos muy similares a otros, se le concedió la habilitación para su inscripción, justificando dicha resolución en que la situación económica desahogada de la familia facultaba a esta a residir en el país que quisiera. El Tribunal Arbitral de Lausana, a través de este laudo, cometió un gravísimo acto de discriminación al argumentar como motivo justificativo el nivel económico de la familia; siguiendo su argumentación, se podría interpretar que los jugadores menores de edad pertenecientes a familias pobres no se les podría conceder dicha habilitación, por miedo a que estos fueran objeto de abusos, pero los jugadores menores de edad pertenecientes a familias ricas, al no haber supuestamente ese peligro de abusos, sí se les habilitaría. Eso no es más que un acto de discriminación por motivos de orden social.

2.2 La segunda de las excepciones la regula el art. 19.2. b) del Reglamento FIFA y el art. 120.5.b) del Reglamento RFEF, que dispone lo siguiente:

“La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad. El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas:

- i. Proporcionar al jugador una formación o entrenamiento futbolístico adecuado que corresponda a los mejores estándares nacionales.*
- ii. Además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una afirmación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita iniciar una carrera que no sea futbolística en caso que cese en su actividad de jugador profesional.*
- iii. Tomar todas las previsiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la menor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.).*
- iv. En relación con la inscripción del jugador, aportará a la asociación correspondiente la prueba de cumplimiento de las citas obligaciones.”.*

La primera reflexión que se debe realizar, al respecto, es que solo se exceptúan las transferencias internacionales que se hagan en el territorio de la UE o del EEE. Ya se conoce que la regulación actual de las transferencias internacionales nació de las negociaciones llevadas a cabo entre la Comisión Europea y la FIFA/UEFA en marzo de 2001, por lo que es entendible que la Comisión hubiera obligado a incorporar esta excepción, dado que de no incorporarla, y sin entrar en precisiones legales analizadas y expuestas en el trabajo de investigación, cualquier restricción impuesta dentro del territorio de la UE o de la EEE podría suponer una vulneración del Derecho comunitario. Lo que es menos entendible es que la FIFA, siendo una federación deportiva internacional cuyo ámbito territorial se extiende a todo el mundo, limitara dicha excepción, al espacio de integración comunitaria de la UE, a sabiendas de que existen otros muchos espacios si no iguales muy similares a este, donde la libertad de circulación de las personas y, en su caso, de los trabajadores, está regulada a través de convenios y tratados; incluso, pueden existir infinidad de tratados bilaterales entre países, muchas veces limítrofes, donde la libertad de circulación de las personas o de los trabajadores, en su caso, sea el objeto de las misma. Es por ello, que el que la FIFA limite la excepción a la UE o EEE, supone un acto discriminatorio de los menores ciudadanos de estos espacios de integración comunitarios distintos a la de la UE, vulnerando los preceptos de la Declaración de los

Derechos del Niño¹²⁵⁸ y la Convención de los Derechos del niño¹²⁵⁹, además de los propios convenios y tratados donde se haya conformado este espacio integral o se haya pactado esa libertad de circulación.

Dejando este aspecto de lado y procediendo al estudio del precepto en sí, se ha de señalar que la excepción se limita a los jugadores, profesionales o aficionados, de edades comprendidas entre los 16 y 18 años que sean objeto de una transferencia internacional en el territorio de la UE/EEE. La evolución en la interpretación del precepto ha sido importante a lo largo de los años. En un inicio y así queda reflejado en el “Comentario acerca del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de jugadores” elaborado y publicado por la FIFA, la excepción era de aplicación en aquellas transferencias que se realizaran dentro del territorio de la UE/EEE, independientemente de la nacionalidad de los jugadores implicados. Más adelante, la interpretación del ámbito territorial se amplió a aquellas transferencias que se hicieran de jugadores nacionales de países que tuvieran suscrito con la UE algún Convenio o Tratado donde se acordara la ausencia de trato discriminatorio de sus trabajadores, muestra de ello es el caso *Midtylland* (CAS 2008/A/1485), que basándose en el caso *Simuntekov*¹²⁶⁰ amplió en ámbito territorial del precepto a las transferencias internacionales de jugadores profesionales que se realizaran entre los países integrantes del Acuerdo de Cotonou¹²⁶¹. Finalmente, como consecuencia del caso *Vada II* (TAS 2012/A/2862) ratificado por el caso *Benjamín Garré* (CAS 2016/A/4903), el Tribunal Arbitral de Lausana, abstrayéndose de la interpretación de la FIFA, entendió que esta excepción debía extenderse a aquellas transferencias internacionales que interviniendo jugadores (de entre 16 y 18 años) nacionales de cualquier Estado miembro de la UE/EEE, se trasladara a un club del territorio de la UE/EEE.

¹²⁵⁸ Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño adoptada por la Sociedad de Naciones, 23 de diciembre de 1924.

¹²⁵⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904.

¹²⁶⁰ STJUE de 12 de abril de 2015, C-265/03, *Igor Simuntekov v. Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol*, ECLI:EU:C:2005:213.

¹²⁶¹ Acuerdo de asociación 2000/483/CE, entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú, el 23 de junio de 2000.

Por lo tanto, mediante la presente excepción se habilita a jugadores (de entre 16 y 18 años):

- A ser transferidos entre clubs pertenecientes a distintos Estados miembros, independientemente de la nacionalidad de los jugadores.
- A ser transferidos, en calidad de profesional, entre clubs de países que tengan suscrito un Acuerdo de asociación con la UE, donde se pacte la no discriminación por motivos de nacionalidad de los trabajadores.
- A ser transferido a un club perteneciente a un Estado miembro, con independencia del Estado de donde provenga el jugador, siempre que este ostente la nacionalidad de cualquier Estado miembro.

Recuperando este último extremo, se podía dar el caso de que un jugador con doble nacionalidad (española- argentina), nacido en Rosario (Argentina) a la edad de 16 fuera traspasado a un club italiano, mientras que un jugador, también con doble nacionalidad (española- argentina), nacido en este caso en Madrid, no pudiera ser traspasado a un club argentino hasta alcanzar la edad de 18 años, lo que conllevaría un trato discriminatorio por razón del origen de estos menores respecto de sus compatriotas, infringiendo además de los convenios internacionales referidos, sus propias Constituciones nacionales al vulnerar el derecho de igualdad y a la no discriminación que seguro que se garantiza entre sus nacionales.

Para finalizar con el análisis de esta excepción, es necesario cuestionar el hecho de que solamente se fije esta excepción para las transferencias internacionales de jugadores de edades comprendidas entre los 16 y a 18 años. Si la razón de establecer esta excepción fue la adecuación de la normativa de los traspasos internacionales al Derecho comunitario, no se entiende que la excepción se limitara a los jugadores de edades comprendidos en ese margen. No se debe de olvidar que entre las libertades rectoras en la Unión Europea está la libertad de circulación de las personas y no solo de los trabajadores, como fue en su origen. Por ejemplo, según la normativa actual un jugador menor de 16 años de nacionalidad española que haya nacido en Italia y haya jugado federativamente en algún club italiano no podrá trasladarse a España y jugar en un equipo español, porque la excepción se limita a los traspasos internacionales de aquellos jugadores de edades comprendidas entre los 16 y 18 años. Es evidente que este precepto, al dirigirlo únicamente hacia los jugadores de edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, deja

fuera de su aplicación a todos aquellos menores de 16 años, hecho que vulnera, además de los convenios internacionales referidos (incluyendo la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹²⁶², que regula el derecho a la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, así como de artículo 18 de la norma referida que prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad. Es necesario en este momento traer a colación la reciente sentencia del caso *Daniele Biffi*¹²⁶³ donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó lo siguiente:

“Asimismo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el Derecho de la Unión garantiza a todo nacional de un Estado miembro tanto la libertad de dirigirse a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta propia o ajena como la libertad de residir en este último Estado después de haber ejercido en él dicha actividad y que el acceso a las actividades recreativas que se ofrecen en dicho Estado constituye el corolario de la libertad de circulación.”

En conclusión, si la intención de la FIFA al incorporar esta excepción fue que la normativa deportiva no vulnerara los principios rectores del Derecho comunitario es obvio que la excepción quedó insuficiente.

2.3. La tercera de las excepciones la regula el art. 19.2. c) del Reglamento FIFA y el art. 120.5.c) del Reglamento RFEF, que dispone lo siguiente:

“El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100 km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.”

Respecto de esta excepción poco se puede manifestar, simplemente recordar lo mencionado en la tesis. La interpretación estricta del precepto, que por otra parte es la que realiza la FIFA y el Tribunal Arbitral del Deporte, conllevaría situaciones injustas en el caso de que la distancia entre ambos domicilios siendo menor de 100 km, una de las

¹²⁶² DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

¹²⁶³ STJUE, Sala tercera, de 13 de junio de 2019, C-22/18, *TopFit eV., Daniele Biffi c. Deutscher Leichtathletikverband eV*, ECLI:EU:C:2019:497, apartado 31º.

distancias a tomar en cuenta fuera superior a los 50 km de la frontera del país vecino fijados en la normativa, ya que en este caso no se podría amparar dicho traspaso en la excepción conocida como transferencia transfronteriza.

De todo lo expuesto, es incuestionable que el artículo 19 del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencias de Jugadores de la FIFA, así como el art. 120.5 del Reglamento de la RFEF vulneran derechos humanos y fundamentales recogidos en Tratados internacionales como, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de Niño¹²⁶⁴, la Convención sobre los Derechos del Niño¹²⁶⁵, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁶⁶, la Carta Europea de los Derechos del Niño¹²⁶⁷, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹²⁶⁸ y/u otros Tratados o convenios, multilaterales o bilaterales, que creen espacios de integración comunitarios o pacten la libertad de circulación de los trabajadores; así como derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española¹²⁶⁹, la Ley Orgánica de Protección Jurídica al Menor¹²⁷⁰, la Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el Deporte¹²⁷¹ y la Ley del Deporte¹²⁷².

Sin embargo, será necesario averiguar si dichas vulneraciones están justificadas por ser racionales, objetivas y proporcionadas con el objetivo legítimamente perseguido que no es otro que proteger el desarrollo y la dignidad de los menores de edad y evitar los abusos

¹²⁶⁴ Principios 1, 2, 6, 7 y 10 de la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño adoptada por la Sociedad de Naciones, 23 de diciembre de 1924.

¹²⁶⁵ Arts. 2, 3, 27 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pág. 38897 a 38904.

¹²⁶⁶ Arts. 21.1 y 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DOUE C-83/394, de 30 de marzo de 2010.

¹²⁶⁷ Principios 3,4,5,6y 7 de la Carta Europea de los derechos del niño. DOCE C-241, de 21 de septiembre de 1992.

¹²⁶⁸ Art. 18 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C-202, de 7 de junio de 2016.

¹²⁶⁹ Art. 13, 14 y 35 de la Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pág. 29313 a 29424.

¹²⁷⁰ Art. 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pág. 1225 a 1238.

¹²⁷¹ Apartado 2º de la Disposición adicional 2ª de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007, pág. 29946 a 29964.

¹²⁷² Art. 32.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 1990, pág. 30397 a 30411.

y maltratos a los que pudieran ser sometidos como consecuencia de dichos trasposos internacionales.

Para alcanzar una conclusión definitiva al respecto, se ha optado por comparar la normativa aprobada por la FIFA con normativas de ámbito internacional de otras modalidades deportivas que pudieran asemejarse, como son la del baloncesto y la del balonmano, que regulan también las transferencias internacionales de los menores de edad.

En relación a la modalidad deportiva del baloncesto, el Reglamento Interno de la Federación Internacional de Baloncesto (FIBA), Libro 3º “Jugadores y Oficiales”, de 15 de mayo de 2019, en su apartado 74 también establece como norma general que las transferencias internacionales no están permitidas antes de que el jugador cumpla 18 años, excepto en los casos especiales declarados por la Secretaría General tras examinarlos con las federaciones miembros y, si fuera necesario, con los clubes y el jugador involucrado. Los casos especiales se regulan en los apartados 75 a 77 del Reglamento, distinguiéndose entre la primera inscripción de los jugadores provenientes del extranjero, y los jugadores con previa inscripción en sus países de origen.

El primero de los casos, la primera inscripción, se regula en el apartado 75 del Reglamento. Es un precepto que se dirige a jugadores a partir de 14 años (aunque en la propia regulación expone que también podrá ser aplicable, en casos excepcionales, a jugadores menores de 14 años) y regula que la FIBA otorgará la acreditación para la inscripción del club perteneciente a la Federación de destino, en el caso de que el jugador, así como sus progenitores, presten el consentimiento y se respete la integridad del sistema de transferencia.

El segundo de los casos, las transferencias internacionales de jugadores con inscripción previa, están reguladas en los apartados 76 y 77 y diferencian dos supuestos. El primero de ellos, se refiere a aquellas transferencias de menores de edad no relacionadas con el baloncesto, en las que la FIBA otorgará la acreditación habilitante, siempre que el menor, sus padres, su nuevo club y su nueva federación deportiva nacional declaren por escrito el compromiso por el cual el menor, hasta que cumpla los 18 años, será seleccionable para la federación nacional de su país de origen. El segundo supuesto, regula aquellas operaciones que están vinculadas con el baloncesto, en este caso la FIBA otorgará la acreditación para habilitar la transferencia internacional siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- El nuevo club del jugador garantice una formación académica o vocacional que prepare al jugador para desarrollar una trayectoria laboral tras la conclusión de su trayectoria deportiva.
- El nuevo club provea de un entrenamiento baloncestístico apropiado dirigido a desarrollar y favorecer la trayectoria del jugador como profesional.
- El nuevo club demuestre que proporciona un programa de entrenamiento adecuado para sus jugadores nacionales.
- El nuevo club realice una contribución al Fondo de Solidaridad establecido por la FIBA para el apoyo al desarrollo de jóvenes jugadores.
- El jugador, sus padres, el nuevo club y la nueva federación nacional aseguren, por escrito, que, hasta que el primero cumpla 18 años, estará disponible para la selección nacional de su país y, si fuera necesario, para periodos de preparación y de entrenamiento, los cuales no interfieran en sus actividades escolares.
- La transferencia no interrumpa la escolarización del menor.
- Y se abone la indemnización pactada por lo clubes o la determinada por la Secretaría general.

En resumen, la normativa de la FIBA permite las transferencia internacionales y primeras inscripciones de los menores de edad siempre y cuando se cumplan con los requisitos preestablecidos en su Reglamento.

Por su parte, y respecto a la modalidad deportiva del balonmano, el Reglamento de Transferencia entre Federaciones de la *International Handball Federation* (IHF), de 1 de julio de 2019, en su artículo 7 se establece que la transferencia internacional, así como la primera inscripción, de jugadores menores de 16 años, solo se permitirá, como regla general, cuando la familia del jugador se mude al país en el que se encuentra el nuevo club por razones que no estén vinculadas al balonmano y también cuando se trate de transferencias internacionales de jugadores aficionados.

En resumen, la normativa de la IHF también permitiría las transferencias internacionales de los menores de 16 años, siempre y cuando estos fueran jugadores aficionados (no se puede perder de vista, por otro lado, que la edad mínima para acceder al mercado laboral está fijada en los 16 años, como norma general).

Lo que se concluye de todo lo analizado es que existen otras normativas que, protegiendo también la figura del menor de edad, han decidido regular antes de prohibir.

Como conclusión definitiva se puede afirmar que el artículo 19 Reglamento sobre el Estatuto y Transferencias de jugadores, así como el artículo 120.5 del Reglamento de la RFEF, que regulan la prohibición de las transferencias internacionales de los jugadores menores de edad y que nacieron con el objetivo de proteger el desarrollo y dignidad de los menores, vulneran derechos humanos y derechos fundamentales que en ningún caso están justificados, por no ser ni razonables ni proporcionados.

Se ha demostrado que se puede lograr ese mismo objetivo legislando en lugar de prohibiendo. De hecho, solo se ha de acudir al documento resultante de las negociaciones entre la Comisión y la FIFA /UEFA de 5 de marzo de 2001, que fue origen de la normativa actual, para comprobar que la intención de la Comisión nunca fue la de prohibir las transferencias internacionales de los menores de edad, sino que fueran permitidas bajo una serie de condiciones pactadas.

La normativa que se propone, en aras a regular las transferencias internacionales de los menores de edad, sería aquella que, permitiéndolas, velando por el interés superior del menor, obligara a los clubes de destino y a sus federaciones (incluso a los Estados) a cumplir de forma estricta con determinadas condiciones que garantizaran la protección del menor, en su transición hacia la vida adulta. A modo de ejemplo, podría imponerse la obligación de proporcionarles alojamiento y manutención, acorde con su edad y madurez; una formación o entrenamiento deportivo adecuado y una formación académica o escolar que le permitiera acceder al mercado laboral en caso de cese en su actividad deportiva.

La FIFA cuenta con una estructura federativa (confederal, estatal y autonómica) jerarquizada que impone un control férreo respecto de todas las actividades que se realizan, por lo que en ningún caso se le puede hacer complicado controlar el cumplimiento de los requisitos que se impongan en aras a proteger el desarrollo y la dignidad de los menores que sean objetos de traspasos internacionales, so pena de incurrir en infracciones cuyas sanciones pudieran alcanzar, incluso, hasta la suspensión por parte de la FIFA de la federación deportiva nacional incumplidora.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU, G. y LOZANO G., “Las cesiones de derechos económicos: Estado actual de la doctrina y jurisprudencia en Argentina”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 18, 2006.

ADAN DOMENECH, F., “Deporte y arbitraje: vía para la resolución de conflictos deportivos”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006.

ADRIÁN ARNAIZ, A. J., “Entre el Pasado y el Futuro de la Libre Circulación de Personas: la sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, Mayo-Agosto, 1997.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., “Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del Deporte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, número 57, sept- dic. 1999.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. *Intervención pública en el deporte*, Civitas, Madrid, 1998.

ALCÓN YUSTAS, M. F. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Los menores en el proceso judicial. La protección del menor frente al Derecho a un juicio justo*, Tecnos, Madrid, 2011.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

ÁLVAREZ MORENO, A., “Intromisión ilegítima en el derecho al honor de un entrenador de fútbol. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2011, que confirma la sentencia que condenaba a Clarence Seedorf a pagar 60.000 euros al entrenador John Benjamin Toshack por intromisión en su derecho al honor, al haberle acusado de cobrar comisiones en los fichajes del Real Madrid”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 34, 2012.

AMAYA PILARES, S., “Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25, 2009.

AÑAÑOS MEZA, M^a. C., “El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ¿Un avance en el desarrollo institucional de los derechos humanos?”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 159, 2008.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Breve comentario a la Sentencia Simutenkov: crónica de una resolución anunciada”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 15, Cizur Menor, 2005.

ARIAS MARÍN, A., “Discriminación y multiculturalismo: estudio crítico del Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros instrumentos europeos”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas de la UNAM*.

ARMENTEROS LEÓN, M., *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España. Actualizado con el contenido del protocolo marco de 22 de julio de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ARNAUD, V. G., *Mercosur, Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

ARROYO SÁNCHEZ, J., “Un puente para llegar antes: los Derechos de Formación en el Fútbol Español a propósito de la decisión del TAS caso 2011/A/2477 *FC Spartak Moscow v. RFU and FC Rostov*”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 40, 2013.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

ASÍN CABRERA, M^a. A., “Menores extranjeros”, en RAMOS QUINTANA, M. I. y ROJAS RIVERO, G. P. (dir. y coord.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Weindenfeld & Nicolson, London, 1968.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., “La Nacionalidad y el derecho de la nacionalidad en un mundo integrado”, en FERNÁNDEZ MASÍÁ, E. (dir.): *Nacionalidad y Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BALASSA, B., *Integración de América Latina*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1964, México.

BALLARÍN IRIBARREN, J., “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *Revista española de derechos constitucional*, núm. 24, 1988.

BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1988.

BARLOW, F., *The Feudal Kingdom of England*, London, 1955.

BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, núm. 9, 2003.

BASAULI HERRERO, E., “La incidencia de los deportistas profesionales. ¿Es posible el despido nulo y en concreto por causas de discriminación? Incidencia de los convenios colectivos y las posibles vías de solución de los conflictos generados por la relación entre los clubes y los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 39, 2013.

BASSOLS, M., “Justicia deportiva y jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980.

BELLVER ALONSO, R., “Deporte y libertad de asociación”, en PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.): *Deporte y Derechos*, Editorial Reus, Madrid, 2017.

BENAVIDES DE LA VEGA, L., *La integración regional y el desarrollo en África*, Catarata, Madrid, 2009.

BENTHAM, J., *Anarchical Fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution*, Works, Bowering, Nueva York, 1962.

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 14 del Código Civil”, *Grandes Tratados, Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2011.
- BERGBOHM, K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Glashütten im Taunus, 1973.
- BERMEJO VERA, J., “Comentario de urgencia a la decisión del Tribunal Europeo adoptada en el “Asunto Bosman””, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 5, 1995.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- BERMEJO VERA, J., *El marco jurídico del deporte en España*, número 110, Madrid, 1986.
- BERMEJO VERA, J., “La jurisprudencia constitucional en materia deportiva”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte. X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994.
- BOBBIO, N., L’illusion du fondement absolu, *Le fondement des droits de l’homme*, actes des entretiens de l’Aquila (1-19 septembre 1964), Institut International de Philosophie, La Nuova Italia, Firenze, 1966.
- BOLOGNA, N., “Comparación entre la Unión Europea y el Mercosur desde un enfoque económico institucional”, *Historia Actual On line*, núm. 2, 2003.
- BORREGO MUÑOZ, G., “El Sistema de protección de menores”, *Dedica. Revista de Educação e Humanidades*, núm. 6, 2014.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. y ALLUÉ BUIZA, A., “Derecho de Asociación y Federaciones Deportivas”, en *XII Jornadas de Estudio: Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (I)*, vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado/ Secretaría General Técnica/Centro de Publicaciones, 1992.
- CALVO HONERO, A., *Integración económica y regionalismo. Principales acuerdos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- CÁMARA VILLAR, G., “El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores, instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 2014.
- CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L. y MONTILLA MARTOS, J. A., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.): *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, Derechos y libertades fundamentales, Deberes constitucionales y principios rectores, Instituciones y órganos constitucionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.
- CAMPS I POVILL, A., “El artículo 43.3 de la Constitución Española”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte. X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994.
- CAMPS POVILL, A., *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1996.

CAMPS POVILL, A. y PALOMAR OLMEDA, A., *La participación de las personas extranjeras en las competiciones en España y sus derivadas en las Federaciones deportivas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CAMUÑAS ARRANCUDIAGA, R., “La doctrina de la asunción del riesgo en el ámbito deportivo. Comentario de la Sentencia 125/2013 de la Sección 4º de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 25 de noviembre de 2013”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 42, 2014.

CANOSA USERA, R., “Declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

CARDESA SALZMANN, A., “El contenido jurídico de la libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

CARRILLO SALCEDO, J. A., “Vínculos entre la Declaración Universal de 1948 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en PONS RAFOLS, X. (compilador): *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998.

CASSIN, R., “La Déclaration universelle des droits de l’homme”, *Recueil des Cours*, Académie de droit international, La Haye, 1951.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1969.

CAZORLA PRIETO, L. M., “El artículo 43.3 de la Constitución Española”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución y el Deporte. X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994.

CEBADA ROMERO, A., “Limitaciones a la participación de extranjeros en las competiciones deportivas y las cláusulas de no discriminación incluidas en los acuerdos internacionales celebrados por la CE con terceros estados”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, Cizur Menor, 2008.

CHAPARRO MATAMOROS, P., “El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 10, 2014.

CHARRO BAENA, P., “La LO 4/2000 (RCL 2000, 72 y 209) de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: una primera aproximación crítica”, *Boletín Aranzadi Laboral*, núm. 5, Cizur Menor, 2000.

CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

CLARK, S., “The Moral Status of Animals”, *Noûs*, Wiley, New Jersey, 1981.

COBREROS MENDAZONA, E., “Reflexión sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 19, 1987.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Deporte y medios de solución de conflictos” en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, Madrid, 2009.

COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Dopaje y acceso a la jurisdicción”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2006.

CORTI VARELA, J., “Evolución de la libre circulación de personas en el Mercosur y su impacto en las políticas migratorias nacionales”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

CORTINA ORTS, A., “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993.

COSTAS RODAL, L., “Ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto: información y el honor y la intimidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, núm. 11, 2014.

CRESPO PEREZ, J. D., “El caso Bosman y sus consecuencias”, *Revista General del Derecho*, núm. 622-623, 1996.

CRESPO PÉREZ, J. D., “El laudo del TAS en el caso Shakhtar Donetsk vs Matuzalem & Real Zaragoza. El artículo 17 de Reglamento FIFA. La Rescisión de contrato tras el periodo de protección”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 27, 2009.

CRESPO PÉREZ, J. D. y FREGA NAVIA, R., *Nuevos comentarios al Reglamento FIFA, con análisis de Jurisprudencia de la DRC y del TAS*, Dykinson, Madrid, 2015.

CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.

CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.

CUBERO MARCOS, J. I., “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, 2017.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., “Garantías constitucionales y legales en el procedimiento de reagrupación familiar o repatriación de los MENA”, en CABEDO MALLOL, V. (coord.): *Menores no acompañados: los otros emigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Derecho Deportivo y Derecho de Asociación”, en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975-2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005.

DE LA IGLESIA PRADOS, E., “El arbitraje y los contratos de prestación de servicios deportivos”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011.

DE LA IGLESIA PRADOS, E., “La incidencia de la vecindad civil en la determinación del régimen económico matrimonial”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 20, Cizur Menor, 2008.

DE LA IGLESIA PRADOS, E., *Derecho privado y deporte. Relaciones jurídico-personales*, Editorial Reus, Madrid, 2014.

DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004.

DE PALMA DEL TESO, A., “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), 2011.

DE SECONDAT, CH. L. (MONTESQUIEU), *Del Espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones “inter privados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 3, 1997.

DEL CAMPO COLÁS, C. y GARCÍA SILVERO, E. A., “El nuevo Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 15, 2005.

DELL, S., *Trade Blocs & Common Markets*, ed. Constable, London, 1966.

DEMA MORENO, S., *A la igualdad por la desigualdad*, Ediciones KRK, Oviedo, 2008.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 1, 2013.

DÍAZ TEJERA, A., “Categorías formales del humanismo griego”, *Anuario Filosófico*, 1981.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1997.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Declaración universal de los derechos humanos y textos afines*, Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1968.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., “Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de los Derechos del Hombre”, en *Homenaje a Don Nicolás Pérez Serrano*, Reus, Madrid, 1959.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “Desarrollo y regulación de los derechos fundamentales”, *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2001.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 78, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

DUPONT, J. L., “Deporte Profesional y Ordenamiento Jurídico Comunitario después del Caso Bosman”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 2, mayo-agosto, 1996.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. “Caracterización institucional del Mercosur: finalidades y estructuras al servicio de una comunidad económica, jurídica y cultural”, en VELASCO SAN PEDRO, L. A. (coord.): *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

- EGEA JOVER, C., “Procedimiento para la obtención del permiso de trabajo y residencia: la peculiaridad de los deportistas profesionales”, *Derecho Deportivo en línea*, dd-el.com, Boletín nº 8, sept. 2006 – marzo 2007.
- ENGELS, F. y MARX, K., *Manifiesto Comunista*, Alianza editorial, Madrid.
- ESCÁMEZ SÁNCHEZ, J., “La Educación para la Promoción de los Derechos Humanos de la Tercera Generación”, *Encounters on Education*, vol. 5, 2004.
- ESPARTERO CASADO, J., “Derecho de asociación y deporte”, en ESPARTERO CASADO, J. (coord.): *Introducción al derecho del deporte*, Dykinson, Madrid, 2009.
- ESPARTERO CASADO, J., “La necesaria ilicitud de las cláusulas estatutarias federativas prohibitivas del derecho a la tutela judicial”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 14, 2005.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “Régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a. B., “Régimen jurídico específico del trabajo de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., “Precontrato de deportistas menores de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., “La justicia deportiva internacional: el Tribunal Arbitral del Deporte”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 27, 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 23, 2014.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno”, en AGUILERA CERNI, V. (coord.): *Política y derechos humanos*, Fernando Torres, Valencia, 1976.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. D., “La jurisprudencia relativa a la adquisición de nacionalidad española por residencia”, *Revista Aranzadi de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 39, Cizur Menor, 2015.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Derecho natural. Introducción filosófica al derecho*, vol. I, Universidad Complutense –Facultad de Derecho, Sección publicaciones, Madrid, 1974.
- FERRAJOLI, L., “Universalismo de los Derechos Fundamentales y multiculturalismo”, *Revista Internacional de filosofía política*, núm. 30, 2007.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Excepciones a la autorización de trabajo”, en RAMOS QUINTANA, M. I. y ROJAS RIVERO, G. P. (dir. y coord.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

FUERTES LÓPEZ, M., “Las facultades de la Administración autonómica sobre las federaciones deportivas: la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1994”, *Poder Judicial*, núm. 36, 1994.

GALEANO GUBITOSI, A. y GONZÁLEZ MULLÍN, H., “Los derechos federativos en el fútbol profesional actual: Vigencia o no de su contenido patrimonial”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, 2008.

GALICIA AIZPURUA, G. H., “Artículo 14” en BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Código Civil, Tomo I Arts. 1-151*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GAMERO CASADO, E., “Derecho deportivo y derecho autonómico”, en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975-2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005.

GARBAYO BLANCH, J. P. y CERDA LABANDA, D., “Normativa de control económico de los clubs de fútbol como posible restricción de la libertad de competencia”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 46, 2015.

GARCIA CABA, M. M^a., “Algunas propuestas de perfeccionamiento de los derechos de formación y compensación de los futbolistas menores de edad”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 41, 2013.

GARCÍA CABA, M. M^a, “Extranjería y Deporte profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.) y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVEIRO, E. A. (coords.): *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad social*, Comares, Granada, 2010.

GARCÍA CABA, M. M^a, “Licencias y Fútbol profesional”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Estudios jurídicos sobre el fútbol profesional*, Editorial Reus, Madrid, 2013.

GARCÍA CABA, M. M^a., “Novedades en el régimen jurídico aplicable a los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas. A propósito de la orden ECD/2764/2015, de 18 de diciembre”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 50, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 2015.

GARCÍA DE PABLOS, J. F., “La validez de los precontratos deportivos”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 40, 2013.

GARCÍA ROMERO, B., “La protección jurídico-laboral de los menores”, *Aranzadi social*, núm. 5, 2001.

GARCÍA SILVERO, E. A., “La transferencia internacional de futbolistas menores: el artículo 19 del Reglamento FIFA y su interpretación por la Comisión del Estatuto del Jugador y el Tribunal Arbitral del Deporte”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 26, 2010.

GARCÍA SILVEIRO, E. A. y SIGNES DE MESA, J. I., *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el deporte*, Bosch, Barcelona, 2011.

GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia al Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.

GARCÍA VALDÉS, C., “Responsabilidad por lesiones deportivas”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, fascículo 3, 1993.

GIMÉNEZ BACHMANN, M., “El trabajador extranjero en España”, en PARRA RODRÍGUEZ, C. y GIMÉNEZ BACHMANN, M. (dirs.): *Nacionalidad y extranjería*, Huygens Editorial, Barcelona, 2016.

GIMÉNEZ BACHMANN, M., “La problemática en la concesión de la nacionalidad española por opción”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, Cizur Menor, 2015.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “El extranjero desde la perspectiva del derecho privado”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, núm. 65, 2002

GÓMEZ OLMOS, A. D. y TEJERIZO SOLANILLA, P., “La protección del menor en la normativa FIFA y UEFA”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística: marco jurídico y reflexiones de contexto*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., “¿Son los derechos humanos universales?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 1998.

GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M^a, “Derecho a la ocupación efectiva de deportista profesional y no tramitación de la licencia federativa durante la situación de incapacidad temporal”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 42, 2009.

GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Sentencia de 12.09.2006, España/Reino Unido, C-145/04 – PE – Elecciones – Derecho de voto – Ciudadanos de la *Commonwealth* residentes en Gibraltar y que poseen la ciudadanía de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 29, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ MULLÍN, H., *Manual práctico de Derecho del Deporte*, Editorial AMF, Montevideo, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Derecho de asociación: comentarios a la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: análisis de la motivación del TJUE para la declaración de su (in)compatibilidad con el derecho comunitario”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8 y 9, 2015.

GRANADO HIJELMO, I., “La fundamentación sistemática del Derecho deportivo”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 5, 1995.

GROCIO H., *Mare Liberum*, Países Bajos, 1609 y *De iure belli ac pacis*, Países Bajos, 1625.

GUTIERREZ CEDENA, J. y HERNANDO ESPADA, D., “Los jóvenes deportistas a la luz del derecho del trabajo: La protección del menor”, en PALOMAR OLMEDA, A.

(coord.): *Los menores en la actividad futbolística: marco jurídico y reflexiones de contexto*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

HAZ GÓMEZ, F. E., <http://fes-sociologia.com/files/congress/12/papers/3446.pdf>.

HEGEL, G. W. F., *La razón en la historia*, traducción al castellano de GÓMEZ, C.A., Seminarios y Ediciones, Madrid, 1972.

HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C.F., “Problemas y paradojas del Derecho de extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros”, *Poder Judicial*, núm. 39, 1995.

HERVÁS MARTÍNEZ, J., FORTÚN COSTEA, A., GARCÍA LUCAS, R., LASA AZPEITIA, J. y ROCA ALOMAR, J., “La organización en forma de ligas del deporte profesional en el ordenamiento jurídico español: historia reciente, problemática y análisis de los principales instrumentos”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

HOURCADE, M., “Le sport et l’Etat de droit: approche sociologique”, *Droit et Société*, vol. 32, núm. 1, 1996.

HUALDE MANSO, T., “Concesión de nacionalidad por carta de naturaleza. Una institución y una práctica discutibles”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, vol. 1, núm. 9, Cizur Menor, 2012.

IGARTUA MIRÓ, M^a. T. y MARÍN ALONSO, I.; “Prohibición de trabajo infantil y protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 57, 2005.

IRURZUN UGALDE, K. y RUBIO SÁNCHEZ, F., “La “Sentencia Téllez”: cláusula de rescisión y su modulación desde los principios del derecho laboral”, *Aranzadi social*, núm. 3, 1998.

JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Freiburg, 1892.

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

JIMENEZ SOTO, I., “Derecho deportivo y Derecho Administrativo: una aproximación conceptual”, en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975-2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005.

KARAQUILLO, J. P., “Réflexions sur la décision du tribunal du Berne dans l’affaire UEFA-FIFA/O.M.-FFF”, *Revue Juridique et Economique du Sport*, núm. 26, 1993.

KELSEN, H., *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Praeger, New York, 1950.

LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10.XII.1948*, Civitas, Madrid, 1998.

LAGÉS, R., “Breves notas sobre la libre circulación de personas y la política comunitario de inmigración en los procesos regionales de integración económica. Una visión comparada de las experiencias europea y sudamericana”, *Escenarios Actuales*, año 18, septiembre, núm. 2, Santiago de Chile, 2013.

LANDABEREA UNZUETA, J. A., “El “affaire Olympique de Marsella” y el derecho a la tutela judicial en el Deporte”, en CARRETERO LESTÓN, J. L. (dir.): *La Constitución*

y el Deporte. *X Jornadas Unisport sobre Derecho Deportivo*, Unisport- Junta de Andalucía, Málaga, 1994.

LASAGABASTER HERRARTE, I., “Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.): *Estudios sobre Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 2, Cívitas, 1991.

LATORRE MARTÍNEZ, J., “Deporte y derechos de imagen”, en PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.): *Deporte y Derechos*, Editorial Reus, Madrid, 2017.

LATORRE MARTÍNEZ, J., “Las anónimas sociedades deportivas: desconcertante presente e incierto futuro”, en MILLAN GARRIDO, A. (coord.): *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*, Editorial Reus, Madrid, 2010.

LAUTERPACHT, H., *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons, London, 1950.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y BENLLOCH SANZ, J. P., “Ciudadanía e integración: menores no acompañados, trata de seres humanos y víctimas de violencia de género”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

LÁZARO SÁNCHEZ, J. L., “Intervención administrativa en la relación laboral especial de los deportistas profesionales extranjeros”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 82, 2005.

LAZKANO BROTONS, I., “La libertad de expresión: de derecho individual a garantía de una opinión pública libre”, en ORDENENA GEZURAGA, I. (dir.): *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ayer, hoy y mañana*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur, 2012.

LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “Ciudadanía Europea”, en MAILLO GONZÁLEZ-ONÍS, J. y BECERRIL ATIENZA, B. (coords.) y BENEYTO PÉREZ, J. M^a. (dir.): *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Volumen 8^o, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “El Mercado Interior: Las cuatro libertades”, en RIMOLDI DE LADMANN, E. (coord.): *Mercosur y Comunidad Europea*, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

LOCKE, J., *La ley de la naturaleza*, Tecnos, Madrid, 2007.

LÓPEZ CALERA, N. M., “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990.

LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A., “La nueva legislación de repatriación de menores extranjeros no acompañados”, en CABEDO MALLOL, V. (coord.): *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LÓPEZ GONZÁLEZ, M^a. J., “Embarazo como cláusula de penalización”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales de derecho del deporte*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *El derecho deportivo entre el servicio público y el mercado*, Dykinson, Madrid, 2003.

- LOSADA GONZÁLEZ, H., “Estatuto legal de los extranjeros”, en PALOMAR OLMEDA A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- MARCOS MARTÍN, M. T., “Los derechos de la personalidad de las personas-menores en el contexto internacional y su aplicación en el ordenamiento español”, en PÉREZ ALVÁREZ, S., BURGUERA AMEAVE, L. y PAUL LARRINAGA, K. (coords.): *Menores e Internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., *Ley Orgánica del Derecho de Asociación*, Tecnos, Madrid, 2003.
- MARIÑAS OTERO, L., “El CARIFTA y el CARICOM. La integración económica en el Caribe británico”, *Revista de Política internacional*, 1974.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “El derecho internacional y europeo y la protección de los refugiados”, en PALOMAR OLMEDA A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- MARTÍ, O., “Un Juez Suizo ordena la suspensión provisional de la sanción al Marsella”, *EL PAÍS*, 10 de septiembre de 1993.
- MARTÍN DOMÍNGUEZ, M. J. y CASTREJANA FERNÁNDEZ, C., “La organización del deporte profesional no reconocido como tal”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- MARTINEZ BARROSO, M. R., “El trabajo familiar del menor de edad”, *Revista de Información Laboral Legislación y convenios colectivos*, núm. 32, 2006.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997.
- MARTÍNEZ DE VELASCO, P., “El derecho al honor de las personas jurídicas”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Cesión incontestada de la imagen comercial distinto del autorizado”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 5, 2001.
- MARTÍNEZ FUNES, A., “¿Qué es el Derecho Deportivo?”, www.coarg.org.ar.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, *Derecho y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, 1993.
- MARTINÓN QUINTERO, R., “Los derechos humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de los derechos humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2016.
- MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, L., “Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos, y la “enseñanza en casa””, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 158, 2013.
- MCARDLE, D., *From boot Money to Bosman Case*, Cavendish Publishin Limited, London, 2000.
- MELLA MÉNDEZ, L., “La protección de los menores en el derecho del trabajo: reflexiones generales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 1, núm. 13, 2008.

- MERCADER UGUINA, J. R., “Control financiero, licencias federativas y contrato de trabajo: el caso Pedro León (releyendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sala de lo Contencioso administrativo, de 28 de marzo de 2016)”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2017.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Extranjería, deporte y trabajo”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de Extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- MILLÁN GARRIDO, A., “Ligas profesionales: Estatutos y Reglamentos”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Derecho del fútbol: presente y futuro*, Editorial Reus, Madrid, 2016.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Nadal lleva razón, la “ama” se extralimita en su control antidopaje: El derecho a la intimidad del deporte profesional autónomo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Introducción General: La relación Laboral especial de los deportistas profesionales (una necesaria contextualización)”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M. (dirs.) y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y GARCÍA SILVEIRO, E. A. (coords.): *Los deportistas profesionales: Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad social*, Comares, Granada, 2010.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., “La regulación FIFA de las transferencias internacionales de los futbolistas menores de edad: claves para la reforma”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 52, 2016.
- MONTOYA MEDINA, D., “El despido del trabajador extranjero en situación irregular”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 184, Cizur Menor, 2016.
- MORALEJO INBERNÓN, N. I., “Comentario al art. 16 del CC”, *Grandes Tratados, Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009.
- MORENO DOMÍNGUEZ, J. F., “La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: desde la solemnidad a la eficacia”, *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y el conocimiento*, núm. 2, 2002.
- NAFZIGER, J. A. R., “International Sports Law as a Process for Resolving Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, enero, 1996.
- NAHAS, T. C., *Reflexiones sobre los efectos del capital globalizado en las relaciones de trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016.
- PAINE, TH., *Los derechos del hombre*, traducción al castellano de FERNÁNDEZ DE CASTRO, J. A. y MUÑOZ MOLINA, T., FCE, México, 1944.
- PALAZZO, I., *La transferencia internacional del futbolista*, Difusión Jurídica, Madrid, 2016.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Armazón conceptual para el replanteamiento de la potestad disciplinaria en el ámbito del deporte”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 52, 2016.
- PALOMAR OLMEDA, A., “El Tribunal Administrativo del Deporte”, en MILLÁN GARRIDO, A. (coord.): *Cuestiones actuales de derecho de del deporte*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

- PALOMAR OLMEDA, A., “Elementos para el debate sobre el marco sancionador de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 37, 2012.
- PALOMAR OLMEDA, A., “La necesidad de reconfigurar el estatuto del deportista”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Las políticas de género en el ámbito de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 48, 2015.
- PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional (Especial referencia al Fútbol)*, Dykinson, Madrid, 2001.
- PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La libertad individual y la intimidad como límites necesarios a la actuación pública y privada en la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Reflexiones en relación con el concepto de injerencia en el ámbito de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 58, 2018.
- PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R., “La reforma del deporte profesional: ¿necesidad o capricho?: el fútbol como pretexto”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 29, 2010.
- PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., “El Derecho de asilo y la Protección Subsidiaria”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Tratado de extranjería: Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- PARADA VAZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Marcial Pons, 2000.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M., “La prevención de riesgos en el deporte profesional”, *Grandes Tratados. Tratado de Salud Laboral*, Aranzadi, 2012.
- PARRA RODRÍGUEZ, C., “Concepto de nacionalidad. Vecindad civil. Ciudadanía europea”, en PARRA RODRÍGUEZ, C. y GÍMENEZ BACHMANN, M. (dirs.): *Nacionalidad y extranjería*, Huygens, Barcelona, 2016.
- PARRISH, R., *Sport Law and Policy in the European Union*, Oxford University Press, 2013.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE- Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales I Teoría General*, Gaudiana, Madrid, 1973.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.
- PEÑASCO VELASCO, R., “La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre (RCL 2002, 2346), de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 581, Cizur Menor, 2003.
- PÉREZ ALVÁREZ, M. A., “Comentario al art. 172 del Código Civil”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coord.) y CAÑIZAREZ LASO, A., VALENTÍN DE PABLO

CONTRARAS, P. y ORDUÑA MORENO, J. (dirs.): *Código Civil Comentado. Volumen I*, Cívitas, Madrid, 2016.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El derecho comunitario y el deporte profesional”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El deporte profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Aproximación analítico-lingüística al término “soberanía popular””, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16, 1976.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Las generaciones de derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Tercera generación de los Derechos humanos”, en THETONIO CÁCERES, V. y PRIETO, F. (dirs.): *Los derechos humanos. Una reflexión interdisciplinaria*, ETEA, Córdoba, 1995.

PÉREZ TREMP, J., *Derecho Constitucional. Vol. I, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitarios*, Ariel, Barcelona, 1999.

PICKER, S. I., “Pacific Partnership: The New Zealand-Australia Free Trade Agreement”, *Melbourne University Law Review*, Vol. 7, 1969.

PINA SÁNCHEZ, C. y FERRERO MUÑOZ, J., “La comercialización de la imagen en el deporte profesional”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *El Deporte profesional*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.

PLAZA PENADÉS, J., “El derecho al honor de los deportistas y su conflicto con la libertad de expresión e información”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006.

POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011.

PRADOS PRADOS, S., “La proyección de las Federaciones deportivas autonómicas en el ámbito internacional: el caso de la Federación Catalana de Fútbol Sala”, *Derecho Deportivo*, núm. 6, 2004.

PRADOS PRADOS, S., *Las licencias deportivas*, Bosch, Barcelona, 2002.

PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

PRITCHARD, M. S. y ROBINSON, W. L., “Justice and the Treatment of Animals: a Critique of Rawls”, *Environmental Ethics*, Centre for Environmental Philosophy, Texas, 1981.

PUFENDORF, S., *Le droit de la nature et des gens*, Centre de philosophie politique et juridique de l' Université de Caen, Caen, 1987.

- PUNZÓN MORALEDA, J., “Incidencias de los derechos fundamentales en la configuración legal de las federaciones deportivas: el derecho de asociación”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 28, 2010.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “¿La necesaria articulación de la representación internacional del deporte de las Federaciones Deportivas autonómicas tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y las del Tribunal Supremo sobre las Federaciones Deportivas vascas?”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011.
- PUNZÓN MORALEJA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “Una situación ambivalente del derecho del deporte: la lucha contra el dopaje y la defensa del derecho de intimidad”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009.
- PURCALLA BONILLA, M. A., “Igualdad trato y no discriminación: la tutela antidiscriminatoria (en especial, por razón de sexo)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10, 2004.
- QUINDIMIL LÓPEZ, J. A., “La libre circulación de personas en la Comunidad andina a la luz del estatuto jurídico de la ciudadanía comunitaria andina”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I., (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- RAMOS QUINTANA, M. I.; “Trabajo de los menores (art. 6)”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 1, 2000.
- REAL FERRER, G., *Derecho público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991.
- RECK, A., “El caso CAS 2011/A/2356 Lazio SPA V C.A. Vélez Sársfield & FIFA”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 35, 2012.
- REFER LOCKHART, S. P. y MONEY, J., “Migration Cooperation in Asia” en HANSEN, R., MONEY, J. y KOEHLER, J. (edits.): *Migration, Nation States and International Cooperation*, Routledge, Londres, 2011.
- REGUEIRO GARCÍA, M^a. T., “Libertad de expresión del menor de edad a través de internet”, *Menores e Internet*, 2013.
- REY PÉREZ, J. L., *El discurso de los Derechos. Una introducción a los derechos humanos*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2011.
- RIBEIRO COMICHOLI, B., “Análisis jurisprudencial: los criterios empleados por el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) en la determinación de la indemnización por rescisión contractual sin justa causa”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 30, 2010.
- RÍOS CORBACHO, J. M., “Deporte y derecho a la integridad física”, en PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.): *Deporte y Derechos*, Editorial Reus, Madrid, 2017.
- ROCA, E., *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.
- RODMAN, J., “Animal Justice: the Counter-revolution in Natural Rights and Law”, *Inquiries* vol. 22, 1979.
- RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. y DORADO NOGUERAS, F. M., “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” en MOYA ESCUDERO, M. (coord.):

Comentario sistemático a la Ley Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000), Comares, Granada, 2001.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El deber de localización de los deportistas y su derecho a la intimidad: especial referencia al consentimiento”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 31, 2011.

RODRIGUEZ GARCÍA, J., “La asociación de futbolistas españoles: 40 años por los derechos de los futbolistas”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 60, 2018.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Las relaciones entre las federaciones deportivas internacionales y las federaciones deportivas nacionales y sus miembros. Especial referencia a la disciplina deportiva aplicable en competiciones internacionales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006.

RODRÍGUEZ MERINO, A., “Los conflictos deportivos y sus formas de solución, especial referencia al sistema disciplinario deportivo”, en ESPARTERO CASADO, J. (coord.): *Introducción al Derecho Deportivo*, Dykinson, Madrid, 2009.

RODRIGUEZ TEN, J., “Constitución y estructura orgánica”, en MILLA GARRIDO, A. (coord.): *Compendio elemental de Derecho federativo (Examen sistemático del régimen jurídico de las federaciones deportivas)*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ TEN, J., “El “caso Webster”: ¿tempestad, tormenta o chirimirí?”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 24, 2008.

RODRÍGUEZ TEN, J., “La aplicación de los principios “non bis in ídem” y de retroactividad favorable y del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho Deportivo: el denominado “caso Nou Camp”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005.

RODRIGUEZ TEN, J., “Una aproximación a la situación legal de los menores en el deporte”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. y ARANA GARCÍA, E. (coords.): *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Thomson Reuters- Civitas, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROQUETA BUJ, R., “La jornada de trabajo de los baloncestistas profesionales en la Liga Endesa y en la Euroliga”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 62, 2019.

ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales en el deporte II”, en PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (dir. y coord.): *Derecho del Deporte Profesional*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ROSSEAU, J. J., *Del contrato social*, Alianza editorial, Madrid, 2008.

RUANO ALBERTOS, S., “Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa”, *Aranzadi Social*, núm. 5, Cizur Menor, 2001.

RUANO ALBERTOS, S., *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Ed. Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

RUBIO LLORENTE, F., “Deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001.

- RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RUIZ AYUCAR, M., “El “Caso del Granada 74, S.A.D.”: *Lex Mercatoria vs. Lex Sportiva* (CAS 2007/O/1361 Real Federación Española de Fútbol v. Liga Nacional de Fútbol Profesional)”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, 2008.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M., “La nueva regulación del procedimiento para adquirir la nacionalidad española por residencia”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, Cizur Menor, 2016.
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “Valoración de la normativa laboral española sobre menores a la luz de la Directiva 94/33/CE DEL Consejo, *Estudios de Deusto*”, *Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 55, núm. 1, 2007.
- SALAS, J., “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 27, 1980.
- SALDÍAS, O., “Libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GONZÁLEZ PASCUAL, M^a. I. (dirs.): *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: Modelos Comparados, Unión Europea, Mercosur y Comunidad Andina*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La nacionalidad y su pérdida: los ordenamientos jurídicos español y portugués”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, 2016.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A., “De la entrada y salida del territorio español”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.): *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, 2001.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. A., “Protección de los menores extranjeros no acompañados (MENA) y su situación tras el acceso a la mayoría de edad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, Cizur Menor, 2012.
- SÁNCHEZ MEGÍA, L. A., “Análisis sobre la necesidad de la carta europea de derechos fundamentales”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2016.
- SANTOS MORÓN, M. J., “Menores y Derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: *El menor ante el Derecho en el Siglo XXI*), 2011.
- SARMIENTO, D., “A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, Civitas, Pamplona, 2008.
- SCHWELB, E., “The influence of the Universal Declaration of Human Rights on International and National Law”, *Proceedings of the American Society of International Law*, 1959.
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., “¿Insinuar el dopaje de un deportista profesional atenta contra su derecho al honor? A propósito de la reclamación de daños y perjuicios de Rafael Nadal frente a la ex ministra francesa de deportes”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 52, 2016.

- SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M., “La protección del honor de los agentes del deporte y el alcance de la libertad de expresión de los deportistas profesionales”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 55, 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “El caso Webster: indemnización por extinguir el contrato más allá del “periodo protegido”, *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento*, núm. 23, 2008.
- SILANCE, L., *Formation de la règle de droit dans le domaine sportif*, Bruselas, 1971.
- SILLERO CROVETTO, B., “La vecindad civil como criterio de vinculación en un estado plurilegislativo: nuevos retos ante el avance de las competencias del legislador de la UE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7, Cizur Menor, 2015.
- SMITH, A., “The Fiscal Impact of the Trans-Tasman Travel Arrangement: Wither CER?” *26th Annual Conference of the Australasian Tax Teachers’ Association*, Brisbane, Queensland, 20th -22nd January 2014.
- SPERDUTI, G., “Diritti umani”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964.
- SUTTON, H. J., *The Australia-New Zealand Closer Economic Relationship*, Ministry of Foreign Affairs and Trade, Wellington, 2005.
- TARABANI-CASTELLANI AZNAR, M., *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TEROL GÓMEZ, R., “Derecho del Deporte y Deporte profesional: Las Ligas profesionales”, en JIMÉNEZ SOTO, I. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *El Derecho deportivo en España 1975- 2005*, Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, Sevilla, 2005.
- TEROL GÓMEZ, R., “El estrecho marco jurídico del arbitraje privado en el deporte”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVI, 2000/2001.
- TORIBIO MEDINA, M., “Normas de Derecho Internacional Público y Regulación FIFA de protección de menores. Puntos de conexión y posibles incompatibilidades”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *Los menores en la actividad futbolística: marco jurídico y reflexiones de contexto*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TRINIDAD NÚÑEZ, P., “La protección jurídico internacional de los menores refugiados separados o no acompañados. Especial consideración del derecho europeo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 43, Cizur Menor, 2016.
- TRUYO Y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968.
- TUÑÓN NAVARRO, J., “La incorporación del Deporte al Tratado de Lisboa”, *Revista Aranzadi de deporte y entretenimiento*, núm. 29, 2010.
- URBINA TREVIÑO, G., “El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos humanos. Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8 y 9, 2015.
- VENTAS SASTRE, R., “Delito de amenazas, coacciones y realización arbitraria del propio derecho: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección décimo-séptima), de 14 de julio de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 25, 2009.

VENTAS SASTRE, R., “Intromisión ilegítima en el derecho al honor del deportista en el ámbito de la reputación profesional: Comentario a la Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Civil, sección 20), de 15 de febrero de 2008”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 24, 2008.

VENTAS SASTRE, R., “Una aproximación al tratamiento jurídico-penal de las lesiones deportivas”, *Revista Aranzadi de Derecho Deporte y Entretenimiento*, núm. 13, 2005.

VENTURA VENTURA, J. M., “Comentario al art. 21 del Código Civil”, en CAÑIZARES LASO, A. y DE PABLO CONTRERAS, P. (coords.): *Código Civil Comentado. Volumen I*, Editorial Civitas, Madrid, 2016.

VERGARA PRIETO, N., “Cláusula de rescisión: al borde del abismo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 59, 2018.

VICENTE BLANCO, D. F. J., “La relación entre el derecho estatal y el “derecho” deportivo: ¿conflicto de leyes o insumisión al orden jurídico?”, *Revista de estudios europeos*, núm. 18, 1998.

VIDAL LÓPEZ, P., “Contratación de menores de edad para la para la práctica del fútbol profesional”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863, 2013.

VILLÁN DURÁN, C., “La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica desarrollada por los órganos de las Naciones Unidas”, en PONS RAFOLS, X. (compilador): *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998.

WONG, G. M., *Essential of Sports Law*, ABC-CLIO, 2010.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Comentario al art. 154 del Código Civil”, en VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (coord.) y CAÑIZAREZ LASO, A., VALENTÍN DE PABLO CONTRARAS, P. y ORDUÑA MORENO, J. (dirs.): *Código Civil Comentado. Volumen I*, Cívitas, Madrid, 2016.

