

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## TESIS DOCTORAL

**TÍTULO:**

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL  
DEPORTE A NIVEL INTERNACIONAL

**Autor:** Álvaro Sánchez Hernández

**Directora:** Nerea Magallón Elósegui

**2023**



*"El porvenir de España depende enteramente de vosotros los niños españoles. Y dentro de vosotros, niños españoles, depende enteramente de que aprendáis o no aprendáis una cosa*

*[...] Ésta: distinguir entre personas.*

*[...] Pues bien, la vida de una sociedad y más aún la de un pueblo depende de que sus individuos sepan bien distinguir entre los hombres y no confundan jamás al tonto con el inteligente, al bueno con el malo.*

*[...] hombres inteligentes y de corazón delicado. Sólo esos hombres puros, espirituales, profundos y nobles podrían mejorar a la patria.*

*[...] ¿Veis cuán importante sería que vosotros llegaseis a la madurez con una exquisita sensibilidad para distinguir entre el valer verdadero y el falso?*

*[...] Decir de un hombre que tiene verdadero valor moral o intelectual es una misma cosa con decir que en su modo de sentir y de pensar se ha elevado sobre el sentir y el pensar vulgares. Por esto es más difícil de comprender y, además, lo que dice y hace choca con lo habitual. De antemano, pues, sabemos que lo más valioso tendrá que parecernos, al primer momento, extraño, difícil, insólito y hasta enojoso.*

*[...] En toda lucha de ideas o de sentimientos, cuando veáis que de una parte combaten muchos y de otra pocos, sospechad que la razón está en estos últimos.*

*Noblemente prestad vuestro auxilio a los que son menos contra los que son más."*

Para los niños españoles

**José Ortega y Gasset**

*"El niño tiene una función humanizadora, personalizadora. Si no hubiera niños el mundo sería atroz. Si naciéramos adultos el mundo sería de increíble dureza, mucho menos humano. [...]*

*Por desgracia, en muchas situaciones se ha producido una grave deshumanización, una despersonalización, donde los niños son olvidados."*

*"Es evidente que las personas que no tienen dentro vivo el niño o la niña que han sido son deficientes. La conservación del niño a cualquier edad es esencial para la perfección de la vida humana."*

**Julián Marías**

*" El mundo del niño será el mundo del hombre... niño, un mundo niño, un mundito de juguete [...] su mundo ha de ser forzosamente distinto del del adulto. [...] La variedad, el cambio, la transformación, la diversidad, son las notas esenciales sobre que se estructura el mundo del niño. [...] Simbolicemos la niñez en el concepto del juego [...] el niño empieza por el juego. [...] Condesemos, pues, en el concepto de juego lo esencial del mundo infantil. Decimos que el mundo del niño está en el juego. [...] En la mayor parte de los juegos infantiles no se gana ni se pierde: se es. [...] el juego es una forma primordial de la vida, una modalidad de la actividad vital y aun acaso la manera de vivir más fecunda, más productiva, más realmente viva. [...] El mundo del juego -el mundo del niño- no es, pues, un mundo, sino muchos mundos [...] no constituye un universo, sino un -por decirlo así- un pluriverso [...] El niño es el mago que todo lo convierte en lo que apetece. Tiene la virtud maravillosa de ver realizado al punto sus deseos. [...] El maestro es el guía que acompaña al niño en el difícil paso de la niñez a la virilidad."*

El mundo del niño

**Manuel García Morente**



# ÍNDICE

Resumen.....	17
Laburpena.....	19
Abstract.....	21
Palabras clave / Gako-hitzak / Keywords.....	25
Agradecimientos.....	27
Abreviaturas.....	33
INTRODUCCIÓN.....	39

## **CAPÍTULO I. EL DERECHO DEL DEPORTE: TRANSNACIONALIDAD, FUENTES Y RELACIÓN CON LAS LIBERTADES EUROPEAS**

1. Características del deporte y existencia del Derecho transnacional del deporte.....	59
1. 1. El Derecho del deporte y los Derechos fundamentales en el deporte.....	59
1. 1. 1. Regulación general de los Derechos fundamentales en el deporte.....	62
1. 1. 2. Regulación particular: los Derechos fundamentales de los menores en el deporte y su protección.....	68
1. 2. La especificidad de la organización de la actividad deportiva.....	73
1. 2. 1. Las normas que regulan la estructura organizativa del deporte.....	74
1. 2. 2. Los organismos de la organización del deporte.....	78
A. La vertiente privada.....	79
i. El Comité Olímpico Internacional.....	79
ii. Los Comités Olímpicos Nacionales; el Comité Olímpico Español.....	80
iii. Las Federaciones deportivas internacionales.....	81
iv. Las Federaciones deportivas nacionales y, en España, autonómicas.....	82

v. Las Asociaciones de clubes.....	84
vi. Las Ligas profesionales.....	85
vii. Los Clubes deportivos.....	85
viii. Los deportistas, afiliados, educadores deportivos, árbitros y demás participantes.....	86
B. La vertiente pública.....	87
i. La Organización de las Naciones Unidas.....	87
ii. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.....	89
iii. El Consejo de Europa.....	89
iv. El Consejo Superior de Deportes.....	91
v. Las Comunidades Autónomas.....	91
vi. El nivel local.....	92
C. Los vínculos entre las principales organizaciones deportivas federativas internacionales y nacionales.....	93
1. 3. La dimensión inherentemente internacional de la actividad deportiva.....	94
1. 4. La existencia del Derecho transnacional del deporte o <i>lex sportiva</i> y su concepto.....	97
2. Las fuentes del Derecho del deporte.....	99
2. 1. Normas e instituciones internacionales.....	100
2. 2. Normas internas.....	101
2. 2. 1. El deporte en el Ordenamiento jurídico español.....	101
2. 2. 2. Principios y valores constitucionales: el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.....	103
3. La relación del Derecho del deporte con las Libertades europeas.....	110
3. 1. Introducción: unos breves apuntes de carácter general sobre la situación y su evolución.....	110

3. 2. La libertad de circulación y el Derecho del deporte.....	113
3. 2. 1. Los primeros asuntos del TJUE sobre la libertad de circulación.....	113
3. 2. 2. El asunto <i>Bosman</i> y la libertad de circulación de trabajadores.....	116
A. Aplicabilidad del Derecho europeo.....	117
i. El artículo 48 TCEE.....	117
ii. El Derecho europeo en general.....	120
iii. El deporte como actividad económica.....	127
B. Las normas que regulaban las transferencias de los jugadores de unos clubes a otros y las Libertades europeas.....	131
i. Sobre la posibilidad de algún tipo de discriminación.....	132
ii. Sobre la posibilidad de restricciones de la libertad de circulación.....	135
• El artículo 48 TCEE como prohibición genérica de las restricciones a la libertad de circulación.....	135
• El menoscabo de la libertad de circulación por parte de las normas sobre transferencias.....	138
iii. Apuntes finales.....	147
C. Las cláusulas de nacionalidad.....	150
3. 2. 3. La jurisprudencia posterior del TJUE sobre la libertad de circulación.....	158
3. 3. La libertad de prestación de servicios y el Derecho del deporte. Consideraciones finales sobre la especificidad y el Derecho europeo.....	161

**CAPÍTULO II.**  
**LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL DEPORTE**  
**A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**  
**Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL**

1. El concepto de interés superior del menor.....	167
1. 1. Previsión del interés superior del menor en textos normativos.....	167

1. 1. 1. Origen y posterior introducción del interés superior del menor en los textos internacionales y en el Ordenamiento jurídico español.....	168
1. 1. 2. El bienestar del menor como complemento del interés superior y las obligaciones del Estado.....	171
1. 2. Delimitación del concepto de interés superior del menor.....	175
1. 2. 1. Las tres dimensiones del concepto de interés superior del menor.....	176
A. El interés superior del menor como un derecho sustantivo.....	176
i. Significado de un derecho sustantivo.....	176
ii. Función del derecho sustantivo: la promoción de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	178
iii. Diferencia entre los derechos de los menores y los derechos de los adultos.....	181
B. El interés superior del menor como un principio jurídico interpretativo.....	183
C. El interés superior del menor como una norma de procedimiento.....	185
1. 2. 2. Significado de “primordial”: la imprescindible y esencial consideración del interés superior del menor junto a los intereses y derechos de las otras partes.....	189
1. 2. 3. Otras consideraciones adicionales que precisan el concepto de interés superior del menor.....	197
1. 3. La apreciación del interés superior del menor.....	200
1. 3. 1. Una breve advertencia sobre la apreciación del interés superior del menor desde la perspectiva de los adultos.....	201
1. 3. 2. La autonomía y el discernimiento de los menores.....	202
1. 3. 3. La trascendencia de la circunstancia concreta en la que se encuentra cada menor.....	205
1. 3. 4. Sobre la función y el alcance del interés superior del menor.....	207
2. La realidad del interés superior del menor en el deporte y la mejor regulación posible de su protección y resarcimiento.....	209



2. 1. La responsabilidad civil extracontractual.....	211
2. 1. 1. Regulación actual.....	211
A. El Reglamento Roma II.....	211
i. Su ámbito de aplicación.....	212
ii. La autonomía de la voluntad o regla común.....	214
iii. La regla general.....	216
iv. Las reglas especiales.....	218
v. El enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la <i>culpa in contrahendo</i> .....	219
vi. Las leyes de policía.....	219
vii. El orden público del foro y otros problemas de aplicación.....	220
viii. El ámbito de la ley aplicable.....	221
• La regla general.....	221
• Las reglas especiales.....	221
B. Los Convenios de La Haya.....	222
C. El artículo 10.9 del Código Civil.....	222
2. 1. 2. Conclusiones: las previsiones aplicables a los menores deportistas.....	225
2. 2. La responsabilidad civil extracontractual de diversos perjuicios que sufren los menores cuando practican deporte.....	227
2. 2. 1. Descripción de las diversas conductas que causan los daños que sufren los menores deportistas.....	230
A. Las conductas que se producen tanto por el deporte practicado en virtud de contratos como de manera no profesional.....	230
B. Los delitos más graves que los menores sufren al practicar deporte.....	234
i. El delito de trata de menores deportistas con especial referencia al fútbol.....	235
ii. Los delitos de índole sexual.....	240

C. La difamación o violencia verbal (junto a la violencia física).....	245
2. 2. 2. Los daños que los menores deportistas sufren.....	255
A. Daños generales o comunes.....	256
i. El Derecho a la educación.....	256
ii. El Derecho a la vida.....	259
iii. El Derecho a la salud.....	259
iv. El Derecho al trabajo.....	261
v. El Derecho al desarrollo.....	263
vi. Otros Derechos trascendentales.....	264
B. Daños específicos.....	266
i. Del delito de trata.....	266
• El Derecho a no ser víctima de la trata y otros Derechos estrechamente relacionados.....	267
• El Derecho a la no discriminación.....	269
• El Derecho a vivir con los padres.....	269
ii. De los delitos de índole sexual.....	270
• El Derecho a no sufrir explotación y abusos de índole sexual y otros Derechos vinculados.....	270
iii. De la difamación o violencia verbal (y/o violencia física).....	271
• Los Derechos respecto de los padres.....	272
• El Derecho al nombre.....	273
• El Derecho a la información.....	274
iv. De varias conductas.....	274
• El Derecho a expresar las opiniones y a que se tengan en cuenta.....	275

2. 2. 3. La extrapolación del régimen actual de la responsabilidad civil extracontractual a los daños que los menores deportistas sufren.....	276
A. A los daños que tienen su causa en el deporte practicado tanto en virtud de contratos como de manera no profesional.....	277
B. A los daños fruto de la comisión de los delitos de trata y los de índole sexual.....	285
i. Al delito de trata.....	287
ii. A los delitos de índole sexual.....	292
C. A los daños que la difamación o violencia verbal (y la violencia física) causa.....	299
i. Primera cuestión previa: la responsabilidad por la violencia física.....	299
ii. Segunda cuestión previa: la diversidad de responsables de la difamación o violencia verbal.....	300
iii. La responsabilidad por la difamación o violencia verbal.....	302
• Exclusión del Reglamento Roma II.....	303
• La aplicación del artículo 10.9 del Código Civil a los diferentes responsables del delito de difamación.....	306
- La responsabilidad de los padres y de las personas del público.....	307
- La responsabilidad de los medios de comunicación.....	308
2. 2. 4. Conclusiones del estudio.....	310
A. Sobre la legislación en vigor.....	311
B. Propuestas de mejora para paliar los graves defectos de la legislación en vigor.....	314

**CAPÍTULO III.  
EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO /  
THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT /  
LE TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT**

1. Cuestiones introductorias.....	321
-----------------------------------	-----

1. 1. Origen del Tribunal de Arbitraje Deportivo y su evolución posterior.....	321
1. 2. Organización y composición del Tribunal de Arbitraje Deportivo.....	324
1. 3. Competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo: extensión y límites. Arbitrabilidad de la responsabilidad civil extracontractual.....	326
1. 3. 1. Del arbitraje en general.....	326
1. 3. 2. Del arbitraje deportivo y del Tribunal de Arbitraje Deportivo en particular.....	335
1. 3. 3. Conclusión sobre la arbitrabilidad de la responsabilidad civil extracontractual.....	340
1. 4. El convenio arbitral y el Derecho aplicable.....	342
2. Cuestiones fundamentales del Tribunal de Arbitraje Deportivo para los menores.....	348
2. 1. Las ventajas del Tribunal de Arbitraje Deportivo.....	350
2. 2. Las desventajas del Tribunal de Arbitraje Deportivo.....	355
2. 3. Los Derechos fundamentales en el Tribunal de Arbitraje Deportivo.....	365
2. 4. Los procedimientos del Tribunal de Arbitraje Deportivo.....	378
2. 4. 1. El procedimiento de mediación.....	379
A. Definición y ámbito de aplicación.....	379
B. Principios del procedimiento de mediación.....	380
C. Requisitos del mediador y desarrollo del procedimiento de mediación.....	383
D. El acuerdo de mediación.....	385
2. 4. 2. El procedimiento ordinario.....	386
A. Comienzo del procedimiento ordinario.....	387
B. Formación del Tribunal arbitral y arbitrajes multipartitos.....	389
C. Desarrollo del procedimiento ordinario en el Tribunal arbitral.....	392
D. La práctica de la prueba.....	394

E. El Derecho aplicable al fondo del asunto.....	396
F. El laudo arbitral.....	399
2. 4. 3. El procedimiento de apelación.....	401
A. Introducción: admisibilidad y competencia.....	402
B. Solicitud de la apelación y contestación a la demanda.....	405
i. Cuestiones introductorias sobre la solicitud de apelación.....	405
ii. Contenido del escrito de solicitud de apelación.....	406
iii. Plazo de presentación del escrito de solicitud de apelación.....	409
iv. El escrito de apelación.....	411
v. La contestación a la demanda.....	412
C. Formación del Tribunal arbitral.....	413
D. La conciliación previa y la audiencia.....	414
E. El Derecho aplicable al fondo del asunto.....	417
i. Elección de las partes.....	418
ii. Normas deportivas vinculadas con el conflicto.....	421
iii. Elección del Tribunal Arbitral del Deporte.....	422
F. El laudo arbitral.....	423
3. El laudo arbitral.....	425
3. 1. Precisión sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.....	426
3. 2. La Convención de Nueva York.....	426
3. 3. Otros convenios internacionales.....	430
3. 4. El reconocimiento y la ejecución de laudos del Tribunal de Arbitraje Deportivo en España.....	433
3. 5. La acción de anulación contra los laudos del Tribunal de Arbitraje Deportivo.....	441

**CAPÍTULO IV.**  
**ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE**  
**DEPORTIVO PARA LOS MENORES Y PROPUESTAS PARA QUE SEA**  
**PLENAMENTE SATISFACTORIO**

1. El menor en los procedimientos jurisdiccionales. Representación legal y asistencia.....	449
1. 1. El tutor.....	449
1. 2. El Ministerio Fiscal.....	452
1. 2. 1. Defensa de los Derechos fundamentales.....	453
1. 2. 2. Concreción del interés superior del menor.....	454
1. 2. 3. Diversidad de funciones y su alcance.....	456
1. 2. 4. Modos relevantes de realizar las funciones: dictaminador y vigilante.....	460
1. 2. 5. La educación como punto de referencia e informes correspondientes.....	462
1. 2. 6. Sobre su participación en el delito de difamación.....	465
2. Balance sobre las cuestiones fundamentales del Tribunal de Arbitraje Deportivo para los menores.....	467
2. 1. Sobre las ventajas del Tribunal de Arbitraje Deportivo en los conflictos con menores.....	467
2. 2. Sobre las desventajas del Tribunal de Arbitraje Deportivo en los conflictos con menores.....	470
2. 3. Sobre los Derechos fundamentales en el Tribunal de Arbitraje Deportivo en los conflictos con menores.....	476
2. 4. Sobre los procedimientos del Tribunal de Arbitraje Deportivo en los conflictos con menores.....	479
2. 4. 1. Sobre la mediación.....	479
2. 4. 2. Sobre el procedimiento ordinario.....	483
2. 4. 3. Sobre el procedimiento de apelación.....	487
2. 5. Resultado. Necesidad de suplir el Ministerio Fiscal.....	497

3. Otros métodos para la protección del menor como parte débil.....	502
3. 1. El nuevo mecanismo de resolución de conflictos sobre deporte y Derechos fundamentales.....	503
3. 2. Las medidas adoptadas en el arbitraje de consumo.....	511
3. 2. 1. El principio <i>indubio pro consumidor</i> .....	511
3. 2. 2. La intervención de abogado.....	516
3. 2. 3. Una información apropiada.....	524
3. 2. 4. La vinculación de la legislación común y la legislación sobre consumidores como Derecho aplicable en el arbitraje.....	529
3. 2. 5. La coexistencia del Derecho arbitral con la legislación sobre protección del consumidor.....	535
3. 2. 6. La especialización de los árbitros.....	540
3. 3. Legislación específica de protección de menores.....	541
3. 3. 1. La legislación de la Unión Europea.....	542
3. 3. 2. La protección de los menores por la nueva Ley del deporte del País Vasco.....	548
A. Sesiones de la Comisión de Cultura, Euskera y Deportes sobre el Proyecto de Ley.....	548
B. Las previsiones de la Ley vigente.....	555
 CONCLUSIONES DE LA TESIS DOCTORAL.....	 563
Bibliografía.....	585
Textos normativos.....	597
Jurisprudencia.....	613





## RESUMEN

A pesar de que el Derecho del deporte se ha desarrollado mucho en los últimos años, aún quedan por tratar adecuadamente varias cuestiones de una importancia sin par. Sin duda, una es la concerniente a la regulación del deporte practicado por menores de edad, en el cual existen problemas respecto de los que no puede pasar más tiempo sin que sean resueltos. En efecto, los grandes daños que sufren frecuentemente muchos menores al practicar deporte contrarían la esencia de éste en tanto que instrumento único para el aprendizaje e interiorización de valores y principios y, por ende, el desarrollo humano queda seriamente comprometido. Por ello, es necesario realizar el estudio de la presente Tesis Doctoral cuyo objetivo primordial es garantizar que los menores puedan mediante la práctica de su deporte favorito desarrollarse de manera plenamente satisfactoria.

En el **Capítulo I**, se estudia tanto la existencia del Derecho transnacional del deporte como las fuentes del Derecho del deporte y su relación con las Libertades europeas. Este estudio incluye el conocimiento de la organización y de la dimensión inherentemente internacional del deporte. Pero lo que más destaca es la explicación de los Derechos fundamentales vinculados con el desarrollo del deporte en general y los que tienen que ver con la protección de los menores deportistas en particular, así como la definición del citado Derecho transnacional como *lex sportiva*.

Una vez realizada esta labor imprescindible que justifica su precedencia y con la que se tiene consciencia de cuáles son los principios y valores del deporte, en el **Capítulo II** se analiza la protección de los menores en el deporte. En concreto, por un lado, se explica un concepto trascendental como es el del interés superior del menor, el cual no solo se ha de tener siempre en cuenta cuando se trata con menores sino que, además, se ha de aplicar correctamente para que sea efectivo. Por otro lado, se disecciona escrupulosamente uno de los problemas más graves que los menores sufren en el deporte a nivel internacional y que consiste en varias de las conductas más graves de las que son víctimas (algunas que se producen con ocasión de la practica del deporte, el delito de trata, los delitos de índole sexual y el delito de difamación) y que causan serios daños en los citados valores, principios, es decir, en los Derechos fundamentales

estudiados antes (educación, vida, salud, trabajo, desarrollo, etcétera). Pero que el objetivo primordial sea garantizar que los menores se beneficien del deporte supone que estos daños se tengan que reparar, sancionar y prevenir, siendo para ello el mejor instrumento el de la responsabilidad civil extracontractual. Por ello, antes de describir todas las mentadas conductas y daños sufridos, es ineludible realizar una breve exposición sobre la regulación en vigor de dicha responsabilidad y determinar qué previsiones resultan de aplicación a los menores en estos casos. Se finaliza el capítulo extrapolando las previsiones aplicables a los daños sufridos con la finalidad de observar si son satisfactorias y, en los casos negativos, aportar las propuestas ideadas para que lo sean.

No obstante, lo anterior no es suficiente para que todo menor pueda disfrutar del deporte. Y es que de algún modo se ha de implementar o llevar a cabo en la realidad, lo cual implica que se hayan de tener en cuenta las características del deporte. Pues bien, el análisis de los medios existentes es precisamente lo que en el **Capítulo III** se realiza. Concretamente, se centra en el Tribunal de Arbitraje Deportivo, conocido en inglés como *Court of Arbitration for Sport* y en francés como *Tribunal Arbitral du Sport* (en adelante TAD/CAS/TAS), que se caracteriza amoldarse desde su origen mejor a las conflictos del deporte. Es más, esa es la razón por la cual fue creado. Así, se comenzará exponiendo aspectos básicos sobre el mismo, entre los que destaca la dilucidación de si la responsabilidad civil extracontractual es o no arbitrable. Tras ello, se expondrán las cuestiones de dicha institución arbitral que son especialmente sensibles respecto de los menores: ventajas, desventajas, grado de aplicación de los Derechos fundamentales y diversidad de procedimientos. Por último, se expone el reconocimiento, ejecución y acción de anulación de los laudos.

Para finalizar el estudio, el **Capítulo IV** tiene por objeto dilucidar si el TAD/CAS/TAS es idóneo para resolver los conflictos con menores. Para ello, se realiza un balance sobre cada una de las referidas cuestiones de gran sensibilidad para los menores y que, a decir verdad, plantean muy serias dudas acerca de su idoneidad. Dicho balance incluye comprobar si la presencia del tutor del menor es suficiente o si a día de hoy existe un gran defecto como es prescindir del Ministerio Fiscal estudiado al inicio del capítulo o de un órgano sustituto. De este modo, se detectan todos los defectos y, por

lo mismo, se sabrá cómo hacer que el TAD/CAS/TAS sea idóneo para los menores y puedan desarrollarse con el deporte. Pero con eso no basta, sino que es necesario: conocer el nuevo mecanismo de resolución de conflictos sobre deporte y Derechos fundamentales; estudiar cómo se protege a la parte débil en los arbitrajes de consumo; y atender a legislación específica sobre protección de menores.

Tras todo lo anterior, se expondrán claramente todas las conclusiones a que se ha llegado con la realización de la presente Tesis Doctoral.

## LABURPENA

Kirolaren Zuzenbidea azken urteotan asko garatu den arren, oraindik ere behar bezala lantzeko daude garrantzi handiko hainbat gai. Horietako bat, zalantzarik gabe, adingabeek egiten duten kirola arautzeari buruzkoa da, bertan dauden zenbait arazori dagokienez ezin baita denbora gehiago igaro haiek konpondu gabe. Izan ere, kirola egitean adingabe askok jasaten dituzten kalte handiek kirolaren funtsaren aurka egiten dute, kirola baita balioak eta printzipioak ikasteko eta barneratzeko tresna bakarra, eta, ondorioz, giza garapena oso konprometituta geratzen da. Horregatik, beharrezkoa da Doktorego-Tesi hau egitea, adingabeek, zeinaren helburu nagusia baita adingabeek gustukoak duten kirola eginez behar bezala garatu ahal izatea.

**I. Kapitulu**an, kirolaren nazioz gairikoa Zuzenbidearen existentzia ez ezik, kirolaren Zuzenbidearen iturriak eta Europako Askatasuneekin duen harremana ere aztertzen dira. Azterlan honek kirolaren antolaketaren eta nazioarteko berezko dimentsioaren ezagutza jasotzen du. Baina gehien nabarmentzen dena kirolaren garapenarekin oro har lotutako oinarriko Eskubideen azalpena da eta bereziki adingabe kirolarien babesarekin zerikusia dutenena, baita nazioz gairikoa Zuzenbide hori *lex sportiva* gisa definitzea ere.

Bere lehenetsua justifikatzen duen ezinbesteko lan hori egin ondoren, eta kirolaren printzipioak eta balioak zeintzuk diren jakinda, **II. Kapitulu**an kirolean adingabeek duten babesa aztertzen da. Zehazki, alde batetik, garrantzi handiko

kontzeptu bat azaltzen da, hau da, adingabearen interes gorena, zeina adingabeekin ari garenean beti kontuan hartzeaz gain, modu egokian aplikatu behar baita, eraginkorra izan dadin. Bestalde, zehatz-mehatz aztertzen da adingabeek kirolean mundu osoan pairatzen duten arazo larrienetako bat, adingabeak biktima diren jokabide larrienetako batzuk biltzen dituen: kirola egitean gertatzen diren zenbait jokabide, salerosketa-delitua, sexu-izaerako delituak eta difamazio-delitua. Jokabide horiek kalte larriak eragiten dituzte aipatutako balio eta printzipioetan, alegia, aurreko kapituluan aztertutako oinarrizko Eskubideetan (hezkuntza, bizitza, osasuna, lana, garapena, eta abar). Nolanahi ere, helburu nagusia adingabeei kirolaren onura bermatzea izanik, kalte horiek konpondu, zigortu eta prebenitu egin behar dira, eta, horretarako, tresnarik onena kontratuz kanpoko erantzukizun zibila da. Horregatik, jasandako jokabide eta kalte guztiak deskribatu aurretik, ezinbestekoa da erantzukizun hori indarrean dagoen erregulazioari buruzko azalpen labur bat egitea eta kasu horietan adingabeei zer arau aplikatzen zaizkien zehaztea. Kapituluak amaitzeko, aztertu ditugun kasuei indarrean dauden arauak aplikatzen dizkiegu egokia den ala ez ikusteko, eta erantzuna ezezkoa bada, egokia izateko hainbat proposamen egingo dira.

Hala ere, aurrekoa ez da nahikoa adingabe guztiek kirolaz gozatzeko. Izan ere, errealitatean nolabait inplementatu edo gauzatu behar da, eta horrek esan nahi du kirolaren ezaugarriak kontuan hartu behar direla. Horrela, bada, dauden bitartekoen azterketa da, hain zuzen ere, **III. Kapituluak** egiten dena. Zehazki, Kirol Arbitraje Auzitegia, (TAD/CAS/TAS), du ardatz, zeinaren ezaugarrietako bat da hasieratik hobeto moldatzen dela kirolaren gatazketara. Are gehiago, hori da sortu izanaren arrazoia. Hala, hasteko, bere oinarrizko alderdiak azalduko dira; besteak beste, kontratuz kanpoko erantzukizun zibila arbitragarria den ala ez argitzea. Horren ondoren, arbitraje-erakunde horren gaiak azalduko dira, adingabeekiko bereziki garrantzitsuenak direnak: abantailak, desabantailak, oinarrizko Eskubideen aplikazio-maila eta prozeduren aniztasuna. Azkenik, laudoen errekonozimendua, betearazpena eta deuseztatzeko ekintza azaltzen dira.

Doktorego-Tesia amaitzeko, **IV. Kapituluaren** helburua da argitzea TAD/CAS/TAS komenigarria den ala ez adingabeekin dauden gatazkak konpontzeko. Horretarako, adingabeentzat garrantzi handia duten gai horietako bakoitzaren balantzea

egiten da, eta, egia esateko, zalantza handiak sortzen dituzte haien egokitasunari buruz. Balantze horretan, adingabearen tutorea nahikoa den edo Fiskaltza edo ordezkoko organoa alde batera uzten den egiaztatuko da. Horrela, akats guztiak detektatuko dira, eta, beraz, jakingo da zer egin behar den TAD/CAS/TAS adingabeentzat egokia izan dadin eta kirolarekin garatu ahal izan daitezten. Baina horrekin ez da nahikoa, baizik eta beharrezkoa da: kirolari eta oinarrizko eskubideei buruzko gatazkak konpontzeko mekanismo berria ezagutzea; kontsumo-arbitrajeetan alderdi ahula nola babesten den aztertzea; eta adingabeen babesari buruzko legeria espezifiko aintzat hartzea.

Aurreko guztiaren ondoren, argi eta garbi azalduko dira Doktorego-Tesi honekin atera diren ondorio guztiak.

## **ABSTRACT**

Although sports Law has developed significantly in recent years, several issues of unparalleled importance still remain to be adequately addressed. Without a doubt, one concerns the regulation of sports practised by minors, in which there are problems that cannot go by any longer without being resolved. In fact, the great harm that many minors frequently suffer when practising sport goes against its essence as a unique instrument for learning and internalizing values and principles and as a result human development is seriously compromised. For this reason, it is necessary to carry out the study of this Doctoral Thesis whose primary objective is to guarantee that minors can develop in a fully satisfactory manner through the practice of their favorite sport.

In **Chapter I**, both the existence of transnational sports law and the sources of sports law and its relationship with European Freedoms are studied. This study includes knowledge of the organization and the inherently international dimension of sport. But what stands out most is the explanation of the fundamental Rights linked to the development of sport in general and those related to the protection of minor athletes in particular, as well as the definition of the aforementioned transnational law as *lex sportiva*.

Once this essential work has been carried out -thus justifying its priority- and with which we become aware of what the principles and values of sport are, **Chapter II** analyzes the protection of minors in sport. Specifically, on the one hand, a fundamental concept is explained, that of the best interest of the minor, which not only must always be taken into account when dealing with underage individuals but also must be applied correctly so as to be effective. On the other hand, some of the most threatening situations that minors endure in sport at international level are scrupulously dissected, including serious misconducts of which they become victims (some that occur during the practice of sport, human trafficking, sexual offences and crimes against honour), which cause serious damage to the aforementioned values, principles, that is, to the fundamental Rights studied above (education, life, health, work, development, etc.). However, the fact that the primary objective is to guarantee that minors benefit from sport means that their damage must be repaired, punished and prevented, the best instrument for this being non-contractual civil liability. Therefore, before describing all the aforesaid damage and threatening situations, it is unavoidable to make a brief exposition of the current regulation of the said liability and determine which provisions apply to minors in these cases. The chapter ends by extrapolating the provisions applicable to the damages suffered in order to observe whether they are satisfactory and, in negative cases, make recommendations to that end.

However, the above is not enough to ensure a safe and enjoyable sport practice for all minors. It has to be implemented or carried out in reality somehow, which implies that the distinctive features of sport must be taken into account. **Chapter III** focused precisely on the analysis of existing resources, more specifically on the TAD/CAS/TAS. This organisation is characterised by the fact that it is best suited to the conflicts in sport since its origin. Indeed, it was created for that very purpose. Thus, we will begin by exposing basic aspects of it, amongst which the elucidation of whether extracontractual civil liability is arbitrable or not stands out. Next, the characteristics of the said arbitration institution which are particularly sensitive with respect to minors will be explained: advantages, disadvantages, degree of application of fundamental Rights and diversity of procedures. Finally, the admission, execution and action to annul the arbitration awards are explained.

To conclude the study, **Chapter IV** aims to ascertain whether the TAD/CAS/TAS is convenient or not to resolve conflicts with minors. To this end, each of those characteristics with a great impact on minors is carefully assessed; characteristics which truth be told, raise serious doubts about their suitability. This assessment includes checking if the presence of the minor's guardian is sufficient or if today there is a major defect such as is dispensing with the Public Prosecutor's Office studied at the beginning of the chapter or a substitute body. In this way, all defects are detected and, therefore, we will know how to make the TAD/CAS/TAS suitable for minors so they can develop through sport. But that is not enough, it is necessary: to know the new conflict resolution mechanism regarding sport and fundamental rights; study how the weak party is protected in consumer arbitrations; and comply with specific legislation on the protection of minors.

Last, all the conclusions reached with the completion of this Doctoral Thesis will be clearly stated.





## **PALABRAS CLAVE**

Menores; Derecho transnacional del deporte; Derechos fundamentales; interés superior del menor; responsabilidad civil extracontractual; arbitraje; Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD/CAS/TAS); protección de la parte débil; tutela judicial efectiva.

## **GAKO-HITZAK**

Adingabeak; kirolaren nazioz gaindiko Zuzenbidea; oinarrizko Eskubideak; adingabearen interes gorena; kontratuz kanpoko erantzukizun zibila; arbitrajea; Kirolaren Arbitraje Auzitegia (TAD/CAS/TAS); ahularen babesa; tutoretza judizial eraginkorra.

## **KEYWORDS**

Minors; transnational sports Law; fundamental Rights; Best Interests of the Minor; non-contractual civil liability; arbitration; Court of Arbitration for Sport (TAD/CAS/TAS); protection of the weak part; effective judicial protection.



## AGRADECIMIENTOS

Me gustaría dedicar unas breves palabras que considero ineludibles a las personas que me han acompañado a lo largo de todos estos años en que he realizado el estudio de la presente Tesis Doctoral.

En primer lugar, del ámbito académico deseo y debo dar las gracias a la directora de los decisivos cursos finales en que he realizado la Tesis Doctoral, la profesora Nerea Magallón Elósegui. La verdad es que me siento muy afortunado de que también en esta etapa me haya encontrado, trabajado, investigado, aprendido y crecido con una mujer, puesto que las mujeres tienen una superioridad absoluta sobre el hombre hasta tal extremo que sin ellas no es posible la educación sentimental, la vida plenaria y la existencia de irisaciones en el espíritu. También considero que este encuentro es muy positivo porque si la mujer no interviene en la labor de la cultura, ya sea porque no se considere obligada a ello o ya sea porque los hombres perjudican las condiciones espirituales que lo hacen posible, se estaría incurriendo en una grave inmoralidad que le imposibilitaría ser. Y la verdad es que no me extraña en absoluto que me haya enriquecido al máximo al hacerme estudiar lo que constituye una parte esencial de la Tesis Doctoral: el concepto del interés superior del menor y algunas de las conductas y daños más graves y aberrantes que sufren los más pequeños con el objetivo doble de que sean reparados plenamente y de que el deporte que practiquen pueda cumplir su función crucial e imprescindible para su desarrollo humano en todos los aspectos. Personalmente, no tengo duda alguna de que el origen de esta aportación trascendental de la profesora se encuentra en la singular razón vital femenina, la cual es tan diferente de la singular razón vital masculina debido a que son también distintas sus realidades y circunstancias, y que hace que tampoco sean iguales ni el por qué ni el para qué de las cosas que realizan. Por todo ello, espero que labores como está sean agradecidas como merecen, siendo necesario para ello, en mi opinión, realizar o profundizar en la apasionante teoría de la razón vital femenina y su lógica, y que a buen seguro contribuiría a ser más descubierta y más aplicada y, en consecuencia, brillaría en plenitud la condición de mujer. Muchas gracias Nerea, con tu intervención la profundidad, serenidad y seriedad del estudio han quedado claramente reforzadas; características que, precisamente, constituyen algunos de los atributos que en la mujer

encontramos y que nos hacen contactar con la sustancia de la vida.

El profesor Juan José Álvarez Rubio es otra persona a la que deseo y debo dedicar unas palabras de agradecimiento por haber sido durante gran parte de la Tesis Doctoral mi director. En este caso tuve la suerte de que impartiera las clases de Derecho internacional privado cuando era estudiante de tercer curso del Grado en Derecho. Así le conocí y desde el primer momento aprecié que es una buena persona, lo cual, como suponía sin duda alguna, ha sido confirmado de sobra con el trato más cercano que comencé a tener con él muy poco antes de terminar el Máster en Abogacía. En efecto, su cercanía humana es máxima y posee una sensibilidad tan templada que hace que en seguida uno se sienta a gusto y tranquilo. Escucha lo que le comentas y le preguntas, y se tiene la certeza de que te va ayudar todo lo que pueda sin reserva alguna. Además, responde tan rápido que confirma lo que no hace falta, esto es, que su preocupación que por los demás siente es totalmente verdadera. A todo ello se debe el que en ningún momento me haya sentido abandonado sino todo lo contrario, lo cual, por cierto, se agradece enormemente puesto que no ocurre siempre. En cuanto a lo académico, me ha enseñado muchas cosas desde que era alumno suyo, pero en el largo tiempo que he estado con él durante la realización de este estudio también me ha dotado de instrumentos fundamentales para poder investigar. Me ha enseñado a buscar y conocer la mejor doctrina; ha hecho que mi estudio se complete con abundantes cursos, conferencias y sesiones sobre muy diversos temas de gran actualidad y muy importantes, algunos de las cuales me han hecho conocer y entrar en contacto con instituciones de relevancia; ha estado siempre atento y me ha hecho llegar la última jurisprudencia de gran interés para mi estudio; y siempre ha hecho que las cuestiones burocráticas sean más sencillas. Y, como no podía ser de otra manera, también he de agradecerle tanto el que haya asistido en estos años como mi asistencia en los futuros años a los tan enjundiosos e importantes Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria/Gasteiz, los cuales me han posibilitado tanto pasar unos cuantos días en dicha ciudad que tanto me gusta como conocer a nuevas personas que considero de gran valía personal y profesional, y a las que después dedicaré algunas palabras. En definitiva, considero que Juanjo es un gran profesor y un gran profesional por la razón fundamental de que antes es una gran persona. Solo con personas así la educación puede ser satisfactoria y, por lo tanto, se han de cuidar y mostrar como

referencia a toda la sociedad para que sea mejor y para que el día de mañana los que hayan seguido su ejemplo puedan relevarle en el trabajo tan fundamental que realiza. Muchas gracias Juanjo y un abrazo.

Para terminar con el profesorado de la Tesis Doctoral, también deseo y debo recordar al profesor Alberto Emparanza Sobejano con quien el estudio dio los primeros pasos. La verdad es que en el breve tiempo aprendí no pocas cosas acerca de la organización de los grandes eventos deportivos, así como de su aseguramiento y responsabilidad civil. Lo cual, sin duda, ha resultado ser muy fructífero y beneficioso a la hora de aplicarlo después a la genial aportación de Nerea, es decir, a los menores de edad. En fin, una contribución la de Alberto también muy importante e imprescindible, aunque, no siendo una crítica al profesor sino una afirmación que quiero añadir por considerarlo fundamental, no puede ser una obsesión porque también se sufrirían perniciosas consecuencias personales como luego indicaré.

Para dar fin al ámbito académico, no puedo ni quiero olvidarme de algunas personas más. Por orden cronológico, al abogado Juan Antonio Landaberea Unzueta que, además de por conocer tan bien desde hace tantos años el Derecho del deporte y haber sido su aportación fundamental en su desarrollo, en todas las ocasiones me ha atendido muy amablemente y me ha ayudado todo lo que podía. He de darle las gracias por ello y por haberme abierto el despacho para tanto conocerle personalmente como para recoger material bibliográfico de gran interés y calidad para que pudiese comenzar la Tesis Doctoral. Y también he de recordar a los profesores Yeray Romero Matute y María Jesús Sánchez Cano, profesores de la Universidad San Jorge de Zaragoza. Les conocí durante los citados Cursos de Vitoria, en la edición de 2018. Fue de casualidad que empezáramos a hablar puesto que le podía haber hecho una pregunta a cualquier otra de las muchas personas que en ese momento había en Lehendakaritza o Presidencia del Gobierno Vasco. Y fue una sorpresa doble. Por un lado, porque también se dedican al Derecho internacional privado y, además, lo que parecía nada probable, Yeray estaba igual que yo haciendo su Tesis Doctoral en Derecho del Deporte, la cual terminó recientemente y por lo cual me alegro mucho. Y, por otro lado, porque son de Aragón, una Corona por la cual siempre he sentido un afecto especial desde que paseando de pequeño con mi familia por Salamanca en un caluroso agosto, al llegar a la Universidad

mi madre me enseñó que quienes aparecían en su famosa fachada eran los genios Reyes Católicos, Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón. En ese momento sentí que era heredero de algo muy especial y a lo que siempre he querido contribuir de la mejor manera; sin duda, esta es una de las razones principales de la realización de la presente Tesis Doctoral. En fin, gracias Yeray y María Jesús por las conversaciones mantenidas y por la ayuda que me habéis prestado en algunas cuestiones. Por último, no puedo dejar de mencionar a Laura Álvarez Agoués, una de las hijas de Juanjo, que, si bien no le conocí durante el Grado en Derecho, sí he tenido la suerte de ello durante el tiempo que hemos coincidido en la Sala del Instituto de Gobernanza Democrática sita en la Biblioteca Carlos Santamaría de San Sebastián/Donostia. Gracias por tu compañía, atención, compartición de esfuerzos académicos, ánimos y la práctica del euskera.

Tras el ámbito académico, también deseo dedicar unas palabras a mi familia. A mis padres Bernardino e Isabel, además de por ser mis padres, tanto por haber pensado en todo momento de que era capaz de realizar una Tesis Doctoral, como por haberme animado y ayudado todo lo posible, que es muchísimo, y de la mejor manera. Muchas gracias de corazón. Pero como quiera que es una ocasión muy especial y única, también quiero mencionar a todos los demás: a mi hermana Ana, y a Asier; a mis tíos por parte de familia materna Amalia, Ismael, Jesús, Petri, Vicente, María Isabel, Ángel, Isabel, Mari, Miguel, Joao, Pepe, Adela, Ludi, Jesús, Domingo, Elena y Elías; a mis primos por parte de familia materna Mari Jose, Mari Mar, Óscar, Maribel, Cristina, Laura, Pablo, Idoia, Mikel, Jorge, Raquel, Esther y Eduardo; a mis tíos por parte de familia paterna Antonio, Ascensión, Jesús Mari, Mari, Javier, Merche, Mari Carmen y Juan Luis; y a mis primos por parte de familia paterna Tamara, Nagore, Asier y Marina. A los que por desgracia ya no están, todos mis abuelos Lino, Francisca, Elías y Luzdivina, mis tíos Gumersindo y Miguel, y mis primos Roberto y Eduardo, les menciono aparte para decirles que como seres queridos su inmortalidad me importa y que nos volveremos a ver debido a que como no siento un afán apasionado por la seguridad y a que amo profunda y radicalmente no he reducido mi horizonte vital a la existencia terrena y deseo otra vida tras la muerte. Y es que si la vida termina con la muerte, la felicidad sería un engaño...

Pero pese a que pudiera parecer lo contrario, aún no he terminado con la familia y

con los agradecimientos. También deseo y debo acordarme de Nestor Basterretxea. Recuerdo que poco tiempo antes de morir, en 2014, me acerqué al gran caserío en que vivía en el monte Jaizkibel de Fuenterrabía para hacerle la que fue la última visita. La última visión que tengo de él es despidiéndonos en el jardín; momento en el que me hizo saber que me consideraba de su familia. Y la verdad es que esas palabras me llegaron muy adentro. Pero no era la primera vez ni mucho menos puesto que desde que tengo recuerdos de la más tierna infancia aparece Nestor. Además, es un sentimiento que se extiende más en el tiempo hacia atrás; concretamente, hasta que mi madre emigró de Salamanca con 14 años y comenzó a trabajar en casa de Nestor, donde siempre se ha sentido como en la casa y familia que tan pronto tuvo que dejar hasta, iba a decir su muerte, pero la verdad es que ha sido incluso hasta algunos años después. Por todo ello, siempre he sentido un agradecimiento máximo y la inmensa suerte de haberle conocido tan de cerca, hasta formar parte de su familia, a una persona tan valiosa y que merece ser más recordado no solo por eso sino también por su gran obra de artista y que más veces de las deseables pasa desapercibida. Todos mis sentimientos de afecto resurgen en mi cada vez que veo, entre otras obras, la Paloma de la Paz en San Sebastián/Donostia, Izaro en el Parlamento Vasco, La Ola en Bermeo, el tan singular Cristo del Santuario de Aránzazu, el embalse de Arriarán, Zimbabue junto al Parador de Carlos V en Fuenterrabía, Del Plano al Espacio al lado de la Facultad de Derecho de San Sebastián donde he estudiado y realizado la Tesis Doctoral y, sobre todo, la gran mariposa que me regaló y me dedicó cuando era pequeño y que ocupa en mi habitación un lugar de honor. Por todo lo dicho, también considero que cuidar el Parlamento Vasco no es solamente una cuestión, muy importante, de que solo con vigorosos autonomismos con muy amplias competencias puede haber en España un verdadero y saludable Estado, sino que es una cuestión personal y familiar. En fin, espero que nos volvamos a ver. Un abrazo muy grande allá donde estés Nestor; y también para toda su familia: María Isabel, Txabi, Mikel, Mónica, Jonan y Gorka. También a sus parejas, en especial a Mikel, el marido de Mónica, que me ha ayudado decisivamente con la traducción a euskera del resumen. Y, por el mismo motivo, a la profesora Sonia con la traducción a inglés.

Antes de terminar, con su nombramiento también quiero hacer constar los buenos recuerdos que conservo de mis estancias veraniegas en el pueblo salmantino de donde

procede mi familia materna, Cabeza del Caballo. Imborrables los partidos de fútbol nocturnos que jugamos cuando éramos menores y en que disfruté mucho con Alberto, Diego, Daniel, Raúl, Román, Antonio, Juan Carlos, Pablo y demás con los que me hubiera gustado tener más relación. Y pese a que, más que futbolero, nos salió ciclista... no quiero dejar de mencionar a David. Para terminar, por supuesto, sirvan estas palabras también para que quede mencionado el nombre de mi pueblo, el cual siempre está en mis recuerdos más entrañables, a veces con alegría y otras con demasiada y muy sentida nostalgia.

Finalizo los agradecimientos recordando una reflexión que Platón expresó en el libro VII de su obra *Leyes* según la cual que el hombre pueda *“ser juego, es precisamente y en verdad lo mejor en él. Por tanto, todo el mundo, hombre o mujer, debe aspirar a ese fin y hacer de los más bellos juegos el verdadero contenido de su vida. Juego, broma, cultura, afirmamos, son lo más serio para nosotros los hombres”*.



## ABREVIATURAS

- ACB:** Asociación de Clubes de Baloncesto
- ACNUR:** Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
- ACON:** Asociación de Comités Olímpicos Nacionales
- AEPSD:** Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte
- AFC:** Confederación Asiática de Fútbol
- AGNU:** Asamblea General de las Naciones Unidas
- AMA:** Agencia Mundial Antidopaje
- AN:** Audiencia Nacional
- AP:** Audiencia Provincial
- ATJUE:** Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- ATSJ:** Auto del Tribunal Superior de Justicia
- BFR:** Francos belgas
- BOA:** Boletín Oficial de Aragón
- BOCL:** Boletín Oficial de Castilla y León
- BOE:** Boletín Oficial del Estado
- BOPV:** Boletín Oficial del País Vasco
- CAF:** Confederación Africana de Fútbol
- CC:** Código Civil; Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- CCAA:** Comunidades Autónomas
- CCI:** Cámara de Comercio Internacional
- CDN:** Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989
- CDPD:** Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006
- CE:** Constitución Española
- CECA:** Comunidad Europea del Carbón y del Acero
- CEDAW:** Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979
- CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950
- CEE:** Comunidad Económica Europea

**CIUNESCO:** Carta internacional de la educación física y el deporte de la UNESCO

**CNODF:** Comité Nacional Olímpico y Deportivo de Francia

**CNY:** Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958

**COE:** Comité Olímpico Español

**COI:** Comité Olímpico Internacional

**Comité:** Comité de los Derechos del Niño de la ONU

**CON:** Comités Olímpicos Nacionales

**CONCACAF:** Confederación de Norteamérica, Centroamérica y el Caribe de Fútbol

**CONI:** Comité Olímpico Nacional de Italia

**CONMEBOL:** Confederación Sudamericana de Fútbol

**COORD./COORDS:** Coordinador/Coordinadores

**CP:** Código Penal; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

**CRIA:** Child Rights Impact Assessment

**CSD:** Consejo Superior de Deportes

**DGDN:** Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 28 de febrero de 1924

**DGRN:** Dirección General de los Registros y del Notariado

**DIDF:** Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales

**DIR./DIRS.:** Director/Directores

**DNUDN:** Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959

**DOCE:** Diario Oficial de las Comunidades Europeas

**DOUE:** Diario Oficial de la Unión Europea

**DUDH:** Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

**ED.:** Editorial

**EEE:** Espacio Económico Europeo

**EEUU:** Estados Unidos

**ET:** Estatuto de los Trabajadores; 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

**EURATOM:** Comunidad Europea de la Energía Atómica

**FA:** Asociación Inglesa de Fútbol

**FCBB:** Federación Catalana de Bitlles y Bowling

**FD:** Fundamento de Derecho

**FEB:** Federación Española de Bolos

**FEI:** Federación Ecuestre Internacional

**FIB:** Federación Internacional de Bolos

**FIBA:** Federación Internacional de Baloncesto

**FIFA:** Federación Internacional de Fútbol Asociación

**FINA:** Federación Internacional de Natación

**FIS:** Federación Internacional de Esquí

**FIT:** Federación Internacional de Tenis

**IAAF:** Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo

**ICAS:** Consejo Internacional de Arbitraje en materia de Deporte

**INASTI:** Instituto Nacional de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos

**IRPF:** Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

**JPI:** Juzgado de Primera Instancia

**KNSB:** Koninklijke Nederlandsche Schaatsenrijders Bond

**LCJIMC:** Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

**LEC:** Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

**LECRIM:** Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

**LEOMF:** Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**Ley del Deporte:** Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte

**LFS DIP:** Ley Federal Suiza sobre el Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987

**LNFP:** Liga Nacional de Fútbol Profesional

**LOPHII:** 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

**LOPIVI:** Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

**LOPJM:** 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

**LORPM:** Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

**LRBRL:** Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

**MLB:** Major League Baseball

**NADO:** Stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland

**NBA:** National Basketball Association

**OFC:** Confederación de Fútbol de Oceanía

**OIT:** Organización Internacional del Trabajo

**OMS:** Organización Mundial de la Salud

**ONU:** Organización de las Naciones Unidas

**P./PP.:** Página/Páginas

**PIDESC:** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966

**PYME:** Pequeña y mediana empresa

**RCADI:** Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye

**Reglamento Bruselas I Bis:** Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

**Reglamento Bruselas II Bis:** Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000

**Reglamento Roma I:** Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

**Reglamento Roma II:** Reglamento n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

**Resolución 58/5:** Resolución de la AGNU 58/5 de 17 de noviembre de 2003

**Resolución 26/18:** Resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/18, de 14 de julio de 2014, sobre «El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: el deporte y los estilos de vida saludables como factores coadyuvantes»

**RETJ:** Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA) de marzo de 2022

**RFEA:** Real Federación Española de Atletismo

**RFEC:** Real Federación Española de Ciclismo

**RFEF:** Real Federación Española de Fútbol

**RSVZ:** Instituto Nacional de Seguridad Social de los Autónomos

**S. A.:** Sociedad Anónima

**SAD:** Sociedad Anónima Deportiva

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial

**STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional

**STEDH:** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**STJCE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

**STJUE:** Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

**STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

**TAB:** Tribunal Arbitral de Baloncesto

**TAD/CAS/TAS:** Tribunal de Arbitraje Deportivo / Court of Arbitration for Sport / Tribunal Arbitral du Sport

**TADE:** Tribunal Administrativo del Deporte

**TC:** Tribunal Constitucional

**TCE:** Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 24 de diciembre de 2002

**TCEE:** Tratado de la Comunidad Económica Europea firmado el 25 de marzo de 1957 y en vigor desde el 1 de enero de 1958

**TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**TFS:** Tribunal Federal de Suiza

**TFUE:** Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 26 de octubre de 2012

**TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

**TJUE:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**TS:** Tribunal Supremo

**TSJ:** Tribunal Superior de Justicia

**TUE:** Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992

**UCI:** Unión Ciclista Internacional

**UE:** Unión Europea

**UEFA:** Unión de Federaciones Europeas de Fútbol

**UIP:** Unión Internacional de Patinaje

**UNECTEF:** Unión nacional de entrenadores y directores técnicos de fútbol profesional

**UNESCO:** Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la

Cultura

**UNICEF:** Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

**UNIDROIT:** Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

**URBSFA:** Unión Real Belga de Sociedades de Fútbol Asociación

**VV. AA.:** Varios autores

## INTRODUCCIÓN

Es un hecho irrefutable que en los últimos años el Derecho del deporte se ha desarrollado muy ampliamente abordando muy numerosas cuestiones de todas las ramas del Derecho que estaban aún pendientes de recibir un tratamiento adecuado para resolver los serios problemas que planteaban y que, en algunos casos, todavía plantean.

Para observar claramente dicha tendencia, conviene indicar que el mejor ejemplo que la ilustra es el Tratado de Lisboa de 17 de diciembre de 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea, en adelante DOUE, nº 2007/C 306/01), un texto normativo de una relevancia decisiva para toda Europa y todos los ámbitos por haber modificado tanto el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (en adelante TUE) como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 24 de diciembre de 2002 (en adelante TCE). Pero sobre todo, en atención al objeto de este estudio, para el deporte por haber realizado modificaciones sustanciales. En efecto, se creó el Título I TCE relativo a las categorías y ámbitos de competencias de la Unión Europea (en adelante UE), el cual prevé el artículo 2 E en virtud del cual la citada UE puede llevar a cabo acciones para que la acción de los Estados miembros sea apoyada, esté coordinada o quede complementada. Además, las referidas acciones son precisadas, siendo una de ellas el deporte, el cual comparte letra con la educación, la formación profesional y la juventud; un ámbito se que suma a los demás: la salud humana, la industria, la cultura, el turismo, la protección civil y la cooperación administrativa. Por si fuera poco, el Tratado de Lisboa también aportó más novedades de gran enjundia. Es el caso, por un lado, de la modificación del artículo 149 TCE con el que la UE debe contribuir a fomentar los aspectos europeos que tiene el deporte, sin poder ignorar las características específicas del deporte, sus estructuras basadas en el voluntariado, ni su función educativa y social. Y, por otro lado, del mandato de desarrollar la dimensión europea del deporte mediante la promoción tanto de la apertura y equidad de las competiciones como de la cooperación de los organismos responsables del deporte, y mediante la protección de la integridad física y moral de los deportistas, subrayando que sobre todo la de los más jóvenes. Sin duda, ésto último es fundamental en el presente estudio.

Como era de esperar, la consagración de la expuesta nueva competencia de la UE

sobre el deporte tuvo consecuencias beneficiosas. Entre ellas, ahora se ha de resaltar la elaboración por parte de la Comisión Europea de la Comunicación para desarrollar la dimensión europea del deporte de 18 de enero de 2011 [COM(2011) 12 final]. Su relevancia se debe no solo a que constituyó la primera política de la Comisión sobre el deporte tras la promulgación del Tratado de Lisboa, sino a que dicha política se fundamentó en subrayar la importancia del potencial que el deporte alberga para contribuir decisivamente al logro de los objetivos generales de la Estrategia Europa 2020 tanto de crecimiento como de empleo y, de este modo, mejorar la crucial integración social. Por supuesto, en ello fue clave la libre circulación de los deportistas. Pero no solo se limitó a ello, sino que, de acuerdo con la tendencia expansiva del Derecho del deporte de los últimos años, la Comunicación también sugirió que la UE suscribiera el Convenio contra el Dopaje del Consejo de Europa para mejorar la salud; que estableciera dispositivos de vigilancia y requisitos de seguridad en los eventos deportivos internacionales para prevenir y erradicar la violencia y la intolerancia; que marcara nuevos objetivos nacionales atendiendo a las directrices de actividad física de la UE; y que promulgara nuevas normas para mejorar el deporte practicado por las personas con discapacidad. Sin olvidar que también solicitó la creación de mecanismos necesarios para asegurar una redistribución adecuada de los ingresos obtenidos por la venta colectiva de los derechos de retransmisión. Ni tampoco la atención, en el deporte, a los derechos de propiedad intelectual; al intercambio de mejores prácticas para una financiación transparente sostenible; al seguimiento de la aplicación de la legislación sobre ayudas estatales y el aprovechamientos de los fondos; a la promoción del buen gobierno; al diálogo social e integridad de las competiciones; y a una satisfactoria atención a la educación y formación. Con todo, se aprecia que las propuestas versaron sobre tres ámbitos muy concretos del deporte como son el social, el económico y el organizativo. En suma, en los últimos avances realizados en la UE se aprecia nítidamente que es la faceta formativa e integral del deporte la que preocupa mucho más que otra muy distinta como es la competitiva. Y es precisamente en este contexto donde se sitúa el objeto de la presente Tesis Doctoral.

Pero como se ha adelantado, la amplitud del actual Derecho del deporte se derrama por todo el ordenamiento jurídico y no solo por el europeo. A título de ejemplo, se puede citar la igualdad entre las mujeres y los hombres deportistas, la integridad y



transparencia, la dimensión internacional, la justicia deportiva, el mercado de fichajes y las transferencias, los Derechos fundamentales, los seguros, el dopaje, los derechos de retransmisión, la tributación, los fondos de inversión, las enseñanzas deportivas, las relaciones con las Administraciones Públicas, la mercantilización y las crisis económicas, los agentes, la seguridad social, el régimen de los deportistas profesionales, la violencia y su tratamiento penal y disciplinario, los animales, la intimidad y los datos personales, las apuestas, los deportes electrónicos o e-Sports, el deporte de los más mayores, etcétera.

Aún así, la verdad es que aún quedan por estudiar más cuestiones que realmente son de una importancia inmensa. Una de ellas es sin duda alguna la concerniente a los menores de edad puesto que los estudios al respecto no son muchos. Por ello, y teniendo en cuenta que los problemas que al respecto se plantean son muy graves, es por lo que con la presente Tesis Doctoral se pretende aportar un nuevo estudio cuya intención es que algunos de dichos problemas queden erradicados pues no otra cosa es aceptable y menos aún cuando hay involucrados menores.

Concretamente, el objetivo principal de este estudio es garantizar a todos los menores una práctica de sus deportes favoritos en condiciones dignas que les proporcione no solo la diversión que con su edad merecen, sino también el gozo de los beneficios y el desarrollo humano con la adquisición de los valores y principios que solo el deporte puede proporcionar. Y, por supuesto, dentro de lo anterior se incluye de manera irrenunciable la reparación, sanción y prevención de las más graves conductas de que son víctimas y que tan inaceptables daños les causan al conculcar sus Derechos fundamentales.

En este sentido, dichos valores y principios, además de trascendentales, son únicos y, por lo tanto, se podría decir que imprescindibles para que las sociedades tengan un nivel alto de moralidad, de competencia, de solidaridad, de cohesión, de conciencia social, de buena fe, etcétera. Por eso mismo, cuando el deporte no se practica adecuadamente por darse dentro de él o con ocasión del mismo actos que atentan muy gravemente a las personas, nos encontramos ante situaciones incompatibles con el propio deporte y, por lo tanto, inaceptables. Y es que las consecuencias, además de muy

perniciosas, no solo afectan al ámbito deportivo sino que se extienden a toda la sociedad. En efecto, la inmensa mayoría de niños y niñas tienen el deporte como una referencia o un espejo en el que se miran y, por eso, es de un interés máximo asegurar que las conductas que en el deporte se producen sean de una gran moralidad. Pero en este estudio no se pueden abordar todas las conductas nocivas que en el deporte acontecen, sino solo, y no por ello de menor relevancia, algunas que sufren los propios menores en tanto que practicantes de algún deporte. Y si es intolerable que los menores resulten afectados indirectamente por comportamientos degradantes que en el deporte se observan, lo es aún más cuando algunos de ellos mismos son las víctimas directas. Sin duda alguna, a toda costa se ha de evitar la impunidad y lograr la corrección o restitución de la situación cuanto antes para que el deporte sea la pieza fundamental que debe ser en el desarrollo humano de todo menor, es decir, en su crecimiento como persona. Y para ello es imprescindible tanto conocer los medios, vías o instrumentos que existen para alcanzarlo, como identificar los defectos que albergan para subsanarlos cuanto antes.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, para alcanzar el objetivo se ha considerado como lo más conveniente dividir el estudio en cuatro capítulos. En el primero se ha abordado la existencia el Derecho transnacional del deporte. Por un lado, se ha procedido a la delimitación del Derecho del deporte para centrar el estudio, destacando en ello, ante todo, el conocimiento de los Derechos fundamentales que el deporte tanto ha de respetar como los que sin duda alguna su buena práctica favorece, promueve e implementa entre todas las personas; en los deportistas directamente y en los demás por influjo. Y como quiera que todo ello tiene como punto de referencia los menores deportistas, también se hacen constar los Derechos fundamentales que los mismos tienen en relación con el deporte, es decir, se aborda su protección por la legislación vigente. Pero no solo lo anterior, sino que junto a ello se explican características fundamentales de la actividad deportiva como son su especificidad en la organización y su dimensión inherentemente internacional. Como se verá, dicha especificidad se concreta en las normas que regulan la estructura con que el deporte se organiza, los organismos tanto públicos como privados de dicha organización, y las relaciones existentes entre las Federaciones deportivas nacionales e internacionales. Con todo ello, se concluye que sí existe el Derecho transnacional del deporte, es decir, lo

que se ha venido denominando *lex sportiva*, cuya definición se profundiza.

Por otro lado, en el **primer capítulo** también se han analizado las fuentes del Derecho del deporte, las cuales abarcan muy diversas cuestiones que no se pueden desconocer para alcanzar el objetivo principal del estudio. En efecto, se está haciendo referencia a qué órganos tienen competencia para elaborar las normas deportivas, a nivel internacional, europeo y estatal con sus diversas ramificaciones regionales y locales. Es claro que conocer la distribución competencial es imprescindible para que exista la saludable cooperación que es crucial para el logro de cualquier objetivo.

Y, tras ello, se profundiza en el ámbito europeo por ser hoy en día decisivo e irrenunciable, y que se manifiesta en la existencia de las variadas Libertades europeas que son fundamentales. Más concretamente, se expondrá su evolución jurisprudencial en Europa hasta llegar a la situación actual de la libertad de circulación. Así, una vez expuestos los primeros asuntos que surgieron, se analizará detalladamente el caso *Bosman* respecto al cual, debido a su relevancia por lo que supuso y a que es más que conocido, se ha de adelantar ahora que la libertad de circulación en que se centra hace referencia a la que concierne a los trabajadores y, en consecuencia, al estudiar la aplicabilidad del Derecho europeo será ineludible tratar el artículo del 48 Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>1</sup> (en adelante TCEE) junto a unos apuntes sobre el Derecho europeo en general y el deporte como actividad económica. Y es que fue a la luz del citado precepto como se llevó a cabo el análisis de las normas que hace años regulaban las transferencias de los jugadores de unos clubes a otros, esto es, de la libertad de circulación, lo cual, por lo demás, está muy relacionado con la prohibición de discriminación que también se tratará. Además, todo ello también tuvo una gran influencia sobre las cláusulas de nacionalidad con las que se dará fin a la exposición de este caso. Pero el desarrollo de la libertad de circulación no se estancó sino que después ha surgido nueva jurisprudencia, la cual se expondrá brevemente también antes de examinar otra Libertad fundamental como es la de prestación de servicios.

Con todo ello, se expondrán las claras conclusiones alcanzadas acerca de la que también con anterioridad será aludida especificidad del deporte en su integridad

---

<sup>1</sup> Firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y con entrada en vigor el 1 de enero de 1958.

(debida no solo a su referida organización, sino también a las características singulares de la actividad deportiva consistentes en una mucho más reducida profesionalidad de los deportistas, la rapidez y brevedad de las competiciones, la dimensión inherentemente internacional, y los inmensos intereses sociales y económicos involucrados) pero en esta ocasión en relación con el Derecho europeo, bastando ahora adelantar tanto que dicho Derecho no puede soslayarse, como que su aplicación ha de tener muy en cuenta todas las particularidades del deporte para que pueda cumplir eficazmente cruciales funciones para la UE.

Una vez que con la exposición del **primer capítulo** se conocen los tan cruciales principios y valores que el deporte alberga, se expone el **Capítulo II**, el cual es el decisivo en todo el estudio de la Tesis Doctoral. La razón es que en el mismo se va a poder observar que con gran frecuencia los mentados valores y principios no son respetados en el deporte que, en concreto, es practicado por los menores. Pero también porque, y es lo que hace ver lo anterior con total claridad, previamente es necesario estudiar con gran profundidad un concepto fundamental como es el del interés superior del menor. Respecto al mismo, el problema radica en que necesita ser interpretado de una manera concreta para que su implementación sea correcta, lo cual en muchas ocasiones no ocurre y, por lo tanto, el menor no se ve protegido y beneficiado como merece, pudiendo verse incluso más perjudicado. Así, tener muy claro dicho concepto resulta decisivo para que todo menor se beneficie del deporte. Por ello, se comenzará exponiendo su previsión por parte de la legislación, lo cual no solo consiste en conocer su origen y su posterior contemplación en los textos normativos internacionales y españoles, sino también saber interpretar los tres apartados del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño promulgada el 20 de noviembre de 1989 (en adelante CDN)<sup>2</sup>. De este modo, además de la previsión contenida en el apartado 1, se aprenderá cómo queda complementada exponiendo tanto en qué consiste el término “bienestar” que incluye el apartado 2 y que es un resultado ineludible que ha de estar presente en la correcta implementación del interés superior, como lo concerniente a la amplia extensión de las obligaciones del Estado del apartado 3.

---

<sup>2</sup> Ratificada por España: BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

Una vez expuesto lo anterior, es el momento adecuado de realizar otra labor imprescindible. Se trata de la delimitación concreta del concepto que nos llevará a aprender sus tres dimensiones, el significado de que dicho interés sea calificado como “primordial” teniéndose que ponderar junto a los intereses y derechos de las otras partes para que se logren resultados justos y proporcionados, y otras consideraciones adicionales que precisan el concepto. En cuanto a las dimensiones, podemos adelantar ahora que la primera dimensión es la de ser un derecho sustantivo, la cual supone, por no ser un derecho subjetivo como veremos, que tiene la función de promover los Derechos fundamentales de los niños previstos en la CDN. Y ello nos llevará a saber distinguir dichos Derechos fundamentales de los que tienen los adultos. En segundo lugar, se estudiará la segunda dimensión que es la de ser también un principio jurídico interpretativo, lo cual implica que siempre se tenga que escoger la interpretación de la norma en cuestión más beneficiosa para el menor. Y, por último, se analizará la tercera dimensión que es la de ser también una norma de procedimiento para que la implementación del interés superior sea real.

Sin embargo, si bien lo anterior es un gran avance, no es suficiente por la complejidad que caracteriza al concepto, siendo necesario saber cómo apreciarlo correctamente para que su extrapolación a los casos reales sea satisfactoria. En este sentido, se realizará una advertencia para evitar adoptar la perspectiva de los adultos por perjudicar a los menores, se analizará la tan importante cuestión al respecto de la autonomía y el discernimiento de los menores, se subrayará lo decisiva que es la circunstancia de cada menor comprendiendo que la característica de flexibilidad es intrínseca al concepto, y se realizarán unos apuntes sobre su verdadera función y su alcance a todos los ámbitos en que se tomen decisiones sobre menores, incluido el de nuestro estudio como es el deporte, más aún si se tienen en cuenta los grandes y relevantes valores que alberga y que lo hacen un instrumento excelente para el desarrollo humano.

Una vez que se conoce muy bien en qué consiste el concepto de interés superior del menor se puede continuar con lo que se puede considerar una segunda parte del **Capítulo II** que, además, es la más decisiva de todo el estudio de la presente Tesis Doctoral debido a que se va a describir la realidad de la existencia de dicho concepto,

esto es, se van a hacer saber algunas de las conductas más nocivas que los menores sufren en el deporte y los daños que como consecuencia padecen y que se concretan en la infracción de relevantes Derechos fundamentales. Pero también porque, como quiera que la responsabilidad civil extracontractual es el principal medio que existe para lograr nuestra finalidad que es que todo menor que sufre daños se vea reparado y con la garantía de un desarrollo del deporte plenamente saludable, se expone previamente toda la legislación en vigor que la regula para poder detectar aquellas previsiones que se pueden aplicar a los menores. En este sentido, se expondrán las líneas generales del Reglamento nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante Reglamento Roma II)<sup>3</sup>: su ámbito de aplicación; la regla común basada en la autonomía de la voluntad; la regla general formada por los criterios de la residencia habitual común, la ley del lugar del daño y la cláusula de escape; las leyes de policía; el orden público del foro; y el ámbito de la ley aplicable. Junto a ello solo se mencionará la existencia de las reglas especiales del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la *culpa in contrahendo* debido a que basta para llegar a la consideración de su no aplicación en el presente estudio. Y exactamente lo mismo se ha de decir respecto a los dos Convenios de La Haya que para España están en vigor a que haremos referencia. Para terminar, se expondrá todo lo concerniente al artículo 10.9 CC puesto que a pesar de haber perdido relevancia en los últimos años como se verá, sin embargo se ha de aplicar en ciertos casos. Con todo ello se podrá apreciar qué concretas previsiones resultan de aplicación en el presente estudio y así poder atisbar si de manera satisfactoria protegen y reparan a los menores, sancionan a los responsables y en adelante quedan prevenidos nuevas conductas nocivas y daños; en suma, si garantizan una práctica adecuada del deporte imprescindible para el desarrollo humano.

Pero para ello, claro está, antes se han de exponer las conductas nocivas que los menores deportistas suelen sufrir habitualmente y que les causan diversos daños. En primer lugar, se hará alusión a aquellas que tienen lugar en el desenvolvimiento de la práctica deportiva. Principalmente la profesional, lo cual hace necesario remarcar su diferencia de aquellas otras conductas que también causan daños pero que dan lugar a una responsabilidad civil de índole contractual. Es decir, estas primeras conductas son

---

<sup>3</sup> DOUE nº L 199/40, de 31 de julio de 2007, pp. 40 a 49.

otras que las que consisten en infracciones del Derecho laboral; un buen ejemplo para ver a qué nos referimos en el estudio es la falta de asistencia al colegio por la alta exigencia deportiva al menor. Pero sucede que estas conductas también pueden darse como consecuencia de la práctica deportiva que no es profesional y, por lo tanto, no se puede dejar de analizar si lo que se quiere es que los menores sufran los menos daños posibles y que sean debidamente reparados. Así, todo ello se analizará escrupulosamente y se podrá observar cómo los resultados de la aplicación a los daños de la legislación correspondiente sobre responsabilidad civil extracontractual son diferentes. En segundo lugar, las dos siguientes conductas que se describirán se caracterizan por constituir delitos. En efecto, son tanto el delito de trata como los delitos de índole sexual. Por último, se expondrá otro delito como es el de la difamación, volviéndose a insistir en las explicaciones manifestadas en apartados anteriores acerca de las razones que justifican su tratamiento en un apartado diferente. Sirva de adelanto que tanto el recorrido normativo como las previsiones normativas de responsabilidad civil extracontractual que a día de hoy resultan aplicables a los daños que de dichos delitos se derivan son diferentes. En efecto, si para los daños de los dos primeros delitos mencionados se ha de aplicar el Reglamento Roma II, en cambio, para los causados por el delito de difamación es el artículo 10.9 CC el que se ha de tener en cuenta. Y, como quiera que es muy habitual que aparezca junto a la violencia verbal que es la difamación, también se indicará y describirá la violencia física y los daños que causa por la intención ya citada que se tiene al realizar el estudio de que la protección de los menores sea más amplia.

Y la verdad es que la descripción de las conductas no estaría completa ni mucho menos si no se conocen cuáles son las consecuencias que tienen, cuáles son los daños en concreto o, mejor dicho, qué Derechos fundamentales de los menores son conculcados. La importancia de ello también reside en que si se desconocen no se pueden realizar las alegaciones correspondientes ante los órganos jurisdiccionales y, con ello, acabar logrando una responsabilidad civil extracontractual para el menor que le repare y le garantice todos los beneficios que el deporte es capaz de proporcionar. Pues bien, a lo largo del estudio se ha observado que los referidos Derechos fundamentales pueden clasificarse en dos modalidades. Por un lado, se encuentran los que se pueden calificar de generales o comunes debido a que todas las conductas sin excepción acarrear su

infracción. En concreto se trata de los derechos a la educación, a la vida, a la salud, al trabajo, al desarrollo y otros que son trascendentales. Y, por otro lado, hemos apreciado la existencia de los que se pueden denominar específicos por la razón de que solo una conducta o varias de las descritas los infringen. De este modo, respecto al delito de trata sabremos de la existencia de los derechos a no ser víctima de ella y otros derechos relacionados, a no ser discriminado y a vivir con los padres. Por lo que atañe a los delitos de índole sexual, no se puede olvidar el derecho a no sufrir explotación y abusos de índole sexual y otros derechos vinculados. Ni tampoco que la difamación también acarrea el menoscabo de los derechos existentes respecto de los padres, al nombre y a la información. Finalmente, citaremos un último derecho como es el de poder expresar las opiniones y que se tengan en cuenta. Y, evidentemente, estudiaremos cada Derecho fundamental con exhaustividad, es decir, indicando los artículos de todos los textos normativos existentes a nivel internacional que los consagran. Si no fuera así, no podríamos realizar las alegaciones expresadas.

Cuando se haya terminado lo anterior, se inicia la última fase de esta parte decisiva de la Tesis Doctoral en la cual se extrapolan las previsiones normativas de responsabilidad civil extracontractual que se identificaron como aplicables a los casos, a los daños, a que acabamos de hacer alusión con la finalidad de saber en qué grado son satisfactorias para después realizar o sugerir algunas propuestas para que lo antes posible sean subsanados los defectos. Como se verá, la verdad es que aunque tanto el Reglamento Roma II como el artículo 10.9 CC en algunos casos son plenamente satisfactorios por indicar como aplicable la ley de un Ordenamiento jurídico, que será en nuestro caso el español, en que la protección de los menores se ajusta a unos estándares muy aceptables, sin embargo también lo es que en otros, que son por desgracia demasiados teniendo en cuenta la gravedad concurrente, el resultado es tan insatisfactorio que no se puede aceptar por implicar que los menores ni son reparados ni están protegidos. Estas situaciones se producen cuando la ley aplicable es la de un Estado cuyos estándares de protección son pírricos; por ejemplo, la de algún Estado africano, aunque también puede ser la de numerosos Estado asiáticos y algunos hispanoamericanos. En este sentido, se puede decir que, pese a ser siempre ineludible realizar un análisis previo para cotejar una buena protección, habrá que prestar una gran atención a si la ley designada es la de un Estado europeo o norteamericano que a buen



seguro son satisfactorias.

Por todo ello, tras realizar este exhaustivo estudio, a continuación se exponen las posibles soluciones que pueden paliar las graves deficiencias que la legislación actual contiene. Así, cabe citar brevemente ahora que se puede modificar dicha legislación para que en su aplicación se tengan en cuenta más criterios y más decisivos que la proximidad. Es decir, aquí entran en juego los tan relevantes valores y principios que se estudiaron en el **Capítulo I** y que se han ido manifestando y desarrollando a lo largo de todo el estudio. Y entre ellos sobre todo el tan crucial concepto del interés superior del menor. Una segunda posibilidad, relacionada con la anterior o parecida, sería la de aplicar aquella ley que sea más beneficiosa para la parte débil que, sin duda alguna, es el menor deportista. No sería la primera vez ni mucho menos que esto se realizase puesto que en otros ámbitos como el de consumo y el laboral se viene haciendo desde hace tiempo, lo cual será expuesto después. Por último, si fuera necesario podría adoptarse la decisión de elaborar una nueva norma específica para los problemas analizados. En otras palabras, se trataría de una nueva regla especial de las que incluye el Reglamento Roma II o en una nueva Directiva. Con cualquiera de ambas se tendrían en cuenta las particularidades concretas para alcanzar el objetivo que es que todo menor pueda disfrutar del deporte para desarrollarse, lo cual incluye su adecuada reparación, sanción y prevención en caso de sufrir algún daño. Por supuesto, en todas las posibilidades el interés superior del menor sería la pieza clave.

Pero si el **Capítulo II** es fundamental, no es suficiente debido a que hay que realizar o llevar a la práctica todo lo estudiado; en caso contrario, quedaría sin efectividad y, lo que es peor, las conductas y daños sufridos por los menores impunes. Así, del análisis del que se puede afirmar que es el único medios o vía existente para que la reparación del menor y para que la corrección de la situación perniciosa sea real, es decir, del TAD/CAS/TAS, es de lo que se ocupa el **Capítulo III**.

De este modo, se comenzará exponiendo unas cuestiones introductorias como son las relativas a su origen y evolución, a su organización y composición, al convenio arbitral y al Derecho aplicable. Y no es que se haya olvidado de una, sino que por ser la más relevante se indica ahora que otra más es la del análisis de la arbitrabilidad de la

responsabilidad civil extracontractual que corresponde a los menores en los casos graves estudiados. En efecto, no es nada baladí puesto que en otras muchas situaciones la institución arbitral es muy beneficiosa y, por eso, se estudia si se puede utilizar cuando hay menores involucrados. En concreto, se dilucidará qué conflictos pueden ser resueltos mediante el arbitraje y si a ello afecta negativamente el que en los mismos sean parte menores. Y la verdad es que de no ser así sería muy negativo puesto que solo el arbitraje puede ajustarse a las particularidades del deporte y asegurar que un menor pueda disfrutar del deporte. En cambio, si se recurre a los órganos jurisdiccionales estatales, con su ignorancia en materia deportiva y sus largos procesos, está claro que, aunque reparen a un menor los daños que ha sufrido, sin embargo, tendrá consecuencias irreparables en la continuación de su desarrollo humano mediante el deporte. Pues bien, como se verá, del estudio de las materias que son arbitrables en general y en el ámbito deportivo en particular se concluye que sí se puede recurrir al arbitraje para que un menor obtenga la responsabilidad civil extracontractual que le corresponde por los daños sufridos.

Y si bien lo anterior es de gran relevancia, a continuación se expone lo más importante del **Capítulo III** como son aquellas cuestiones del TAD/CAS/TAS que resultan fundamentales para los menores debido a que son las que van a determinar si dicha institución arbitral es aceptable e idónea para los menores o, por contra, si no es adecuada teniéndose que encontrar las soluciones apropiadas para que lo sea puesto que su idoneidad es clave para el desarrollo de los menores. Así pues, estas cuestiones tan capitales se manifiestan o consisten en las ventajas, desventajas, grado de aplicación de los Derechos fundamentales, y diversos procedimientos. En cuanto a las ventajas, su importancia se debe a que no es suficiente con dilucidar que la responsabilidad civil extracontractual es arbitrable, sino que es necesaria una mayor justificación como es que debe haber claramente la presencia de dichas ventajas para acudir a este Tribunal arbitral. Por lo que atañe a las desventajas, son muy importantes porque por mucho que esté justificado el recurso al arbitraje no se puede pasar por alto la existencia de algunos inconvenientes y riesgos, menos aún si hay menores de por medio, y, sobre todo, que pueden hacer que éstos tengan más perjuicios que beneficios. Por su parte, en relación con los Derechos fundamentales, la relevancia es evidente porque si no se respetan es un indicador de que algo o, mejor dicho, muchas cosas están funcionando mal y, por

ende, que es inaceptable. Así se va a ver cuánto y de qué manera son aplicados por el TAD/CAS/TAS. Por último, los procedimientos mentados, el de mediación, el ordinario y el de apelación, van a ser descritos teniendo como punto de referencia los menores para que destaquen aquellas cuestiones más relevantes respecto de ellos.

El **Capítulo III** será finalizado con la exposición de todo lo concerniente a los laudos arbitrales en general, es decir, su reconocimiento, ejecución, convenios aplicables y la acción de anulación.

Muy relacionado con este capítulo, sobre todo por lo que respecta a las tan importantes cuestiones que han sido indicadas, se expone el último **Capítulo IV**, el cual tiene por objetivo, por un lado, analizar si el TAD/CAS/TAS es conveniente o no para los menores. Dicho de otro modo, se procede a realizar un balance de todas las cuestiones claves para observar si es positivo o negativo para los menores deportistas.

En concreto, en cuanto a las ventajas, se va a poder apreciar si los conflictos deportivos siguen resolviéndose en el menor tiempo posible para que la práctica del deporte no se vea mermada de manera irreparable, si sigue concurriendo la capacidad de resolver conflictos internacionales y sea cual sea la rama del Derecho involucrada, si el conocimiento de la regulación del deporte y de menores por los árbitros es satisfactoria, si la elección del Derecho aplicable y de las personas que han de resolver el conflicto son fruto de una voluntad que realmente es real, si no se ha reducido la flexibilidad respecto de las pruebas, si la confidencialidad es suficiente para los menores, si la uniformidad procesal y la estabilidad en que consiste la seguridad jurídica sigue asegurada, y si el coste es asumible para los menores.

Por su parte, cuando sean enfocadas las desventajas se apreciará si el TAD/CAS/TAS es lo suficientemente imparcial e independiente para garantizar soluciones justas, si el derecho a la tutela judicial efectiva es respetado, si no se excluyen injustificadamente posibles pruebas que pueden ser practicadas, si se aplica el principio fundamental que es la presunción de inocencia o si se ha incurrido en la gran gravedad de haber invertido la carga de prueba, si las resoluciones no son arbitrarias, si el interés general continua recibiendo una adecuada atención, si la libertad de las partes

se respeta, y si es aceptable que sean muy pocas las posibilidades de que un recurso de nulidad contra los laudos prospere.

Tras ello, se observará si la presencia actual de los Derechos fundamentales en la institución arbitral que nos ocupa es aceptable o claramente insuficiente por la relevancia de aquéllos. Y en concreto, si los árbitros los conocen adecuadamente, si en la jurisprudencia que también forma parte de la ya estudiada *lex sportiva* tienen la importancia que merecen, si es suficiente la aplicación de los tratados y convenios internacionales al respecto como es el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup> (en adelante CEDH), si las garantías procesales que de ello se deriva son satisfactorias, si realmente se puede aceptar la dudosa restricción de derechos para alcanzar un objetivo que se considera legítimo, si los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia debería insistir en que el TAD/CAS/TAS aplicase los Derechos fundamentales más exhaustivamente y, en suma, si se ha de tener mucha más claridad respecto a la relación de esta institución arbitral con los Derechos fundamentales de los menores y una mayor presencia en los laudos.

Finalmente, en lo atinente a los diversos procedimientos, de todas las fases que se expondrán se resaltarán las que plantean serias dudas o peligros para los menores. Y es que no cabe duda de que son procedimientos complejos donde hay muchos plazos, documentos, pruebas que se han de tener en cuenta, etcétera y, por ello, cabe presumir que los menores, por tener menos capacidad para ser conscientes de todo y acordarse de todo, están mucho más expuestos a que sus posibilidades de ser beneficiados se reduzcan drásticamente. Más concretamente, el balance se centrará en todos los pormenores de, entre otras cosas, los ámbitos de aplicación, la competencia, los principios, los requisitos para ser mediador o árbitro, la formación del Tribunal arbitral, todos los documentos a presentar, los plazos, el desenvolvimiento de cada uno, los acuerdos de mediación y arbitrales, la práctica de pruebas, la audiencia, la conciliación previa, el Derecho aplicable y el laudo arbitral. Todo ello será desarrollado ampliamente.

---

<sup>4</sup> BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570. 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 nº 3 y nº 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

Pero también hay que indicar que el referido balance incluye comprobar, por lo que a la representación legal y asistencia del menor atañe, si en todos los pormenores que vayan apareciendo en todas las cuestiones anteriores es suficiente con solo la presencia del tutor o si, por el contrario, a día de hoy existe otro gran defecto en el TAD/CAS/TAS como es prescindir de un órgano fundamental en los órganos jurisdiccionales como es el Ministerio Fiscal o su sustituto. Es por ello que el **Capítulo IV** se comienza exponiendo brevemente ambas figuras, el tutor y el Ministerio Fiscal, para también poder realizar correctamente esta comprobación.

Pero por su gran trascendencia será la exposición del Ministerio Fiscal la que más se desarrollará. Y es que se trata de un órgano que en los procedimientos jurisdiccionales de la justicia ordinaria es fundamental e imprescindible por tener atribuidas funciones respecto de los menores que son decisivas para su protección y que, por eso, es impensable su inexistencia. Pues bien, la referida inexistencia también es impensable cuando un proceso tiene lugar en el TAD/CAS/TAS. Es decir, es imposible encontrar alguna razón que pueda explicar su concurrencia en aquéllos y, en cambio, poder no participar o no concurrir otro órgano que lo supla en la referida institución arbitral. Al respecto, primero se van a hacer saber sus funciones de defensa de los Derechos fundamentales, de concreción del interés superior del menor y todas las demás que la legislación le atribuye para poder desarrollar una intervención muy particular. Segundo, se va a conocer su manera de realizar dichas funciones siendo tanto dictaminador como vigilante donde los informes son cruciales. Tercero, se insistirá en que un punto de referencia que ha tener siempre muy en cuenta es la educación de los más pequeños. Y, por último, se explicará su peculiar participación en el delito de difamación.

Una vez realizado el balance, se habrán identificado todos los defectos, deficiencias y anomalías que a día de hoy alberga el TAD/CAS/TAS y que, por ello, no lo hacen una institución apropiada para que conozca y resuelva conflictos en los que hay involucrados menores. Pero, por lo mismo, también se sabrá qué hacer para que próximamente lo sea. En este sentido, se quiere subrayar que la solución no pasa por buscar otros medios para resolver los mentados conflictos, sino en dotar al propio TAD/CAS/TAS con las medidas correspondientes para que quede completado y sea

apropiado para los menores. La razón de ello no es otra que es precisamente dicha institución arbitral la que se ajusta perfectamente a las particularidades de la actividad deportiva sin que ésta se vea mermada en ningún momento. Es decir, que cualquier otra institución no se amolda al deporte y, por lo tanto, también las consecuencias son nocivas, sobre todo que el deporte no puede practicarse para desarrollarse humanamente. Así, la conclusión es clara: hay que hacer del TAD/CAS/TAS una auténtica jurisdicción o Tribunal específico para el deporte que proporcione a los menores tanto una protección integral como las mejores soluciones para poder desarrollarse con el deporte.

Pero para ello que no basta con que se subsanen los defectos detectados en el balance y con que el Ministerio Fiscal o un órgano sustituto intervengan en el modo que se explicará, sino que es necesario tener en cuenta tres métodos más que serán expuestos en el último punto del **Capítulo IV**.

Así, en primer lugar, se hará saber la creación de un nuevo mecanismo de resolución de conflictos deportivos relacionados con los Derechos fundamentales exponiendo sus características principales, sus funciones y demás cuestiones capitales debido a que pueden enriquecer a la institución arbitral suiza. En segundo lugar, se estudiará en profundidad un ámbito del arbitraje que resulta paradigmático por observarse muy bien cómo se protege a la parte débil. En efecto, el ámbito es el de consumo y la parte mentada el consumidor. Y cabe adelantar ahora que las medidas más satisfactorias encontradas y que es deseable e imprescindible extrapolar al TAD/CAS/TAS son las siguientes: el principio *in dubio pro consumidor*, la intervención imperativa de abogado, una información apropiada, vincular la legislación general con la legislación protectora del consumidor, la coexistencia del Derecho arbitral con también la mentada legislación y, por último, la especialización de los árbitros en Derecho de menores. Y, en tercer lugar, se va a exponer la legislación específica de protección de menores tanto de la UE como del País Vasco (incluyendo algunas intervenciones relevantes previas en la Comisión de Cultura, Euskera y Deportes sobre el Proyecto de Ley) para demostrar que carecería de justificación que el TAD/CAS/TAS sirviera para soslayar previsiones tan importantes.

En suma, si se implementa todo ello se logrará erradicar los graves defectos que merman la idoneidad de este Tribunal arbitral y así poder ser considerado como plenamente adecuado para los menores al garantizar que los conflictos en que están envueltos se resuelvan con rapidez, sin ninguna deficiencia perjudicial, y con satisfacción al reparar, sancionar y prevenir los graves daños sufridos por la conculcación de diversos Derechos fundamentales. Y es que solo así el deporte puede recuperar su esencia de ser uno de los medios, de las actividades, de los instrumentos más maravillosos para que todas las personas y, entre ellas, las más pequeñas puedan desarrollarse humanamente al máximo adquiriendo valores fundamentales para, no ya simplemente para la convivencia, sino incluso para la más compleja y a la vez enriquecedora coexistencia.

Con todo lo anterior, se habrá terminado de exponer los cuatro capítulos de que consta el estudio de la presente Tesis Doctoral, pero para terminarlo, aunque a lo largo del mismo se hayan podido deducir, recalcar y reiterar, es necesario dedicar un apartado final para exponer con total claridad todas las conclusiones fundamentales que se han extraído. Con ello se observarán y recalcarán las virtudes del objeto de estudio, los problemas y defectos que se han identificado, en qué situaciones o casos concretos se dan, las posibles soluciones y los medios para que el deporte sea una actividad satisfactoria para los menores. Finalmente, se completará y finalizará la Tesis Doctoral recordando la bibliografía utilizada, los textos normativos que se han utilizado y/o citado, y la jurisprudencia a que se ha hecho referencia.





## **CAPÍTULO I.**

### **EL DERECHO DEL DEPORTE: TRANSNACIONALIDAD, FUENTES Y RELACIÓN CON LAS LIBERTADES EUROPEAS**



## **1. CARACTERÍSTICAS DEL DEPORTE Y EXISTENCIA DEL DERECHO TRANSNACIONAL DEL DEPORTE**

Debido a que, como es bien sabido, el deporte es una actividad muy particular, su regulación a nivel internacional ha planteado desde hace mucho tiempo un debate que resulta fundamental dilucidar con acierto. En efecto, dicho debate es el de si existe o no un Derecho transnacional o internacional del deporte.

Para poder responder satisfactoriamente a esta cuestión es necesario exponer la mentada particularidad que rodea a la actividad deportiva y que es la que nos lleva a este planteamiento. Así pues, es necesario tratar tres perspectivas diferentes como son el Derecho del deporte, la especificidad de la organización de la actividad deportiva y, por último, su ya mencionada dimensión inherentemente internacional.

### **1. 1. EL DERECHO DEL DEPORTE Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DEPORTE**

En esta primera perspectiva se observa no poca de la particularidad del ordenamiento deportivo.

Podemos comenzar indicando que el mundo del deporte ha gozado siempre de un amplio margen de libertad debido a la autonomía de la voluntad que caracteriza a su regulación y organización. Y ello es precisamente lo que, en consecuencia, hace que los organismos que participan en el deporte cuenten con una amplia capacidad de autoorganización y autorregulación. Pero no sólo eso, sino que también se debe a ello el que se haya ido creando una normativa deportiva propia y con una pluralidad en lo que atañe tanto a sus fuentes como a su contenido. En efecto, respecto a las fuentes, junto al hecho de que las normas pueden emanar de muy diversos organismos que tienen competencias en diferentes ámbitos como son el local, regional, nacional, continental (europeo en nuestro caso) e internacional, también se ha de saber que dichas normas son de naturaleza privada (las que emanan de su autorregulación) pero otras muchas de naturaleza pública. Éstas últimas son las dictadas por aquellos entes que integran la Administración Pública y tienen la finalidad de regular el deporte en unos aspectos

determinados. Y, en cuanto al contenido de todas las normas, regulan las dos vertientes de que está formado el deporte, es decir, tanto su organización como la actividad deportiva en sí. Por lo tanto, habrá que ver en cada caso qué órgano es el competente. Sin embargo, como vamos a poder observar a lo largo de este **primer capítulo**, a pesar de la indicada autorregulación, la especificidad está limitada y, en este sentido, el deporte es una actividad que queda sometida a las disposiciones imperativas de todo el ordenamiento jurídico.

Tras apuntar lo anterior, también se ha de tener en cuenta que tanto el deporte como el Derecho que lo regula inciden en una gran amplitud o diversidad de cuestiones. En efecto, casi todas las vertientes jurídicas que forman el ordenamiento jurídico, salvo alguna excepción, repercuten en el deporte. Naturalmente, entre ellas, algunas pertenecen al ámbito del Derecho privado y otras al del Derecho público. A título de ejemplo, podemos señalar el Derecho mercantil, de la competencia, tributario, laboral, patrimonial, penal, administrativo y civil. No cabe duda que ello supone que conocer la regulación deportiva en su totalidad sea algo complicado. Evidentemente, ello es lo que hace que el Derecho del deporte se componga, como hemos dicho, por todo tipo de normas, esto es, tanto privadas como públicas y, además, dictadas por una gran diversidad de órganos y entes.

Pues bien, lo dicho no es suficiente, sino que la existencia de la referida pluralidad de las vertientes jurídicas constituye la razón fundamental de que necesitemos ineludiblemente proceder a una doble acotación para que este análisis del Derecho transnacional del deporte se ajuste al objeto de estudio de la presente Tesis Doctoral y sea plenamente satisfactorio y fructífero. Así, en primer lugar, nos vamos a centrar en los Derechos fundamentales y, en segundo lugar, debido a que son muchos, sólo en unos concretos como son los de los menores y su correspondiente protección.

Pero, precisamente antes de exponer cada acotación, resulta muy conveniente e, incluso ineludible, exponer qué se entiende por Derechos fundamentales. A este respecto, se ha de tener en cuenta tanto que poseen una trascendencia decisiva en las sociedades más avanzadas de nuestros días como que es plenamente necesario fomentarlos en, por desgracia, tantas sociedades del mundo en que aún no están

garantizados del todo o incluso su existencia es muy reducida o nula. Por ello, es apropiado traer a colación diferentes concepciones que la doctrina ha elaborado con el objetivo de que se puedan ejercer en plenitud y ser beneficiosos para todas las personas y, sobre todo, para los menores. Así pues, por Derechos fundamentales se ha entendido que son una serie de instituciones y facultades que tanto los ordenamientos jurídicos nacionales como el internacional han de reconocer para que las exigencias de libertad, dignidad e igualdad sean concretadas en cada época histórica. Una segunda definición es que son los que posee todo hombre o mujer por la razón de serlo y formar parte de la sociedad en que conviven. Junto a las anteriores, también se ha encontrado otra perspectiva diferente y atractiva que los define como los que corresponden a toda persona en sus aspectos individual y comunitario debido a su esencia o naturaleza espiritual, corporal y social. A ello se debe que las previsiones normativas y todos los poderes han de reconocerlos y respetarlos, salvo que perjudiquen el bien común. Por lo demás, lo anterior queda completado con otra concepción consistente en que son parte de la idiosincrasia de la persona diversas prerrogativas, siendo irrenunciable su realización para alcanzar un integral desarrollo dentro de la sociedad organizada jurídicamente en que se vive y, por eso, el Estado ha de garantizarlas y reconocerlas. Por último, no sobra indicar que se han conceptualizado también como que el simple hecho de ser persona basta para que respecto a todas se deban cumplir fundamentales exigencias éticas basadas en principios y valores que han conformado criterios de legitimidad política y de justicia en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacional a lo largo del tiempo. Evidentemente, como se ha podido observar, de dichas diversas interpretaciones ha surgido determinada inconcreción que ha sido subsanada por la propia doctrina al llegar a la común conclusión de que los Derechos fundamentales son los que corresponden a la concepción de la condición humana que prevalece en la cultura de Occidente debido a sus criterios morales y éticos. Y ello es lo que precisamente explica que no son siempre las extralimitaciones de los poderes las que dan lugar a los conflictos que al respecto surgen en diferentes partes del mundo; en efecto, las diversas morales de las sociedades con sus diferencias culturales y religiosas es el motivo real de infinitud de conflictos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Las diversas concepciones de los Derechos fundamentales expuestas han sido elaboradas, respectivamente, por A. Pérez Luño, J. J. Orozco Henríquez y J. C. Silva Adaya, J. Castán Tobeñas, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en España, y M. Álvarez Ledesma. Las mismas, las obras en que aparecen y la conclusión común se pueden consultar en: O. Suárez, *La inmunidad olímpica*, Ed. Reus, 2019, Madrid, pp. 44 y 45.

### 1. 1. 1. Regulación general de los Derechos fundamentales en el deporte

En primer lugar, realizaremos unos breves apuntes de carácter general sobre los Derechos fundamentales y su relación con la actividad deportiva.

Para empezar, debemos realizar un apunte introductorio consistente en que el respeto de los Derechos fundamentales en el deporte es crucial debido a que solo así quedan preservados y se transmiten los tan valiosos principios y valores que subyacen en el deporte. En efecto, de no realizarse así, el juego limpio, el compañerismo, la solidaridad, el trabajo en equipo, el acercamiento entre muy diversas personas, pueblos y culturas, la premiación del esfuerzo, el saber ganar y perder (tan imprescindible también para la democracia, pues quien no sabe perder no es demócrata), el reconocimiento y respeto del adversario, la integración, la igualdad, el desarrollo personal y social, el acatamiento de unas reglas comunes, la responsabilidad, y demás principios y valores del deporte se verían, sin lugar a dudas, altamente comprometidos. Lo cual, en otras palabras, significaría que el deporte ha perdido su razón de ser al quedar totalmente corrompido y, por lo tanto, no puede ser un instrumento decisivo para el desarrollo humano.

Junto a ello, se ha de saber que nos encontramos dentro de las relaciones existentes entre el Derecho internacional público y el deporte porque a ello se debe que a éste último afecte sobremanera el Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales (en adelante DIDF). Ahora bien, una cuestión clave que nos debemos plantear es si el deporte realmente se está utilizando en todas las ocasiones correctamente para promover los Derechos fundamentales y reflejando los mencionados valores. Al respecto, no debemos olvidar que en muy pocas ocasiones los órganos del sistema de protección de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) han prestado atención a la compatibilidad de los actos de los Estados vinculados a la actividad de las organizaciones deportivas con las obligaciones internacionales concernientes a los Derechos fundamentales. Lo cual no ha sido obstáculo para que se hayan dictado algunos pronunciamientos de interés debido al inmenso atractivo que el deporte alberga<sup>6</sup>. Así, muy variadas organizaciones y organismos internacionales han

---

<sup>6</sup> C. Pérez González, «¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional *in statu nascendi*», *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, nº 1, 2017,

recurrido a él para tratar de erradicar la citada violación promocionando tanto los Derechos fundamentales como su protección, es decir, para que el respeto de ellos sea cada vez mayor<sup>7</sup>. Los dos mejores ejemplos de éste último los constituyen las acciones implementadas por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR)<sup>8</sup>. Y no sólo eso, sino que también ha sido reivindicada de manera explícita la expuesta relación entre el deporte con la indicada promoción. En efecto, en el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos elaboró una resolución mediante la cual instó al fomento del conocimiento, la comprensión y la aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) a través del deporte y el ideal olímpico<sup>9</sup>.

Además, afortunadamente, en los últimos años tanto representantes de la sociedad civil como concretos analistas están haciendo frente a la realidad de que desgraciadamente en muchos ámbitos del deporte dichos Derechos fundamentales están siendo violados. Más concretamente, han denunciado diferentes abusos de Derechos fundamentales con ocasión de la celebración de grandes eventos deportivos. En efecto, se ha producido trata de seres humanos y su explotación (que ha ido aumentando y,

---

p. 203.

Respecto a los pronunciamientos de interés, queremos apuntar aquí las Observaciones Finales al primer Informe periódico de China, en el cual el Comité de derechos económicos, sociales y culturales manifestó su preocupación por los abundantes desalojos forzosos y demoliciones producidos en China debido a la pronta celebración de los Juegos Olímpicos de 2008. Debido a ello, recomendó al Estado que adoptase inmediatamente las medidas necesarias para cumplir las leyes y los reglamentos que prohíben el desalojo forzoso, así como para velar por que se proporcionara a las personas desalojadas de sus viviendas una indemnización adecuada o un alojamiento alternativo, tal y como está previsto en las directrices aprobadas por el Comité y con su Observación general nº 7, de 20 de mayo de 1997, sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párrafo 1 del Pacto): los desalojos forzosos. El citado Informe tiene fecha 13 de mayo de 2005 y lo podemos encontrar en (consultado el día 25 de agosto de 2021): [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=5)

<sup>7</sup> Para profundizar en el análisis de lo apuntado, resulta fundamental la obra de P. G. Kirchsclaeger, «Sports and Human Rights from an Ethical Perspective: The Relevance of Human Rights for Sports», en Ch. Akrivopoulou (ed.), *Defending Human Rights and Democracy in the Era of Globalization*, IGI Global, Hershey, 2017, pp. 337–360.

<sup>8</sup> Respecto al primero de los ejemplos, debemos añadir el siguiente enlace por servirnos para realizar una buena reflexión sobre la manera en que puede ser útil al deporte para alcanzar sus objetivos: [http://www.unicef.org/spanish/sports/23619\\_57597.html](http://www.unicef.org/spanish/sports/23619_57597.html). Consultado el día 25 de agosto de 2021.

Y en relación con el otro ejemplo, resultan interesantes los proyectos que en el siguiente enlace aparecen (consultado el mismo día): <http://www.unhcr.org/pages/4a0d90946.html>

<sup>9</sup> Es la Resolución 18/23, de 28 de septiembre de 2011 (A/HRC/18/L.18/Rev.1), la cual se encuentra en (consultado el día 25 de agosto de 2021):

[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/18/L.18/Rev.1](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/18/L.18/Rev.1)

además, incluye a menores), desplazamientos forzosos y violencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (también han ido creciendo)<sup>10</sup>. Junto a dichas denuncias, también destaca el Informe *Striving for Excellence: Mega-Sporting Events and Human Rights* publicado en el año 2013 por el *Institute for Human Rights and Business* porque se caracteriza por albergar algunas recomendaciones interesantes como son el establecimiento de un *Ombudsman* que, bajo el mando de los organismos del deporte, asuma la trascendente tarea de recibir todo tipo de quejas sobre violaciones de Derechos fundamentales que se produzcan cuando se celebren grandes eventos deportivos<sup>11</sup>.

Y, naturalmente, lo dicho hace que surja la interrogante de si la regulación en vigor que rige el deporte es adecuada o no; desde luego, pese a tener aspectos de gran valor, está claro que aún tiene grandes y graves defectos al no asegurar el respeto por diversos Derechos fundamentales. Sin duda alguna, hay que trabajar seriamente para erradicar este intolerable problema.

Otra cuestión fundamental que no se puede pasar por alto es la de si existe o no el Derecho fundamental al deporte. Al respecto, debemos explicar que, desde diversos ángulos, se ha abordado por parte de los órganos que protegen los Derechos fundamentales a nivel internacional la creación de un Derecho fundamental a la práctica del deporte. Así, el mismo ha sido considerado como una parte constituyente no sólo del derecho a la educación, sobre todo de los menores, sino también del derecho a la salud. Respecto a éste último, resulta muy adecuado recordar la Resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/18, de 14 de julio de 2014, sobre «El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: el deporte y los estilos de vida saludables como factores coadyuvantes» (en adelante Resolución 26/18). Asimismo, también se ha de tener en cuenta que ciertos tratados de Derechos fundamentales que han sido aprobados en el seno de la ONU, y que se caracterizan por intentar que ciertos grupos considerados vulnerables se encuentren protegidos y no sufran ninguna discriminación para el ejercicio de sus derechos, han incluido entre las

---

<sup>10</sup> Uno de los mejores ejemplos que podemos encontrar sobre la idea expuesta lo constituyen las denuncias sobre violaciones de Derechos fundamentales de los trabajadores producidas en la preparación del Campeonato Mundial de Fútbol que se celebró en Catar el pasado mes de diciembre de 2022. Véase: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/03/abuse-of-world-cup-workers-exposed/>

<sup>11</sup> Este Informe está disponible en (consultado el día 25 de agosto de 2021): [http://www.ihrb.org/pdf/2013-10-21\\_IHRB\\_Mega-Sporting-Events-Paper\\_Web.pdf](http://www.ihrb.org/pdf/2013-10-21_IHRB_Mega-Sporting-Events-Paper_Web.pdf)



medidas que han de desarrollar los Estados parte las que tienen por crucial finalidad soslayar toda discriminación en el acceso y la práctica del deporte y la actividad física<sup>12</sup>.

Junto a ello, también debemos saber que no existe ninguna regla de naturaleza convencional que proteja de manera autónoma el derecho al deporte. En cambio, no se puede decir lo mismo respecto a las reglas del denominado *soft law*<sup>13</sup>. Además, en seguida se observa, sin peligro alguno de que pase desapercibido, que las previsiones de éste último guardan coherencia con lo previsto en otros textos como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en adelante PIDESC; aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante AGNU) a través de la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966] y la CDN<sup>14</sup>. Aun así, conviene subrayar que es la CIUNESCO, y no éstos dos últimos textos, quien con mayor claridad ha hecho referencia a esta vinculación. En efecto, volvemos a repetir por su conveniencia que dicha Carta ha consagrado como un Derecho fundamental la práctica del deporte y de la educación física. Pero la relevancia de ello se manifiesta más allá, puesto que también sirve para orientar la acción que sigan los Estados. Y, en particular, entiende que tanto el deporte como la educación física han de ser elementos imprescindibles de la educación permanente que se incardina en el sistema global o general de la educación. Como corolario de ello, los Estados, en el momento en que diseñan sus planes educativos, han de procurar el aseguramiento de la práctica deportiva y de la educación física<sup>15</sup>. Asimismo, en relación con lo último apuntado también se ha de tener en cuenta la Carta Europea del Deporte que fue aprobada en el año 1992 por la razón de que igualmente indica que es necesario favorecer el acceso al ejercicio de la

---

<sup>12</sup> C. Pérez González, *supra op. cit.* nota 6, p. 204.

Respecto a la Resolución a que nos hemos referido, véase (consultado el día 25 de agosto de 2021) <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Health/Pages/OverviewMandate.aspx>.

<sup>13</sup> La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO), el día 21 de noviembre de 1978, elaboró la conocida Carta internacional de la educación física y el deporte (en adelante CIUNESCO) (la versión revisada no fue aprobada hasta finales del año 2015; desde entonces se conoce como Carta Internacional de la educación física, la actividad física y el deporte). En dicha Carta destaca su primer artículo, el cual manifiesta que cualquier persona posee el Derecho fundamental a acceder a la educación física, a la actividad física y al deporte. Y razona su declaración explicando que resultan esenciales o cruciales para alcanzar el máximo desarrollo de la personalidad en sus tres dimensiones, esto es, intelectual, física y moral.

<sup>14</sup> Véase nota 2.

<sup>15</sup> Ver el artículo 2 de la Carta.

actividad deportiva de los jóvenes<sup>16</sup>.

A este respecto, la Resolución de la AGNU 58/5 de 17 de noviembre de 2003 (en adelante Resolución 58/5), en su apartado 1.e), prevé un llamamiento a “seguir promoviendo el deporte y la educación física [...] como instrumento de [...] educación”, y en el 1.f) a “fortalecer la cooperación y la asociación entre todos los agentes, incluidos la familia, la escuela, los clubes y ligas, las comunidades locales, las asociaciones deportivas juveniles y los responsables de tomar decisiones, así como el sector público y el privado, para asegurar la complementariedad y lograr que el deporte y la educación física estén al alcance de todos”. Y ello es la razón de que, con el objetivo de que quede asegurado el ejercicio efectivo de dicho derecho, se obligue a los Estados a incluir en el sistema educativo la educación física, así como garantizar la igualdad de condiciones de desarrollarla<sup>17</sup>. A este respecto, resulta muy conveniente recordar el artículo 29.1. a) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006<sup>18</sup>, por el hecho de que el deporte y el derecho quedan estrechamente relacionados con la educación. Efectivamente, dicho precepto prevé que los Estados que son parte convienen en que la educación que reciban los menores ha de tener por finalidad desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad física y mental todo lo que se pueda. En fin, todo ello nos lleva a concluir que el derecho a la educación física está incardinado dentro del derecho a la educación de los menores. Así es, por cierto, como se entiende a nivel internacional.

Debemos apuntar que, pese a no tener fuerza jurídica vinculante, las declaraciones de la Conferencia General de la UNESCO prevén principios y objetivos que por albergar una gran importancia las partes se comprometen a ponerlos en práctica y a alcanzarlos. Asimismo, tampoco el documento final del periodo extraordinario de la AGNU que versa sobre la infancia (con fecha 10 de mayo de 2002) ni el “Marco de

---

<sup>16</sup> La referida Carta se aprobó a través de la recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa R (92) 13 con fecha 24 de septiembre de 1992 y está disponible en (consultada el día 25 de agosto de 2021): [http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/charter\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg4/epas/resources/charter_en.asp). También no debemos olvidar que la misma se sometió a revisión en el año 2001, así como que su precedente es la Carta Europea sobre el Deporte para todos aprobada el 24 de septiembre de 1976 por los ministros europeos del deporte.

<sup>17</sup> Un texto fundamental sobre el derecho tanto a la educación física como a participar en actividades deportivas es, sin duda alguna, el de B. Kidd y P. Donnelly, «Human Rights in Sports», *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 35, nº 2, 2000, pp. 131–148.

<sup>18</sup> BOE nº 96, de 21 de abril de 2008.

Acción de Dakar” elaborado en el Foro Mundial sobre la Educación (con fecha 26 a 28 de abril de 2000) resultan vinculantes, sino que se limitan a remarcar las funciones relevantes que han de llevar a cabo tanto el deporte como la educación física<sup>19</sup>. Y respecto a ésto último debemos precisar que la propia Comisión de Derecho Internacional, entre los materiales eficaces para fijar el elemento subjetivo adecuado para definir una norma de Derecho internacional consuetudinario, incluye la posición de los Estados ante Organizaciones o Conferencias internacionales.

Para finalizar con la exposición de este punto, tenemos que indicar unas breves palabras sobre la igualdad de los deportistas. Concretamente sobre las mujeres, es muy necesario traer a colación el segundo Informe periódico de Irán debido a que con ocasión de la presentación del mismo el Comité de Derechos Humanos pudo observar en el año 1993 que todas y cada una de las discriminaciones que las mujeres sufren no son compatibles con las previsiones contenidas en el artículo 3 del Pacto. Y entre las indicadas discriminaciones, hizo referencia exclusiva a la prohibición de la práctica de deporte en público<sup>20</sup>. Del mismo modo, resulta igualmente importante el artículo 10. g) 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<sup>21</sup> (en adelante CEDAW), por la razón de que sus previsiones imponen a los Estados parte la obligación de adoptar todas aquellas medidas que resulten apropiadas para acabar con la discriminación de la mujer. Ello tiene un objetivo claro: que la mujer tenga garantizada la igualdad de derechos con el hombre en el área de la educación; lo cual, aplicado al deporte de manera particular,

---

<sup>19</sup> C. Pérez González, *supra op. cit.* nota 6, p. 207.

A ello debemos añadir varias cosas. La primera que el mentado documento final del periodo extraordinario de sesiones se titula «Un mundo apropiado para los niños» y se puede encontrar en (consultado el día 25 de agosto de 2021): [http://www.unicef.org/spanish/specialsession/docs\\_new](http://www.unicef.org/spanish/specialsession/docs_new).

La segunda es que el referido Marco de Acción de Dakar es un documento que se encuentra en (consultado el mismo día): <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001211/121147s.pdf>.

Y, por último, en relación con lo último que se ha expuesto, es muy adecuado consultar el «Memorando de la Secretaria sobre formación y documentación del Derecho internacional consuetudinario. Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema», con fecha 14 de marzo de 2013 (A/CN.4/659). Está disponible en (consultado el mismo día):

[http://www.un.org/ga/search/viewm\\_doc.asp?symbol=A/CN.4/659](http://www.un.org/ga/search/viewm_doc.asp?symbol=A/CN.4/659)

<sup>20</sup> Obsérvese en concreto el apartado 13 de las Observaciones Finales del Comité, con fecha 3 de agosto de 1993: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5).

<sup>21</sup> BOE nº 69, de 21 de marzo de 1984. El texto se puede encontrar en (consultado el día 24 de febrero de 2022): <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

supone que tenga las mismas condiciones que el hombre en la participación activa en el deporte y en la actividad física. En este sentido, se ha de destacar también el artículo 13. c) del mismo texto<sup>22</sup>.

Tras todo lo expuesto, podemos concluir que, sin lugar a dudas, el deporte constituye un auténtico Derecho fundamental que tiene toda persona, siendo indiferente el sexo, la edad, la discapacidad y cualquier otra condición. La razón de ello es que el deporte es trascendental en la vida humana por su inmejorable aportación a la salud, la diversión, la educación, etcétera. Así pues, no se ha de olvidar dicho valor, sino protegerlo y, en su caso mejorarlo. Y si se está conculcando, denunciarlo para restablecerlo cuanto antes. En el indicado sentido deben trabajar todas y cada una de las instituciones y seguir elaborando cada vez mejores textos legales que aseguren lo dicho.

### **1. 1. 2. Regulación particular: los Derechos fundamentales de los menores en el deporte y su protección**

Pero nuestro estudio más concretamente, de entre todas las vertientes que regula el Derecho del deporte, y dentro ya de una vertiente concreta como es la de los Derechos fundamentales, se va a enmarcar en los que tienen los niños y en su protección. Por eso, ahora vamos a indicar unos breves apuntes al respecto, donde destaca la indicación de los principales problemas que sufren los menores como consecuencia de la configuración actual de la estructura organizativa de la actividad deportiva, así como de su desarrollo.

De este modo, es necesario saber que de lo previsto en los artículos 23.2 y 3 y 31 de la CDN se deduce que se encuentra el deporte entre las diferentes actividades recreativas y de esparcimiento a que los menores tienen derecho. Un caso paradigmático de ello lo constituye el Comité de derechos del niño, donde destacan las Observaciones Finales que realizó al segundo Informe periódico de Portugal (CRC/C/15/Add.162, de 6 de noviembre de 2001), en las cuales advirtió, en su apartado 44, de que era insuficiente

---

<sup>22</sup> A todo ello debemos añadir aquí la mención de una obra capital sobre la labor del mentado Comité para erradicar la discriminación que muchas mujeres sufren. En efecto, nos referimos a la de K. L. Jones, «Women's national leagues: does CEDAW go far enough?», *International Sports Law Journal*, nº 1, 2013, pp. 35-44.

el apoyo financiero que recibían por parte del Estado las actividades deportivas, así como de que dicho Estado ha de ser quien adopte las medidas correspondientes para que sea mayor el número de niños que en ellas participan<sup>23</sup>.

A ello debemos añadir que, en relación con la protección de los derechos de los menores deportistas, hace no muchos años la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos manifestó que se encontraba preocupada en relación con el deporte de competición debido a que aún era una de las pocas áreas que se resistían a valorar adecuadamente el respeto de las reglas y estándares establecidos a nivel internacional sobre la protección de los derechos de los menores<sup>24</sup>. En este sentido, tanto para este estudio como por ser algo que no se puede olvidar, conviene recordar aquí que en el año 2003 el citado órgano, en el Preámbulo de la propia Resolución 58/5, señaló varios retos que la Comunidad Internacional tenía que encarar y resolver, y que son los siguientes: el trabajo infantil; el dopaje; la violencia; los entrenamientos abusivos o excesivos; las tempranas especializaciones; los tipos de comercialización que suponen explotación (la concerniente a los jugadores jóvenes es una de las amenazas a que está haciendo frente el deporte, como bien se ha expresado en el relevante Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el deporte de 11 de julio de 2007, el cual estableció las bases de la primera política sobre el deporte de la Comisión Europea que fue su comunicación expuesta al comienzo de la introducción de la Tesis Doctoral<sup>25</sup>); y diversas privaciones y amenazas que se caracterizan por su poca visibilidad (destacan aquí la pronta ruptura de los lazos familiares y la disolución de las relaciones deportivas, culturales o sociales). Evidentemente, de todas estas malas prácticas es de donde se deriva el menoscabo de los Derechos fundamentales de los menores a, entre otros, una educación adecuada, la salud física y mental, la dignidad, estar con su familia y un entorno social adecuado.

Es conveniente completar lo anterior profundizando en la exposición de uno de los problemas que existen, el del trabajo infantil. Así, se ha de tener muy presente que

---

<sup>23</sup> Las Observaciones Finales a que nos hemos referido se pueden encontrar en (consultadas el día 25 de agosto de 2021): [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5)

<sup>24</sup> A este respecto, es muy beneficioso consultar el prólogo a la obra de P. David, *Human rights in youth sport: A critical review of children's rights in competitive sports*, Nueva York, Abingdon, 2005, p. viii.

<sup>25</sup> Se encuentra en el siguiente enlace (consultado el día 26 de agosto de 2021): [http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/sport/l35010\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/sport/l35010_es.htm)

sobre dicha cuestión el Comité de los derechos del niño ha manifestado en no pocas ocasiones su preocupación. Destacan el apartado 51 de las Observaciones Finales al Informe inicial de Omán, de 6 de noviembre de 2001, donde expresó su gran preocupación por la situación de alto riesgo que viven los niños y niñas que participan en las carreras de camellos, sobre todo cuando son muy pequeños pues es cuando más fácilmente se producen lesiones graves e incluso mortales. Asimismo, idéntica preocupación demostró al respecto en otro texto como fueron las Observaciones Finales al Informe inicial de los Emiratos Árabes Unidos, de 13 de junio de 2002, en concreto en su apartado 40. Por último, una previsión muy parecida se produjo posteriormente en el apartado 60 de sus Observaciones Finales al segundo Informe periódico de Mongolia, de 25 de septiembre de 2005, donde hizo alusión a la situación peligrosa en que se encuentran los niños y niñas, pues cada vez es más asidua su participación en las carreras de caballos tradicionales hasta llegar al punto de ser explotados y, en consecuencia, convertirse dichas carreras en un negocio lucrativo<sup>26</sup>.

Además, se ha de tener en cuenta que los problemas indicados por la Resolución 58/5 no son los únicos que existen. Otro problema de igual gravedad que padecen los menores es el de la desigualdad entre los sexos. Bastarán las siguientes referencias para hacernos cargo de la gravedad de la cuestión. Es un hecho, cuya existencia no admite duda alguna, el que en el actual modelo del deporte siguen existiendo espacios de segregación por razón del sexo que afectan no sólo a los adultos sino también a los menores<sup>27</sup>. Por si fuera poco, en muchos casos no existen en la localidad de su residencia clubes femeninos y, en consecuencia, las niñas se ven obligadas a tener que desplazarse varios kilómetros, lo que, sin duda, complica más la situación. En suma, en la mayoría de los casos no existe una igualdad de oportunidades, viéndose, además, relegadas las niñas a practicar otro deporte diferente al que prefieren<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Los tres textos han sido consultados el día 26 de agosto de 2021 y se pueden encontrar en Internet.

El primero en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.161&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.161&Lang=en)

El segundo en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.183&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f15%2fAdd.183&Lang=en)

Y el tercero en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=5)

<sup>27</sup> J. Hontangas Carrascosa, «¿La eficacia de las leyes ante la igualdad de género en el deporte? Un estudio de Derecho autonómico comparado», en A. Millán Garrido y D. Ruano Delgado (Coords.), *Género y deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, Reus, Madrid, 2019, p. 40.

<sup>28</sup> J. Zorrilla Mir, «El principio de discriminación positiva en el fútbol femenino», en A. Millán Garrido y D. Ruano Delgado (Coords.), *Género y deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*,

En relación con ello, conviene recordar aquí que, en 1995, la ONU organizó la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing. En lo que aquí interesa, destacan las siguientes previsiones: «Proporcionar instalaciones recreativas y deportivas accesibles y establecer y reforzar en las instituciones educativas y comunitarias programas para niñas y mujeres de todas las edades que tengan en cuenta los aspectos relacionados con el género y apoyar el adelanto de la mujer en todas las esferas de la actividad deportiva y la actividad física, incluidos la enseñanza, el entrenamiento y la administración, así como su participación en los planos nacional, regional e internacional»; «Prestar especial atención a las necesidades de las niñas, en particular la promoción de actividades saludables, como las actividades físicas»; «Crear y apoyar programas en el sistema educacional, en el lugar de trabajo, y en la comunidad para que las niñas y las mujeres de todas las edades puedan participar en los deportes, las actividades físicas y de recreo puestas a su disposición sobre la misma base en que participan los hombres y los muchachos en las actividades puestas a la disposición de ellos»; también denuncia la escasa representación de la mujer en puestos de poder en diferentes ámbitos, entre los cuales cita el deportivo; y, por último, prevé «velar por la igualdad de oportunidades para mujeres y niñas en las actividades culturales, recreativas y deportivas, así como en la participación en actividades atléticas y físicas en los planos nacional, regional e internacional, como acceso, entrenamiento, competencia, remuneración y premios»<sup>29</sup>.

Finalizamos este punto señalando que los límites mínimos de edad que se exigen

---

Reus, Madrid, 2019, p. 268.

El autor completó su exposición indicando que, por desgracia, el problema va incluso más allá introduciéndose incluso hasta en el núcleo familiar. En efecto, está bastante extendida una práctica nociva consistente en que los padres discriminan a los hijos en función del sexo con ocasión de la práctica del deporte. Así, mientras que al hijo se le presta una mayor atención y ayuda para que pueda realizar el deporte que prefiere, la pretensión de la hija se ve frustrada debido a que no recibe la misma atención y ayuda.

<sup>29</sup> Pero esta no es la única discriminación que sufren muchas niñas. Muchos menores tampoco pueden disfrutar de la actividad deportiva al verse apartados debido a su discapacidad. A este respecto, por un lado, debemos recordar que el artículo 30.5 CDPD en su previsión se refiere a la participación de los niños y niñas con discapacidad en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte. Y, por otro lado, también debemos apuntar aquí que el Comité de derechos del niño también presta atención a esta cuestión. En concreto, en su Observación General nº 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad de 17 de febrero de 2007, apartado 72, hace referencia a las obligaciones de los Estados partes sobre el acceso de los menores discapacitados a la actividad deportiva. La podemos encontrar sin ningún problema en (consultado el día 25 de agosto de 2021): [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f9&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f9&Lang=en)

para poder participar en las competiciones profesionales pueden originar varios agravios debido a su prontitud<sup>30</sup>. Sin duda alguna, en muchas ocasiones lo que late tras el establecimiento de dichos límites es, por ejemplo, otorgar preferencia a los intereses económicos y/o deportivos sobre los intereses del menor, la ignorancia de lo que ello supone para el menor en cuanto a esfuerzos desmedidos y menoscabo de su normal desarrollo con una educación y condiciones adecuadas, y el desconocimiento de las desventajas y peligros que conlleva. Como veremos a lo largo de la tesis, lo que ha de

---

<sup>30</sup> En este sentido, debemos saber que, respecto a la capacidad para trabajar como deportista profesional, en el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores [(en adelante ET) 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 nº 255 de 24 de octubre de 2015] existe una prohibición general para trabajar que alcanza a toda persona menor de 16 años. Pero más relevancia tiene para lo que aquí se está explicando que dicha norma general tiene una excepción prevista en el apartado cuarto del mentado artículo para los casos en que el trabajo en cuestión consista en un espectáculo público. En estos casos, no existe una edad mínima, sino que sólo se exige una autorización de la autoridad laboral que se concederá para unos actos concretos y siempre que no suponga peligro alguno ni para la salud física ni para la formación profesional y humana. Sin embargo, debido al indicado carácter esporádico, no alcanza al ámbito deportivo. Por ello, resulta fundamental atender a lo que dictaminó la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en adelante TS) en su Sentencia de 5 de febrero de 2010, es decir, que prevalece el interés superior y el libre desarrollo de la personalidad del menor. En consecuencia, ello le llevó a hacer respetar los límites que se derivan del orden público en relación con la contratación de menores, especialmente en cuanto a la tutela del interés del menor vinculada al libre desarrollo de su personalidad. Así pues, a tenor de lo previsto en el artículo 166 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid nº 206, de 25 de julio de 1889; y en adelante CC), es necesaria una autorización judicial para actos como estos. [R. Roqueta Buj, *Módulo IV. El régimen laboral del deporte profesional (I)*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013, pp. 49 y 50].

Por su parte, de lo anterior hay que diferenciar la capacidad para contratar como deportista profesional. Y como quiera que al respecto nada prevé el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales (BOE nº 153, de 27 de junio de 1985), rigen las previsiones de carácter general contenidas en el ET. Así, su artículo 7.b) prevé que aquellas personas que tengan una edad comprendida entre los 16 y 18 años necesitan la autorización de los padres o tutores para suscribir un contrato laboral, salvo que esté emancipado. Por supuesto, sin dicha autorización al contrato le falta uno de los elementos esenciales que exige el artículo 1261 del CC y, por ende, será nulo, sobre todo si limita los derechos del deportista menor de edad. A este último respecto, resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante STSJ) de Murcia con fecha 1 de diciembre de 2008 (recurso nº 938/2008). Además, dicho contrato no podrá subsanarse, aunque sí convalidarse. [*Ibidem*, p. 46].

Junto a todo lo anterior, también conviene exponer aquí que el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la Federación Internacional de Fútbol Asociación de marzo de 2022 (para el Reglamento, en adelante RETJ; y para la federación, en adelante FIFA) regula las transferencias internacionales de menores de edad. Por un lado, el artículo 19.1 contiene una previsión general consistente en que dichas transferencias sólo se permiten en el caso de que el jugador tenga como mínimo 18 años. Pero, por otro lado, en el apartado segundo de dicho precepto se han dispuesto cinco excepciones: a) Si los padres del jugador cambian su domicilio al Estado donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol; b) el jugador tiene entre 16 y 18 años y (i.) la transferencia se efectúa dentro del territorio de la UE o del Espacio Económico Europeo (en adelante EEE), o (ii.) la transferencia se efectúa entre dos asociaciones dentro del mismo Estado. Y, además, si el nuevo club cumple unas obligaciones mínimas como son proporcionar al jugador una formación o entrenamiento futbolístico adecuado, garantizar una formación académica o escolar que le permita desarrollar otra carrera en el caso de que no tenga éxito, tomar todas las medidas para asistir al jugador lo mejor posible, y aportar la prueba de cumplimiento de estas obligaciones. c) El jugador y el club tienen su residencia a menos de 50 kilómetros de sus respectivas fronteras nacionales; d) el jugador se ha visto obligado a



tenerse en cuenta preferentemente es el interés del menor y, por ende, tomar todas las medidas adecuadas que le hagan lograr el mayor beneficio.

## **1. 2. LA ESPECIFICIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA**

Por su parte, la organización de la actividad deportiva es única, singular, y, por ello, junto a las características singulares del propio desarrollo de dicha actividad adelantadas en la introducción (el desenvolvimiento rápido de las breves competiciones, la vida profesional de los deportistas que es más corta que la de otros trabajadores, los cuantiosos intereses económicos y sociales que hay en juego, y el la dimensión inherentemente internacional), se ha proclamado siempre su especificidad.

Pero la verdad conviene realizar ya la siguiente advertencia. Dicha especificidad no es algo exclusivo del deporte, sino que también se ha podido observar en otros sectores muy relevantes como, por ejemplo, el marítimo, el transporte, la cultura y el medio ambiente<sup>31</sup>. Igualmente, la misma polémica se suscitó en ellos, entendiéndose que la referida especificidad no puede conllevar una libertad para hacer cuanto se desee, sino que, al contrario, la actividad está sometida al ordenamiento jurídico en el que se desarrolla, aunque con las modulaciones correspondientes. En otras palabras, en todos estos casos, el concreto tratamiento singular que necesitan, reclaman y reciben por parte de las instituciones no puede suponer un motivo en virtud del cual se tolere no respetar el Derecho y, por ejemplo, mantener a lo largo del tiempo discriminaciones que conculcan Derechos fundamentales. Por supuesto, lo dicho alcanza también tanto a las instituciones europeas como al Derecho europeo, lo cual se desarrollará posteriormente. Y, evidentemente, el deporte no puede constituir una excepción pese a las intenciones que siempre han tenido los organismos internacionales de querer tener un margen de

---

abandonar su Estado por estar en peligro su vida o libertad; y e) si el jugador es estudiante y se traslada a otro Estado sin sus padres para participar en un programa de intercambio académico. Por último, en el apartado 4 se prevé lo concerniente a los jugadores que tienen como mínimo 10 años, mientras que en el apartado 6 se regula los menores de ésta edad. [Dicho Reglamento se encuentra en el siguiente enlace (consultado el día 11 de octubre de 2021): <https://digitalhub.fifa.com/m/67a84f2e21de4db3/original/Reglamento-sobre-el-Estatuto-y-la-Transferencia-de-Jugadores-agosto-de-2021.pdf>.

<sup>31</sup> Respecto a la cultura, véase A. Palomar Olmeda, *Módulo I. El marco jurídico internacional y nacional del deporte*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013, pp. 46 y 52–54.

libertad extralimitado para hacer cuanto quisieran al margen del ordenamiento jurídico. Lo dicho conviene retenerlo tanto por su importancia como porque más adelante será necesario insistir nuevamente en ello.

Debido a que la especificidad caracteriza a la organización de la actividad deportiva, a continuación vamos a exponer las líneas generales de dicha organización tanto a nivel internacional como nacional. Más concretamente, debemos precisar antes que donde mejor se observan las peculiaridades de la organización del deporte es en la manera en que se articulan los entes principales que participan en el mundo del deporte, tanto a nivel internacional como nacional. Dicha manera es de arriba a abajo y viceversa<sup>32</sup>. De ahí precisamente provienen las características de la estructura de la organización de poseer una forma piramidal y que esté desconcentrada, las cuales, junto al resto de características como son la diversidad y autonomía de las organizaciones deportivas, su base nacional, la existencia de una única Federación por cada disciplina deportiva, la celebración de las competiciones en función del sexo y las determinadas limitaciones que se imponen a los participantes, hacen que albergue, la mentada estructura, una idiosincrasia propia.

Por lo demás, también conviene apuntar antes que el movimiento deportivo es universal, así como que entrelaza diversas instituciones y agrupaciones deportivas tanto nacionales como internacionales. Y es en este espeso entramado donde destaca el Comité Olímpico Internacional (en adelante COI) al ocupar un lugar central y privilegiado, además de constituir una garantía de la protección del movimiento y el deporte olímpico<sup>33</sup>. En fin, a continuación exponemos toda la organización con todos los detalles.

### **1. 2. 1. Las normas que regulan la estructura organizativa del deporte**

---

<sup>32</sup> J. P. Karaquillo, «Droit international du sport», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (en adelante *RCADI*), n° 309, 2004, p. 28.

<sup>33</sup> Son dos los textos que son muy interesantes al tratar este punto. Por un lado, el de F. Alaphilippe, «Sport et droit», *Revue juridique et économique du sport*, n° 1, CNOSF, 1987, p. 3. Y, por otro lado, la propia Carta Olímpica, cuya versión de 17 de julio de 2020 puede encontrarse en el siguiente enlace (consultada el día 15 de octubre de 2021): <https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/ES-Olympic-Charter.pdf>

Debemos comenzar por exponer las normas que forman la indicada articulación puesto que, al definirla y establecer los cauces adecuados, constituyen una parte crucial.

A este respecto, en primer lugar, en la organización privada se ha de remarcar que una característica del modelo deportivo español es que otorga a los entes privados el ejercicio de la potestad reglamentaria sobre sus afiliados, ya sean personas físicas (deportistas, técnicos, árbitros, etc.) o jurídicas (clubes y otros entes deportivos). De ello se deriva la existencia de los estatutos y demás reglamentaciones de las Federaciones deportivas.

Estas normas se caracterizan por lo siguiente: son elaboradas por las entidades deportivas en el ejercicio de la autonomía de la que gozan; han de superar un control previo de legalidad por la administración de tutela correspondiente (estatal o autonómica) para comprobar que respetan las normas públicas; ha de publicarse su entrada en vigor (de todos los estatutos y de algunos reglamentos); su jerarquía, donde los estatutos son la norma superior y, tras ella, se dictan las demás normas; y el carácter necesario u obligatorio de algunas normas (estatutos, y los reglamentos de disciplina y régimen electoral). Asimismo, se ha de saber que todas las normas que dictan los organismos deportivos quedan encuadradas en el sistema normativo donde cada norma legitima a la siguiente o, lo que es lo mismo, cada una ha de respetar lo dispuesto por las superiores. De este modo, el esquema de las normas que articulan la forma piramidal de la organización del deporte es el siguiente: la Constitución Española (en adelante CE), las leyes estatales o autonómicas, los Reglamentos estatales o autonómicos, los Estatutos de las Federaciones deportivas y, por último, las demás normas federativas o reglamentos aplicables a sus miembros. Pero para finalizar debemos indicar que además de todas las normas indicadas también existen las reglas del juego<sup>34</sup>.

Debemos hacer alusión a las normas que promulgan las Federaciones internacionales debido a que influyen decisivamente a las Federaciones nacionales y a los miembros de éstas. En efecto, las Federaciones nacionales están sometidas a las normas de las Federaciones internacionales (que son de Derecho convencional, esto es, de naturaleza contractual). Además, en caso de conflicto prevalecen éstas últimas. La

---

<sup>34</sup> E. Gamero Casado, *Fundamentos de Derecho deportivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pp. 84 y 85.

razón de todo ello es la adhesión voluntaria de aquéllas en éstas. Asimismo, la mentada voluntariedad nos indica que se trata de una actividad privada de carácter transnacional y, por ende, vinculada al Derecho transnacional y donde destaca su carácter privado<sup>35</sup>. Esto es, no se trata de Derecho internacional y de carácter público, el cual se fundamenta siempre en la labor de los Estados soberanos. Por supuesto, tampoco es Derecho interno. Por eso mismo la autorregulación siempre ha tenido un papel crucial. Y, como hemos apuntado, dichas normas de la Federación internacional también alcanzan a los miembros de las Federaciones nacionales, es decir, a las Federaciones autonómicas, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, ligas profesionales y otros colectivos. En este sentido, debe precisarse que cuando ello sucede la normativa deja de ser internacional y pasa a ser interna de la Federación española debido a que o bien se ha introducido en la normativa federativa española o bien porque en ésta existe una remisión. En suma, se puede resumir todo ello expresando que los Estatutos y Reglamentos de las Federaciones internacionales tienen eficacia vertical sobre las Federaciones nacionales, pero que no tienen eficacia horizontal sobre los miembros de éstas últimas.

Y junto a todas las normas anteriores, no debemos olvidarnos de los muy relevantes Convenios que en España conciertan las ligas con su Federación. Éstos fueron previstos por el Reglamento que desarrollaba la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte<sup>36</sup> (en adelante Ley del Deporte) para instrumentar la coordinación que preveía dicha ley entre las Ligas profesionales y sus respectivas Federaciones con el fin de organizar las competiciones correspondientes. Para comprender mejor en qué consisten, señalamos que contienen, entre otras cosas, el calendario deportivo, el límite de participantes, la composición y funcionamiento de los órganos disciplinarios, los ascensos, los descensos y el arbitraje deportivo. Además, para el caso de que el convenio no se celebre, el propio reglamento prevé una regulación con todo detalle a la que se habrán de acomodarse ineludiblemente las competiciones de las ligas. Una cuestión muy importante de los convenios es la de su naturaleza, pues en función de ella el régimen jurídico será diferente, y lo mismo cabe decir respecto a la jurisdicción con

---

<sup>35</sup> A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, p. 34.

<sup>36</sup> BOE nº 249, de 17 de octubre de 1990. Se ha tener muy en cuenta que dicha Ley estuvo en vigor hasta el pasado 31 de diciembre de 2022, cuando entró en vigor la nueva la nueva Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte (BOE nº 314, de 31/12/2022).

competencia en caso de conflicto. En cuanto a la naturaleza, no puede decirse que no alberguen un carácter público, aunque ninguno de los sujetos sea una administración por ser los dos entes privados. Ello se debe a que, al igual que se acepta que actúen como vicarias de la administración ejerciendo algunas funciones públicas delegadas, no se puede rechazar que desarrollen dichas responsabilidades públicas mediante convenios.

En segundo lugar, en lo que atañe a la organización pública del deporte, se ha de indicar la existencia de la múltiple legislación deportiva promulgada tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA). De este modo, se han ido creando diversos grupos normativos que se estructuran en ramas. En efecto, por un lado, encontramos las normas estatales y, por otro, las normas autonómicas. Ello se debe a lo que se prevé en el Título VIII CE, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 43.3 del mismo texto legal que no atribuye competencia ninguna ni al Estado ni a las CCAA. En efecto, el artículo 148.1.19ª CE dispone la competencia que tienen las CCAA en materia de deporte, donde éstas han entendido que es en exclusiva. Sin embargo, ello no significa que el Estado no tenga ninguna competencia sobre deporte. Antes al contrario, sí que tiene debido a muy importantes razones como son: el carácter armonizador de la legislación estatal; el carácter supraautonómico de varias facetas del deporte (sobre todo las competiciones); la variedad de vertientes que confluyen en el deporte donde el Estado tiene competencia; por constituir el deporte una manifestación cultural de gran relevancia (lo cual puede incardinarse en lo que dispone el artículo 149.2 CE); y la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. También se observa la siguiente jerarquía que tienen en común: una Ley general sobre el deporte, un Reglamento de entidades deportivas, un Reglamento de régimen sancionador y disciplinario, y un Reglamento de alto nivel. Además, junto a todo ello debemos tener en cuenta que también existe toda la normativa por la que se rige el deporte municipal y que está compuesta por ordenanzas, reglamentos, licencias y decretos de alcaldía. Asimismo, la Administración local se ocupa del deporte de dos maneras. Por un lado, como competencia de todos los municipios y provincias, donde destaca el artículo 25.m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>37</sup> (en adelante LRBRL) el cual posibilita a los municipios a que promuevan todo tipo de actividades y a prestar servicios públicos para satisfacer las necesidades de los vecinos.

---

<sup>37</sup> BOE nº 80, de 3 de abril de 1985.

Asimismo, también destaca el artículo 36 de la misma ley en relación con las provincias. Y, por otro lado, como objeto de prestación obligatoria de determinados servicios, donde hay que tener presente que el artículo 26.1.c) de dicha ley dispone que los municipios deben contar con instalaciones deportivas de uso público cuando haya más de 20.000 habitantes. Igualmente relevante es el que deba existir un equipo técnico con la finalidad de que las garantías sean plenas en el ejercicio del deporte. Pero ambas cuestiones son en relación con el deporte para todos; la verdad es que junto a ellas también los municipios ejercen sus funciones en relación con el deporte profesional como, por ejemplo, ayudas públicas que se concretan en patrocinios institucionales, subvenciones directas y/o en acceder a la propiedad de las acciones de los equipos. Sin duda alguna, estas últimas actividades no se deben sólo a las competencias que la ley prevé sino que existen otras razones de gran peso como que la identificación de la ciudadanía con el equipo hace que exijan a los políticos una atención especial al mismo, y el reconocimiento que la ciudad gana cuando el mentado equipo juega en la máxima categoría, los nuevos puestos de trabajo que genera y la reactivación de uno o varios sectores económicos<sup>38</sup>.

### **1. 2. 2. Los organismos de la organización del deporte**

Una vez que conocemos qué normas regulan la forma piramidal de la organización deportiva, podemos pasar a exponer otra cuestión crucial como es la de los tipos de organismos que se articulan entre sí en la organización del deporte.

Como hemos señalado, la organización del deporte no sólo posee una forma piramidal sino que también se encuentra desconcentrada. La razón de ello es que se logra unidad, armonía y la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Dicha desconcentración la podemos observar, por ejemplo, en la incorporación de los Comités

---

<sup>38</sup> Para una exposición más exhaustiva de todo lo que hemos indicado en este párrafo, conviene consultar dos obras: la de E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 82, 83, 116 y 117. Y la de A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 95–110. Como se puede observar, en ésta última obra se citan las relevantes Sentencias de un órgano jurisdiccional muy importante como es Tribunal Constitucional (en adelante TC) 16/1996, de 1 de febrero (BOE nº 54, de 2 de marzo de 1996); 226/1998, de 26 de noviembre (BOE nº 312, de 30 de diciembre de 1998); 148/2000, de 1 de junio (BOE nº 156, de 30 de junio de 2000); 110/2012, de 23 de mayo (BOE nº 147, de 20 de junio de 2012), y 80/2012, de 18 de abril (BOE nº 117, de 16 de mayo de 2012). Las explicaciones más esenciales sobre cada una de ellas se exponen más adelante.

Olímpicos Nacionales (en adelante CON) a una estructura jerárquica donde quedan sometidos al COI. Pero no sólo ahí, sino también en el encuadre de las Federaciones internacionales, las Federaciones continentales y las Federaciones nacionales. Y, a más abundamiento, por debajo de éstas últimas continúa la propagación en áreas regionales e, incluso, locales.

Con el objetivo de observar lo expuesto con claridad, a continuación vamos a describir sucintamente la organización deportiva con carácter general y, a su vez, la que existe en España, desde el nivel internacional hasta el local o desde el vértice de la pirámide hasta su base. Como vamos a poder observar, el deporte está organizado tanto en su vertiente privada como en la pública.

#### A. La vertiente privada

En cuanto a la amplia rama o amplio ámbito de lo privado, el texto fundamental, y por ello se ha de tener siempre muy presente, para conocer lo concerniente a estas organizaciones es la Carta Olímpica<sup>39</sup>. Ésta prevé que el movimiento olímpico está compuesto por el COI, las Federaciones internacionales, los CON, las asociaciones nacionales y los clubes. Es el primero de ellos quien ostenta el poder máximo sobre los demás. En suma, el conjunto de todos ellos constituye una auténtica red institucional<sup>40</sup>.

##### *i. El Comité Olímpico Internacional*

En primer lugar, debemos referirnos al COI, el cual, según la Carta Olímpica, es una organización internacional de carácter no gubernamental, sin ánimo de lucro y con forma de asociación con personalidad jurídica reconocida por el Consejo Federal Suizo<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Ver nota 33.

<sup>40</sup> Para una más completa información, consultar: J. P. Karaquillo, *supra op. cit.* nota 32, p. 29.

<sup>41</sup> Asimismo, su duración es limitada en el tiempo y no constituye una asociación con personalidad jurídica internacional. Fue creado el día 23 de junio de 1894 por el barón Pierre de Coubertin durante el Congreso de París; es decir, no fue creado por los Estados. Y los miembros que se reúnen en su asamblea general son muy numerosos, más de cien. Por lo demás, dichos miembros son, en todo caso, personas físicas, las cuales tienen la finalidad de representar en los Estados de que son nacionales al propio COI. En otras palabras, no son delegados de su Estado ante el COI y, por ende, han de rechazar cualquier mandato u orden que reciban de los gobiernos que pueda suponer un obstáculo a su libertad de acción y

## *ii. Los Comités Olímpicos Nacionales; el Comité Olímpico Español*

En segundo lugar, debemos hacer alusión a los CON. Y lo primero que se ha de saber es que es muy difícil que exista algún Estado donde no se note la presencia de un comité olímpico<sup>42</sup>. Para ello, no es necesario que lo imponga el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión, puesto que es suficiente con la investidura del COI. Y, como no podía ser de otra manera, dicha investidura tiene influencia tanto en la composición de cada CON como en las misiones que se le hayan encargado. Así es que cualquiera de los CON ha de recibir como miembros, si los hay, a los miembros del COI en su Estado; a las Federaciones nacionales que estén afiliadas a las Federaciones internacionales que regulan el deporte incluidas en los programas de los Juegos Olímpicos o los representantes que designen; y los deportistas que estén en activo o los exdeportistas que hayan participado en Juegos Olímpicos. A más abundamiento, tal y como prevé la Carta Olímpica, también pueden incluirse dentro de ellos, por un lado, las Federaciones nacionales que estén afiliadas a las Federaciones internacionales reconocidas por el propio COI y cuyos deportes no se encuentran en el programa de los Juegos Olímpicos y, por otro lado, aquellos grupos polideportivos y demás organizaciones del deporte o sus representantes, del mismo modo que todas aquellas personas que posean la nacionalidad del Estado y puedan reforzar la eficacia del CON, o que hayan contribuido eminentemente a la causa del deporte y del olimpismo. También se ha de saber que cada CON, según la Carta Olímpica, tiene una serie de atribuciones olímpicas que no puede soslayar, así como que algunos de ellos, más allá de la investidura olímpica, han visto su autoridad consagrada y reforzada mediante una investidura pública inscrita en una legislación estatal. Los mejores ejemplos de éstos últimos son el Comité Nacional Olímpico y Deportivo de Francia (en adelante CNODF) y el Comité Olímpico Nacional de Italia (en adelante CONI).

Por lo que hace a la organización deportiva en España, encontramos el Comité Olímpico Español (en adelante COE), el cual, como preveía el artículo 48 de la recientemente derogada Ley del deporte, es una asociación que no tiene objetivos lucrativos, y está dotada de personalidad jurídica. Además, debido a que tiene por

---

de voto. Una información más completa se encuentra en *Ibidem*, pp. 30-32, 34 y 35.

<sup>42</sup> Véase «Comité national olympique et sportif français (CNOSF)», *Dictionnaire permanent du droit du sport*, Editions législatives, 1997, pp. 631 y ss.



finalidad desarrollar el movimiento olímpico y difundir los ideales olímpicos, ha sido declarado de utilidad pública. Y se rige por lo previsto en sus Estatutos y Reglamentos<sup>43</sup>, siempre dentro del marco de la ley del deporte que esté en vigor y del Ordenamiento jurídico español, y respetando los principios y normas del COI, ante el cual, por cierto, le corresponde la representación de España. Por lo demás, entre otras, tiene asignada las funciones de organizar tanto la inscripción como la participación de los deportistas españoles en los Juegos Olímpicos, colaborar en su preparación y promover la práctica de las disciplinas deportivas representadas en dichos Juegos. Por ello mismo, además, las Federaciones deportivas españolas de las modalidades deportivas han de formar parte del mismo. También se aprecia la desconcentración en el hecho de que el COE ha de participar en todas las organizaciones internacionales en representación del movimiento olímpico español. Por último, debemos indicar la existencia también del Comité Paralímpico Español, el cual tiene la misma naturaleza y desempeña funciones muy parecidas a las del COE en relación con los deportistas que padecen algún tipo de discapacidad. Por ello, también ha sido declarado de utilidad pública.

### *iii. Las Federaciones deportivas internacionales*

En tercer lugar, encontramos las Federaciones deportivas que actúan a nivel internacional (como por ejemplo la FIFA), las cuales son agrupaciones de naturaleza privada que regulan y gestionan una o varias disciplinas deportivas a nivel mundial. Y la verdad es que todas ellas tienen objetivos muy parecidos y, por ello, han creado organizaciones muy similares. Ahora bien, no goza de un estatus internacional<sup>44</sup>; al igual que el COI, ni su personalidad jurídica ni su capacidad legal no están relacionadas con la existencia de un tratado o convenio internacional. Resulta de la aplicación de la legislación del Estado en que tiene su sede. Y la verdad es que muchos consideran que su atracción internacional tiene su causa en otras partes como, por ejemplo, en la creación o coordinación de eventos deportivos internacionales y prestigiosos a los

---

<sup>43</sup> Los Estatutos, de 29 de mayo de 2019, se pueden encontrar en el siguiente enlace (consultado el día 25 de octubre de 2021): <https://conpaas.einzelnet.com/services/mediaservice/api/media/415f458bd2ec14b7754ccb942d577369276bb55d>

Para acceder a más disposiciones, se adjunta el enlace de la página web del COE: <https://www.coe.es/>

<sup>44</sup> Véase Ch. Dudognon, «Fédération sportive internationale», *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, 1990, pp. 183 y ss.

cuales sólo están invitadas las Federaciones deportivas nacionales miembros y sus clubes afiliados<sup>45</sup>.

*iv. Las Federaciones deportivas nacionales y, en España, autonómicas*

En cuarto lugar, se encuentran las Federaciones deportivas nacionales, las cuales constituyen en todos los Estados la piedra angular u organismo primordial de la organización del deporte. Además, en los denominados sistemas liberales, los cuales predominan mayormente en los Estados de cultura anglosajona, se trata de asociaciones de Derecho privado que están sometidas principalmente a las reglas aplicables a los grupos privados. En cambio, en aquellos sistemas en que la intervención del Estado es mayor, dichas Federaciones también son asociaciones de Derecho privado pero con una clara misión de servicio público y con prerrogativas de autoridad pública. Así, lo dicho puede resultar de gran utilidad para constituir una guía a la hora de definir las Federaciones deportivas nacionales en el entorno legal nacional y en el orden deportivo internacional<sup>46</sup>.

En España, tras el COE, se hallan las Federaciones deportivas nacionales y autonómicas. Las nacionales tienen una importancia capital por la razón de que son las que mayoritariamente aglutinan la organización deportiva privada e institucionalizada. A modo de ejemplo, citamos la Real Federación Española de Fútbol (en adelante RFEF). Junto a ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC)

---

<sup>45</sup> Evidentemente, lo que hemos expuesto son solamente unas breves pinceladas sobre estos entes. En la presente nota a pie de página podemos añadir que todas las Federaciones deportivas internacionales prevén en sus estatutos lo siguiente: que uno de los objetivos es, en primer lugar, organizar en cualquier disciplina los campeonatos del mundo de los que es titular y propietario exclusivo; en segundo lugar, organizar los campeonatos del mundo y otros campeonatos que el Congreso haya considerado o estimado convenientes; en tercer lugar, organizar sus propias competiciones internacionales; y, en cuarto lugar, organizar, controlar y regular todas las competiciones internacionales, sobre todo las de nivel de selecciones nacionales y clubes. Pero no sólo eso, sino que también prevén más cosas que no podíamos pasar por alto en este estudio. En efecto, nos estamos refiriendo a que sólo aquellos miembros que sean directos o indirectos de una Federación nacional afiliada pueden participar en las competiciones suyas de carácter oficial; que la afiliación a una Federación que sea miembro posibilita la participación en sus competiciones; que los miembros afiliados están obligados a participar en las competiciones que organiza; y que cada Federación nacional que esté afiliada hará todo lo que pueda para que los nacionales de otras Federaciones nacionales afiliadas tengan permitido participar en actividades internacionales organizadas en su territorio.

Para una mayor información sobre ello, consúltese las siguientes obras: J. P. Karaquillo, *supra op. cit.* nota 32, pp. 36 y 37. A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 25–38. Y E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 193–205.

<sup>46</sup> Para más información al respecto, véase: J. P. Karaquillo, *supra op. cit.* nota 32, pp. 40 y 41.

67/1985, de 24 de mayo, constituyó un punto de inflexión<sup>47</sup>. En efecto, ante el problema que le fue planteado sobre la compatibilidad de las Federaciones con el derecho de asociación consagrado en el texto constitucional, dicho órgano jurisdiccional determinó la constitucionalidad de los artículos que se pusieron en cuestión para manifestar que las Federaciones deportivas están configuradas como asociaciones de carácter privado, sin perjuicio de que por delegación también tienen atribuidas funciones públicas de naturaleza administrativa. Es por ello que las calificó de “asociaciones privadas de configuración legal”. Y dicho pronunciamiento fue acogido inmediatamente en la jurisprudencia del TS<sup>48</sup>, lo cual fue determinante en la Ley del Deporte que se promulgó en el año 1990. Esta ley indicó la naturaleza jurídica privada de las Federaciones deportivas; eso sí, precisando a continuación que junto a sus propias atribuciones también ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo. Por supuesto, señalaba cuáles son esas funciones públicas en su artículo 33.1, e indicaba que se ejercerían bajo la tutela y coordinación del Consejo Superior de Deportes (en adelante CSD). De igual importancia resulta el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas<sup>49</sup> debido a que prevé que los actos emanados de las Federaciones deportivas españolas en ejercicio de las funciones públicas son recurribles ante el CSD, el cual pone fin a la vía administrativa. Por lo demás, la cuestión de su integración también es muy importante, pues están formadas por las 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. Por lo que respecta a las Federaciones deportivas autonómicas, la Ley del Deporte preveía que la organización territorial de las Federaciones españolas ha de ajustarse a la del Estado en CCAA. Así, las autonómicas han de integrarse en las nacionales. Y la verdad es que ello constituye un requisito imprescindible para que los miembros de las Federaciones autonómicas puedan

---

<sup>47</sup> BOE nº 153, de 27 de junio de 1985. Se puede acceder a la Sentencia a través del siguiente enlace (consultado el día 25 de octubre de 2021): <https://www.boe.es/boe/dias/1985/06/27/pdfs/T00001-00007.pdf>

<sup>48</sup> Véanse sus Sentencias de 5 de diciembre de 1985, de 5 de junio de 1987, de 27 de octubre de 1987, de 2 de noviembre de 1987, de 23 de marzo de 1988, de 27 de febrero de 1989, de 8 de junio de 1989 y de 30 de mayo de 1990. Y una vez en vigor la ley, cabe citar las Sentencias de 25 de mayo de 1993, de 17 de abril de 1996 y de 5 de diciembre de 1996. [R. Terol Gómez, *Módulo II. La organización pública y privada del deporte*, Ed. Alfa Delta Digital S. L., 2013, p. 20].

<sup>49</sup> BOE nº 312, de 30 de diciembre de 1991.

participar en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito nacional e internacional. Junto a ello, se ha de saber que las Federaciones se regulan mediante sus propios Estatutos. Asimismo, de todo ello se deriva la existencia crucial de la licencia deportiva, la cual es imprescindible para participar en competiciones deportivas oficiales, así como para formar parte de la Federación correspondiente. En otras palabras, habilita para ejercer la actividad deportiva oficial de cada caso<sup>50</sup>.

#### v. *Las Asociaciones de clubes*

Pero las expuestas Federaciones no son las únicas asociaciones de segundo grado que existen. En España también hay las denominadas asociaciones de clubes. No obstante, hay una diferencia sustancial entre ambas, y es que éstas no gozaban de la atención adecuada por parte de la Ley del deporte. Es por ello que, por un lado, ha sido el TS quien ha venido reconociendo su existencia mediante diversos pronunciamientos. El caso más importante es el de la Asociación de Clubes de Baloncesto (en adelante ACB), cuya solicitud de inscripción en el Registro de Asociaciones y Federaciones Deportivas del CSD fue estimada. Y, por otro lado, también se ha reconocido su existencia a través de los reglamentos que desarrollaron la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte<sup>51</sup>. Por lo que respecta a la Ley del Deporte de 1990 que estuvo en vigor hasta el pasado 31 de diciembre de 2022, la misma no reconocía asociaciones de clubes fuera de las ligas profesionales. En efecto, preveía que las asociaciones deportivas se clasifican en clubes, agrupaciones de clubes de ámbito estatal, entes de promoción deportiva de ámbito estatal, ligas profesionales y Federaciones deportivas españolas. Así, se observa que es una cuestión diferente la del reconocimiento de asociaciones de clubes dentro del ámbito federativo cuando no son ligas profesionales, lo cual no estaba previsto en la citada ley ni en las normas que la desarrollan. Ahora bien, sí que parecía apreciarse dos vías indirectas que conducían a su reconocimiento: una se encontraba en el artículo 30.1 de la Ley del Deporte del año 1990, puesto que disponía que las Federaciones deportivas españolas están integradas, entre otros organismos, también por otros colectivos interesados que promuevan,

---

<sup>50</sup> Para una explicación más exhaustiva, véase: R. Terol Gómez, *supra op. cit.* nota 48, pp. 17–44. También resulta muy beneficioso consultar la siguiente obra: E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 123–146.

<sup>51</sup> BOE nº 89, de 12 de abril de 1980, pp. 7908 a 7913.

practican o contribuyen al desarrollo del deporte. Y la segunda era una disposición de desarrollo de dicha ley al prever que en relación con el registro de asociaciones deportivas del CSD se podían inscribir todas aquellas asociaciones o entidades con personalidad jurídica propia, cuyo objeto social sea deportivo, que organicen o participen en la organización de competiciones deportivas de ámbito estatal. A día de hoy, entre las asociaciones de clubes destacan la Asociación de Clubes de Rugby, la Asociación Española de Organizaciones Ciclistas, la Liga Nacional de Fútbol-Sala, la Asociación Española de Clubes Españoles de Balonmano y la Asociación de Clubes Españoles de Waterpolo<sup>52</sup>.

#### *vi. Las Ligas profesionales*

A continuación, se encuentran las ligas profesionales, como es el caso de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante LNFP), por ejemplo. Éstas, pese a estar integradas en las Federaciones, cuentan con una personalidad jurídica propia, así como con autonomía organizativa y funcional. Su naturaleza, y por los mismos motivos, es la misma que la de las Federaciones. Y la razón de su creación es que se necesitaba una gestión adecuada debido a la proyección y relevancia social que el deporte ha adquirido en los últimos años. Otra cosa que debemos saber sobre ellas es que se consideran asociaciones deportivas o asociaciones de clubes que se crean obligatoriamente en el caso de que existan competiciones oficiales de carácter profesional y de ámbito estatal. Por lo demás, junto a las funciones que la Federación le pueda delegar, se encargan de organizar sus propias competiciones; tutelar, controlar y supervisar lo que le indicaba la Ley del Deporte de 1990; y ejercer la potestad disciplinaria. En cuanto a su objeto social, no es otro que la cooperación asociativa de todos sus miembros en torno a la gestión de la competición en que participan<sup>53</sup>.

#### *vii. Los Clubes deportivos*

---

<sup>52</sup> R. Terol Gómez, *supra op. cit.* nota 48, pp. 42–45. Como bien explicó el autor, se entiende por asociaciones de segundo grado aquellas que son asociaciones de asociaciones.

<sup>53</sup> A este respecto, sería muy adecuado consultar también las dos obras indicadas. En este caso: E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 153–157. Y R. Terol Gómez, *supra op. cit.* nota 48, pp. 55–88.

En penúltimo lugar, debemos exponer los clubes deportivos. En España, la Ley del Deporte los regulaba como aquellas asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas, que tengan por finalidad promover una o varias disciplinas deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados y la participación en actividades y competiciones deportivas. En este sentido, también debemos saber que son 3 las modalidades que existen: los clubes elementales, los básicos y la Sociedad Anónima Deportiva (en adelante SAD)<sup>54</sup>. Continuando con nuestro ejemplo del fútbol, podemos citar aquí al Real Madrid Club de Fútbol, el Fútbol Club Barcelona y la Real Sociedad de San Sebastián.

*viii. Los deportistas, afiliados, educadores deportivos, árbitros y demás participantes*

Por último, se encuentran los deportistas, afiliados, educadores deportivos, líderes deportivos, árbitros, etcétera. Y al respecto debemos señalar que a las relaciones que se originan entre todos ellos también alcanzan las competencias que poseen las Federaciones nacionales sobre la regulación y la sanción, es decir, el alcance va mucho más allá que a los simples órganos internos. A este respecto, podemos indicar que el mejor ejemplo de ello lo constituyen las obligaciones que las Federaciones deportivas internacionales imponen a sus nacionales miembros y, en consecuencia, éstos se ven obligados tanto a hacer constar en sus estatutos y reglamentos los principios y normas de aquéllas como a vigilar que se cumplen por parte de todos los participantes<sup>55</sup>. Por último, debemos añadir una precisión consistente en que en las variadas legislaciones nacionales que han incorporado los estatutos de las ligas nacionales y de las Federaciones se encuentra la indicada aspiración de ayudar a las Federaciones nacionales a que desarrollen con eficacia y rigor las misiones que tienen encomendadas

---

<sup>54</sup> En cuanto a las SAD, debido a la creación de las ligas, se decidió transformar todos los clubes que participen en competiciones que organicen aquellas (profesionales y estatales) en SAD. La finalidad de este régimen singular es crear un modelo de responsabilidad jurídica y económica, sobre todo por la deuda inmensa en que estaba enterrado el deporte profesional.

Respecto a todo lo indicado en el párrafo, para completarlo son fundamentales estas obras: E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 147–153. Y M. M. García Caba, *Módulo III. Las asociaciones deportivas privadas*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013, pp. 21–37.

<sup>55</sup> En suma, todos los participantes en el mundo del deporte quedan sometidos (y, por ende, también se benefician) a las regulaciones de las Federaciones internacionales. Un caso paradigmático de ello lo constituyó el conflicto que surgió entre la Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (en adelante UEFA) y el club francés de fútbol Olympique de Marsella, el cual se resolvió cuando la Federación Francesa de Fútbol adoptó una clara decisión sólo después que tanto la mentada UEFA como la FIFA realizasen intervenciones de urgencia.

de gestión, reglamentación y disciplina<sup>56</sup>.

## B. La vertiente pública

Una vez expuesta la organización privada del deporte, pasamos a la exposición de la pública. Y lo primero que se ha de hacer constar es que el intervencionismo público tiene la finalidad de regular el ámbito privado, es decir, el asociacionismo deportivo.

### *i. La Organización de las Naciones Unidas*

Como hemos dicho, nuestra exposición se desarrolla desde el nivel internacional hasta el local. Pues bien, en el nivel internacional, si bien es cierto que no existe ningún organismo que sea deportivo, sí que destacan tres órganos que entre todo el trabajo que desarrollan dedican una parte considerable de su intensa labor al deporte influyendo de manera decisiva en la organización pública del mismo.

En primer lugar, debemos hacer alusión a la ONU, la cual varias veces ha actuado en relación con la organización internacional del deporte. Y lo ha hecho, como no podía ser de otra manera, respetando los trascendentales principios que justifican su existencia y sus funciones, es decir, la paz, la unión de los pueblos y el equilibrio internacional.

El gran valor que considera que el deporte alberga se observa en la razón por la cual ha decidido actuar sobre el mismo. En efecto, para la ONU el deporte es un medio muy idóneo para poder alcanzar los objetivos que se ha marcado consistentes en lograr la paz, la seguridad y la cooperación internacional. En este sentido, la primera actuación de la ONU sobre el deporte se debió a la necesidad imperiosa de contar con medios satisfactorios para luchar contra el *apartheid* existente en varios países de África e Hispanoamérica. En concreto, fue en 1968 cuando elaboró las primeras resoluciones en las cuales recomendaba a dichos países y a sus órganos responsables del deporte que erradicaran totalmente el *apartheid*. Igualmente, en las resoluciones dejó claro que

---

<sup>56</sup> Una explicación más completa por los casos reales que se exponen se encuentra en: J. P. Karaquillo, *supra op. cit.* nota 32, pp. 46 y ss.

acogía, sin ninguna restricción, el principio olímpico de no discriminación racial<sup>57</sup>. Además de ello, una característica tienen en común todas las actuaciones de la ONU respecto al deporte, cual es que siempre ha respetado los acuerdos que los organismos internacionales han celebrado, sobre todo el COI.

No mucho tiempo después, el 14 de diciembre de 1977, la AGNU elaboró la Resolución 32/105 M, la cual consagró la recomendación a los Estados miembros que fue la “Declaración internacional contra el *apartheid* en el deporte”. Pero en 1985 dio un nuevo paso mediante el cual revistió de una mayor fuerza jurídica la lucha contra el *apartheid*, pues firmó una Convención internacional para luchar contra el mismo en el ámbito deportivo<sup>58</sup>. Sin lugar a dudas, todo ello resultó crucial para acabar oficialmente con el *apartheid* en Sudáfrica desde 1992.

Pero la labor que desarrolla la ONU gracias al deporte no se queda en lo anterior. También se ha marcado otro objetivo de gran importancia como es lograr la paz en aquellas partes del planeta que están en guerra. Para ello es fundamental encontrar medios eficaces y, entre ellos, se encuentra el deporte. Un ejemplo de ello fue la Resolución que adoptó en el año 1992 el Consejo de Seguridad mediante la cual la República Federal de Yugoslavia no podía participar en cualquier competición internacional.

Por último, en el 48º período de sesiones de la AGNU la Organización para la Unidad Africana presentó para que fueran aprobadas otras dos Resoluciones con la finalidad de crear a través del deporte un mundo mejor y más pacífico. Dichas Resoluciones fueron la 48/11 de 25 de octubre de 1993 que observaría la “Tregua Olímpica” y la 48/10 de 2 de noviembre de 1993 por la que se declaró 1994 como “Año Internacional del Deporte y del Ideal Olímpico”. Además, en dicho año, el 7 de diciembre, la 49ª AGNU aprobó por unanimidad (141 Estados, lo cual fue un récord total) la Resolución de 7 de diciembre de 1994 sobre la “creación, mediante el deporte y el ideal olímpico, de un mundo mejor en que reine la paz”. Igual importancia tienen las

---

<sup>57</sup> Cabe destacar dos resoluciones: la 2.775 D, de 29 de noviembre de 1971; y la 3.411 E, de 28 de noviembre de 1975.

<sup>58</sup> Dicha Convención fue aprobada por la Resolución 40/64 G, de 10 de diciembre de 1985, y a ella podían adherirse libremente los Estados.



diversas colaboraciones que la ONU ha tenido con el COI para luchar contra la droga mediante el deporte, las cuales originaron el Programa de las Naciones Unidas para el Control Internacional de las Drogas.

En definitiva, a través de todas estas actuaciones la ONU ha dejado claro que para ella el deporte tiene una relevancia trascendental para el contexto internacional<sup>59</sup>.

### *ii. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura*

Otra organización internacional es la UNESCO. La misma tiene como propósito contribuir a la paz y a la seguridad para asegurar que la justicia, la ley, los Derechos fundamentales y las Libertades fundamentales sean respetados por todos y a todos. Evidentemente, en el logro de dicho objetivo el deporte puede contribuir mucho. De este modo, junto a la ya expuesta CIUNESCO, en cuyos objetivos se basa la misión de la UNESCO en relación con la promoción de la actividad deportiva, se han de saber dos cosas más. Una, que en el año 1979 se creó el Comité intergubernamental para la educación física y el deporte con el fin de coordinar, promover y difundir la acción en dicho ámbito. Y dos, que en el año 2005, en el marco de la UNESCO, se creó la Convención internacional contra el dopaje, la cual es muy importante por lo que atañe al marco idóneo para el establecimiento de compromisos internacionales. España no se quedó retrasada, sino que firmó dicho documento<sup>60</sup>.

### *iii. El Consejo de Europa*

La tercera de las Organizaciones Internacionales que se ocupan del deporte es el Consejo de Europa. Esta organización de ámbito regional tiene por objetivo promover la libertad y la democracia en Europa. Y una buena definición de ella nos la ofreció el Consejo de Estado español al decir que constituye una organización de cooperación

---

<sup>59</sup> A. Camps i Povill, «Las organizaciones internacionales», en varios autores (en adelante VV. AA.), *Manual de la organización institucional del deporte*, Ed. Paidotribo, Barcelona, pp. 120 y 121.

<sup>60</sup> Para la firma por parte de España: BOE nº 41 de 16 de febrero de 2007, Instrumento de ratificación de la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005.

Para todo, véase A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 39–42.

política, no de integración, lo cual conlleva unas consecuencias muy concretas sobre las resoluciones de sus órganos (persuasivas más que vinculantes), así como sobre la eficacia de sus reglas, las cuales no se pueden aplicar mediante ejecución forzosa. Además, junto a él tienen una importancia grande tanto el CEDH como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Y la verdad es que para lo que ahora estamos explicando el Consejo de Europa resulta muy adecuado puesto que, sin duda alguna, se trata de uno de los organismos internacionales que mayores esfuerzos ha dedicado al deporte. La razón de ello es que considera que la actividad deportiva tiene una gran importancia que, además, ha ido aumentando con el paso del tiempo. Todo ello comenzó en la década de los sesenta del siglo pasado, y en la actualidad se pueden atisbar cuatro características claras. La primera es que el deporte, al conceptuarse como una actividad heterogénea y omnicomprendiva, ha sido abordado desde múltiples aspectos. La segunda es que se intenta defender el deporte como una actividad y necesidad universal. La tercera, debido a lo anterior, es que la actividad del Consejo de Europa es muy grande y destaca uno de sus órganos como es el Comité Directivo de Desarrollo. Y la cuarta es que la actividad es continua y se colabora con todos los Estados miembros.

Por ser, como hemos dicho, la actividad muy extensa, aquí sólo podemos apuntar dos Convenios internacionales que destacan y que de ellos es parte España. Uno es el Convenio Europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol, hecho en Estrasburgo el 19 de agosto de 1985<sup>61</sup>. Gracias a él, todas las autoridades (deportivas y estatales) comenzaron a ocuparse más seriamente de este problema grave. Por su parte, el otro documento es el Convenio contra el dopaje, hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989<sup>62</sup>, al cual se unió en el año 1992 otro Convenio contra el dopaje.

En este sentido, debemos apuntar que en relación con todo ello también se promulgaron, como ya hemos indicado, la Carta Europea del Deporte para Todos en el año 1975 y, posteriormente, la Carta Europea del Deporte del año 1992<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> BOE nº 193, de 13 de agosto de 1987, pp. 24947 a 24949.

<sup>62</sup> BOE nº 140, de 11 de junio de 1992, pp. 19798 a 19802.

<sup>63</sup> Más exhaustivamente explicado en: A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 42-44.

#### *iv. El Consejo Superior de Deportes*

Una vez expuesta la escala internacional, nos adentramos en la nacional. En concreto, en la de España, donde destaca el CSD, el cual se caracteriza por su autonomía y por ser el máximo órgano rector del deporte español. Así es que la Ley del Deporte preveía que es este órgano el que ejerce las competencias deportivas del Estado. Además, es mucho más que una administración institucional e instrumental con funciones delegadas, es decir, es una administración directa del deporte que ejerce funciones que la ley le encomienda. Con lo dicho, podemos indicar que su naturaleza es la de un organismo autónomo de carácter administrativo que está siempre adscrito a un ministerio concreto. Ello supone que tenga que ser una ley la que defina la organización del deporte español. En suma, es una entidad a la que la administración pública (en este caso el Estado) ha encargado tanto la organización como la administración del servicio público deportivo en régimen de descentralización. En cuanto a sus competencias estatales son pocas pero de gran relevancia por versar sobre las competiciones estatales o internacionales. Más concretamente son: reconocer modalidades deportivas, calificar competiciones, coordinar y cooperar con las CCAA, de medio ambiente, controlar el dopaje, reprimir la violencia, tutelar las Federaciones, de instalaciones, planear la alta competición, investigar y de educación. Por último, los órganos adscritos al CSD son la Comisión Directiva, la Asamblea General del Deporte y las Comisiones<sup>64</sup>.

#### *v. Las Comunidades Autónomas*

Profundizando en el nivel nacional, encontramos la organización deportiva de las CCAA, las cuales tienen sobre el deporte una competencia compartida con el Estado y las Entidades Locales. Así, todas las CCAA han ido desarrollando en sus respectivos Estatutos la competencia sobre deporte y, a día de hoy, todas cuentan con una ley de deporte propia. En este sentido, cabe apuntar que hay una serie de materias comunes con el Estado y que son las de disciplina, Federaciones, alto rendimiento, conciliación extrajudicial y enseñanzas deportivas. E, igualmente, hay otras materias que han sido reguladas por las CCAA de manera diferente a como lo hace el Estado: asociaciones, competencias locales, medicina deportiva, instalaciones, servicio público deportivo,

<sup>64</sup> E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 89–99.

Véase también: R. Terol Gómez, *supra op. cit.* nota 48, pp. 6–10.

deporte escolar y protección del deportista. Y, por último, otras materias sólo han sido reguladas por las CCAA: régimen sancionador, turismo activo, acreditación de centros deportivos, regulación profesional, ventajas fiscales de patrocinio, subvenciones a los ayuntamientos y subvenciones a los clubes<sup>65</sup>.

#### *vi. El nivel local*

Finalmente, en el último peldaño está la organización del deporte que se hace a nivel local. A este respecto, debemos reiterar el artículo 25.2.m) LRBRL que, al ofrecer amparo para desarrollar las competencias sobre instalaciones y actividades deportivas, posibilita que cualquier municipio lleve a cabo lo que considere oportuno<sup>66</sup>. Pero debido a que esta regulación hace que las competencias sean tan amplias es necesario que sean concretadas. Y ello se hace mediante leyes autonómicas y combinando la orientación hacia el deporte-salud, la exigencia de instalaciones deportivas mínimas y otras cuestiones concretas. De este modo, las competencias que estas leyes autonómicas establecen se clasifican en provinciales y municipales. Las primeras consisten en asistir técnicamente y asesorar a los municipios, construir obras deportivas, y coordinar las actividades deportivas provinciales y los planes de instalaciones. En cuanto a las segundas, consisten en promover el deporte base; organizar y autorizar manifestaciones deportivas; organizar actividades y competiciones de deporte para todos y el primer nivel del deporte competitivo; colaborar para planificar las instalaciones y acciones deportivas con las Diputaciones y las CCAA; construir, gestionar y mantener las infraestructuras deportivas; establecer y obtener reserva de suelo; autorizar la apertura de instalaciones; fomentar el asociacionismo deportivo; y la prevención médica deportiva. Por último, la gestión del deporte puede ser directa o indirecta<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Véase: E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 99–108. Y A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 95–105.

<sup>66</sup> Dicho precepto prevé que “*El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las siguientes materias: [...] m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas [...]*”.

Además, ello se completa con el artículo 26.1.c) que dispone que “*Los Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes: [...] c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: [...] instalaciones deportivas de uso público [...]*”.

<sup>67</sup> Véase: E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 109–117. Y A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 105–110.

### C. Los vínculos entre las principales organizaciones deportivas federativas internacionales y nacionales

Establecidos brevemente los principales órganos federativos que participan en el deporte, debemos continuar la exposición de la organización deportiva indicando los vínculos que existen entre algunos de los referidos órganos y que se han derivado de la práctica cotidiana. La verdad es que, debido a su semejanza y pese a que contengan diferentes naturalezas o grados, se pueden calificar dichos vínculos como familiares. Además, también se caracterizan por una gran actividad.

A ello debemos añadir que se observan tres modalidades diferentes de vínculos. En primer lugar, destaca el vínculo que existe entre un CON y el COI, así como el que tiene una Federación continental con la Federación internacional. Esta primera modalidad de vínculo es orgánico<sup>68</sup>. En segundo lugar, otro vínculo son las relaciones que existen entre las Federaciones deportivas internacionales y el COI. Sin duda, este vínculo tiene una base diferente puesto que las Federaciones internacionales no son afiliados<sup>69</sup>, ni tampoco sus representantes son delegados. En otras palabras, y según prevé la Carta Olímpica en su artículo 9, en la administración del deporte conservan tanto su independencia como su autonomía<sup>70</sup>. Por último, la tercera modalidad del vínculo la constituyen aquellas relaciones que se originan entre las Federaciones internacionales y las Federaciones nacionales, así como la de cada CON con las Federaciones nacionales que reúne. Y no se ha de olvidar que cada Federación deportiva

---

<sup>68</sup> Asimismo, se ha de saber que sus misiones están anidadas, una en las del COI y la otra en las de la Federación internacional correspondiente. En este sentido, no debemos pasar por alto que un CON no es sino una especie de embajador nacional del COI. Es decir, no es miembro sino una simple emanación de él. Al hilo de ello, una asociación continental o zona continental (nombre dado por la Federación Internacional de Baloncesto, en adelante FIBA), no es sino una agrupación, que está reconocida por una Federación internacional, de Federaciones nacionales que están situadas en el mismo continente. Y cada una de dichas confederaciones continentales sólo es un componente, un ordenamiento geográfico de una Federación deportiva internacional. Asimismo, por delegación de una Federación internacional, cada una de ellas es responsable de promover su disciplina deportiva, estandarizando su funcionamiento, afiliando las Federaciones nacionales de su jurisdicción territorial, y creando y organizando competiciones bajo el control de la autoridad federal internacional.

Una explicación minuciosa y breve de todo ello se encuentra en: J. P. Karaquillo, *supra op. cit.* nota 32, p. 43.

<sup>69</sup> A este respecto, debemos indicar que resulta paradójico constatar la imperfección terminológica contenida en el artículo 3.10 de los Estatutos de la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (en adelante IAAF) cuando afirma que uno de los propósitos es afiliarse al COI.

<sup>70</sup> Ahora bien, se ha de tener en cuenta que el reconocimiento de las Federaciones internacionales por parte del COI las sitúa en una relación de colaboración que refleja la autoridad de éste último sobre aquellas puesto que las obliga a emprender acciones concretas como, por ejemplo, contribuir al logro de los objetivos fijados en la Carta. La explicación completa de ello se encuentra en: J. P. Karaquillo, *supra op. cit.* nota 32, pp. 43 y 44.

nacional es un miembro afiliado tanto de la Federación deportiva internacional correspondiente como del CON de su propio Estado. Esta modalidad tampoco es baladí puesto que condiciona de una manera muy concreta, además de ser muy similar con la que existe entre los CON y la Asociación de Comités Olímpicos Nacionales (en adelante ACON) y las Asociaciones Continentales que los agrupan. Esto es, se han de cumplir los estatutos, reglamentos y directivas; se tiene acceso a los actos, concursos y otras manifestaciones que organizan; y se puede participar en sus asambleas generales<sup>71</sup>.

De este modo, hemos finalizado la exposición de toda la organización del deporte y, en consecuencia, en parte hemos observado y analizado la especificidad que siempre ha acompañado al deporte, es decir, la existencia no sólo de abundantes normas, organismos y vínculos, sino también sus diversos niveles (desde lo internacional hasta lo local) y su naturaleza pública y privada. Sin duda, se trata de un entramado complejo y, por ende, siempre se ha de tener en cuenta para que sea beneficioso y, sobre todo, no acarree grandes perjuicios como la violación de Derechos fundamentales. Un ejemplo de esta consideración que se ha de tener la encontramos en toda la legislación, la cual, como se ha dicho, no se puede soslayar, pero su aplicación se ha de ajustar o modular a dicha especificidad. Ahora bien, el mentado ajuste jamás se puede realizar para soslayar la legislación para obtener beneficios indebidos o para causar daños. Conviene retener estas ideas para las explicaciones siguientes, así como para su posterior profundización.

### **1. 3. LA DIMENSIÓN INHERENTEMENTE INTERNACIONAL DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA**

La referida dimensión internacional que es consustancial o inherente a la actividad deportiva es la última de las características que marcan su especial idiosincrasia, esto es, que cuente con una particularidad muy concreta y, por ende, haya que tenerla en cuenta ajustando o modulando la legislación para que no resulten perjuicios de ningún tipo para nadie.

Dicha dimensión se manifiesta con gran intensidad en el hecho de que en multitud de casos concurre, al menos, un elemento internacional. Y ello en los dos

---

<sup>71</sup> Véase *Ibidem*, p. 44.

ámbitos que ya conocemos, esto es, tanto en la organización de la actividad deportiva como en su propio desarrollo.

En lo que atañe a la organización, no caben dudas de que muchos de los entes que participan en el deporte llevan a cabo múltiples actos que, debido a la propia esencia del deporte, albergan al menos un elemento internacional. Un claro ejemplo de ello lo constituye la organización de las competiciones deportivas, sobre todo las internacionales. Esta labor tiene una gran trascendencia puesto que, entre otras cosas, supone el desplazamiento de muchas personas de diversos Estados que, en el lugar de la competición, o bien van a trabajar o bien van a ser voluntarias. Lo mismo ocurre respecto a la explotación de los derechos de televisión y radio; piénsese en todos los medios de comunicación de casi todo el mundo que concurren en un gran evento deportivo con todo lo que supone (desplazamientos; diversos contratos de explotación y alojamiento; etcétera). Para aclarar más lo expuesto, también ocurre lo dicho con la gran industria del *merchandising*; en efecto, suele ser habitual que las grandes Federaciones deportivas (la FIFA, por ejemplo) tengan una tienda online que vende y envía diversos productos a cualquier parte del mundo, además de cobrar en diferentes tipos de monedas. Sin duda alguna, si surge algún problema con el producto o con la ejecución del contrato, para resolverlo habrá que tener en cuenta los elementos internacionales. Pero no sólo eso, otra cuestión evidente es que los entes deportivos, sobre todo los internacionales, están integrados por personas de diversas nacionalidades (en los entes nacionales es más difícil por estar circunscritas a su territorio) que son las que los hacen funcionar, así como que muchos de los actos que desarrollan suponen el establecimiento de una relación con cualquier otro Estado diferente al que están implantadas. Todo lo anterior supone el origen de la mencionada dimensión inherentemente internacional del deporte.

Respecto al desarrollo de la actividad deportiva, sobre todo en la de élite, hace muchos años que se traspasaron las fronteras de los Estados al converger en él deportistas, entrenadores, árbitros, etcétera de, prácticamente, todas las nacionalidades. Como ejemplo, podemos citar los partidos de las competiciones internacionales, los cuales en cada jornada se juegan en un Estado diferente y con la participación de jugadores de cualquier nacionalidad (ésto último también ocurre en cualquier

competición profesional de ámbito nacional). Además, ello supone el desplazamiento no sólo de los jugadores sino también, y sobre todo, de los innumerables aficionados que van a estar en otro Estado al que pertenecen, lo cual tiene una gran trascendencia desde el punto de vista jurídico. Y no sólo eso, sino también, como es bien sabido, en el mundo del deporte es raro que entre los muchos contratos que se celebran entre los jugadores y sus respectivos clubes haya alguno que no cuente con algún elemento de internacionalidad. También conviene apuntar aquí que, debido a que muchas competiciones se juegan a lo largo de todo el mundo, los deportistas tienen una residencia móvil, es decir, no residen en su Estado un número concreto de días; y ello también tiene trascendencia en varias cuestiones como es la de la regulación de los impuestos correspondientes<sup>72</sup>.

Por último, entre todas estas actividades destacan las que realizan los clubes en dos áreas. En la primera se encuentran las actividades de los clubes que son exteriores, como, por ejemplo, la promoción que hacen de sus valores, las escuelas deportivas, la cooperación transfronteriza y con terceros Estados, etcétera. Y en la segunda se circunscriben el resto de actividades que son interiores, donde cabe resaltar la indicada contratación de jugadores internacionales.

Evidentemente, todo ello también se ha de tener siempre en cuenta puesto que lo contrario sería no atender a la realidad de la actividad deportiva, derivándose consecuencias perniciosas. Verbigracia, ello es trascendental cuando surge un conflicto deportivo internacional, así como que, en consecuencia, entran en juego múltiples

---

<sup>72</sup> Para verlo mejor conviene apuntar un ejemplo concreto. La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el Patrimonio (BOE nº 285, de 29/11/2006), prevé en su artículo 9 el concepto de residente fiscal en España que se aplica a las personas físicas. Así, se entiende que hay residencia fiscal en España y, en consecuencia, sometimiento del deportista al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) en las situaciones que contempla. En éstas indica que para determinar el tiempo de permanencia en España (183 días) no se contarán las ausencias esporádicas, lo cual resulta fundamental para los deportistas de alto nivel puesto que en muchas ocasiones pasan mucho tiempo en el extranjero para competir. Sin duda, es el caso de los ciclistas y de los pilotos de ralis o de fórmula uno. Y la razón de que no se cuenten, de que se realice la ficción de que continúan en España, es que se entiende que el deportista no tiene intención de permanecer en el extranjero. Como vemos, la concurrencia de uno o varios elementos de internacionalidad, además de demostrar la dimensión inherente del deporte ya expuesta, hace que la legislación se haya tenido que amoldar o modular a las particularidades del desarrollo de la actividad deportiva, precisamente para que éstas no perjudiquen a nadie. [Dicho caso se encuentra en: P. Pedrajas Quiles y G. Sala Galvañ, *Módulo IX. La fiscalidad del deporte*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013, pp. 11 y 12].



normas jurídicas supraestatales dictadas por los organismos deportivos internacionales tanto de naturaleza privada como pública. En este sentido, conviene apuntar aquí que ello es la razón principal de que en multitud de ocasiones se haya establecido la institución arbitral como mecanismo para la resolución de los conflictos que surgen en el ámbito deportivo, puesto que el mismo es el más adecuado al satisfacer como ningún otro las exigencias que reclama el deporte<sup>73</sup>. De dicha institución no ocuparemos extensamente más adelante.

#### **1. 4. LA EXISTENCIA DEL DERECHO TRANSNACIONAL DEL DEPORTE O *LEX SPORTIVA* Y SU CONCEPTO**

Tras estudiar las características que hacen del deporte una actividad singular y que se manifiestan en el Derecho que lo regula, su organización específica y su dimensión inherentemente internacional, la cuestión a que nos hemos enfrentado tiene un resultado afirmativo, es decir, sí existe un Derecho transnacional del deporte, el cual se viene denominando *lex sportiva*. La profundización en el concepto o definición de ésta es el objetivo de este punto.

Así, si bien todas las características son fundamentales para su existencia, se ha de precisar que es de la vertiente privada de la organización del deporte de donde principalmente surge. En efecto, es en dicha vertiente donde se promulgan las normas, tanto para organizarlo como para regular su desarrollo, que componen lo que se ha denominado *lex sportiva*.

En este sentido, debemos comenzar apuntando que la consolidación de dicha *lex sportiva* o Derecho transnacional del deporte ha sido definida no solo por su transnacionalidad sino también por la autonomía propias de este sector. Ahora bien, no debemos olvidar, como ya hemos indicado, que el deporte también se regula con múltiples normas de origen público y que entre ellas se encuentran las concernientes al Derecho internacional público. Y ello resulta crucial puesto que éste último desempeña una labor fundamental consistente en definir y delimitar los límites de la *lex sportiva*.

---

<sup>73</sup> Pero no es la única razón. Como se verá, el deporte necesita rapidez e inmediatez en la resolución de sus controversias por varios motivos, como son el normal desarrollo de las competiciones deportivas, la corta vida profesional de los deportistas, y los intereses económicos y sociales que hay en juego.

En este sentido, son imprescindibles los desarrollos que se han producido en el seno del DIDF por, entre otras cosas, mejorar la protección de los Derechos fundamentales de los deportistas.

Pero una vez apuntado lo anterior, se ha de tener en cuenta que existe un sistema deportivo internacional, así como que el mismo desempeña sus labores como un sistema privado y autocontenido. Además, en él son cruciales tanto la acción del COI como las Federaciones deportivas internacionales. Éstas últimas son las que soportan la responsabilidad de organizar a nivel internacional la disciplina de cada uno de los deportes. Y, como ya sabemos, jurídicamente constituyen asociaciones de Derecho privado y en ellas se integran las asociaciones deportivas nacionales o Federaciones de la disciplina que corresponda<sup>74</sup>.

A este respecto, el autor L. Silance apuntó que dicha unificación de las normas de cada deporte pasó a ser la función esencial de las Federaciones deportivas internacionales<sup>75</sup>. A ello debemos añadir que son ellas mismas las que organizan y coordinan sus propias competiciones de manera autónoma. En relación con ello, defienden que el deporte alberga una especificidad intrínseca con la finalidad de mantener la alta autonomía regulatoria de la que gozan y, en consecuencia, aplicar sus propias normas.

En este sentido, teniendo en cuenta lo que ya sabemos, esto es, que el deporte está regulado por normas que provienen tanto del Derecho público como del privado, así como que todas ellas son o bien internas o bien internacionales<sup>76</sup>, debemos indicar que en relación con éstas últimas las citadas organizaciones deportivas han creado gracias a su poder de autorregulación un conjunto de reglas y principios que se conoce como *lex sportiva*<sup>77</sup>, la cual ha sido ya definida por algún que otro autor como “*the body of sports*

---

<sup>74</sup> C. Pérez González, *supra op. cit.* nota 6, p. 198.

<sup>75</sup> L. Silance, «La logique, le sport et les ordres juridiques», en L. Ingber y G. Haarscher (eds.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Ed. de la Universidad Libre de Bruselas, Bruselas, 1986, p. 40.

<sup>76</sup> Véase «The governance of global sport, including the Olympics, involves considerable administration by private bodies and by hybrid public-private bodies», en A. Vaerenbergh, *Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-Doping Regime, IILJ Working Paper 2005/11 (Global Administrative Law Series)*, p. 1, disponible en <http://www.iilj.org/oldbak/papers/IILJ2005.11Vaerenbergh.html>

<sup>77</sup> C. Pérez González, *supra op. cit.* nota 6, p. 198.

*law generated by the sports movement and applied globally by the Court of Arbitration for Sport*<sup>78</sup>. Y conviene saber que también ha sido denominada, además de Derecho transnacional del deporte<sup>79</sup>, como Derecho global del deporte<sup>80</sup>.

Por todo lo cual, cabe concluir que no hay dudas acerca de que existe una pluralidad de órdenes jurídicos que influyen en la regulación del deporte. Lo cual no es algo propio y exclusivo del mundo deportivo, sino que el mismo sólo es un ejemplo del desarrollo de sistemas sociales y normativos con autonomía al que lleva la conocida ‘globalización policéntrica’<sup>81</sup>.

## 2. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL DEPORTE

El objetivo de este apartado es exponer cuáles son todas las fuentes de las que emanan las normas que componen el Derecho del deporte. En este sentido, lo primero que debemos apuntar es que dichas fuentes son de dos tipos.

Por un lado, las normas que proceden de los poderes públicos, los cuales están formados por muy diversas instituciones como son UE, el Estado, las CCAA, las

<sup>78</sup> R. Parrish, «Lex sportiva and EU Sports Law», *European Law Review*, vol. 37, nº 6, 2012, p. 733.

<sup>79</sup> Conviene recordar aquí una breve reflexión de entre todo lo expuesto por el autor F. Rigaux. Así, como ya hemos indicado, el autor entendió que existen varios sistemas transnacionales de Derecho deportivo. Más concretamente se exployó diciendo que no hay un Ordenamiento jurídico deportivo transnacional, sino que la realidad es que cada uno de los deportes se regula por un sistema que es autónomo. Es decir, pese a que las normas y prácticas de todos los sistemas particulares convergen no se puede decir que dependan entre sí; son independientes. Véase F. Rigaux, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé», *RCADI*, nº 213, 1989, p. 285.

<sup>80</sup> Es totalmente recomendable la obra de K. Foster. Es interesante la aportación del autor al diferenciar, por un lado, el Derecho del deporte internacional y, por otro lado, el Derecho del deporte global. Con el primero hace referencia al conglomerado de principios de Derecho internacional que son aplicables al deporte, mientras que con el segundo hace alusión a un orden jurídico transnacional que goza de autonomía y que ha sido creado por las instituciones deportivas globales que se encargan de gobernar el deporte internacional. [Ver: K. Foster, «Is There a Global Sports Law?», *Entertainment Law*, vol. 2, nº 1, 2003, pp. 1–2.].

<sup>81</sup> En relación con que lo que ocurre con el deporte no es, ni mucho menos, un caso único, otro autor, E. Jouannet aclaró que hace tiempo se comenzaron a entremezclar los campos de aplicación con ocasión o debido a la oposición tradicional entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional o transnacional privado. Además, al mismo tiempo se han densificado a favor de la mentada evaluación aquellas interrelaciones existentes entre los actores tradicionales públicos y los operadores privados. Sin lugar a dudas, este es el caso del deporte. Para más información consultar su obra: E. Jouannet, «¿De qué sirve el Derecho internacional? El Derecho internacional providencia del siglo XXI», *Revista de Derecho Público*, nº 27, 2011, p. 11.

Y en lo concerniente a la referida globalización policéntrica, debemos citar una obra capital como es: A. Fischer-Lescano y G. Teubner, «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, p. 1006.

Diputaciones, las Corporaciones Locales, etcétera.

Por otro lado, hay otras normas reguladoras de la actividad deportiva que emanan de los propios organismos que integran la organización deportiva. Esto es, ya no son de naturaleza pública como las anteriores, sino privada. Y la verdad es que esta es una fuente propia del Ordenamiento jurídico deportivo que da lugar a las normas federativas. En efecto, todas ellas son elaboradas por todos los tipos de Federaciones deportivas que existen: internacionales, nacionales y regionales. Pero no sólo por dichas Federaciones; también se ha de contar con las promulgadas por los Comités Olímpicos. Una característica de las normas que manan de esta fuente es que se aplican con exclusividad a las personas y organismos sujetos a la disciplina de las Federaciones y los Comités Olímpicos. Ello sin perjuicio de que también alcancen a no pocos colectivos que forman parte de estas estructuras privadas de manera indirecta<sup>82</sup>.

Y como quiera que las fuentes se encuentran en todos los niveles territoriales, en los próximos puntos se va a analizar en profundidad dichas fuentes desde el punto de vista del ámbito territorial en el que se dictan las normas o, en otras palabras, se va a exponer la distribución competencial de la materia deportiva.

## **2. 1. NORMAS E INSTITUCIONES INTERNACIONALES**

Una fuente la constituyen las Organizaciones Internacionales, las cuales han creado un Derecho internacional convencional<sup>83</sup>, es decir, una serie de tratados, convenios y resoluciones internacionales que regulan o inciden en la actividad deportiva. Un rasgo fundamental de todos los indicados instrumentos es que regulan la conducta que los sujetos que operan en el Derecho internacional, sobre todo los Estados, desarrollan con ocasión de la actividad deportiva con el objetivo de prevenir y erradicar todas las actuaciones que violan los valores deportivos. Por ejemplo, para obligarles a que prohíban problemas como el amaño de partidos y el dopaje<sup>84</sup>, así como para lograr

<sup>82</sup> J. A. Landaberea Unzueta, «Introducción al ordenamiento jurídico-deportivo», en VV. AA., *Manual de la organización institucional del deporte*, Ed. Paidotribo, Barcelona, p. 39.

<sup>83</sup> Una buena explicación de los Convenios internacionales como fuente se encuentra en: F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho internacional privado*, Ed. Aranzadi S.A.U., 2017, p. 41.

<sup>84</sup> Cabe citar en la presente nota que la anteriormente indicada Resolución 58/5 invitó a los gobiernos a que elaborasen una convención internacional contra el dopaje en todas las actividades deportivas e instó a

ciertos fines.

Junto a lo anterior, también debemos tener en cuenta que existen otros tratados internacionales que no regulan el deporte o aspectos suyos directamente, sino que inciden en él de forma tangencial. Este es precisamente el caso de los tratados sobre Derechos fundamentales aprobados por la ONU a que hemos aludido anteriormente y que tienen por finalidad proteger a determinados grupos vulnerables de la posible discriminación que pueden sufrir en el ejercicio de sus derechos. En este sentido, han previsto que los Estados han de establecer medidas para que nadie quede relegado en cuanto al acceso y a la práctica del deporte se refiere. Un buen ejemplo lo constituye la ya citada anteriormente CEDAW.

En definitiva, pese a la tendencia de los organismos deportivos hacia la autonomía reguladora y organizativa, el Derecho internacional público no ha quedado apartado de la actividad deportiva sino que influye en ella considerablemente y, en consecuencia, los órganos que lo elaboran (ONU, UNESCO, etcétera) también son fuentes del Derecho del deporte.

## **2. 2. NORMAS INTERNAS**

### **2. 2. 1. El deporte en el Ordenamiento jurídico español**

A decir verdad, las normas internas regulan muchos fenómenos sociales, como, entre otros, la industria, las telecomunicaciones, la sanidad, el transporte, la justicia y la educación. Pero en relación con nuestro objeto de estudio, el deporte, lo primero que se ha de indicar es que los poderes públicos que conforman el Estado (estatales, autonómicos, etcétera) han ido creando un Ordenamiento jurídico deportivo, el cual está formado principalmente por las normas escritas y por el resto que son principios. Todo ello es lo que regula todas y cada una de las diversas manifestaciones del deporte.

---

la UNESCO a que coordinase su elaboración con otras Organizaciones Internacionales. Sólo hubo que esperar dos años para que se elaborase la Convención de la UNESCO contra el dopaje en el deporte, elaborada el 19 de octubre de 2005 y con entrada en vigor el 1 de febrero de 2007 (BOE nº 41, de 16 de febrero de 2007). La resolución está disponible en (consultado el día 28 de octubre de 2021): <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/58/5>. Por su parte, la citada Convención está disponible en (consultada el mismo día): [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=31037&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).

Además, debemos saber que estas normas deportivas tienen como destinatarios tanto a personas físicas (deportistas, entrenadores, árbitros...) como a organismos (Federaciones, Ligas, clubes...).

Junto a ello, es muy importante tener en cuenta que, al igual que en el ámbito internacional, podemos diferenciar dos tipos de normas diferentes que promulgan todos los poderes públicos indicados. En primer lugar, existen todas aquellas normas dictadas específicamente para regular el deporte por concebir éste como una realidad social diferenciada. Verbigracia, podemos señalar aquí la Ley del Deporte; la Ley del Deporte del País Vasco, de 11 de junio de 1998<sup>85</sup>; la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón<sup>86</sup>; la Ley 3/2019, de 25 de febrero, de la Actividad Físico-Deportiva de Castilla y León<sup>87</sup>; la Ley 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte<sup>88</sup>; el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva<sup>89</sup>; y el ya citado Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas. Y, en segundo lugar, también hay muchas normas que son de carácter general pero que alcanzan al deporte en algún sentido. Es decir, son normas que no regulan el deporte directamente, sino unos ámbitos concretos que repercuten también en aquél. La razón de ello es que, al ser el deporte un fenómeno que se desarrolla dentro de la sociedad, todos sus participantes son ciudadanos o entidades y, por ende, están obligados, al igual que todo el resto de la sociedad, a cumplir lo que las normas generales de los poderes públicos dispongan. Entre dichas normas podemos citar como ejemplos la legislación social (ET, Ley General de la Seguridad Social, etc.), la legislación tributaria (Impuesto sobre el Valor Añadido, Impuesto sobre Sociedades, IRPF, etc.), la legislación sobre publicidad y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP)<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Boletín Oficial del País Vasco (en adelante BOPV), de 25 de junio de 1998.

<sup>86</sup> BOA de 19 de diciembre de 2018.

<sup>87</sup> BOCL de 5 de marzo de 2019.

<sup>88</sup> BOE nº 131, de 30 de mayo de 2008.

<sup>89</sup> BOE nº 43, de 19 de febrero de 1993.

<sup>90</sup> Para este último texto normativo: BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

Para las últimas líneas expuestas: J. A. Landaberea Unzueta, *supra op. cit.* nota 82, pp. 37–39.

## 2. 2. 2. Principios y valores constitucionales: el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Para conocer qué instancia territorial resulta competente para cualquier actuación en relación con la actividad deportiva, se ha de acudir en todo caso al Título VIII CE, así como a los Estatutos de Autonomía correspondientes. En concreto, al artículo 148.1.19ª CE, el cual pone en relación directa las CCAA con el deporte, disponiendo que aquéllas pueden asumir competencias en promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio. Debido a ello, así como por la inexistencia de previsión alguna que otorgue al Estado competencias en dicha materia, los Estatutos de Autonomía han considerado como exclusiva esta competencia, a excepción de los de Ceuta y Melilla<sup>91</sup>. Así, a raíz de ello se han ido promulgando a lo largo del tiempo las diversas leyes

---

<sup>91</sup> Por orden alfabético: la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía prevé en su artículo 72.1 que “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de deportes y de actividades de tiempo libre, que incluye la planificación, la coordinación y el fomento de estas actividades, así como la regulación y declaración de utilidad pública de entidades deportivas”. Asimismo, en el artículo 92.2.m) dispone que “Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: [...] Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público”.

La Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón regula en su artículo 71 las competencias exclusivas de la CA. Al respecto, indica que “En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los artículos 140 y 149.1 de la Constitución. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 40.ª Asociaciones y fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial, deportivo y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón. [...] 52.ª Deporte, en especial, su promoción, regulación de la formación deportiva, la planificación territorial equilibrada de equipamientos deportivos, el fomento de la tecnificación y del alto rendimiento deportivo, así como la prevención y control de la violencia en el deporte”.

La Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias establece en su artículo 10.1 que “El Principado de Asturias tiene la competencia exclusiva en las materias que a continuación se señalan: [...] 23. Deporte y ocio”.

La Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta prevé en el artículo 21 que “1. La ciudad de Ceuta ejercerá competencias sobre las materias que a continuación se relacionan, con el alcance previsto en el apartado 2 de este artículo: [...] 17. Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio. 2. En relación con las materias enumeradas en el apartado anterior, la competencia de la ciudad de Ceuta comprenderá las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria”.

La Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears, en su artículo 30 ha quedado previsto que “La Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en las siguientes materias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución: [...] 12. Deporte y ocio. Fomento, planificación y coordinación de las actividades deportivas y de ocio. Regulación y declaración de utilidad pública de las entidades deportivas”.

La Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias prevé en el artículo 138 que “Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de deporte y actividades de ocio”. Además, a continuación desarrolla en 11 puntos en qué consiste concretamente esta competencia.

La Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria recoge en su artículo 24 que “La Comunidad Autónoma de Cantabria tiene competencia exclusiva en las materias que a continuación se señalan, que serán ejercidas en los términos dispuestos en la Constitución: [...] 21. Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”.

autonómicas que regulan el deporte, dentro de su ámbito territorial, de un modo global y siguiendo la estructura que la legislación nacional fijó con anterioridad<sup>92</sup>. También resulta muy interesante apuntar aquí que dichas leyes del deporte aprobadas por cada CA se caracterizan por incidir en una serie de cuestiones del deporte como son: la organización deportiva del sector público y privado, el régimen sancionador y disciplinario deportivo, las titulaciones deportivas, las competiciones deportivas, el régimen antiviolencia, las instalaciones y equipamientos deportivos, y la protección del

---

La Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha dispone en su artículo 31.1 que “1. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: [...] 19.<sup>a</sup> Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”.

La Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León regula en el artículo 70.1 que “La Comunidad de Castilla y León tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 33.<sup>o</sup> Promoción de la educación física, del deporte y del ocio”.

La Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el artículo 134.1, dispone que “Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de deporte” e incluye 12 puntos en los que señala qué cuestiones abarca en todo caso.

La Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura indica en su artículo 9.1 que “La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 46. Deporte. Promoción, regulación y planificación de actividades y equipamientos deportivos y otras actividades de ocio”.

La Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia prevé en el artículo 27 que “En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: [...] Veintidós. La promoción del deporte y la adecuada utilización del ocio”.

La Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja establece en su artículo 8. Uno que “Corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 27. La promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”.

La Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid preceptúa en el artículo 26.1 que “La Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 1.22 Deporte y ocio”.

La Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla en su artículo 21 ha establecido que “1. La ciudad de Melilla ejercerá competencias sobre las materias que a continuación se relacionan, con el alcance previsto en el apartado 2 de este artículo: [...] 17. Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio. 2. En relación con las materias enumeradas en el apartado anterior, la competencia de la ciudad de Melilla comprenderá las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria”.

La Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia regula en el artículo 10.Uno que “Corresponde a la Comunidad Autónoma de Murcia la competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 17. Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”.

La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en su artículo 44, dispone que “Navarra tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 14. Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio”.

La Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco dispone en el artículo 10 que “La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 36. Turismo y deporte. Ocio y esparcimiento”.

Por último, la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana dispone en el artículo 49.1 que “La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 28.<sup>a</sup> Deportes y ocio”.

<sup>92</sup> El autor A. Palomar explica este último inciso indicando que junto a las leyes autonómicas que regulan el deporte encontramos la legislación estatal. Primero se promulgó la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte, la cual, además, entró en vigor antes de que cualquier



deportista.

Ahora bien, debemos ser plenamente conscientes de que lo anterior no implica que el Estado no cuente con ninguna competencia en materia de deporte. En efecto, pese a que el artículo 149.1 CE no mencione al deporte y de que en el artículo 149.3 CE esté prevista la cláusula sobre las materias que no se contemplen expresamente, el Estado tiene competencias debido a las influencias que sobre el deporte tienen no pocas de las materias que son de su competencia, así como a los límites que tienen las competencias de las CCAA. Y no sólo eso, sino que también hay más motivos que lo justifican como son el carácter supraautonómico de ciertas facetas de la actividad deportiva (sobre todo las competiciones) y la gran variedad de títulos competenciales que confluyen y sobre los que el Estado tiene protagonismo (relaciones internacionales, derecho de asociación, títulos profesionales, legislación mercantil, legislación laboral, seguridad pública, educación, investigación, régimen local, etc.). Pero muy probablemente una de las razones más importantes es sobre la que versa nuestro objeto de estudio, es decir, la protección de los menores. Así, si entre el Estado y las CCAA no hay una adecuada coordinación y cooperación dichos menores no van estar protegidos como deberían y las reparaciones de los posibles daños que sufran no serán satisfactorias. Es por ello que conocer bien esta distribución es fundamental. Por lo demás, las leyes estatales sobre el deporte también tienen un ánimo armonizador que es muy necesario para que la regulación efectiva sea totalmente eficaz.

En este sentido, resulta muy interesante recordar lo que la legislación vigente prevé, lo que la legislación más reciente ha previsto hasta hace muy poco tiempo, lo que parte de la doctrina considera sobre las competencias del Estado en materia deportiva y, por último, la jurisprudencia más relevante al respecto. En cuanto a la indicada legislación, por un lado, de la CE sólo podemos rescatar el artículo 43.3 por disponer que son los poderes públicos los que tienen encomendada la labor tanto de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, como de facilitar que el uso del ocio sea adecuado. Y, por otro lado, la Ley del Deporte preveía lo siguiente. En el

---

CA tomase alguna iniciativa. Y después, como sabemos, se elaboró la Ley del Deporte que ha estado en vigor hasta el pasado 1 de enero de 2023 y que regulaba la actividad deportiva también globalmente, es decir, abarcando muchas de sus vertientes. Pues bien, es al esquema que ésta disposición fijaba a la que se ajustaban las leyes autonómicas. [A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 96 y 97].

Preámbulo se indicaba no sólo que la atribución de competencias que los Estatutos de Autonomía recogen han de circunscribirse a sus respectivos ámbitos territoriales, sino también que el deporte es una materia en la que concurren diversos títulos competenciales. Ésto último, seguía explicando, implica que en dichos títulos el Estado y las CCAA tengan que ejecutar actuaciones coordinadas y de cooperación. Para despejar toda posible duda, insiste en que la intervención del Estado queda justificada por la evidente faceta competitiva de ámbito estatal e internacional que el deporte alberga. Al respecto, recordó que el TC manifestó que la gestión del deporte por parte de las CCAA no supone que tengan permitido inmiscuirse en los intereses del deporte federado español. Por último, recalca que la actividad deportiva también es uno de los modos en que la cultura se manifiesta y, por ende, el Estado no ha de situarse al margen de ello, al menos en el ámbito supraautonómico, puesto que la CE así lo establece. Y, en cuanto al articulado, debemos traer a colación algunas previsiones. Es el caso del artículo 1.1 que disponía que la finalidad de la Ley era ordenar el deporte ajustándose a las competencias que tiene atribuidas el Estado. El artículo 2 disponía que el Estado ejercería las competencias que esta Ley le concedía, así como que coordinaría con las CCAA y las Corporaciones Locales las competencias vinculadas a los intereses generales del deporte de ámbito nacional. El artículo 4.2 establecía que era el Estado la institución competente para fomentar la práctica del deporte por parte de todas las personas que sufren minusvalías físicas, psíquicas, sensoriales y mixtas, así como que ello tiene por fin su total integración social. En el artículo 8 quedaban previstas todas las competencias que tenía atribuidas el CSD, que como sabemos es un órgano estatal. Entre dichas competencias, resulta beneficioso recordar aquí la contenida en la letra h) y que consistía en actuar coordinadamente con las CCAA en cuanto al deporte considerado generalmente, así como en cooperar también con las CCAA para desarrollar las competencias que los Estatutos de Autonomía otorgan a éstas últimas. También la de la letra k) porque indicaba que también ha de actualizar, en el ámbito de sus competencias, la normativa técnica existente que regula las instalaciones deportivas de alta competición. Igualmente la siguiente letra, la l), porque establecía que, para el caso en que las CCAA no hayan asumido las competencias de educación, ha de ser el CSD quien inspeccione el desarrollo de los programas de formación de técnicos deportivos especializados. Para terminar, debemos recordar que la Disposición Adicional Primera preveía una cláusula en virtud de la cual lo dispuesto en los artículos

14; 15.1, 2, y 3; 16; 17; 18 y 72 tendría eficacia en el caso de que las CCAA no hubieran desarrollado su competencia sobre la promoción del deporte con la regulación correspondiente, es decir, cuando las CCAA no hubieran cumplido su función el Estado interviene. Y la misma cláusula aparecía en la Disposición Adicional Cuarta respecto de los artículos 71.3 y 71.4.

Por su parte, algunos autores de la doctrina han expuesto sus propios argumentos. Es el caso de J. Bermejo Vera, para el cual el Estado tiene competencias sobre el deporte debido a que: (i.) confluyen en él muchas vertientes y, por lo tanto, no es una materia que albergue un contenido monolítico y se pueda encuadrar en alguno de los títulos competenciales de la CE; (ii.) las competencias autonómicas están limitadas a su ámbito territorial; (iii.) el deporte es una manifestación de la cultura y, en consecuencia, se comprende dentro de la competencia que al Estado atribuye el artículo 149.2 CE en relación con la cultura, y (iv.) el Estado tiene competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales según lo previsto en el artículo 149.1.13ª CE<sup>93</sup>. En la misma línea se pronunció J. A. Landaberea Unzueta al expresar que el artículo 148.1.19º CE indica que son las CCAA los órganos que han de ocuparse casi en su totalidad de la regulación del deporte. Es por ello, continúa, que han asumido toda la competencia que les corresponde en cuanto a la organización del deporte, con la importante precisión de que ello no puede rebasar los límites de su ámbito territorial. Ahora bien, tras ello hizo un apunte del máximo interés para lo que aquí estamos analizando consistente en que la mayoría considera que no se concibe que en determinadas cuestiones no intervenga el Estado promulgando normas que regulen el deporte o alguno de sus aspectos. Entre dichas cuestiones, señaló como ejemplos la legislación laboral de los deportistas, las relaciones internacionales, los títulos profesionales y académicos, y el asociacionismo deportivo que se desarrolla a nivel supracomunitario. Y junto a las ya referidas leyes del deporte, cita otra norma con rango de Ley dictada por el propio Estado como fue la de retransmisiones deportivas<sup>94</sup>.

Lo dicho también ha sido tenido en cuenta en varias sentencias dictadas por el TC. Es el caso de la ya citada STC 16/1996, de 1 de febrero<sup>95</sup>, donde determinó que “no cabe

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 98 y 99.

<sup>94</sup> J. A. Landaberea Unzueta, *supra op. cit.* nota 82, pp. 49 y 50.

<sup>95</sup> Ver nota 38.

desconocer que el Estado ostenta competencias sobre determinadas materias, singularmente la educación y la cultura, que pueden incidir también sobre el deporte; todo ello sin perjuicio de las competencias específicas que la Ley del Deporte, atribuída al Estado, en especial coordinación con las CCAA respecto de la actividad deportiva general y apoyo, en colaboración también con las CCAA, del deporte de alto nivel”.

La también citada STC 226/1998, 26 de noviembre<sup>96</sup>, es otra en la cual se hace alusión a “la titularidad estatal del dominio público y su competencia exclusiva sobre los puertos de interés general (artículos 132.2 y 149.1.20ª CE)”.

En tercer lugar, destaca otra Sentencia que también ha sido mencionada como es la STC 148/2000, de 1 de junio<sup>97</sup>, de la cual conviene resaltar aquí que, en relación con la prevención de la violencia en espectáculos deportivos, el Estado podría tener competencias debido a que se trata de seguridad pública, materia incardinada en el artículo 149.1.29ª CE.

La aún no mencionada STC 1/1986, de 10 de enero<sup>98</sup> es otro de los pronunciamientos que debemos tener en cuenta. A él se hacía alusión en el Preámbulo de la Ley del Deporte para indicar que la actuación del Estado en el deporte está justificada debido a que la faceta competitiva del deporte se desarrolla tanto a nivel estatal como internacional. En otras palabras, añadió que las competencias autonómicas sobre el deporte no pueden afectar a entes que llevan a cabo sus actividades en un ámbito nacional sustraído al ámbito autonómico. Así, lo que se logró con esta Sentencia fue el reconocimiento de la existencia de ciertos intereses que son propios del conjunto del deporte federado español. Además, ello sirvió para que la regulación estatal del deporte quedase fundamentada a pesar de que ninguna previsión hay en el artículo 149 CE.

Íntimamente relacionado con ello está otra como es la ya referida STC 80/2012, de 18 de abril, la cual creó un área delimitada para el deporte estatal por la razón de que consideró existe un deporte supraautonómico que corresponde al Estado y que, en

---

<sup>96</sup> También ver nota 38.

<sup>97</sup> Al igual que la anterior, ver nota 38.

<sup>98</sup> BOE nº 37, de 12 de febrero de 1986.

consecuencia, tiene la preferencia en cuanto atañe a las relaciones internacionales<sup>99 100</sup>.

Por último, nuevamente encontramos la Sentencia 110/2012, de 23 de mayo<sup>101</sup>, que posee una mayor atracción social al tratar la cuestión de la posible representación internacional de las CCAA en el deporte. Pero en lo que aquí interesa, debemos recordar que expresó, trayendo a colación la indicada Sentencia de 18 de abril de 2012, que el hecho de que se haya considerado como exclusiva la competencia autonómica sobre el deporte junto a la inexistencia de una atribución concreta de competencia en dicho ámbito al Estado no supone que éste no pueda regular, con las CCAA, el deporte. La razón de ello es que la proyección de la actividad deportiva sobre diversas facetas hace que en no pocos casos sea necesaria una intervención supraautonómica capaz de abarcar el fenómeno globalmente, coordinar las variadas actuaciones y de resultar eficaz en relación con aquellas actuaciones donde la materia de deporte se enlaza con otra materia sobre la que el Estado tiene competencia. Pero no sólo eso, sino que también se manifestó en la citada Sentencia que constituye una cuestión de interés general la representación internacional del deporte federado de España. En efecto, está relacionada de manera directa con la imagen exterior que del Estado español se proyecta. Además, resulta indiferente que no se encuentre incardinada en la competencia de “relaciones internacionales”, pues lo indicado es justificación suficiente para que el Estado regule el deporte, así como para que alcance a las competencias de las CCAA al respecto. Así pues, la decisión del Estado resulta fundamental, es decir, fija los límites externos a las competencias autonómicas, en relación con varias cuestiones como, por ejemplo, la decisión de que participen en las competiciones internacionales las selecciones españolas, la autorización para celebrar en el territorio de España competiciones internacionales de carácter oficial y la autorización para que las federaciones españolas

---

<sup>99</sup> Para dicha Sentencia, de nuevo ver nota 38.

<sup>100</sup> Conviene precisar en la presente nota que lo dicho es el caso de la trascendental Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, en la cual se dispone que la misma ha sido dictada en base a las competencias del Estado sobre la organización del deporte federado estatal en su conjunto, así como al artículo 149.1.29ª CE. Y muy parecido es lo que ocurre con la Ley Orgánica 6/2007, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, la cual se dictó en base al artículo 149.1.16ª CE, sin perjuicio de la competencia que tenga el Estado para promulgar disposiciones sobre la organización y los intereses de todo el deporte federado español.

En suma, con ello se establece el criterio de la territorialidad en relación con los intereses propios. Así, las CCAA tienen como límite sus intereses propios y, por ende, no tienen competencias sobre cuestiones como las competiciones nacionales e internacionales.

<sup>101</sup> Ver igualmente nota 38.

se puedan inscribir en las internacionales que les corresponda<sup>102</sup>. Además, incluyó una precisión muy importante consistente en que el principio de territorialidad de las normas y actos de las CCAA no supone que quede excluida su eficacia extraterritorial ni su proyección más allá, incluso, de las fronteras españolas. Eso sí, con una condición que es la de que no queden afectadas materias del ordenamiento internacional ni otras competencias del Estado.

En definitiva, una consecuencia relevante de todo lo expuesto es que la doctrina ha consolidado una postura muy concreta según la cual el deporte no se configura como una materia en lo concerniente a las competencias. La razón de ello es que en el mismo convergen muchas vertientes que hacen imposible que sea considerado de manera monolítica y, consecuentemente, su encuadre en el ámbito competencial de alguno de los poderes públicos. Así pues, parece que lo más acertado es considerar la actividad deportiva como una competencia perteneciente a las CCAA pero compartida en concurrencia con el ejercicio de potestades públicas por parte del Estado<sup>103</sup>.

### **3. LA RELACIÓN DEL DERECHO DEL DEPORTE CON LAS LIBERTADES EUROPEAS**

#### **3. 1. INTRODUCCIÓN: UNOS BREVES APUNTES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE LA SITUACIÓN Y SU EVOLUCIÓN**

Respecto a los órganos europeos que promulgan normas para regular el deporte, lo primero que se ha de conocer es que, debido a que el deporte siempre se desarrolla en el territorio de algún Estado, hay muchas posibilidades de que entren en colisión las normas citadas e, incluso, las de los Estados con las normas privadas elaboradas por los organismos deportivos. Así pues, resulta fundamental prestar atención a ello para que

---

<sup>102</sup> En concreto, ver FJ 7, letra a) de la STC 80/2012, de 18 de abril.

En relación con ello, aprovechó para indicar que ello ya estaba en cierto modo adelantado en su auto 108/2000, de 11 de abril, en el cual subrayó el interés general que constituye la imagen internacional de España y para la cual resulta fundamental las competiciones deportivas por ser foros de mucha difusión eficaz. Es decir, existe una clara conexión entre la representación unitaria del deporte español a nivel internacional y el mentado interés general.

<sup>103</sup> Todo lo anterior se encuentra expuesto con más detalle en: A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 95–105.

Asimismo, para completar la explicación resulta sumamente interesante consultar E. Gamero Casado, *supra op. cit.* nota 34, pp. 79–81 y 99–104. Además de las correspondientes explicaciones, incluyen dos cuadros donde se observa muy bien el reparto competencial.

sea posible la convivencia entre las diversas normativas.

En este sentido, debemos apuntar que las relaciones que el mundo deportivo tiene con el Derecho europeo son muy ventajosas debido a que toda la especificidad del deporte, que está siendo expuesta a lo largo de este **primer capítulo**, también ha sido atendida en este ámbito como no podía ser de otra manera. Efectivamente, desde hace mucho se ha considerado, por equipararlo con la cultura, estaba justificado encontrar una regulación concreta para la actividad deportiva y, con ello, modular, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, la aplicación de las Libertades europeas que tan fundamentales son también en la citada actividad. En concreto, en las próximos epígrafes se van a abordar la libertad de circulación de trabajadores y la libertad de prestación de servicios, pero no se debe olvidar la existencia de libertad de circulación de personas en general, de capitales, de mercancías y de establecimiento. Ahora bien, debe quedar muy claro que dicha cesión no puede ser arbitraria ni gratuita, es decir, deben existir unas causas justificativas muy determinadas como son la preservación de intereses europeos superiores que se concretan en unas cruciales funciones para la UE: educativa, mejora de la salud pública, social, lúdica y cultural. La modulación ha de ser para obtener la situación más satisfactoria en todos los sentidos; no para erradicar ninguna libertad y obtener provecho propio.

Sin duda alguna, el balance será positivo si se determina correctamente en qué consiste la especificidad que acompaña al deporte y que se debe no solo a su organización sino también a sus ya señaladas características singulares. En la UE, sobre el alcance de dicha especificidad, lo primero que debemos indicar es que, como vamos a observar en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), ha ido evolucionando a lo largo del tiempo de una postura inicial donde se consideraba que sólo la faceta económica del deporte podía regularse mediante el Derecho europeo a otra postura posterior donde se alcanzaba a todo el deporte en su integridad debido a los valores que conlleva. En idéntico sentido, también se fueron elaborando documentos de gran relevancia. Es el caso de la Declaración nº 29 del Tratado de Ámsterdam<sup>104</sup> que recalcó la importancia social del deporte e indicó que se

---

<sup>104</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante DOCE) nº C 340, de 10 de noviembre de 1997, pp. 0001-0144.

debían tener en cuenta las características del deporte para aficionados. Tras ella, encontramos la Declaración de Niza elaborada por el Consejo Europeo<sup>105</sup>, que supuso un gran avance en el reconocimiento de las particularidades de la actividad deportiva, así como que habían de tenerse en consideración a la hora de aplicar el Derecho europeo. Finalmente, en el año 2007 vio la luz el ya expuesto al comienzo de la introducción de todo Tratado de Lisboa<sup>106</sup>, que, como ya se sabe, dispuso que la UE tiene competencia para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en materia deportiva. Pero no sólo eso, sino que este nuevo camino tomado se vio reforzado también por decisiones y documentos de la Comisión Europea, como la también expuesta al comienzo Comunicación para el desarrollo de la dimensión europea del deporte, cuya bases se encuentran en el igualmente mentado Libro Blanco sobre el deporte de 2007. No obstante, pese a ser ello algo positivo, convendría que existiera una mayor seguridad jurídica, la cual se alcanzaría si ello estuviera regulado en normas.

Lo dicho ha servido para delimitar la aplicación del Derecho europeo al deporte o, lo que es igual, para conocer en qué consiste o supone el concepto de la especificidad. Así, a lo largo de la elaboración de la indicada jurisprudencia brotó una idea muy importante como fue la de que era necesario compatibilizar la ordenación del deporte con la aplicación de las referidas Libertades europeas; para el interés de este estudio, sobre todo la de circulación de trabajadores y la de prestación de servicios, aunque no se deben olvidar las demás que hemos citado. Y, en el ámbito europeo, precisamente esto es lo que se conoce como “el reconocimiento de la especificidad del deporte”, el cual tenía, como hemos dicho, un precedente en relación con la cultura<sup>107</sup>, aunque también se manifiesta en los otros ámbitos muy importantes que se indicó con anterioridad. Ahora bien, en todo caso, lo que con ello se quería hacer, como se ha adelantado y expuesto, no era la derogación del Derecho europeo y sus Libertades fundamentales, sino modular todo ello con la finalidad de conservar funciones y valores muy importantes que podrían verse perjudicados en caso contrario. Es por ello que son dos los elementos claves: por un lado, la existencia de dichas funciones y valores dignos de protección y, por otro lado, los límites de la modulación. Como se ve, estas ideas son fundamentales y, por

---

<sup>105</sup> Celebrado desde el 7 hasta el 10 de diciembre de 2000.

<sup>106</sup> Ya se indicó al comienzo de la introducción, pero pro su importancia no sobra recordar que fue publicado en el DOUE nº 2007/C 306/01, de 17 de diciembre de 2007.

<sup>107</sup> A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, p. 52.



ello, además de reiterarlas pese a haber aludido antes a ellas, al final del presente **Capítulo I** se profundizará algo más en ellas, lo cual, tras la exposición de todo, se observará mucho mejor.

Una vez advertido lo anterior, pasamos a la exposición de dicha jurisprudencia, la cual la hemos ordenado cronológicamente y por la modalidad de libertad, es decir, las concernientes a la libertad de circulación y las de libre prestación de servicios (donde se incluyen las relativas al Derecho de la competencia).

## **3. 2. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y EL DERECHO DEL DEPORTE**

### **3. 2. 1. Los primeros asuntos del TJUE sobre la libertad de circulación**

Respecto a la libertad de circulación, en primer lugar, debemos hacer referencia al asunto *Walrave y Koch*<sup>108</sup> en el cual se determinó (Fundamento de Derecho, en adelante FD, 4 y punto 1 del fallo) que el Derecho europeo puede regular el deporte en tanto en cuanto consista en una actividad económica en el sentido que prevé el artículo 2 del TCEE<sup>109</sup>. Ello se debe a los objetivos que dicha Comunidad fijó en el artículo 3 TCEE, entre los cuales se encuentra erradicar todos los obstáculos que los Estados miembros puedan sufrir en relación con la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios. Asimismo, de ello se deduce que el Derecho europeo no alcanza a todas aquellas materias que sean puramente deportivas, como es el caso al que se hizo referencia en el FD 8 relativo a la composición de los equipos deportivos, particularmente en forma de equipos nacionales. Es decir, al ser “una cuestión de índole exclusivamente deportiva [...] es ajena a la actividad económica”<sup>110</sup>. Ahora bien, el TJUE precisó que esta restricción ha de quedar limitada a su propio objeto<sup>111</sup>. A este respecto, resultan muy interesantes algunas de las declaraciones que realizó el Abogado general Sr. J.P. Warner en sus conclusiones presentadas el 24 de octubre de 1974. En

---

<sup>108</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, *Walrave y Koch vs. Unión Ciclista Internacional (en adelante UCI)*.

<sup>109</sup> Por su parte, el indicado artículo 2 prevé lo siguiente: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

<sup>110</sup> STJUE de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, FD 8 y punto 2 del fallo.

<sup>111</sup> En esta ocasión, ver el FD 9.

efecto, a raíz de la decisión que la *UCI* adoptó de modificar las normas que organizaban el campeonato mundial de carreras tras moto, donde a partir de entonces el entrenador y el ciclista (*stayer*) debían tener la misma nacionalidad para que fueran unas competiciones entre equipos nacionales, se planteó una cuestión crucial. Ésta consistió en si la aplicación de las previsiones del TCEE contra la discriminación basada en la nacionalidad podrían encontrar una excepción cuando las normas de una organización deportiva tuvieran por objeto asegurar que un equipo nacional sólo esté formado por nacionales. A la cual el Abogado general respondió que sí cabe dicha excepción y, por ello, su primera respuesta a las cuestiones que fueron planteadas al TJUE fue que salvo en el caso de que tenga por finalidad formar equipos nacionales, no se ajusta al artículo 48 TCEE (relativo a la libre circulación de los trabajadores) una previsión normativa de una asociación deportiva en virtud de la cual se exige la posesión de una nacionalidad concreta a una persona con contrato de trabajo para llevar a cabo una función en un evento deportivo. En esta línea, su segunda respuesta fue que con la excepción del supuesto indicado, tampoco resulta compatible con el artículo 59 TCEE (relativo a la libre prestación de servicios) cualquier previsión de un organismo deportivo que requiera una nacionalidad determinada a la persona que ha de desempeñar una función en un acontecimiento deportivo a través de un contrato de prestación de servicios<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> Conviene recordar aquí algunas cuestiones más que en sus conclusiones expresó el Abogado general Sr. J.P. Warner que nos sirven para conocer mejor el caso. Así, los demandantes en el litigio principal, los Sres. *Walrave y Koch*, defendieron una posición diferente. Como quiera que estaban considerados entre los mejores entrenadores profesionales del mundo, sus servicios eran solicitados por muchos ciclistas de muy diversas nacionalidades. Así pues, concluyeron que era rechazable la modificación realizada por la *UCI* puesto que amenazaba su propia supervivencia o, en el mejor de los casos, suponía una restricción del mercado en el que podían ofrecer sus servicios.

Con dicha postura estuvo de acuerdo el Presidente del *Arrondissementsrechtbank* de Utrecht al declarar que los contratos en virtud de los cuales los demandantes actuaban como entrenadores eran contratos de trabajo y, en consecuencia, resultaban de aplicación las previsiones del Derecho comunitario sobre libre circulación de trabajadores.

No ocurrió lo mismo, como era de esperar, con los demandados (la *UCI* y la *Asociación nacional neerlandesa*). Éstos consideraron, por un lado, que la exigencia de la nueva norma de la *UCI* no suponía ningún tipo de discriminación y, por otro lado, que el Derecho comunitario no puede regular nunca eventos deportivos que se desarrollen en España. En otras palabras, lo que estaban planteando era cómo los artículos 48 y 59 TCEE podían dejar sin efecto una previsión contenida en las normas elaboradas por una asociación internacional y que, por lo tanto, se aplicaba también a más de cien Estados ajenos a la Comunidad. El Presidente rechazó todo lo anterior respondiendo, a lo primero, que el verdadero competidor en esta modalidad deportiva es el ciclista, no siendo relevante el entrenador y, a lo segundo, que las normas de los campeonatos del mundo sí afectaban a dichos eventos celebrados en el territorio de la Comunidad, debido a que en los ciclistas es habitual elegir en las pruebas de selección nacionales los mismos entrenadores que después tendrán en los indicados campeonatos del mundo. En relación con ésto último, el *Arrondissementsrechtbank* también se preguntó si tenía relevancia el hecho de que un campeonato mundial se desarrollara en algún Estado miembro de la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE). Para dilucidar la cuestión indicó que había que tener en cuenta que dichos campeonatos tienen una proyección que determina la elección de un entrenador en una prueba de selección y en otras

Por lo demás y para acabar, el TJUE también realizó otra manifestación muy relevante consistente en que todo lo dicho ha de respetarse no sólo por las autoridades públicas, sino también por todas las normativas que tengan otra naturaleza (privada se entiende) que regulen el trabajo por cuenta ajena colectivamente y las prestaciones de servicios<sup>113</sup>. Y es a continuación donde expuso que una de las razones de tal medida es que los actos que llevasen a cabo las asociaciones y/u organismos no sujetos al Derecho público gracias a su autonomía jurídica podrían generar obstáculos que llegasen a neutralizar la supresión de las barreras de origen estatal, lo cual significaría que estaría en peligro la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos que pueden sufrir dos objetivos fundamentales de la Comunidad como son la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios<sup>114</sup>.

Junto a ella, una segunda razón que esgrimió es que se podrían generar desigualdades en relación a las condiciones laborales de los diferentes Estados miembros en el caso de que la restricción se limitara a los actos del poder público, puesto que dichas condiciones están reguladas por normas de naturaleza legislativa o reglamentaria, así como por convenios y demás actos elaborados por personas privadas<sup>115</sup>. Por si quedara alguna duda, insistió en que para el artículo 59 TCEE es indiferente el origen de los obstáculos que han de suprimirse<sup>116</sup>. En este sentido, declaró que se ha de aplicar también a los convenios y a los reglamentos elaborados por

---

competiciones de ámbito nacional.

Al respecto de todo ello, el Abogado general manifestó una serie de cosas. La primera, que para no resultar compatible con los artículos 48 y 59 TCEE una restricción de la libre circulación de trabajadores o de la libre prestación de servicios no es necesario que consista en una prohibición absoluta, sino que basta con que los nacionales de algún Estado miembro sufran desventajas. La segunda, que la indicada restricción, en el caso de que influya sobre los acontecimientos que se generen dentro de la Comunidad, no respeta el Derecho europeo, salvo que sea objeto de excepción. La tercera es que lo decisivo es que el reglamento prevea la formación de equipos nacionales y no la naturaleza de la competición (título mundial, europeo, etc.) siempre que sea internacional. En cuarto lugar, que todo Estado soberano tiene derecho a considerar ilegal en su territorio y a no aplicarla cualquier previsión especial incluida en las normas de una asociación internacional de particulares. Y, por último, que consideraba que lo que es válido para un Estado soberano lo es también para la Comunidad y que, por ello, el artículo 48 TCEE podría requerir que dentro de la Comunidad se aplicase una disposición que estableciera que ningún miembro pudiera contar con ninguna persona que no tuviera la nacionalidad del Estado en el que dicho miembro estuviera establecido.

Por su parte, el *Gerechthof* de Ámsterdam fue favorable al recurso de apelación que los demandados habían interpuesto contra la resolución del Presidente, la cual quedó revocada. La justificación fue que el campeonato del mundo se iba a celebrar fuera del territorio de la Comunidad.

<sup>113</sup> STJUE de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, FD 17 y punto 3 del fallo.

<sup>114</sup> *Ibidem*, FD 18.

<sup>115</sup> *Ibidem*, FD 19.

<sup>116</sup> *Ibidem*, FD 20.

organismos que no son autoridades públicas el artículo 48 TCEE concerniente a la eliminación de cualquier discriminación basada en la nacionalidad en el ámbito de las actividades por cuenta ajena<sup>117</sup>. E, igualmente, que la prohibición de discriminación que preveía el artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad<sup>118</sup> alcanza tanto a los Convenios como a las demás reglamentaciones colectivas de trabajo<sup>119</sup>.

A idéntico pronunciamiento se llegó en el asunto *Gaetano Donà*<sup>120</sup>, es decir, se declaró que la norma que se juzgó no compatible con el Derecho comunitario, lo habría sido en el caso de que la exclusión de todo deportista no italiano fuese por razones puramente deportivas (como es el caso de las selecciones nacionales) y no económicas.

El asunto *Micheletti*<sup>121</sup> también resulta interesante en lo que respecta al respeto de los Derechos y Libertades fundamentales de la UE. En él se aclaró que cualquier persona que tenga la nacionalidad de algún Estado miembro puede basarse en ella para ejercer aquellos y aquellas.

### 3. 2. 2. El asunto *Bosman* y la libertad de circulación de trabajadores

Pero sin lugar a dudas, el asunto *Bosman*<sup>122</sup> es el más relevante del TJUE en materia deportiva, por marcar un precedente en relación con la libertad de circulación de los trabajadores. En el mismo se hizo prevalecer dicha libertad sobre la normativa deportiva o, lo que es igual, que la autonomía de la actividad deportiva y su especificidad no puede justificar actuaciones que conculquen, en general, el Derecho europeo y, en particular para este caso, la libre circulación de personas y trabajadores<sup>123</sup>.

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, FD 21.

<sup>118</sup> DOCE nº 257, de 19 de octubre de 1968.

<sup>119</sup> STJUE de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, FD 22.

<sup>120</sup> STJUE de 14 de julio de 1976, asunto 13/76, *Gaetano Donà vs. Mario Mantero*.

<sup>121</sup> STJUE de 7 de julio de 1992, asunto C 369/90, *Micheletti y otros vs. la Delegación del Gobierno de Cantabria*.

<sup>122</sup> STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, con la participación del jugador de fútbol profesional belga *Jean-Marc Bosman*, *Royal Football Club de Lieja*, *Unión Real Belga de Sociedades de Fútbol Asociación* (en adelante URBSFA), *Federación Francesa de Fútbol* y *UEFA*.

<sup>123</sup> En palabras de J. L. Dupont, lo que la Sentencia principalmente aportó fue la afirmación del carácter básico de la libre circulación de trabajadores. Además, explicó que con ello el TJUE fijó un

Así pues, podemos observar la indicada trascendencia en el hecho de que esta Sentencia supuso un paso decisivo hacia adelante en la evolución de la aplicación del Derecho europeo a la actividad deportiva, dejando ésta de estar al margen y, por ende, a partir de entonces teniendo que respetar Libertades europeas fundamentales sin las cuales la UE no se comprende y entre las cuales se encuentra la libre circulación de trabajadores. Lo dicho vamos a exponerlo con profundidad en las siguientes páginas, para lo cual haremos interesantes referencias a la doctrina. Entre ésta última la verdad es que una buena parte tuvo un parecer positivo sobre este pronunciamiento, existiendo alguna excepción que tuvo un parecer más bien negativo. Aquí consideramos que fue un pronunciamiento muy esperado e imprescindible no sólo para el propio deporte, sino, lo que es más importante, para toda la sociedad europea por poder desarrollar el deporte como cualquier otra actividad, es decir, conforme a los valores que consagra el Derecho europeo. No se comprendía cómo una actividad podría no ajustarse a Derecho y, además, sin sufrir ninguna consecuencia; he aquí la razón de la trascendencia de este asunto.

## A. Aplicabilidad del Derecho europeo

### *i. El artículo 48 TCEE*

Por su parte, ni la *URBSFA* ni la *UEFA* estaban de acuerdo con que el Derecho europeo resultaba aplicable, pues entendían que el artículo 48 y las previsiones sobre competencia del TCEE no resultaban aplicables en este caso. Por un lado, la *URBSFA* llegó a tal conclusión porque consideraba que sólo los mayores clubes de fútbol desarrollaban una actividad económica y, por ende, que no era el caso del *Royal Football Club Lieja* ni del *US Dunkerque*. Además, tras hacer constar que casi todos los clubes que a ella estaban afiliados eran asociaciones sin ánimo de lucro, añadió que las normas sobre transferencias sólo influyen en las relaciones existentes entre los propios clubes y, por ende, que nada tienen que ver con las únicas relaciones a que afecta el

---

elemento crucial de su jurisprudencia, el cual es que los nacionales de los Estados miembros tienen derecho a salir de su Estado para instalarse en otro y permanecer en él para desempeñar una actividad económica. Por ello, toda norma que perturbe lo anterior no es sino un obstáculo a la citada libertad. Y todo lo dicho supuso que se originaran diversas perspectivas. [J. L. Dupont, «Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso *Bosman* (Comentario a la Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, as. C-415/93)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, nº 2, 1996, p. 500].

artículo 48 TCEE, es decir, las que existen entre los clubes y sus jugadores. Por otro lado, la *UEFA* puso en duda que el artículo 48 TCEE fuera adecuado para resolver los problemas que puedan surgir en el deporte. Pero no sólo eso, también alegó que como quiera que este conflicto se daba entre un deportista de nacionalidad belga y una federación también belga no era sino una situación estrictamente interna y, por ende, no podía aplicarse el artículo 48 TCEE.

Frente a ello, el Abogado general Sr. C. Otto Lenz manifestó claramente en sus conclusiones que la argumentación expuesta no podía ser aceptada. Respecto a las consideraciones de la *URBSFA*, recalcó, en primer lugar, que el TJUE había manifestado que el fútbol profesional constituye en todo caso una actividad económica, siendo totalmente indiferentes tanto la magnitud de dicha actividad como la cantidad de los beneficios. En segundo lugar, expresó que no se podía aceptar la diferenciación de los tipos de relaciones y sus consecuencias, pues entendía tanto que dicha diferenciación era artificial como que las normas sobre transferencias sí tenían una importancia crucial y directa en todo jugador que deseara cambiar de club. En efecto, respecto a ésto último hizo ver cómo en el caso de autos el deportista *Bosman* no habría sufrido ningún obstáculo para ser traspasado a su nuevo equipo, el *US Dunkerque*, en el caso de que no hubieran existido las normas sobre trasferencias que estaban en vigor. Con otras palabras, dichas normas no sólo afectan a las relaciones entre los clubes<sup>124</sup>. Eso sí, precisó que una cuestión diferente es la de si las referidas normas se ajustan al entonces Derecho comunitario o no. En relación con la primera alegación de la *UEFA*, el Abogado general entendió que el Derecho europeo sí era aplicable al fútbol profesional por ser una actividad económica, así como porque no se podía deducir lo contrario del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 3 B TCEE que no se aplica en los ámbitos de competencia exclusiva de la Comunidad como, por ejemplo, el de las Libertades fundamentales. Por lo que atañe a la segunda alegación, apreció un error en la consideración de la *UEFA*, pues el indicado conflicto, al tener su origen en el impedimento del traspaso del jugador de un club belga a un club francés, traspasaba las fronteras de un Estado miembro. Además, si quedara alguna duda sobre ello, la misma

---

<sup>124</sup> En idéntico sentido se pronunció el TJUE en la Sentencia posterior, es decir, explicó que sí resultaba aplicable el artículo 48 TCEE debido a que, aunque en menor medida que las relaciones económicas entre los clubes, también regula las relaciones laborales entre los clubes y los jugadores (STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, punto 75).

sería disipada por la concurrencia en este caso de cláusulas de nacionalidad.

Otros argumentos a favor de la aplicación del artículo 48 TCEE al presente caso los ofreció el TJUE en su Sentencia. Por un lado, recordó que, como hemos visto, en el asunto *Walrave* dicho precepto no sólo alcanzaba a los actos de los poderes públicos sino también a regulaciones de otra naturaleza que tengan por fin regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena<sup>125</sup>. Lo dicho aplicado al caso de autos no supuso otra cosa que el indicado artículo se aplicase a las reglamentaciones elaboradas por las asociaciones deportivas URBSFA, la FIFA y la UEFA que determinaban las condiciones de la actividad de los deportistas profesionales<sup>126</sup>. Y, por otro lado, frente a la consideración de las Federaciones que los clubes no eran empresas y, por ende, no aplicable el artículo que nos ocupa, el TJUE expresó que no es necesario que el empleador sea una empresa para que las normas europeas sobre libre circulación de trabajadores sean aplicadas. La razón de ello es que sólo se exige un elemento como es la existencia de una relación laboral o la voluntad de crearla<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> Resulta interesante la reflexión de M. Fernández Ramírez sobre que el artículo 48 TCEE es oponible tanto a entidades públicas como privadas. En efecto, indicó que en este caso también éstas últimas pueden invocar justificaciones que se fundamentan en el orden público, la seguridad y la salud pública. Asimismo, nos hizo saber que hasta entonces ello no era lo que había establecido ni el Derecho derivado ni la jurisprudencia. Ello fue profundizado señalando que lo que había hecho el TJUE era, a través de un razonamiento analógico, forzar su propio planteamiento anterior de su jurisprudencia, lo cual causaba dos efectos que no se podían pasar por alto. Por un lado, teniendo en cuenta que está íntimamente relacionado con lo estatal el hecho de la limitación de desplazamiento y estancia de un trabajador, era más que claro que estarían condicionadas doblemente estas justificaciones a que recurrieran los particulares debido a que el Derecho europeo establecía ciertas limitaciones, así como por ser necesaria la aprobación del propio Estado, siendo probable que contra éste se pudieran plantear numerosos conflictos de intereses contrapuestos. Así pues, advirtió que el haber reconocido a los particulares este derecho suponía entrar en un camino en el cual iban a aparecer conflictos. Y, por otro lado, que afianzaba la horizontalidad virtual de las disposiciones que desarrollan el artículo 48 TCEE, sobre todo de las Directivas que sobre ello se aprobaron, las cuales en el momento de la Sentencia y hasta después aún no habían visto reconocidos en otros ámbitos dichos plenos efectos. Para ello, la autora se basó en las anteriores manifestaciones del TJUE y que también fueron recogidas en esta Sentencia consistentes en el efecto directo propio de la libre circulación de trabajadores, lo cual hace que sea una previsión que se basta a sí misma. Y dicha horizontalidad llevaba a que el efecto directo de las directivas se convirtiera en una herramienta que garantizaba al particular con su derecho menoscabado la posibilidad de solicitar que los daños y perjuicios fueran resarcidos tanto frente al Estado como frente a entes privados. Y ello es importante tenerlo en cuenta puesto que en dicho marco era donde el TJUE se había situado para argumentar acerca de los obstáculos que constituyeron las normas sobre transferencias y las cláusulas de nacionalidad contra la libre circulación. [M. Fernández Ramírez, «Hacia una consolidación del concepto de libre circulación de trabajadores comunitarios. Notas a la sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995. Caso *Bosman*.», *Actualidad laboral*, nº 2, 1996, pp. 539–541].

<sup>126</sup> STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, puntos 82 y 87.

<sup>127</sup> Muy bien lo expuso J. L. Dupont haciendo alusión al punto 74 de la Sentencia. Ver: J. L. Dupont, *supra op. cit.* nota 123, p. 500.

A este respecto resulta muy interesante el apunte que realizó M. Fernández Ramírez en el cual resaltó que el TCEE no definía unitariamente el concepto de empresa comunitario, lo cual constituía la razón de que el TJUE propusiera dos opciones para colmar dicha laguna en cumplimiento de su misión de que el

## ii. El Derecho europeo en general

Una vez expuesto lo anterior, debemos concluir que el Derecho europeo sí resulta aplicable a la actividad deportiva. Ahora bien, ello no ha de entenderse como que lo fundamental es saber si las normas de las asociaciones deportivas respetan o no el Derecho europeo, ni el hecho de que el acto concreto que se juzgue tenga capacidad para vulnerarlo. Lo dicho alberga una gran trascendencia puesto que supone considerar correcto lo dictaminado en las Sentencias *Walrave* y *Donà* de que las reglas organizadoras del deporte están sometidas al Derecho europeo a excepción de las selecciones nacionales. La opinión opuesta fue defendida por M. Cardenal Carro, que se fundamentaba en observar quiénes son los que resultan afectados por las consecuencias de la libre circulación de trabajadores, así como el efecto que generaba. Pero consideramos que ello no puede ser aceptado debido a que se derivaría una muy grave e irreparable consecuencia como es la de considerar que las Federaciones deportivas, cuando tienen en vigor disposiciones de la citada modalidad, no son susceptibles de contradecir el Derecho europeo. En otras palabras, las Federaciones deportivas existentes en el territorio de la UE han de ajustarse al Derecho, principios y valores de ésta última, siendo totalmente indiferente el hecho de que las citadas Federaciones alberguen una naturaleza privada. Además, en consecuencia, no podemos aceptar que orden jurídico europeo sea recreado mediante la aplicación e interpretación de tanto los tratados como las normas que los desarrollan. Por un lado, propuso que se estableciera un concepto jurídico de empresa que fuera equiparable al de persona jurídica en el Derecho interno. Y, por otro lado, también propuso que se crease un concepto que supusiera diversos elementos económicos distintos de la personalidad jurídica pura de Derecho privado, es decir, hizo alusión a la acepción económica de empresa. Inmediatamente a continuación, añadió que esta precisión del TJUE albergaba un gran interés debido a que mostraba la tendencia que la jurisprudencia europea estaba siguiendo y que consistía en la tesis economicista de la empresa siendo, en consecuencia, la forma jurídica no un elemento necesario sino insuficiente. Es por ello que el TJUE decidió precisar los supuestos discriminatorios concretos en relación tanto a su ámbito de aplicación material como a su fuente. O lo que es lo mismo, concibió el concepto de actividad económica como requisito principal del cual partir, el cual guardaba plena coherencia con los objetivos del TCEE, además de que mediante él terceros quedaban involucrados siendo posible establecer una relación laboral con ellos. Así, dijo el TJUE, al no circunscribirse el TCEE solamente a los entes regidos por el Derecho público, la prohibición del artículo 48 TCEE alcanza regulaciones de otra naturaleza que rijan colectivamente el trabajo asalariado y las prestaciones de servicios. En caso contrario, no serían eficaces las medidas adoptadas para suprimir los obstáculos. En relación con esto último, resulta de gran interés la reflexión que la autora realizó. En efecto, apreció una contradicción en la argumentación del TJUE consistente en que, al hacer referencia a que la prohibición discriminatoria alcanzaba a normas con otra naturaleza, sólo hacía alusión a las que regulaban colectivamente el trabajo por cuenta ajena. Indicó que dicha exigencia aparecía en las Sentencias *Walrave* y *Donà*, la cual es probable que albergase una pretensión de limitar no acorde con lo que solían disponer las cláusulas antidiscriminatorias. Aún así, manifestó que pese a ello no había por qué interpretar las afirmaciones del TJUE literalmente, más si se tiene en cuenta que la jurisprudencia europea tenía el afán de ir más allá de una interpretación restringida que estaba instrumentada a los objetivos económicos de la libre circulación, así como la precisión de las previsiones del TCEE que instrumentan la obligación que prevé. En concreto, el artículo 7.4 del Reglamento 1612/68. [M. Fernández Ramírez, *supra op. cit.* nota 125, pp. 538 y 539].



sólo puede incardinarse en dichas Federaciones quienes están de acuerdo con la forma en que organizan el deporte.

El Derecho europeo, con los principios y valores que conlleva, ha de impregnar todas las actividades que se desarrollen en Europa, no pudiendo ser una actividad de inmensa trascendencia social como es el el deporte, una vez más, una excepción. El Derecho europeo no puede ser algo que afecte a unas pocas actividades y tras cumplir unos requisitos estrictos, sino que se trata de que informe la vida que se desarrolla en Europa.

Profundizando en esta cuestión, si bien estamos de acuerdo con M. Cardenal Carro de que la UEFA no tiene capacidad para imposibilitar que unos empresarios europeos, ejerciendo su libertad, organicen cualquier campeonato como consideren oportuno (incluso sin que existan cláusulas de nacionalidad y siempre, esto no lo remarcó el autor, que cumplan el Derecho europeo), consideramos que no se puede aceptar en ningún caso la consecuencia que de ello extrajo consistente en que no se le puede prohibir a la UEFA a que organice sus campeonatos como quiera. Es decir, para despejar toda duda, entendemos que el Derecho europeo alcanza no sólo a la normativa que sea impuesta a los agentes económicos (por ejemplo, cuando un Estado promulga una ley proscribiendo a los empresarios a que contraten jugadores extranjeros), sino también a la normativa que dichos agentes económicos se autoimpongan. La razón de ello es que en caso contrario se estaría incurriendo, por enésima vez, en el complejo de isla que ha padecido el deporte desde el principio, existiendo, en consecuencia, considerables atajos para soslayar las previsiones del Derecho europeo. Consideramos que ésto último no significa otra cosa que arcaísmo; la evolución claramente se dirige a que cualquier actividad, por muy especial que sea, que se desarrolle en Europa esté sometida al indicado Derecho. En este sentido, no podemos sino rechazar por completo la argumentación dada por el autor de que la autorregulación de los organismos son un libre designio y, por lo tanto, no se ve afectada por el Derecho europeo. Pero éste existe precisamente para regular las conductas; en caso contrario, parecería que estuviera de adorno, lo cual, claro está, no es así. El Derecho precisamente es una ortopedia que tiene por fin corregir las desviaciones o curar la enfermedad que en toda sociedad siempre hay. Por eso, nos parece completamente errónea la actitud que el autor adoptó

para con el Derecho. En tanto en cuanto se trata de soslayar, los defectos y males de la sociedad son mayores. Así pues, queremos concluir que nada justifica la existencia de ningún atajo para desentenderse del Derecho; ni siquiera lo indicado por el autor de que las cláusulas de nacionalidad no impedían a los empresarios contar con todos los extranjeros que desearan, ni a cualquier trabajador responder a una oferta de trabajo en el extranjero sin ser trascendente su concreta nacionalidad<sup>128</sup>. En suma, consideramos que la actitud que se ha de tener hacia el Derecho es más bien la contraria, es decir, la de ser consciente de que es una herramienta fundamental que hay que utilizar correctamente para que la sociedad se vea despojada de sus males.

Debido a lo anterior, consideramos que la Sentencia dictada en el asunto *Bosman* fue, como ya hemos apuntado, crucial y de una inmensa trascendencia<sup>129</sup>. Y queremos

---

<sup>128</sup> Para consultar la exposición entera del autor mencionado, consultar: M. Cardenal Carro, «La libre circulación de los futbolistas profesionales: diez consideraciones sobre la sentencia del caso *Bosman*», *Aranzadi social*, nº 1, 1996, pp. 2627–2628.

<sup>129</sup> Una opinión totalmente contraria es la que defendió M. Cardenal Carro, esto es, que la Sentencia no valía para nada debido a que se trataba de una libre decisión de los clubes. [*Ibidem*, p. 2629].

Muy distinto parecer fue el de J. L. Dupont, el cual en su estudio concluyó que este caso albergaba gran relevancia por varias razones. La primera, que ello afectaba a muchos más ámbitos que al fútbol y el deporte profesional. La segunda porque en aquel entonces la integración europea carecía de puntos de referencia y la Sentencia reafirmó un principio fundamental como el de que en Europa se ha de anteponer el individuo a las necesidades económicas. Así, en caso de un gran conflicto, ha de ser la economía la que se adapte. La tercera, que iba a suponer una escisión más profunda entre el deporte profesional y el aficionado y, por ende, el poder de las federaciones se iba a ver reducido a la vez que la influencia de los clubes grandes iba a aumentar. La cuarta, que era probable que los poderes públicos adquirieran más funciones como, por ejemplo, un posible aumento de las subvenciones estatales al deporte aficionado como consecuencia de la indicada escisión o la mayor participación de las jurisdicciones estatales por el crecimiento de los recursos jurídicos contra las decisiones de federaciones y clubes. Pero no sólo lo anterior, sino que opinó que lo más importante de la Sentencia es que no indicaba receta alguna ni determinaba cómo debía el sector económico desarrollarse. En efecto, sólo pretendía una cosa como era erradicar unos sistemas que resultaban irracionales con el fin de otorgar el protagonismo a los operadores involucrados realmente, los cuales iban a contar con una amplia libertad para sus funciones. [J. L. Dupont, *supra op. cit.* nota 123, pp. 503 y 504].

Una opinión híbrida fue la que defendió J. Bermejo Vera, el cual comenzó indicando que la Sentencia fue importantísima, de una gran relevancia. O en otras palabras, que era un pronunciamiento deseado y esperado por la razón de que el TJUE debía seguir una línea coherente tanto con la elaboración del TUE como con la aceptación general por parte de los Estados miembros de los futbolistas y otros deportistas profesionales como trabajadores. Sin embargo, en contraste con ello, un poco más adelante hizo ver algunos puntos no tan claros o positivos. Uno de ellos fue que con la Sentencia se abrían nuevos interrogantes que aún no tenían respuesta, como los siguientes: cómo es que se habló de reglas promulgadas por las asociaciones de los Estados miembros; cuál era su alcance; con o sin discriminaciones; cuál era la razón de referirse a normas y no a convenciones acordadas libremente; desde cuándo son normas las elaboradas por la UEFA o FIFA (organizaciones que, además, no están incardinadas en la disciplina de la UE); si son equiparables las reglas y los pactos; etcétera. Y otro fue que aún era pronto para saber si los efectos iban a ser positivos o negativos. A este último respecto, señaló tanto que nada más pronunciarse saltaron las alarmas en todas las Federaciones, como que, pese a que los sindicatos de deportistas habían sido inundados por la alegría, la Sentencia imponía reflexionar con gran seriedad sobre las posibles consecuencias de una aplicación sin discriminación ni excepción alguna de varios artículos y principios de la Convención europea. Así pues, finalizó advirtiendo que si bien puede

insistir y profundizar en que el sometimiento de la actividad deportiva al Derecho europeo es decisivo, mejor aún, un principio irrenunciable; a partir de ahí, en el caso de que se originen algunos efectos que puedan ser perniciosos, siempre se podrán tratar de corregir o mitigar, pero no pueden servir para apartar el Derecho europeo. En efecto, los clubes pueden organizar competiciones siempre y cuando no transgredan valores y principios consagrados en el citado Derecho. En otras palabras, no sólo los ordenamientos jurídicos de cada Estado son susceptibles de conculcar, en este caso, la libre circulación sino también las normas elaboradas por las Federaciones deportivas. Así pues, las normas de la UEFA se vieron afectadas por la Sentencia y, en consecuencia, los clubes pasaron a desarrollar su actividad ajustándose al Derecho europeo. Este principio ha de prevalecer en todo caso, sin que nada le afecte el hecho de que algunos clubes se muestren molestos al no querer unas normas que consideran impuestas.

---

ser necesario universalizar los principios y normas del TCEE para aumentar los sentimientos de pertenencia a la UE y la afirmación de su legitimidad, ello no debía hacerse sin previamente estudiar si era adecuado reformar los planteamientos de la organización o desarrollo de algún sector o actividad especial como el deporte [J. Bermejo Vera, «Comentario de urgencia a la decisión del Tribunal Europeo adoptada en el “Asunto *Bosman*”», *Revista española de derecho deportivo*, nº 5, 1995, pp. 101, 102, 105 y 106].

Por su parte, para J. de Dios Crespo Pérez, la Sentencia constituyó la más grande de las revoluciones que se habían producido en el fútbol y, en consecuencia, en todo el deporte profesional practicado en Europa. Y un poco más adelante añadió que dicha Sentencia tuvo un efecto impresionante sobre las normas promulgadas por la UEFA que regulan a los jugadores de fútbol, además de que los Estados de la UE a que puede afectar no son precisamente una minoría de todos (más de 40) que integraban la propia UEFA. Y no sólo eso, sino que también afectó a las normas de los Estados que no son miembros de la UE debido a que el potencial futbolístico y económico de las federaciones y clubes que integran ésta es considerable. Junto a ello, la Sentencia tenía más valor aún por el hecho de que la lucha hasta llegar a ella de *Bosman* fue sin duda muy digna debido a que sabía que le iba a ocasionar muchos problemas ir contra el entramado que habían establecido las grandes organizaciones deportivas nacionales e internacionales. Además, él no era sino un simple jugador asalariado y, por lo tanto, iba a ser indiferente para toda la organización futbolística, a lo cual hay que añadir que los compañeros poca ayuda podían ofrecer pero que, sin embargo, se aprovecharon de su lucha. Por último, y como supo ver bien el Abogado general Sr. C. Otto Lenz, la causa de *Bosman* suponía que de una vez por todas la Comunidad Europea se pronunciara con claridad acerca de los derechos que pertenecen a los jugadores profesionales, los cuales resultaban conculcados por las cláusulas de nacionalidad de las Federaciones nacionales y de la UEFA. [J. de Dios Crespo Pérez, «El «caso *Bosman*»: sus consecuencias», *Revista general de derecho*, nº 622–623, 1996, pp. 8093, 8097 y 8103].

A. J. Adrián Arnáiz también mostró un parecer positivo, es decir, entendió que la Sentencia fue una aproximación satisfactoria al problema de que en el mercado interior comunitario existieran las libertades de circulación. En otras palabras, expresó que dicho pronunciamiento era un lugar muy apropiado para aclarar todo lo concerniente a la libre circulación de deportistas profesionales. Además, indicó que la referida relevancia se debía al inmenso peso que en Europa tenía el fútbol. [A. J. Adrián Arnáiz, «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*, nº 16, 1997, p. 51].

Por último, para M. Fernández Ramírez, la Sentencia reinterpretó una vez más el derecho a la libre circulación de los trabajadores europeos, así como que originó nuevos interrogantes a los que había que prestar atención. [M. Fernández Ramírez, *supra op. cit.* nota 125, p. 534].

En este sentido, queremos realizar una firme crítica al argumento de M. Cardenal Carro consistente en que los clubes han de acatar las normas de la UEFA y de la FIFA, de modo que en caso contrario no tienen otra posibilidad que abandonar los organismos y crear su propia competición si es que pueden. Al respecto, consideramos que ello es razonable siempre y cuando se cumpla un requisito como es el de que dichas normas respeten el Derecho europeo. Sin duda, consideramos que dicho requisito ha de prevalecer sobre el otro. Y en el caso de que los clubes en cuestión decidieran crear una competición, ésta también se debe ajustar al indicado Derecho; por lo tanto, es una posibilidad que no puede producirse siendo la única solución que los clubes estén incardinados en las Federaciones correspondientes y regidos todos los citados organismos por unas normas respetuosas con todo el ordenamiento jurídico. La verdad es que la posición del autor citado nos parece severa por su incoherencia en relación con el Derecho, el cual una de las cosas de que se trata es precisamente de amparo. Es por ello que no consideramos como el mejor el ejemplo que citó el autor lo que ocurre en Estados Unidos (en adelante EEUU) donde las competiciones de baloncesto nada tienen que ver con la organización federativa y olímpica, esto es, se regulan por las normas que ellas mismas promulgan gracias a su plena autonomía e independencia. En efecto, consideramos que el poder público, a través de las Federaciones deportivas en este caso, han de vigilar las actividades plenamente privadas y, en el caso de apreciar desviaciones, intervenir para subsanarlas. Sólo de este modo puede quedar garantizada la salvaguarda de los tan relevantes valores que el deporte alberga y que pueden mejorar la sociedad o en el peor de los casos sostenerla.

En virtud de lo anterior parece acertada la argumentación del TJUE por la cual entendió que las normas federativas habían de ajustarse al Derecho europeo y la cual consistió, tal y como ya se había dictaminado en la Sentencia del asunto *Walrave*<sup>130</sup>, en que era indiferente el hecho de que la mentada normativa tuviera naturaleza privada, sobre todo si se tenía en cuenta que estaba regulando el trabajo por cuenta ajena. Este parecer también es opuesto al del autor citado<sup>131</sup>, el cual recordó el citado anteriormente

---

<sup>130</sup> Ver nota 108.

<sup>131</sup> La razón de que para el autor fuera errónea era que la extensión se había realizado en tanto en cuanto lograr los objetivos que prevé el artículo 3. c) TCEE estuviera en peligro si pudiera ser neutralizada la eliminación de obstáculos de origen estatal con nuevos obstáculos derivados de actos ejecutados por asociaciones u organismos no sometidos al Derecho público, condición que no existe en este caso. Así pues, dichas reglas no pueden en ningún caso prohibir que sean contratados jugadores

Reglamento del Consejo 1612/68 sobre la libre circulación de trabajadores que tenía como destinatario principal a los Estados. Sólo había en él una excepción en su artículo 7º.4 donde se preveía que cualquier cláusula de convenio colectivo o individual o de otra regulación colectiva sobre el empleo sería nula en el caso de que contemplase condiciones que discriminaran a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros. Sin duda, este sería el caso de cualquier indicación que imposibilitara a un empresario y un trabajador contratar por razón de nacionalidad, lo cual, en opinión del TJUE, es lo que ocurría con los Reglamentos de la UEFA. Es por ello que, pese a que se dijera que eran los clubes quienes con total libertad habían aceptado la normativa, la apreciación de la realidad conducía a otra apreciación diferente y, en efecto, hubo varios equipos que celebraron el fallo de la Sentencia dictada en el asunto *Bosman*. Así pues, el autor entendió que con ello se veía la auténtica realidad de las normas de la UEFA, es decir, en lugar de ser una decisión libre de cada club, son una imposición que se incardinan en el concepto de reglamentación deportiva que utiliza el reglamento. Al respecto, el autor señaló que la mentada deducción no era correcta debido a que es diferente desear que los estatutos de una sociedad sean modificados a ser obligado a participar en una sociedad que sus reglas resultan desagradables. O, lo que es lo mismo, que el Derecho europeo no se ve transgredido mientras se desarrolle la misma actividad económica con todos los extranjeros que se deseen.

Pero no podemos estar de acuerdo con ello debido, primeramente, a que no vemos problema alguno en el hecho de que las normas sean una imposición; antes al contrario, el Derecho es imposición y, por ende, es lo más acertado para asegurar que los organismos deportivos no soslayen el Derecho europeo. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, ninguna importancia nos parece que tenga el hecho de que a ciertos clubes les parezcan desagradables unas normas que están informadas por los principios y valores que alberga el citado Derecho; así, lo que realmente resultaría

---

extranjeros, es decir, los clubes no tienen prohibido contratar y alinear los jugadores europeos que quieran. Eso sí, ello no puede ser así en el caso de que una competición tenga normas diferentes al sentido indicado.

Abundó en ello expresando que el caso *Walrave* se refirió a normas de tipo Convenio Colectivo, las cuales sí tienen eficacia prohibitiva. Así, en el caso de que a un empresario dicho convenio le prohíba contratar extranjeros se estaría conculcando, en opinión del TJUE, el Derecho europeo. En cambio, que una liga profesional prohíba participar a quien pretenda alinear a más de tres extranjeros no imposibilita que se pueda desarrollar la misma actividad empresarial con todos los europeos que se consideren oportunos. [Para una mayor exposición de todo lo dicho en relación con el autor desde la última nota consultar: M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2629–2631].

desagradable sería plegarse al deseo de los mentados clubes y modificar las normas por otras en que las fundamentales Libertades europeas (libertad de circulación de trabajadores y de personas, de prestación de servicios, de capitales, de mercancías y de establecimiento) brillan por su ausencia. Y, en tercer lugar, que a lo dicho nada afecta que al desarrollarse la actividad con todos los extranjeros no se vea conculcado el Derecho europeo.

Una vez dicho lo anterior, por estar relacionado con ello, M. Cardenal Carro recordó que sobre la alusión que el gobierno de Alemania hizo a la libertad de asociación el tribunal negó sin ninguna argumentación que las cláusulas que se enjuiciaron fueran necesarias para que el ejercicio de la mentada libertad por parte de asociaciones, clubes y jugadores quedase garantizada. A este respecto, el gobierno alemán había insistido en una supuesta analogía del deporte con la cultura y, en consecuencia, que la Comunidad está obligada, según el artículo 128.1, a respetar la diversidad de los Estados miembros<sup>132</sup>. Pero, de nuevo, no podemos aceptar la consecuencia que de lo anterior extrajo el citado autor consistente en que ello llevaba necesariamente a transgredir la normativa y, por ende, a la expulsión de la competición. Y menos aún podemos aceptar que ello fuera en realidad una autoexclusión debido a que el club que se apuntó en una competición ya conocía sus normas y, no obstante, las ha conculcado. Se observa de nuevo esa actitud según la cual sólo hay dos opciones: o aceptar las normas, siendo indiferente que no se ajusten al Derecho europeo, o abandonar la competición. Lo cual sólo sería aceptable en el caso de que dichas normas se ajustaran al Derecho europeo. Por lo demás, si bien estamos conformes con lo que señaló de que es posible desarrollar una actividad económica, así como que en las normas de la UEFA se puede observar una auténtica prohibición, no podemos sino rechazar la consideración de que lo que realizó la Sentencia fuera proponer a los demás clubes una obligación de contratar con un empresario que nada les interesa debido a que ansía una ventaja y factura un producto diferente. Así pues, no se puede entender como una catástrofe el hecho de que la Sentencia produjera modificaciones; de hecho, precisamente se trataba de eso, de que de una vez por todas se diera un paso decisivo en

---

<sup>132</sup> Pero, como bien explicó J. L. Dupont, el TJUE rechazó el argumento indicando que se trata de una cuestión ajena a los requisitos para ejercer la competencia europea y de limitada amplitud como las que están previstas en el citado precepto. Así, de lo que realmente se trata es del alcance de la libre circulación de trabajadores. [J. L. Dupont, *supra op. cit.* nota 123, p. 501].

el sometimiento de la actividad deportiva al Derecho europeo. Este es el principio fundamental del cual hay que partir y que a buen seguro suponía la llegada de más beneficios que de perjuicios. Además, en el caso de que éstos últimos se produjeran, como antes hemos apuntado, siempre se podrán tratar de subsanar o mitigar; lo que en ningún caso puede suceder es que debido a ellos se erradique toda la modificación; esto sería algo muy radical.

En este sentido, nos resulta más que llamativo el hecho de que el autor hiciera alusión a unas normas que tildó de diferentes para organizar una competición; en nuestra opinión, lo decisivo es si las normas son correctas o no, si se ajustan al Derecho europeo o no. Dicho Derecho no puede conceptuarse como un enemigo sino todo lo contrario, como una herramienta imprescindible para implementar y asegurar en toda Europa los cruciales valores que la caracterizan. Como consecuencia de la Sentencia y de lo expuesto, naturalmente, los organismos deportivos como la UEFA, la Federación española o la Liga Profesional estarían obligados a realizar cambios para ajustarse a lo sentenciado por el TJUE. La justicia sólo existe si los pronunciamientos judiciales se ejecutan; lo contrario es algo muy grave, más en un caso tan relevante como éste. Así pues, no puede existir ninguna posibilidad de que aceptemos la propuesta que el autor sugirió a los mentados organismos consistente en que manifestaran que todo aquél que lo deseara contaba con la opción de crear otra competición con las reglas que ellos quisieran. Una vez más, se observa esa severidad tanto en la ausencia del Derecho europeo como en la unilateralidad. Y, como no podía ser de otra manera, entendemos que la limitación del número de extranjeros que pueden participar en una competición supone una violación del derecho a la libre circulación; tampoco estamos de acuerdo en este punto con el autor<sup>133</sup>.

### *iii. El deporte como actividad económica*

Como ya hemos apuntado anteriormente, el deporte está sometido al Derecho europeo en tanto en cuanto constituye una actividad económica. Y no parece que pueda ponerse en cuestión como algún autor de la doctrina ha pretendido, M. Cardenal Carro

---

<sup>133</sup> Para una exposición completa de lo que el autor consideró, ver: M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2632–2634.

en concreto, debido a que si en alguna actividad las cantidades dinerarias que se manejan son casi inconcebibles por su magnitud es precisamente en el deporte, sobre todo en el de alto nivel. Por lo tanto, estamos de acuerdo con la posición defendida por el Abogado general Sr. C. Otto Lenz y el TJUE y, por ende, también entendemos que constituye una actividad empresarial el deporte profesional. Y no creemos que a ello afecta en absoluto el hecho de que una parte nada considerable del deporte esté alejada de las mentadas inmensas cantidades (muchas asociaciones deportivas carecen de ánimo de lucro y es cierto que muchas personas se vinculan por razones no económicas). Si ésto último conllevara que el deporte no se viera afectado por el Derecho no sería otra cosa que su desfiguración, es decir, pensamos exactamente lo contrario que lo que expuso M. Cardenal Carro. Debido a todo lo dicho, nos parece de una gravedad inaceptable considerar que, como pensaba dicho autor, la mentada calificación sólo podía aceptarse en el caso de que con ello se garantizase la autonomía del deporte para que se organice como considere oportuno, salvo lo concerniente a lo económico. La citada gravedad se puede observar en que ello supone un paso atrás o un estancamiento en la evolución que estaba siguiendo la aplicación del Derecho europeo a la actividad deportiva. Como estamos expresando a lo largo de todo el estudio, no existe justificación alguna para que tanto la autonomía como la autorregulación supongan desentenderse del ordenamiento jurídico. La actividad deportiva podrá ser todo lo especial e independiente que se quiera, pero ha de respetar el Derecho, en este caso el Derecho europeo y las Libertades fundamentales que consagra.

De este modo, no parece acertado considerar que la equiparación del deporte con la actividad económica sea una óptica reducida por parte del Derecho europeo y/o que se esté negando el propio concepto de deporte. Antes al contrario, es una expansión del Derecho incluso al deporte, es decir, a todos y cada uno de los ámbitos de la sociedad. Lo restrictivo sería lo contrario, esto es, entender que el deporte puede quedarse al margen del Derecho y organizarse como quiera, incluso contrariando principios y valores fundamentales. Esta actitud para con el Derecho es lo que realmente nos parece restrictivo. Además, no es que se esté reduciendo el deporte a economía sino que es innegable que tiene una vertiente económica que es la más poderosa de todas las actividades que se desarrollan en la sociedad y, por lo tanto, precisamente es a ella a la que se ha de prestar una mayor atención. Esto y no otra cosa es lo que había ido



determinando el TJUE en su jurisprudencia. Por todo ello, sólo podemos aceptar parcialmente la afirmación de M. Cardenal Carro de que son los practicantes de una disciplina concreta quienes han de definir la misma, así como fijar las reglas de juego. Bien está, siempre y cuando no se contraríen las previsiones del ordenamiento jurídico, en este caso el europeo y sus Libertades fundamentales, que ocupa claramente un rango superior en la jerarquía normativa. Una vez más, defendemos el intervencionismo del poder público a través de las Federaciones y demás organismos deportivos con funciones públicas para vigilar las actividades privadas y enderezarlas en su caso conforme a los principios superiores que han de regir la sociedad. Además, con ello se está salvando y garantizando un valor fundamental del deporte como es el de inclusión; si algo ha de quedar al margen o excluido del deporte es la propia exclusión y no el Derecho que garantiza el indicado valor. Así pues, nos parece sorprendente de nuevo que el autor considere que aquellas personas que entiendan el deporte de otra manera pueden organizarlo por su propia cuenta. En otras palabras, no parece en absoluto que el autor esté dispuesto a llegar a un acuerdo asentado en valores y que gracias al cual todos sin excepción puedan disfrutar.

Y lo anterior nos lleva a considerar adecuado lo sentenciado por el TJUE de que es él mismo el ente apropiado para decidir si una regla del juego es necesaria o conveniente. Lo cual es, como hemos apuntado, una consecuencia normal del alcance del Derecho europeo al deporte sin que pueda quedar al margen, es decir, no se trata como pensaba el M. Cardenal Carro de un reduccionismo económico. Resultaría de una inmensa gravedad el hecho de que la actividad que más dinero maneja quedase fuera del control de las instituciones del poder público permitiendo cualquier tipo de exceso. Y, evidentemente, no se comprendería una actuación por parte de los organismos deportivos consistente en hacer caso omiso a lo dictaminado por el TJUE siguiendo únicamente y como hasta entonces su propia voluntad. Desde luego que en tal caso las autoridades competentes tendrían que hacer cumplir la Sentencia. Así, entendemos, en contra de lo que consideró el autor, que el poder público es muy apropiado para imponer a unos ciudadanos europeos, los cuales pretenden organizar una competición como quieren, unas reglas que se ajustan al Derecho europeo. Está bien que sean quienes practican un deporte quienes lo organicen con normas, pero éstas han de ajustarse al ordenamiento jurídico estando presentes en todo caso las Libertades fundamentales

propias de la UE. Es cierto que el deporte es mucho más que su vertiente económica, pero ésta y sus normas no pueden quedar sin atención.

En este sentido, nos parece de la máxima actualidad el hecho de que las normas federativas estén relacionadas y sometidas a los ordenamientos jurídicos estatales; no nos parece que esto sea desfasado, sino precisamente lo contrario, es decir, que una actividad pueda quedar al margen del Derecho que regula una sociedad. En efecto, la no existencia o la pasividad de un Estado que no corrige las fuerzas antisociales que hay en toda sociedad es el mayor de los arcaísmos. La existencia de los Estados miembros y de la UE tiene que ser efectiva. Y estamos de acuerdo en que es positivo que los poderes públicos promocionen y reconozcan la importancia del deporte, no entenderíamos lo contrario, pero no vemos por qué ello tiene que suponer necesariamente que se mantenga una autonomía extralimitada y no sometida a ninguna condición. De hecho, lo más razonable es lo contrario, defender su sometimiento a Derecho precisamente por ser muy relevante. Tampoco observamos la razón por la cual iba a tener que ser diferente nuestro punto de vista por el hecho de que cada club constituya una empresa que se asocia con las demás para desarrollar su producción. Antes al contrario, reforzaría la posición que aquí se defiende debido a que, como es bien sabido, la economía ha de intervenir, más teniendo en cuenta que el liberalismo que carece de una característica crucial como es la de limitarse con el Estado social no es capaz de ver que son muy abundantes las necesidades y penurias de la sociedad. Si algo es el Estado es precisamente social, son dos palabras inseparables y, por lo tanto, significa que no es un adversario a soslayar sino uno de los mejores instrumentos para enderezar las actuaciones de mala fe que en toda sociedad siempre habrá. La verdad es que la actitud contraria nos resulta sospechosa.

Para terminar, en virtud de lo anterior, por supuesto que se trata de imponer y de obligar, en este caso, a unos empresarios a que se asocien no como deseen sino garantizando la presencia en sus actividades de valores fundamentales como son las Libertades europeas que ya hemos citado. Esta, la imposición, es precisamente otro de los rasgos del Derecho; si no se impone de nada sirve. Y claro es que sólo así se puede garantizar la erradicación de obstáculos, no para que se pueda desarrollar una actividad como venga en gana sino, y esto es lo decisivo, de que se realice conforme a Derecho.

Con todo, resulta de lo más apropiado que sea el poder público, el TJUE en este caso, quien juzgue la actividad que desarrollan los clubes. Por todas las razones esgrimidas, no nos parece nada acertado que sean los empresarios únicamente los que valoren su propia actividad y, en consecuencia, no se comprendería que la UE no valorase las normas deportivas y, en su caso, propusiera otras más justas y aceptables. Por eso mismo también en ningún caso podríamos aceptar la argumentación de que dicha valoración sólo la pueden realizar otros empresarios, siendo el propio mercado quien asiente la conclusión final. Consideramos que esto no puede ser, entre otras cosas, porque la inseguridad que transmite no puede ser mayor. Además, el liberalismo no debe ser manchesterismo<sup>134</sup>; ha de controlarse por el poder público asegurando en este caso que los organismos deportivos privados no socavan las Libertades fundamentales de la UE<sup>135</sup>.

#### B. Las normas que regulaban las transferencias de los jugadores de unos clubes a otros y las Libertades europeas

En cuanto a la resolución del TJUE en el asunto *Bosman*, entendió que no se ajustaban al Derecho europeo las normas que regulaban los traspasos de los jugadores de sus antiguos clubes a los nuevos.

En concreto, el TJUE manifestó que una norma promulgada por un organismo deportivo en virtud de la cual un deportista profesional de un Estado miembro, cuando haya finalizado su contrato, sólo puede trabajar para otro club de otro Estado miembro en el caso de que éste haya pagado una compensación, menoscaba lo previsto en el artículo 48 del TCEE<sup>136</sup>. A este respecto, resulta de sumo interés el análisis que el

---

<sup>134</sup> El manchesterismo se caracteriza por oponerse a toda intervención del Estado en la vida económica, sobre todo en lo relativo a la regulación de las relaciones laborales. Es lo que se conoce como *laissez faire*, el cual no sufre ninguna restricción y, por ello, defiende un libre cambio sin condiciones, una libertad económica ilimitada, ningún estorbo a la voluntariedad de la acción humana y que la economía se rijan por sus propias leyes naturales.

<sup>135</sup> Para una exposición completa sobre todo lo que el autor expuso sobre esta cuestión: M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2634–2638.

<sup>136</sup> STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, apartado 1), página I-5081.

Dos apuntes interesantes al respecto nos los ofreció J. de Dios Crespo Pérez al señalar, por un lado, que lo primero que cabía plantearse (como hicieron la *URBSFA*, la *UEFA* y los diversos gobiernos) era si el TJUE podía pronunciarse sobre esta cuestión. Así, la argumentación dada consistió en que el mundo del fútbol encierra una gran complejidad, así como que el Derecho europeo y/o su interpretación por el TJUE puede causar graves daños. En este sentido, el autor apuntó que dicha complejidad se podía observar en el hecho de que en el fútbol no existía la homogeneidad entre los clubes, de modo que una decisión en el asunto *Bosman* pasando por alto las diferencias seguramente produciría el hundimiento de las canteras y

Abogado general Sr. C. Otto Lenz realizó en sus conclusiones del artículo 48 TCEE. En primer lugar, indicó que había que interpretarse en un sentido amplio la prohibición de discriminaciones basadas en la nacionalidad que el apartado segundo de dicho precepto prevé respecto a los trabajadores de los Estados miembros en relación con el empleo, la retribución y demás condiciones salariales. Así pues, tras señalar que ello ya había sido determinado por reiterada jurisprudencia del TJUE, el Abogado general expresó que la prohibición de las discriminaciones que el artículo 48 TCEE establece no sólo alcanza a las que se basen en la nacionalidad, sino a cualquier forma de discriminación, aunque sea encubierta<sup>137</sup>.

*i. Sobre la posibilidad de algún tipo de discriminación*

Es por ello que a continuación pasó a examinar si las normas sobre transferencias suponían que los nacionales de otros Estados miembros sufriesen algún tipo de discriminación. En opinión del Abogado general, frente a las consideraciones que la *URBSFA* y la *UEFA* defendieron de que dichas normas no acarrearán discriminación alguna porque se aplicaban a todos los jugadores por igual, así como a los apoyos del Gobierno de Italia, de Francia, de Alemania, la Comisión (aunque después admitió la posibilidad de discriminaciones), el Sr. *Bosman* (para el cual, en principio, no había

de los clubes semiprofesionales o que cuentan con amateurs compensados. Pero como bien indicó, la Sentencia no aceptó la mentada diferenciación, la cual sí existía en la realidad y que es corolario de aquélla, es decir, la total equiparación de todos los clubes y de las transferencias de sus jugadores. Por otro lado, el autor advirtió en relación con la decisión que el TJUE adoptó sobre esta primera cuestión de las normas sobre transferencias que se debía reflexionar acerca de un hecho como era el de que también existían trabajadores del fútbol ajenos a la UE pero que desarrollan su trabajo en un Estado miembro, así como que, cuando su contrato finalice, quieren trabajar en otro club de un Estado miembro ven su libertad de movimiento cercenada puesto que la regulación de la UEFA seguía en vigor. Y la verdad es que, como reconoció, ello resultaba un asunto crucial desde el punto de vista no sólo jurídico sino también económico debido a que daba lugar en Europa a la existencia de dos tipos de trabajadores profesionales. En efecto, los que eran comunitarios y los que no. Eso sí, todos debían cumplir las mismas normas. [J. de Dios Crespo Pérez, *supra op. cit.* nota 129, pp. 8106, 8107 y 8108].

<sup>137</sup> A este respecto, A. J. Adrián Arnáiz señaló que esta postura, que es la que adoptó el TJUE, era el absolutismo jurídico en lo que concierne a las libertades de circulación comunitarias debido a que, al igual que ocurría con el principio de no discriminación previsto en el artículo 6 del TCE, tenía por finalidad concluir el sistema de libertades de circulación comunitarias, lo cual también permitía suprimir las lagunas que pudieran existir en el artículo 48 TCEE. A ello añadió que esa postura tenía dos virtudes: por un lado, que se subrayaba la relevancia crucial del derecho de transferencia y, por otro lado, se aclaraba que constituían formas ocultas de discriminación aquellos derechos de propiedad restrictivos subyacentes al sistema de traspasos. Ahora bien, precisó que ambas no eran un análisis alternativo a la jurisprudencia habitual del TJUE sobre las normas de igualdad de trato, sino como un resultado de las diferencias normativas que había entre los obstáculos procedentes de los derechos de propiedad que la libre circulación sufría y otras previsiones normativas como eran las mentadas cláusulas de nacionalidad [A. J. Adrián Arnáiz, *supra op. cit.* nota 129, p. 58].

lugar a discriminaciones, aunque con la excepción de algunos aspectos en su aplicación en que sí eran posibles) y el representante del Gobierno de Dinamarca (para el cual la cuestión no era clara y había que dilucidarla), el Abogado general repetimos, consideró que no podía existir duda alguna de que, en principio, podía provocar discriminaciones la aplicación de las normas sobre transferencias en la Comunidad. Sobre esta cuestión, el TJUE en su Sentencia realizó una advertencia crucial que no ha de olvidarse y que consiste en que todas las previsiones contenidas en el TCEE sobre la libre circulación de personas tienen la finalidad de que a los nacionales de los Estados miembros les sea más sencillo desarrollar cualquier actividad profesional en el territorio de la Comunidad y, por ende, no son aceptables las medidas que supongan para los nacionales un trato desfavorable en el caso de que quieran desempeñar una actividad económica en otro Estado miembro<sup>138</sup>.

Al respecto, el Abogado general Sr. C. Otto Lenz diferenció tres situaciones diferentes. La primera se caracteriza por la existencia de un Reglamento de una federación que supone que el traspaso de un deportista al extranjero sea más gravosa que si se diera dentro de la propia federación. Ello es lo que ocurría, por ejemplo, en Dinamarca y en Francia donde las compensaciones por traspaso eran considerablemente más altas en los traspasos al extranjero que en los nacionales. Lo cual no significaba otra cosa que una diferencia en el trato de los jugadores, es decir, una discriminación no basada en la nacionalidad, en principio. Por ello, el Abogado general concluyó que dicha desigualdad de trato impedía a los jugadores ejercer el derecho a la libre circulación que el artículo 48 TCEE les garantiza. En otras palabras, las normas sobre transferencias sólo se ajustarían a dicho precepto en el caso de que cualquier trabajador no sufra consecuencias negativas al trasladarse a otro Estado miembro<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> A ello agregó que el TCEE garantiza a todo ciudadano de un Estado miembro el derecho a trasladarse a otro Estado miembro y permanecer en él para desarrollar una actividad económica (todo ello en STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, puntos 94 y 95).

<sup>139</sup> Idéntica conclusión extrajo respecto a otros dos supuestos parecidos. Uno es lo que también ocurría en Francia, donde en los traspasos que se produjeran dentro de Francia sólo se debía abonar una compensación en el primero y, en cambio, en los traspasos al extranjero dicha compensación debía abonarse en todo caso. Así, el Sr. *Bosman* hubiera sido traspasado libremente si su club de origen hubiera sido francés. En suma, existía una diferencia puesto que era más fácil pasar a otro club francés que al extranjero y, por lo tanto, el Abogado general Sr. C. Otto Lenz indicó que ello también suponía un menoscabo del artículo 48 TCEE. Y el segundo supuesto era el que se daba en España, donde los jugadores de 25 años o más podían ser traspasados dentro de España sin que se tuviera que abonar compensación alguna, mientras que se podía exigir si el traspaso era al extranjero. Eso sí, remarcó el Abogado general que estos casos no eran interesantes para el caso de autos puesto que las normas de la *URBSFA* no suponían que un traspaso al extranjero conllevara un trato peor que el caso de un traspaso

La segunda situación se centra en las compensaciones por traspaso que el Reglamento correspondiente determinaba que habían de abonarse para el caso de que los clubes no hayan logrado un acuerdo sobre su cuantía. En el asunto *Bosman*, el Reglamento de la *URBSFA* estableció la cuantía de la compensación por traspaso en 11.743.000 francos belgas en (adelante BFR). Asimismo, el propio Sr. *Bosman* expuso que según la normativa de la *UEFA* dicha cantidad era aún mayor, 14.000.000 BFR o, incluso, hasta 20.000.000 BFR. Lo cual suponía un valor superior al del mercado real del jugador. Según el Abogado general, siempre que las normas establezcan una cantidad a abonar en concepto de compensación mayor para los traspasos que se realicen al extranjero que para los que se produzcan dentro de la misma federación se está discriminando a los jugadores en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, lo cual está prohibido por el artículo 48 TCEE.

Por último, en la tercera situación destaca el hecho de que las normas de la *UEFA* y de la FIFA preveían que sólo para los traspasos al extranjero era necesario un certificado de transferencia emitido por la federación de origen. Para la *UEFA* no era más que una formalidad y, por ende, no suponía una discriminación. Pero el Abogado general tenía motivos sólidos para considerar que no se trataba sólo de una formalidad más<sup>140</sup> y, en consecuencia, concluyó que dicha regulación suponía mayores dificultades

---

dentro de Bélgica.

<sup>140</sup> Le llamó la atención, por aludir al futuro, la frase “estará en libertad para jugar” que incluía el artículo 16 del Reglamento de transferencias de la UEFA de 1990. Y es que, como explicó, se podría entender que tan pronto como el jugador en cuestión tenga el certificado de transferencia emitido por la federación de origen puede ser alineado por el nuevo club. Eso sí, hizo constar que aunque se preveía que dicho certificado había de emitirse inmediatamente, nada se disponía para el caso de que ello no ocurriera.

Idéntica previsión relativa al futuro contenía el artículo 2 del Reglamento de transferencias de la UEFA de 1993. Pero, además, este Reglamento se remitía ampliamente a la normativa de la FIFA, entre la cual se encontraba el Reglamento de la FIFA de 1994 que establecía que sólo queda habilitado un jugador que es traspasado a otro Estado miembro en el caso de que la federación de origen haya emitido un certificado de transferencia y la federación de destino la haya recibido. Y dicha emisión podía no producirse y, por lo tanto, el jugador no podía jugar con su nuevo club cuando concurren ciertos casos, como es el de que el jugador aún tuviera obligaciones contractuales que cumplir con su antiguo club. Por si fuera poco, a ello se ha de añadir que el artículo 7 del mentado Reglamento de la FIFA sí regulaba lo que ocurría en el caso de que la federación de origen no emitiera el correspondiente certificado. En efecto, la propia FIFA podía ordenar que la referida federación lo emitiera o sustituirlo con una decisión suya. Y si transcurridos 60 días la federación de origen siguiera sin emitirlo, podría hacerlo la federación de destino bien que con carácter provisional. De todo ello el Abogado general Sr. C. Otto Lenz concluyó que en todo caso es necesario un certificado de transferencia o la decisión de la FIFA, es decir, es necesario que cualquiera de las federaciones o la FIFA den pasos. Y quiso robustecer su postura añadiendo que si quedara alguna duda la misma sería disipada al tener en cuenta otra previsión del Reglamento de la FIFA para el caso de que la federación de origen no hubiera emitido el certificado y, tras extinguirse el plazo de 60 días, el nuevo club no hubiera emitido el certificado provisional. Al respecto, el Reglamento establecía

y esfuerzos para los traspasos al extranjero que para los nacionales o, lo que es lo mismo, un trato desigual que podía impedir que los jugadores ejercieran su derecho a la libre circulación. En suma, apreció una nueva infracción de la prohibición de discriminaciones que consagró el artículo 48 TCEE. Y precisó que nada afectaba a ello el hecho de que en la práctica esta situación fuera excepcional, pues bastaba con que existiera la posibilidad de que la libre circulación quedase restringida. Para terminar con este asunto, realizó un apunte que se ha de tener en cuenta, es decir, que no apreciaba discriminación alguna proscrita por el indicado precepto en el hecho de que la compensación por transferencia fuese de cantidades diferentes según del deportista de que se trate. La razón de ello es que, pese a que se produjera un trato distinto, el cálculo se basaba en la retribución de cada jugador, lo cual ni se basaba en la nacionalidad ni afectaba al derecho a la libre circulación. Por todo lo dicho, concluyó que las normas sobre transferencias conculcaban la prohibición de discriminaciones que establece el apartado 2 del artículo 48 TCEE, pero que, sin embargo, el TJUE sólo tendría que conocer de estas cuestiones en el caso de que el mentado precepto únicamente prohibiese las discriminaciones basadas en la nacionalidad en lugar de todas las restricciones de la libre circulación que es lo que realmente sucede.

## *ii. Sobre la posibilidad de restricciones de la libertad de circulación*

- El artículo 48 TCEE como prohibición genérica de las restricciones a la libertad de circulación

Al respecto de éste último, en segundo lugar, el Abogado general Sr. C. Otto Lenz estudió el artículo 48 TCEE como prohibición de las restricciones a la libre circulación. Para ello expuso una serie de sentencias que han resultado muy relevantes debido a que, a diferencia de otras muchas, el TJUE demostró que había comprendido de una manera más amplia dicho precepto al no circunscribirlo únicamente a la citada prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad sino alcanzando a cualquier otra forma que perturbe la crucial libre circulación. Aquí sólo podemos citar los asuntos: *Rutili*<sup>141</sup>,

---

que “Un jugador no estará en ningún caso autorizado a jugar en partidos oficiales de su nuevo club durante el plazo de sesenta días arriba mencionado”.

<sup>141</sup> STJUE de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75, *Roland Rutili vs. Ministro del Interior*.

*Thieffry*<sup>142</sup>, *Kenny*<sup>143</sup>, *Choquet*<sup>144</sup>, *Klopp*<sup>145</sup>, *Heylens*<sup>146</sup>, *Gullung*<sup>147</sup>, *Stanton*<sup>148</sup>, *Wolf*<sup>149</sup>, *Daily Mail*<sup>150</sup>, *Groener*<sup>151</sup>, *Corsica Ferries France*<sup>152</sup>, *Biehl*<sup>153</sup>, *Vlassopoulou*<sup>154</sup>, *Ramrath*<sup>155</sup>, *Singh*<sup>156</sup> y *Kraus*<sup>157</sup>. Tras exponer estos asuntos, el Abogado general C. Otto Lenz extrajo unas conclusiones muy claras consistentes en que, como ya hemos apuntado pero con otras palabras, el derecho a la libre circulación no puede estar limitado al principio de trato nacional<sup>158</sup>. Con lo cual a continuación examinó las tres razones que existen para concebir el artículo 48 TCEE como una prohibición genérica de las restricciones a la libre circulación.

La primera es que la propia previsión del precepto ya lo indica puesto que sin problema alguno puede verse lo dispuesto en el apartado 2 como una parte de una regulación más amplia de la libre circulación, así como que su existencia se debe a que se trata de la más grave restricción. Además, el análogo artículo 67 TCEE habla de tanto restricciones como de discriminaciones. Y, finalmente, el apartado 3 del artículo 48

---

<sup>142</sup> STJUE de 28 de abril de 1977, asunto 71/76, *Jean Thieffry vs. Consejo del Colegio de Abogados de París*.

<sup>143</sup> STJUE de 28 de junio de 1978, asunto 1/78, *Patrick Christopher Kenny vs. Oficial de seguros*.

<sup>144</sup> STJUE de 28 de noviembre de 1978, asunto 16/78, procedimiento penal entablado contra *Michel Choquet*.

<sup>145</sup> STJUE de 12 de julio de 1984, asunto 107/83, *Colegio de Abogados de París vs. Onno Klopp*.

<sup>146</sup> STJUE de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *Unión nacional de entrenadores y directores técnicos de fútbol profesional Unectef vs. Georges Heylens y otros*.

<sup>147</sup> STJUE de 19 de enero de 1988, asunto 292/86, *Claude Gullung vs. Consejo del Ilustre Colegio de Abogados de Colmar y Saverne*.

<sup>148</sup> STJUE de 7 de julio de 1988, asunto 143/87, *Christopher Stanton y Compañía belga de seguros "L'Étoile 1905 SA" vs. Instituto Nacional de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos Inasti*.

<sup>149</sup> STJUE de 7 de julio de 1988, asuntos acumulados 154 y 155/87, *Instituto Nacional de Seguridad Social de los Autónomos (RSVZ) vs. Heinrich Wolf y NV Microtherm Europe y otros*.

<sup>150</sup> STJUE de 27 de septiembre de 1988, asunto 81/87, *la Reina vs. S. M. Hacienda y los Comisarios de la Hacienda Pública, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

<sup>151</sup> STJUE de 28 de noviembre de 1989, asunto C-379/87, *Anita Groener vs. el Ministro de Educación y el Comité de Educación Profesional de la ciudad de Dublín*.

<sup>152</sup> STJUE de 13 de diciembre de 1989, asunto C-49/89, *Corsica Ferries France vs. Dirección General de Aduanas de Francia*.

<sup>153</sup> STJUE de 8 de mayo de 1990, asunto C-175/88, *Klaus Biehl vs. Administración tributaria del Gran Ducado de Luxemburgo*.

<sup>154</sup> STJUE de 7 de mayo de 1991, asunto C-340/89, *Irène Vlassopoulou vs. Ministerio de Justicia, Asuntos Federales y Europeos de Baden-Württemberg*.

<sup>155</sup> STJUE de 20 de mayo de 1992, asunto C-106/91, *Claus Ramrath vs. Ministro de Justicia, como participante del Instituto de Auditores de Empresas*.

<sup>156</sup> STJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, *la Reina vs. Tribunal de Apelación de Inmigración y Surinder Singh, ex parte Secretario de Estado del Ministerio del Interior*.

<sup>157</sup> STJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, *Dieter Kraus vs. Land Baden-Württemberg*.

<sup>158</sup> Para A. J. Adrián Arnáiz el mismo parecer por parte del TJUE en su Sentencia constituyó uno de sus puntos más importantes. Y explicó que esta prohibición más amplia se caracterizaba por ser un principio que liberalizaba de obstáculos a la contratación laboral. [Ver: A. J. Adrián Arnáiz, *supra op. cit.* nota 129, p. 56].



TCEE también apoya esta tesis al reconocer unos derechos a los trabajadores sin que estén condicionados a que el Estado miembro garantice los mismos a sus nacionales.

La segunda razón es el contexto sistemático, esto es, el artículo 48 TCEE se basa en el artículo 3 c) TCEE que requiere la supresión de todos los obstáculos a la libre circulación. Además, la existencia del artículo 48 TCEE carecería de sentido si se refiriera sólo a la prohibición de las discriminaciones por nacionalidad debido a que ya el artículo 6 TCEE las prohíbe con carácter general. Por si fuera poco, también las previsiones sobre la libre circulación de mercancías y las de libre prestación de servicios se basan en el indicado artículo 3 c) TCEE, siguen la misma línea y, por lo tanto, cualquier desviación supondría una contradicción en las valoraciones muy difícil de justificar. Y a ello se ha de añadir que al ser la estructura de la regulación de la circulación de servicios parecida a la del artículo 48 TCEE se ha de extender a éste la interpretación hecha por el TJUE del artículo 59 TCEE. Asimismo, la misma interpretación es apoyada por la convergencia de las libertades económicas en el Derecho comunitario. Finalizó indicando que si se entendiera que la libre circulación prevista en el artículo 48 TCEE se agota con la prohibición de discriminaciones, sólo se podrían justificar éstas por razones de orden público, seguridad y salud públicas que indica su apartado 3. Pero como bien señaló el TJUE en relación con las discriminaciones indirectas, también otras razones objetivas pueden servir de justificación.

La tercera, y también última, razón es que es muy claro que la interpretación sostenida es totalmente compatible con la índole que posee el derecho a la libre circulación como Derecho Fundamental que tienen todos los trabajadores de la Comunidad. Es por ello que cualquier limitación de la libre circulación, sea cual sea, supone un menoscabo grave de un Derecho Fundamental y, por ello, es precisa una justificación suficiente. Ello, por lo demás, es también lo que hizo que el Abogado general Sr. C. Otto Lenz no comprendiera de ninguna manera cómo el carácter no discriminatorio de la medida podría implicar que la misma no se incluya en el ámbito de aplicación del tan relevante artículo 48 TCEE. Así, concluyó sin temor a errar que dicho precepto también ha de aplicarse a aquellas restricciones de la libre circulación que no

sean discriminatorias<sup>159</sup>.

- El menoscabo de la libertad de circulación por parte de las normas sobre transferencias

A continuación, el Abogado general expresó otras consideraciones de gran interés. Así, que las normas sobre transferencias en todo caso restringen la libre circulación

---

<sup>159</sup> Es inmenso el interés y relevancia que tienen las reflexiones que M. Cardenal Carro realizó sobre la indicada tercera razón, la cual hizo que el Abogado general Sr. C. Otto Lenz estuviera de acuerdo con el demandante de que las reglas en vigor suponían que los jugadores tuvieran unos salarios inferiores que en el caso de que no existieran y, por lo tanto, tenían el objetivo de reservar a los clubes las cantidades que correspondieran. Pero el autor puso en duda todas estas afirmaciones debido a que, y esto ha de subrayarse, si algo no suponía la Sentencia era precisamente un progreso de los derechos sociales. En relación con ello, indicó que la razón de que se haya interpretado erróneamente y de que el jugador hubiera gozado del apoyo de los sindicatos de Europa no era otra que la confusión dogmática que reinaba en dicho continente. A continuación, expuso lo que él consideraba la realidad, es decir, que la Sentencia implicaba una liberalización doble del mercado laboral del deporte en Europa que se concretaba tanto en la total libertad de movimiento como en la erradicación de cualquier obstáculo a la hora de trasladarse a otro club (unas interesantes reflexiones sobre la evolución de la liberalización en general también se encuentran en: A. J. Adrián Arnáiz, *supra op. cit.* nota 129, pp. 59 y 60, apartado 4.4.1.). Así pues, insistió en que era un gran error pensar que con ello los jugadores contaban con un patrimonio jurídico superior y que se veían beneficiados. Como ejemplo para apoyar su opinión, citó el de EEUU, Estado que aventaja en este asunto a Europa varias décadas, y en el cual se pudo observar cómo el convenio colectivo en cuestión, al limitar la competencia, dañaba a los jugadores de mejor calidad y favorecía a los demás de calidad menor. Ello fue la razón de que los mejores jugadores quisieran liberalizar el mercado por completo y de que perdieran la votación por medio de la cual se quería lograr la supresión de dicho convenio. Tras el ejemplo, ahondó en su exposición indicando que, si se tiene en cuenta que son los menos los jugadores que albergan una extraordinaria calidad siendo la gran mayoría los que tienen una calidad media, la liberalización del mercado supone que la lógica dispersión de los salarios se centrifuga. En efecto, al ser la masa salarial el elemento estable con el que se cuenta, cabe que la cotización de quien menos poder para negociar tiene se vea reducida y, en consecuencia, las prestaciones más decisivas se vean favorecidas. Con ello quiso remarcar que el mercado es antisocial, como bien se pudo observar en España en esos últimos años donde el mejor jugador de baloncesto de Europa que jugaba en el Real Madrid tenía un salario de más de un millón de dólares y, en contraste, los demás jugadores que le acompañaban en el campo tenían un salario mínimo que el convenio fijaba. En suma, indicó que sin ninguna duda la Sentencia no sólo iba a beneficiar a los más poderosos sino que también iba a perjudicar a los pobres, y, además, en diversos niveles. Y citó varias situaciones que se darían: los clubes con más dinero ficharían a los jugadores de mejor calidad no abonando ninguna cantidad; los clubes más pobres perderían sus jugadores más valiosos sin cobrar nada; los demás jugadores de los equipos medios, que son los más, no obtendrían beneficios provenientes de los grandes ingresos atípicos que sus clubes conseguían por los traspasos; 200 o 300 jugadores de, entre otros Estados, Alemania, Inglaterra, Bélgica, Dinamarca se trasladarían a clubes de España, Italia, Francia y Grecia, lo cual tendría como consecuencia que un gran número de nacionales de éstos últimos Estados se quedaran sin empleo y, por ende, la cotización de los demás se reduciría (de *dumping* habló Giugni en «Relazione di sintesi», *Diritto del Lavoro*, 1988, p. 321); el resto de los jugadores de los Estados de origen pasarían a trabajar para empresarios más pobres y con menores salarios; y se vería incrementado el sueldo de algunos de los mejores jugadores de España e Italia, debido a que el gran ahorro en la masa salarial se utilizaría para tratar de conseguir los mejores elementos nacionales. Por si fuera poco, el autor terminó señalando la diferente influencia que la Sentencia tendría sobre el baloncesto de España. Así, indicó que la introducción de un tercer extranjero había supuesto que la cotización de los jugadores nacionales se hubiera visto reducida, así como que esto es lo que hizo que sus salarios fueran más pequeños que los de los trabajadores de calidad pareja existentes en Italia y Grecia. Así, los jugadores que contaban con un sueldo satisfactorio tendrían una

debido a que, en contra del artículo 48 TCEE, un jugador profesional no puede trasladarse libremente cuando finaliza su contrato a otro Estado miembro. En otras palabras, dichas normas socavan el acceso al mercado laboral en otros Estados miembros<sup>160</sup>. Asimismo, indicó que no resultaban aceptables los razonamientos que al respecto había expresado la Comisión Europea de Derechos Humanos. Las razones de ello fueron que las normas sobre transferencias no obligaban a los jugadores a realizar un trabajo forzado, así como que el artículo 48 TCEE protege de manera general el

---

mayor valoración de su cotización hasta niveles parejos, en contraste con la peor situación que iban a padecer sus compatriotas que no contaban con características tan buenas para desarrollar dicho deporte. Eso sí, advirtió que ello sería así en tanto en cuanto la norma no se aplicara a Estados asociados a la UE como era el caso de los que constituyeron la ex-Yugoslavia y la ex-URSS, pues si ello ocurría los jugadores españoles, además de correr un alto riesgo de desaparecer, sufrirían una depreciación simplemente catastrófica.

A continuación de lo anterior, el autor expresó algunos apuntes más de gran interés que no podíamos no recordarlos aquí. Así, indicó que pese a que en las últimas décadas era cierto que los avances de las condiciones de los jugadores habían sido constantes, como su laboralización en todos los Estados de Europa y la erradicación del derecho de retención, no se podía decir que esta Sentencia fuera la última etapa de la evolución. En efecto, señaló que aún se podía avanzar más en la liberalización del mercado que los propios sindicatos consideraban adecuada. Del mismo modo, explicó que en muchas ocasiones se había tenido la sensación de que la estructura deportiva caería como consecuencia de los pasos que se daban pero que realmente ello jamás ocurrió, es decir, los cambios no fueron sustanciales. Y lo mismo cabía decir de la Sentencia, esto es, que probablemente no supondría lo mismo que se estaba interpretando. Lo dicho se pudo ver en el cambio de actitud de los sindicatos, pues si nada más conocer la Sentencia lo celebraron, poco después reflexionaron llegando a la conclusión de que es perniciosa para muchos de sus afiliados. En relación con ello, sugirió que, como quiera que la voluntad de los jugadores no era escuchada por las federaciones, una solución con dignidad sería que la decisión de dichos trabajadores tenga el mismo valor que la de los empresarios, siendo la negociación colectiva la herramienta clave en la organización del fútbol en Europa. Y finalizó advirtiendo que si ello no se hiciera así era muy posible que acabara de afianzarse una Europa de dos velocidades en cuanto al deporte concierne, que, por lo demás, sería la inversión de lo que ocurre respecto de la Unión Monetaria. En efecto, las federaciones con menos poder económico contarían con clubes de segunda división europeos y sin poder alcanzar nunca relevancia. Y precisó que tampoco la situación de los resultados se vería afectada puesto que en tanto en cuanto las ligas fueran menos profesionales serían menos capaces de ofrecer jugadores para las mejores ligas y, en consecuencia, no sería importante el aumento del número de jugadores extranjeros en los clubes del Mediterráneo. [M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2664–2668].

J. de Dios Crespo Pérez nos indicó también los efectos adversos de la Sentencia. Así, que nada más pronunciarse era desconocido el impacto que iba a tener sobre los clubes de cantera o que subsisten mediante las cantidades que los mayores clubes les proporcionaban a través de los derechos de formación y promoción. En este sentido, el Comisario K. Van Miert expresó en el Parlamento Europeo que la televisión y los derechos de los partidos europeos podrían constituir los soportes de los clubes más modestos afectados por la Sentencia. Y explicó que la idea no era tanto apoyar a dichos clubes, sino que se vieran compensados para poder proporcionar jugadores a los más poderosos. Pero sobre todo son interesantes aquí las opiniones del por aquel entonces entrenador del AJ Auxerre francés, G. Roux, consistentes en que los clubes más potentes continuarían adquiriendo jugadores de los clubes pequeños, además de que éstos seguirían teniendo la necesidad de vender. Pero a su juicio, lo más grave de la Sentencia fue precisamente la libre circulación de jugadores europeos puesto que ello sólo perjudicaba a los jugadores medios al ser la singularidad lo que fijaba sus precios. A ello añadió que a partir de entonces adquirir un jugador no iba a costar prácticamente nada, en contraste con lo que sucedía antes. Es decir, se iba a producir un descenso de los salarios de los jugadores medios mientras que, en cambio, los mejores jugadores seguirían siendo caros. Todo ello, para el autor, no era sino la observación de otro punto importante como era el del más que probable abaratamiento del coste de la mano de obra en el fútbol,

derecho a la libre circulación transfronteriza dentro de la UE. Así, es dudoso que sirva argumentar que con la elección de la profesión el jugador acepta las restricciones y, por lo tanto, que el derecho no resulta afectado. Por todo ello, concluyó que las normas sobre transferencias no se ajustaban al artículo 48 TCEE, lo cual sólo ocurriría en el caso de que estuvieran justificadas por razones imperativas de interés general y fueran proporcionales para lograr el objetivo<sup>161</sup>. Asimismo, indicó que el resto de las partes del procedimiento también consideraron que las mentadas normas han de estar justificadas por determinadas razones. Así pues, tras ello, el Abogado general Sr. C. Otto Lenz examinó dichas razones justificativas.

En cuanto a las razones justificativas, muy sucintamente queremos exponer que el Abogado general comenzó indicando de manera genérica que en los asuntos *Walrave* y *Donà* el TJUE hizo alusión a razones no económicas, esto es, puramente deportivas. Sin embargo, la jurisprudencia sobre los artículos 39 y 59 TCEE indica que las restricciones también se pueden deber a razones económicas cuando sea favorable al interés general como, por ejemplo, para conservar la coherencia del régimen tributario. De ello, el Abogado general extrajo la conclusión de que las Sentencias de los asuntos *Walrave* y *Donà* se refirieron a las reglas puramente deportivas y, por lo tanto, no afectadas por el Derecho europeo<sup>162</sup>. Lo cual, añadió, no es el caso de las normas sobre transferencias puesto que con ellas el derecho a la libre circulación se ve directamente conculcado y, por ende, sólo si existen razones imperativas de interés general estarán justificadas. En relación con ello, indicó que entre dichas razones se encuentra el “interés asociativo excepcionalmente importante”, el cual es el único capaz de justificar que la libre circulación quede restringida en el caso de que entre en colisión con el derecho a la libre asociación de las Federaciones deportivas o su autonomía asociativa. En efecto, sólo en tal caso se estaría respetando la importancia crucial del artículo 48 TCEE para el

---

sobre todo respecto de los jugadores medios. Además, pronosticó que en poco tiempo, si no se daba ninguna solución como el establecimiento de topes salariales (igual que en la National Basketball Association; en adelante NBA), se originaría un movimiento sindical para proteger a los asociados menos afortunados frente al aumento de jugadores extranjeros defendida por la propia Sentencia. [J. de Dios Crespo Pérez, *supra op. cit.* nota 129, pp. 8115 y 8116].

<sup>160</sup> Lo mismo determinó, en su punto 103, la STJUE, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93.

<sup>161</sup> En el mismo sentido, la STJUE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, punto 104.

<sup>162</sup> Como bien explicó A. J. Adrián Arnáiz, además hay que tener en cuenta que en esta jurisprudencia anterior a la Sentencia del caso *Bosman* sólo se dilucidó la cuestión jurídica de la compatibilidad con el Derecho comunitario de las cláusulas de nacionalidad, es decir, que no se entró a estudiar el ajuste al artículo 48 TCEE de todo el sistema de traspasos de deportistas profesionales a través de indemnizaciones. [A. J. Adrián Arnáiz, *supra op. cit.* nota 129, p. 57].

mercado interior<sup>163</sup>.

La segunda razón justificativa que analizó el Abogado general fue la del mantenimiento del equilibrio económico y deportivo entre los clubes. Al respecto, comenzó reconociendo que, debido a que el fútbol tiene una gran importancia en la Comunidad, el mantenimiento de una liga profesional podría constituir una razón basada en el interés general que justificase restricciones a la libre circulación, así como que una liga sólo es posible si hay un equilibrio entre los clubes. Igualmente, valoró adecuadamente el deporte de aficionados dentro de la sociedad y, en relación con ello, manifestó que era una razón imperativa de interés general el que las normas sobre transferencias fueran necesarias para garantizar la supervivencia de los clubes aficionados. Pero tras ello, se centró en dilucidar si las normas sobre transferencias realmente tienen tanta relevancia. En lo que atañe al deporte aficionado, indicó que ningún dato se había aportado que demostrase que la supresión de las citadas normas pudiera acarrear muy graves consecuencias. Pero es que además, no era el caso de autos pues el jugador era profesional, ámbito respecto del cual también el material aportado fue muy escaso, destacando sólo el estudio de Touche Ross sobre el fútbol inglés que la UEFA aportó. En dicho estudio se apreciaba claramente que los beneficios en una temporada concreta de todos los clubes de las primeras cuatro divisiones de fútbol que existen en Inglaterra eran inmensos y que los correspondientes a las divisiones 2ª, 3ª y 4ª se debía al negocio de las transferencias. Así, para el Abogado general ello manifestaba claramente que los ingresos por las transferencias suponían para los clubes de las clases inferiores una muy importante partida en su balance. Por ello, si las normas sobre transferencias desaparecieran no caben dudas de que los clubes sufrirían grandes dificultades. Sin embargo, añadió que la regulación de dichas normas no podía entenderse justificada por dicho razonamiento debido a que es muy dudoso que pudieran lograr tal objetivo. Pero es que además existen otros medios para alcanzar la

---

<sup>163</sup> En este punto debemos recordar algunas precisiones que realizó M. Cardenal Carro. Comenzó indicando que le parecía válido el argumento de la libertad y, por lo tanto, consideró que la decisión que hayan adoptado unos particulares de entregarse ciertas cantidades de dinero cuando concurran los casos que hayan fijado no puede circunscribirse dentro de la libre circulación. Dicha posición la reforzó añadiendo que todo el que lo desee puede quedarse al margen de ello y realizar dichos actos con total libertad, soportando la única consecuencia de autoexcluirse del grupo de particulares que han decidido organizarse de esa determinada manera. Igualmente, criticó el autor tanto la alusión que el Abogado general Sr. C. Otto Lenz hizo al interés asociativo excepcionalmente importante como la consecuencia que derivó de ella, esto es, remarcó el autor que se seguía considerando como obligatorias unas reglas que en realidad eran completamente libres. [M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2648 y 2649].

meta y que no suponen ningún menoscabo de la libre circulación como son, por ejemplo, disponer mediante un convenio colectivo límites a los salarios de los jugadores y, sobre todo, la crucial repartición equitativa entre sí de los ingresos de los clubes para evitar situaciones de supremacía. El Abogado general estaba de acuerdo con la *URBSFA* y la *UEFA* de que era crucial éste último medio debido, entre otras cosas, a que los clubes dependen económicamente unos de otros para tener ellos y su liga éxito y, por lo tanto, interesa que todos marchen bien. En caso contrario, es decir, si cada uno se financiara a sí mismo, el desequilibrio aumentaría puesto que la atracción de los clubes modestos es menor y, en consecuencia, los ingresos serían menores<sup>164</sup>. En fin, concluyó que la existencia de un buen reparto de ingresos en ningún caso puede justificar la perpetuación de los menoscabos que la libre circulación sufre con las normas sobre transferencias<sup>165</sup>. Y la no adecuación de dichas normas se observa en el hecho de que las mismas obligaban en muchas ocasiones a los clubes modestos a vender jugadores para sobrevivir con los ingresos obtenidos. Ello no significaba otra cosa que perdían a sus mejores jugadores y, por lo tanto, se veían considerablemente debilitados. Además, pese a ser cierto que con los ingresos podían adquirir nuevos jugadores, hay que tener en cuenta que la cantidad se calculaba sobre la base de las retribuciones del jugador correspondiente y, como quiera que sólo los clubes grandes pagan mayores emolumentos, los clubes modestos rara vez podían adquirir jugadores de gran calidad. En definitiva, el Abogado general concluyó que las normas sobre transferencias

<sup>164</sup> El autor M. Cardenal Carro manifestó su opinión acerca de la declaración que en las conclusiones el Abogado general Sr. C. Otto Lenz hizo y que consistió en que los competidores pensaban sólo en su beneficio, sin que ello se viera obstaculizado por el hecho de que una decisión suya pudiera perjudicar a toda la competición. Para el autor la apreciación de dicho hecho fue acertada y añadió que esa realidad la había explicado él mismo un poco antes haciendo alusión a la insolidaridad que se derivaba del fin esencial que tienen los clubes y que es ganar. Además de ello, indicó que con dicho argumento se veía respondida la apreciación en la que se consideraba que los clubes se autocontendrían para que la formación de jugadores de la selección se viera favorecida. Ello se debía a que apreciaba un interés propio y concurrente en el hecho de que estaba demostrado que el triunfo en la Copa del Mundo de fútbol supone que los espectadores posean un interés más afianzado sobre la liga nacional. A ello añadió que más seguro y mayor resultaba el beneficio individual que acarrea el mejoramiento de la competitividad del club, además de que basta que lo haga uno para que el resto adopte la misma actitud para que las condiciones no sean inferiores [*Ibidem*, pp. 2643 - 2644].

<sup>165</sup> De manera muy satisfactoria expuso el autor J. L. Dupont esta cuestión concerniente al reparto de los ingresos. A lo ya dicho, añadimos su apunte de que el reparto de los ingresos entre los clubes que forman una liga ya se realizaba en Europa respecto del dinero que se obtiene con la televisión. Sin embargo, apuntó que no sería deseable quedarse en ello sino ir más allá y repartir otro tipo de ingresos. Ahora bien, dicho reparto no ha de ser completo, es decir, cada club ha de tener la posibilidad de tratar de ser el mejor debido a que ello se manifestará en el nivel económico. Es por ello que concluyó que lo que se ha de hacer es encontrar el punto de equilibrio entre el incentivo para ser el mejor y el reparto de ingresos, de manera que ningún club sea permanentemente el mejor porque tiene más dinero. Sólo así se lograría evitar que sea un club o pocos más los que dominen un campeonato de liga. [J. L. Dupont, *supra op. cit.* nota 123, pp. 491 y 492].

incrementaban el desequilibrio. También indicó que dichas normas tampoco contribuían a que el equilibrio entre los clubes sea mayor, puesto que cuando un club ficha a jugadores de otros Estados miembros o terceros los fondos no aprovechan a ningún otro club de la liga a la que pertenece el club comprador. En suma, las normas sobre transferencias, a diferencia del reparto de ingresos que aseguran siempre cierta cantidad, no permitían a los clubes contar con una base económica fiable puesto que sólo en algunas ocasiones se tiene la suerte de que en el propio club haya un gran jugador. Es decir, dichas normas no garantizaban la supervivencia de los clubes más modestos y, por lo tanto, tampoco el robustecimiento del fútbol. Por todo ello, el Abogado general concluyó que las normas sobre transferencias no eran imprescindibles y, por ello, que no respetaban el principio de proporcionalidad<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> En cambio, al autor M. Cardenal Carro le pareció un acierto el que el Abogado general Sr. C. Otto Lenz identificase como la principal de las razones esgrimidas la de su carácter necesario para que el equilibrio económico y deportivo entre los clubes se vea garantizado, debido a que con esas normas se trata de que los clubes más modestos sobrevivan. Pero no sólo por ello, sino que también consideró que eran acertadas por afirmar que en la base de ello estaba el suponer que en caso de su desaparición se unía por los alegantes un progresivo círculo vicioso de enriquecimiento-empobrecimiento entre los equipos, en cuyo caso habría que admitir que dichas normas son válidas.

Un poco más adelante el autor siguió realizando apuntes del máximo interés. Así, subrayó que el Abogado general ni consideró admisible la excepción por la razón de que no era segura la eficacia de las normas, sino porque el objetivo podía lograrse con otros medios más adecuados. Y, tras ello, en relación con la consideración y explicación del Abogado general acerca de que la norma lo que hacía era aumentar la desigualdad entre ricos y pobres, el autor indicó que dicha afirmación era incompatible con el sentido común. Explicó que si lo que se está solicitando es la eliminación de las normas, es claro que el jugador se marche y obtener una cantidad es para el club pobre una mejor circunstancia que la otra opción donde el jugador se marcha sin recibir el club nada a cambio. Además, añadió que el dinero que se gana supone varias ventajas como posibilitar que los demás jugadores reciban una mejor retribución, disminuya el desequilibrio económico entre los clubes y los clubes modestos quedan protegidos respecto de los apetitos de los clubes más ambiciosos.

De igual interés resultó el nuevo comentario del autor acerca de la opinión del Abogado general Sr. C. Otto Lenz de que las normas no impedían que los clubes más ricos siguieran contando con los mejores jugadores, así como que un promotor rico les ayudó a solventar déficits millonarios, todo lo cual le llevó a considerar que para ellos el dinero no cuenta. Según el autor, por un lado, estimó que los referidos déficits sí influyen en los fichajes haciendo que se produzcan más o menos y, por otro lado, remarcó la incoherencia en la actitud del Abogado general consistente en denominar actividad económica al fútbol y no advertir que el fenómeno que describe sea el caso paradigmático de *dumping*.

Por lo demás, es en relación con lo que apuntó el Abogado general de que el dinero que se va al extranjero no disminuye el desequilibrio de la liga nacional donde el autor observó el fallo más grave de la Sentencia, además de lamentarlo profundamente por constituir este punto el fundamental de la misma. De este modo, comenzó preguntándose en qué competición estaría pensando el Abogado general, para después indicar que, al margen de que en las competiciones internacionales dicho reparto del dinero también favorezca la igualdad, era meridiano que el traspaso que se estaba analizando se había producido entre dos Estados diferentes y, por ende, la regla de la UEFA no estaba haciendo alusión al mismo campeonato sino a la total organización del deporte en Europa. Y la gran relevancia de este punto se debe, explicó, a que, pese a que la eficacia de las medidas hubiera sido puesta en cuestión, lo decisivo no era sino la propuesta de otro sistema que funcionaría igual de bien, el cual se iba a referir a otra cosa diferente como es una competición nacional, es decir, algo imposible de plantearse en el contexto internacional. Todo lo anterior lo completó señalando que si se parte del análisis económico del deporte profesional se ha de tener presente que es imprescindible la existencia recíproca de competidores eficientes para que el resultado sea imprevisible. Para ello, se ha de fomentar un equilibrio que rechace el mentado círculo

La tercera razón justificativa esgrimida por las federaciones afectadas fue que las normas sobre transferencias se ajustan a Derecho porque se resarcen los gastos ocasionados por la formación y promoción de los jugadores. Sin embargo, de nuevo al Abogado general no le pareció aceptable al entender que no cabe conceptuar las compensaciones como resarcimiento de dichos gastos por una serie de motivos. En primer lugar, debido a que el importe se calcula no en función de dichos costes sino de la retribución de cada jugador. En segundo lugar, porque muchas veces se está muy

---

vicioso de enriquecimiento-empobrecimiento donde el potencial económico de cada club sería determinante en el mercado laboral, es decir, que la competencia se vea limitada, para lo cual plantea la alternativa del reparto de ingresos entre los clubes. Además, añadió que dicho reparto también supone la eliminación del carácter aleatorio del sistema vigente entonces ya que los equipos modestos no tienen la certeza de que van a contar con nuevos talentos ni obtener las cantidades que necesitan para su supervivencia, a pesar de que cuiden su cantera.

Por último, tras una amplia explicación, el autor llegó a otra conclusión de gran trascendencia. En efecto, consideró que la propuesta realizada por el Abogado general consistente en el reparto de ingresos no era viable puesto que no tenía nada de solidario al ser el fruto del equilibrio entre intereses comunes pero, al mismo tiempo contrapuestos. Un poco más adelante subrayó que había que tener en cuenta que los clubes que acceden al reparto se debe a que lo necesitan para no desaparecer o no verse expulsados de la competición. Y no sólo eso, sino que también unas líneas más adelante señaló que el reparto se fundamentaba en la contraprestación tras incorporar a un jugador, lo cual llevaba a considerar que constituía una utopía, una injusticia y una imposibilidad el que se propusiera entregar el dinero gratuitamente. Junto a ello, también se ha de resaltar que el autor también consideró que el efecto aleatorio que el Abogado general atribuyó a las compensaciones no era cierto debido a que éstas, ese dinero, se volvían a invertir en nuevas adquisiciones, proceso que se repite con todas las nuevas adquisiciones. Por todo lo cual, concluyó que en el ámbito internacional las normas en cuestión eran necesarias debido a que el potencial económico de los clubes es muy diferente entre los diversos Estados, además de que ello ha de ser así por motivos estructurales, sobre todo culturales, que nada tienen que ver con los principios de la economía o del mercado que se derivan de las libertades previstas en el TCEE. [Lo dicho en esta nota, así como unas explicaciones más exhaustivas se encuentran en: M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2649–2657].

Para otro autor como es J. de Dios Crespo Pérez, si bien el abono por las transferencias estaba revestido de cierta moralidad debido a que el objetivo era proteger a los clubes más débiles frente a los más poderosos, así como que la cantera cultivada no se viera expoliada sin recibir nada a cambio, con el paso del tiempo se pudo observar que la economía del fútbol se descontrolaba. En efecto, un jugador, a lo largo de su carrera, podía verse sometido a diferentes transferencias, lo cual acarrearía la consecuencia de que el mercado fuera cada vez más caro. Así, más que proteger a los clubes pequeños, lo que se producía era que se lucraban de otros clubes con no tantas necesidades. Unas líneas más adelante, insistió de nuevo en esta idea con otras palabras y refiriéndose a España, indicando que pese a que estas compensaciones o indemnizaciones surgieron para favorecer a los clubes que forman jugadores, adquirieron un carácter tanto mercantilista (cantidades para los clubes) como de recompensa (porcentaje para el deportista). Y ello significaba que quedaba difuminada la idea primera de la figura, lo cual, sin llegar a ser negativo, sería deseable que se incardinase en otras figuras, así como que sea claro el concepto por el cual un jugador recibe una cantidad dejando de estar encubierto. Pero no sólo eso, sino que un poco más adelante volvió sobre este tema indicando que la Sentencia dio lugar a dos tipos de clubes en Europa. Por un lado, los europeos, los cuales no sufrían obstáculo alguno para contratar a jugadores profesionales de diversas nacionalidades y sin que se conceptuasen como extranjeros. Y, por otro lado, los ajenos a la UE que tenían que vérselas con la denominada regla 3 + 2 de la UEFA. Así pues, lo que se ha de tener en cuenta es que todo ello hacía que la diferencia que ya existía fuera aún mayor pues además del poderío económico que ya de por sí tienen los clubes europeos se agregaba el de sus planteles superiores en número de extranjeros. Y ello lo más probable es que condujera a que la competición se volviera verdaderamente caótica, así como a una competencia desleal. Al respecto, el autor recordó que el por el que era entonces el Secretario General de la UEFA manifestó que la Sentencia había creado tanto caos como confusión,



lejos de que exista una correspondencia entre la altísima compensación y los verdaderos gastos de formación mucho menores. En tercer lugar, porque las compensaciones también se exigen cuando se trata del traspaso de un jugador que es profesional, respecto al cual no pueden existir gastos de formación. Asimismo, indicó que lo que sí existen son los gastos de la promoción, pero que son indiferentes puesto que los ha realizado el club en su propio interés, a los cuales, además, el jugador contrapresta con sus servicios. Y, en cuarto lugar, porque el hecho de poner en dependencia la recuperación de los gastos de formación que todo jugador ocasiona con su traspaso a otro club evidencia que no es algo acertado. No obstante, lo anterior, precisó el Abogado general Sr. C. Otto Lenz, no supone que toda compensación por traspaso sea contraria al ordenamiento jurídico, sino que lo importante es que exista un régimen de transferencias adecuado y equitativo en el que dicha compensación esté limitada por la cantidad invertida por el antiguo club en la formación, que sólo se exija respecto al primer traspaso y que se vaya reduciendo por cada año que permanezca en el club de formación. Y en el caso de autos resultaba claro que las normas sobre transferencias no se ajustaban a dichas exigencias<sup>167</sup>.

Por último, en la cuarta razón justificativa se esgrimieron varios argumentos. Respecto a lo indicado por la *UEFA* de que las compensaciones por traspaso es una actividad vital para el fútbol porque posibilita a los clubes a buscar talentos, el Abogado general expresó que ello no era suficiente para que fuera adecuado exigir dichas compensaciones en cada traspaso. Además, ello podría lograrse con el ya indicado reparto de ingresos. En el mismo sentido, también rechazó otro argumento de la *UEFA* consistente en que las compensaciones permiten a los clubes contratar personal, pues

---

además de que supuso la escisión en dos de Europa. Para el autor esta opinión era correcta debido a que los clubes no europeos padecerían una inferioridad en el juego y, por ende, consideró que la situación, teniendo en cuenta la situación del fútbol en Europa, resultaba simplemente inadmisibles. [J. de Dios Crespo Pérez, *supra op. cit.* nota 129, pp. 8095, 8096, 8112 y 8113].

<sup>167</sup> En opinión de M. Cardenal Carro, también es un acierto del Abogado general Sr. C. Otto Lenz lo dicho debido a que los derechos de formación, con las cuantías actuales, no tienen ninguna posibilidad de ser aceptadas si se presentan como indemnizaciones por la inversión realizada [M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, p. 2653].

Sin embargo, en otro lugar apuntó el autor que la Sentencia dictada no sólo tenía como consecuencia la imposibilidad de las indemnizaciones por formación, sino también de los traspasos que entonces consistían en miles de millones de pesetas. Así, explicó, por un lado, que resultaba insostenible la situación en la que, por quebrantar un contrato sin que exista causa para ello, un trabajador deba pagar una cantidad mucho mayor que un patrón y, por otro lado, que además las cantidades que se manejaban eran simplemente imposibles. Por lo cual, concluyó que no eran sólo las indemnizaciones las que conculcaban la libre circulación sino también los traspasos. [*Ibidem*, pp. 2658 y 2659].

también existen otros medios para ello que no conculcan la libre circulación. Y a idéntica conclusión llegó respecto de un tercer argumento consistente en que las compensaciones tienen la finalidad de resarcir los gastos que también por compensaciones realizó el antiguo club. El Abogado general indicó que ello suponía considerar a los jugadores como un tipo de mercancía, lo cual carece de base jurídica y es incompatible con el derecho a la libre circulación. Por su parte, el Sr. *Bosman* entendía que las normas sobre transferencias tenían por finalidad reservar cantidades a los clubes y que, por ello, la desaparición de ellas supondría un aumento de las retribuciones de los jugadores. Para el Abogado general, si verdaderamente dichas normas tuvieran ese objetivo, éste no sería adecuado para que las restricciones de la libre circulación estuvieran justificadas puesto que el hecho de que los clubes abonen retribuciones inferiores no puede constituir ningún interés digno de protección. Y la *URBSFA* también argumentó que las normas sobre transferencias tenían por misión que la calidad del fútbol y el espíritu deportivo quedasen garantizados. Al respecto, el Abogado general indicó que, además de que no era el caso de autos por parecer que se refería al deporte aficionado, no atisbaba cómo dichas normas podían servir para lograr esos objetivos tan vagamente expresados. En cualquier caso, terminó expresando que un sistema que considera a los jugadores como mercancía no era adecuado para favorecer el espíritu deportivo. Para acabar, se esgrimió que el mantenimiento de estas normas es imprescindible para que siga existiendo la organización a nivel mundial del fútbol. El Abogado general explicó que la compatibilidad de dichas normas con el Derecho europeo sólo tenía importancia para el fútbol mundial en tanto en cuanto estuvieran afectadas federaciones de la Comunidad. Así, la Sentencia que se dictara sólo afectaría a ellas. A ello añadió que si el TJUE seguía la línea que él había expuesto no sería posible que dentro de la Comunidad el traspaso de un jugador, que tenga la nacionalidad de un Estado miembro y cuyo contrato haya finalizado, a otro club de otro Estado miembro siguiera dependiendo del pago de una compensación. Lo cual no tenía por qué darse respecto a las federaciones de Estados terceros puesto que mantendrían la libertad de conservar dichas normas. Y todo ello, indicó, responde muy satisfactoriamente a la lógica del mercado interior. Terminó su exposición explicando que eran infundados los temores acerca de las consecuencias que podría acarrear la supresión de las normas sobre transferencias. En efecto, en ningún caso las graves modificaciones que supondría para la organización del fútbol profesional en la Comunidad iba a producir ni una

dramática revolución ni una expropiación, es decir, dificultades infranqueables. Además, se ganaría una ventaja para los clubes, los cuales tendrían la posibilidad de fichar nuevos jugadores sin pagar compensación alguna.

Así pues, como hemos observado, para el Abogado general fue claro que, en este caso, las normas sobre transferencias no podían estar justificadas por una razón de interés general y que no eran imprescindibles debido a que los objetivos se podían alcanzar por otros medios que poco o nada perjudicaban el derecho a la libre circulación que garantiza el artículo 48 TCEE. Lo dicho extrapolado al caso concreto de autos supone que no respetaba dicho precepto la norma que exigía el abono de una compensación por parte del nuevo club al antiguo cuando se produjera el traspaso de un jugador profesional al finalizar su contrato.

### *iii. Apuntes finales*

Deseamos finalizar este apartado remarcando que las libertades que en la Sentencia fueron enjuiciadas tenían una gran conexión entre sí, además de tener por finalidad, según el artículo 2 TCEE, fomentar un Mercado Común. Así pues, discrepamos nuevamente de lo sostenido por M. Cardenal Carro de que dicho mercado no es posible que exista en el mundo deportivo y menos aún con la consecuencia que de ello dedujo consistente en que las tan fundamentales libertades no se han de aplicar al mundo del deporte. Ello nos parece un estancamiento en la evolución que se estaba logrando en la implementación del Derecho europeo y sus libertades también al deporte. Además, no creemos que esta Sentencia tuviera los efectos tan negativos que el autor indicó, sino más bien los beneficios que tanto el Abogado general Sr. C. Otto Lenz y el propio TJUE expusieron. No cabe duda de que, como también otro autor indicó, J. de Dios concretamente, pudieran derivarse consecuencias perniciosas y nada agradables, pero consideramos que ello no es suficiente para tumbar una Sentencia que, repetimos, significó un punto de inflexión muy favorable al tener a partir de ella todos los ciudadanos europeos seguridad jurídica, es decir, la certeza de que se puede acudir al Derecho europeo y éste va a ofrecer todo su amparo en el caso de que sus previsiones, y en concreto las Libertades fundamentales, se vieran conculcadas. Además, dichas

consecuencias negativas podrían ser mitigadas por otros medios nada radicales en lugar de rechazar la Sentencia totalmente. No es en ningún caso aceptable que un jugador vea cercenada su carrera profesional por el hecho de querer desarrollarla en otro Estado miembro de la UE. Ésta tiene que ser real y, por ello, unos empresarios o unos clubes que en su caso le manifestaran al jugador en cuestión que no puede participar porque tienen sus propias reglas deberán verse obligados por las normas europeas a modificar sus propias normas y así asegurar que cualquier ciudadano europeo puede también jugar.

Así, es coherente con ello el que nos parezca extraño y rechazable el hecho de que el autor tratara de hacer ver como algo negativo el hecho de que parecía que la Sentencia había lanzado un órdago a las normas sobre transferencias y, por ello, que si la UEFA quería conservar su estructura debía anular sus normas y promulgar otras que se ajustaran a lo que en la Sentencia se indicaba. Por supuesto, pensamos que así debe ser, es decir, que fue un gran acierto del TJUE; de eso precisamente se trataba, de que la UEFA modificara sus propias normas para que respetaran todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho europeo. Por lo tanto, tenemos una impresión totalmente opuesta.

Por último, también consideramos que el último argumento dado por el autor se desmorona por sí sólo. En efecto, indicó que si se hiciera el reparto al suprimir las normas de competencia todos los clubes pasarían a tener las mismas posibilidades financieras teniendo que pagar salarios parecidos y, de ello dedujo que, desaparecía el que para él era el motivo principal por el cual los jugadores emigraban, el dinero. Así pues, creyó que se daría una paradoja como es la de que a pesar de que la Sentencia afirmara la libre circulación de jugadores, lo que realmente sucedería es que casi no existiría la circulación. Pero no parece correcta dicha afirmación puesto que los deportistas, muchos de ellos, desarrollan su disciplina y toman decisiones basándose en motivos más elevados y profundos que el simple y extrínseco al espíritu dinero. De hecho, si algo es el deporte es la actividad superflua, es decir, lo que se hace por gusto y, por lo tanto, lo contrario por completo a las actividades que se hacen por utilidad o imposición, siendo precisamente el mejor ejemplo de éstas últimas el hacer algo por dinero. En suma, no cabe suposición más contraria al espíritu deportivo que el realizar algo por dinero. Consideramos que un número muy considerable de deportistas se basan

en otros motivos, siendo los menos los que se basan únicamente en el dinero. Sin duda alguna, consideramos que éstos últimos son los que menos o ningún valor tienen, a pesar de todo el dinero que puedan lograr. Y, es más, barruntamos que es con la actitud superflua cuando llega más dinero.

En cualquier caso, sirva lo que hemos apuntado pues no podemos ahora entrar más profundamente en consideraciones que se adentran en el tan importante terreno de lo filosófico y que rebasan este estudio. Al respecto, simplemente queremos indicar que todo lo que tiene un gran valor es obra de lo superfluo, del deporte, de la inutilidad, y no de lo utilitario, cuyo máximo representante es el dinero. Así, desde hace mucho tiempo se ha observado con claridad que la interpretación económica de la historia, más conocida como el comunismo, es un completo error (además de conducir siempre al fracaso) porque considera que todo (el arte, el derecho, las decisiones de las personas, etc.) se basa sólo en el dinero. No es cierto; en todo ello operan otras consideraciones y de más alto rango. Por lo tanto, concluimos que, en contra de lo sentenciado por el autor, la liberalización que la Sentencia del asunto *Bosman* aseguró nos parece no sólo una gran noticia sino la actuación correcta puesto que aseguraba que cualquier ciudadano europeo pudiera trasladarse a otro Estado miembro para desarrollar su actividad pudiendo tener para ello cualquier motivo (conocer otra nación, aprender otra lengua, conocer otras personas, etcétera) y sin verse discriminado. Desde luego, sería una tremenda, triste e inaceptable injusticia que unos ciudadanos no pudieran trasladarse a otros Estados por motivos superfluos por la razón de que otros no se trasladan por lo que buscan es el dinero<sup>168</sup>.

Terminamos este punto trayendo a colación unas últimas reflexiones de M. Fernández Ramírez según las cuales la valoración que el TJUE realizó sobre las normas de transferencia fue más allá de lo concerniente a lo interno. Y es que al firmar *Bosman* un contrato con un club de Francia supuso que éste estuviera dando respuesta a una oferta de empleo, lo cual se incardina dentro de los supuestos de libre circulación previstos en el artículo 48.3.a) TCEE. A ello añadió un apunte del máximo interés consistente en que el jugador habría sufrido un problema de discriminación a la inversa

---

<sup>168</sup> Lo expuesto completamente por M. Cardenal Carro que hemos criticado, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 2663 y 2664.

en el caso de que hubiera faltado un revestimiento jurídico o no existido una oferta de empleo. Y dicha discriminación se habría concretado en la posibilidad de una situación no ventajosa para el nacional que no podría obtener rédito en su estado del Derecho comunitario por el hecho de no haber circulado, en contraste con los ciudadanos de otros estados. Al respecto indicó que la jurisprudencia europea había solucionado este problema reconociendo que el ciudadano de un Estado miembro tenía la posibilidad de invocar ante las autoridades de su propio estado el derecho de establecimiento. Por último, partiendo de este supuesto señaló que habría que considerar no respetuosas las normas sobre transferencias con el artículo 1.2 de la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad<sup>169</sup>, el cual reconoce a los trabajadores el derecho a salir de su Estado miembro para trabajar en otro diferente<sup>170</sup>.

### C. Las cláusulas de nacionalidad

Por su parte, a idéntica conclusión llegó el TJUE en cuanto a la otra cuestión que se planteó en el conflicto, es decir, la de las cláusulas de nacionalidad<sup>171</sup>. En efecto, al respecto determinó que no se ajusta al artículo 48 TCEE cualquier norma de un organismo deportivo que exija que en las competiciones por ella organizadas los clubes sólo puedan alinear a un número limitado de jugadores profesionales que sean nacionales de otros Estados miembros<sup>172</sup>. A este respecto, el Abogado general Sr. C.

---

<sup>169</sup> DOCE nº 257, de 19 de octubre de 1968.

<sup>170</sup> M. Fernández Ramírez, *supra op. cit.* nota 125, p. 542.

<sup>171</sup> J. de Dios Crespo Pérez también subrayó la relevancia de la Sentencia en relación con esta cuestión. En efecto, explicó que el caso *Bosman* no supuso sino que se retomara un problema que venía de tiempo atrás y que planteaba, además de lo concerniente a la indemnización por transferencia, el hecho de desgranar las normas de la UEFA que establecían el límite de jugadores extranjeros que podían integrar el mismo equipo en un partido de competición internacional. [J. de Dios Crespo Pérez, *supra op. cit.* nota 129, p. 8098].

<sup>172</sup> STJUE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, apartado 2), página I-5081.

A este respecto, resulta interesante traer a colación la reflexión de J. Bermejo Vera consistente en que esta cuestión se trató de manera muy diferente a la primera. En efecto, frente a la total incompatibilidad con el Derecho europeo de las normas sobre transferencias, las cláusulas de nacionalidad planteaban un problema distinto. Así, el autor subrayó que parecía que el TJUE en su Sentencia hubiera ocultado toda la problemática que implicaba derogar o declarar nulas todas las reglas que restringían las mentadas cláusulas. [J. Bermejo Vera, *supra op. cit.* nota 129, p. 105].

Por su parte, J. de Dios Crespo Pérez indicó en relación con esta segunda cuestión que sólo se podía esperar la situación a que dio lugar la Sentencia debido a que entonces ya estaba reconocido que el deportista profesional era un trabajador, así como porque estaba regulada su relación con los clubes. Más

Otto Lenz, tras aclarar la cuestión que la Sentencia del asunto *Donà* dejó abierta en el sentido de que sí se aplica el artículo 48 TCEE a los jugadores profesionales debido a que han de ser considerados trabajadores por cuenta ajena, expresó que las cláusulas de nacionalidad eran discriminatorias por razón de la nacionalidad. La razón de ello es que quedaba limitado el número de jugadores de otros Estados miembros que en otro Estado miembro puede alinear un club, lo cual supone un trato menos favorable en el acceso al empleo en comparación con los que tienen la nacionalidad del Estado miembro en que quieren jugar. En esta línea, resultó muy correcta la alusión de la Comisión al apartado 1 del artículo 4 del ya citado Reglamento del Consejo 1612/68<sup>173</sup>, debido a que preveía que toda disposición que limite el empleo de extranjeros no puede aplicarse a los nacionales de otros Estados miembros. Para la *UEFA*, en cambio, dichas cláusulas se ajustaban al artículo 48 TCEE puesto que en todo caso cada club conservaba la libertad de fichar a tantos jugadores extranjeros como quisiera. Tanto el Sr. *Bosman* como la Comisión no aceptaron esta alegación puesto que ningún club que actúe racionalmente contrataría a más jugadores extranjeros de los que pudiera alinear; sólo los clubes más ricos podrían permitirse ese lujo.

Tras ello, el Abogado general Sr. C. Otto Lenz realizó unas reflexiones adicionales de gran interés sobre una posible excepción o justificación consistente en que las cláusulas de nacionalidad podrían ajustarse a Derecho según lo manifestado por la jurisprudencia del TJUE. Como ya sabemos, en el asunto *Walrave* se estableció que la

---

si se tiene en cuenta que ya la libertad de circulación de trabajadores estaba establecida en la UE. Además de ello, recordó que la URBSFA, la UEFA y los gobiernos de Alemania, Francia e Italia argumentaron que la restricción basada en la nacionalidad no existía debido a razones económicas o de mercado laboral y, por ende, no se debía incardinar dentro de la libre circulación de trabajadores del artículo 48 TCEE. La realidad, indicaron, era que existían debido a una mezcla de componentes sociales que se manifestaban en el amor e identificación a un club concreto o entre un club y su Estado, así como a componentes nacionales como era la representación por parte de un club de su Estado. Asimismo, indicó el autor que lo anterior estaba íntimamente unido con el último eslabón de la defensa que se hizo de las cláusulas de nacionalidad, es decir, con la protección tanto jurídica como deportiva que recibían los equipos que representaban a los Estados que integraban la UEFA, lo cual era la clave del sistema competitivo internacional. Pero, y aquí está lo más interesante, el autor advirtió que esta cuestión podía originar varios problemas por la razón de que el concepto de protección que albergaba la UEFA de los equipos que representan a sus federaciones no tiene por qué entrar en colisión con la erradicación de las mentadas cláusulas. Así, sugirió que lo que debía originar es lo contrario, esto es, una interrelación más grande y una libertad de circulación auténtica que favorezca el mundo del fútbol. A ello añadió que por aquel entonces el problema no era el de la protección de las selecciones nacionales, sino la posibilidad de que las bases de ellas se modificaran o cuestionar su utilidad. En este sentido, apuntó que todo ello podía desembocar en la supresión de dichas selecciones como las conocemos y su lugar ocuparlo otras selecciones formadas por jugadores que jueguen en cada Estado correspondiente [J. de Dios Crespo Pérez, *supra op. cit.* nota 129, pp. 8108 y 8109].

<sup>173</sup> Ver nota 118.

prohibición de discriminación del artículo 48 TCEE no influía en la composición de los equipos deportivos, sobre todo los nacionales. Asimismo, en el asunto *Donà* se declaró que dicha prohibición no resulta conculcada cuando jugadores extranjeros quedan excluidos de partidos por razones no económicas sino sólo deportivas como es el caso de los equipos nacionales. Y la relevancia de ello, según el Abogado general, se observa en que el problema de la composición de los equipos no es sólo deportivo, pues en tal caso el TJUE, para resolver el segundo asunto, se hubiera remitido al primero. Sin embargo, lo que sí cabe reprochar al TJUE es que en ambos pronunciamientos no quedase suficientemente fundamentada la excepción, así como su alcance. Y la verdad es que ello no resulta fácil de motivar, sobre todo si se tiene en cuenta que precisamente los partidos que disputan las selecciones nacionales albergan una importancia económica inmensa (por ejemplo, un mundial de fútbol) y, por ende, es muy extraño que no quepa considerarlos como una actividad económica. En suma, la excepción del TJUE no encuentra fundamento en el artículo 48.3 TCEE. Además, el Abogado general indicó que no resultaba aplicable para el caso de autos debido a que consistía en partidos de ligas y no de selecciones. Así, el derecho a la libre circulación se vería menoscabado en el caso de que jugadores extranjeros pudieran quedar excluidos de los partidos de las ligas. A este respecto, el autor M. Cardenal Carro indicó en su texto que la expresión “carácter específico” con la que el TJUE identificó aquellos encuentros en los que era conforme con el Derecho europeo limitar la participación a los jugadores nacionales constituía la clave del conflicto a dilucidar. Como ya sabemos, dicha expresión no fue definida por el TJUE sino que sólo se refirió a los equipos nacionales. El autor continuó explicando que en caso de que no se descalificara esta jurisprudencia, sería difícil negar la identidad de razonamiento con los partidos que en el caso en cuestión se estaban analizando<sup>174</sup>.

Pero no sólo lo anterior, sino que para tratar de que se aceptase que las cláusulas de nacionalidad se ajustaban a Derecho se elaboraron tres argumentaciones. En primer lugar, se consideraba que la faceta nacional tenía un papel crucial en el fútbol al entender que sólo si los clubes están formados en su mayoría por jugadores nacionales los aficionados se identificaban con ellos, así como que los propios clubes representan a

---

<sup>174</sup> M. Cardenal Carro, *supra op. cit.* nota 128, pp. 2638 y 2639.



su Estado en las competiciones internacionales<sup>175</sup>. A lo cual el Abogado general respondió que en la realidad el aspecto nacional está muy lejos de la importancia que algunos le otorgan debido a que la mayoría de los clubes de primera división alinea a jugadores extranjeros y que ello no afecta al estilo de juego de cada Estado<sup>176</sup>; a que a los aficionados de un club les interesa el éxito y no la composición del equipo; a que al aceptarse a jugadores de otras partes del Estado no se entiende por qué no se iban a aceptar los procedentes de otros Estados miembros; y a que no es relevante que el entrenador y los jugadores posean la misma nacionalidad. Pero aunque dicha importancia fuera cierta la misma no podría justificar las cláusulas de nacionalidad. En efecto, entre los fundamentos del Ordenamiento jurídico europeo se encuentran tanto el derecho a la libre circulación como la prohibición de discriminación de otros nacionales. Por lo tanto, dichas cláusulas vulneran gravemente estos principios<sup>177</sup>. En segundo lugar, se indicaba que dichas cláusulas eran imprescindibles para que la cantera no sufriera ningún daño y, en consecuencia, para que la presencia de jugadores en la selección nacional quedase garantizada. A ello el Abogado general opuso que en tal caso la cantera no sufre ningún daño, sino que resulta muy beneficioso para todo el fútbol ya que muchos jugadores inician su exitosa carrera en clubes pequeños que no se rigen por tales cláusulas, así como porque la verdad es que los jugadores extranjeros de élite

---

<sup>175</sup> M. Cardenal Carro opinó que la opinión del Abogado general Sr. C. Otto Lenz sobre ello, es decir, que por eso los compatriotas prefieren la victoria del representante de su Estado y que se deriva la limitación de extranjeros constituye una argumentación muy relativista. Y lo razona explicando que en caso de que fuera cierto, no se entiende por qué los extranjeros que pueden jugar han de ser un número determinado, y no más o menos. E, igualmente, añadió que no debe interpretarse el campeón de la liga de un Estado como un equipo de dicha nacionalidad [*Ibidem*, p. 2640].

<sup>176</sup> M. Cardenal Carro estaba de acuerdo con ello, esto es, consideró que era plenamente rechazable la alegación del gobierno alemán tanto por la misma realidad como por albergar una falacia debido a que la gran relevancia del factor territorial en el deporte no se justifica con la identificación de la citada alegación con el “carácter específico” [*Ibidem*, p. 2639].

<sup>177</sup> Otro apunte de interés de M. Cardenal Carro lo realizó en relación con este segundo grupo de alegaciones. En efecto, nos hizo ver que tanto algunas de las argumentaciones como en general la Sentencia están informados por el concepto de Europa como realidad política. Un buen ejemplo es, según señaló, el que se observa en dicho segundo grupo de alegaciones cuando el Abogado general Sr. C. Otto Lenz manifestó que no alcanzaba a ver cómo podría justificarse que los jugadores de fútbol de la Comunidad Europea vieran rechazada su participación en la Copa de Europa. A ello añadió el autor que como quiera que es admitido que los clubes de cierta nacionalidad representan a su propio Estado aunque cuenten con jugadores de regiones diferentes a la suya, es posible pensar que también representan a la UE ante los demás Estados de la UEFA. En este sentido, de todos es conocido que la Comunidad siempre ha tenido interés en utilizar el deporte como factor de cohesión para la construcción europea. Para el autor, si bien ello es un fin legítimo, el método, en cambio, no es adecuado por consistir en imponer una determinada y única concepción del deporte. Así, cabe recordar que existe otra concepción desde el punto de vista cultural y, por tanto, es incoercible ir contra ella. Además, las personas que consideren que una competición organizada de la otra forma va a tener más éxito, tienen la posibilidad de llevarla a cabo. [*Ibidem*, pp. 2647–2648].

fomentan el desarrollo del fútbol como por ejemplo ofreciendo ventajas a los jugadores de cantera. A ello añadió una reflexión de gran importancia consistente en que el hecho cierto de que los puestos de trabajo disponibles para los nacionales de un Estado sean menos cuanto más extranjeros haya no es sino una consecuencia normal del derecho a la libre circulación. Además, la supresión de las cláusulas no supone necesariamente que en una liga los nacionales del Estado pasaran a ser una minoría puesto que no existiría la obligación de los clubes a fichar más extranjeros sino sólo la posibilidad. Por último, indicó que apenas sería posible que concurrieran tantos extranjeros como para que los jugadores nacionales quedaran desplazados y, en consecuencia, la selección nacional afectada<sup>178</sup>. Y no sólo eso, sino que también hay que tener en cuenta tanto que el éxito o el fracaso de dicha selección nacional afecta al interés que se tenga por los partidos de los clubes de dicha nación, como que bastantes jugadores que integran la selección juegan en el extranjero, lo cual en muchos casos es muy beneficioso<sup>179</sup>. En tercer lugar,

---

<sup>178</sup> De nuevo es de gran interés traer a colación la reflexión que a este respecto expresó M. Cardenal Carro. Así, consideró que carecía de mayor razonamiento el argumento o creencia del TJUE de la improbabilidad de que la afluencia de extranjeros fuera tan grande como para desplazar a los nacionales. Pero no sólo eso, sino que también lo consideró sugerente debido a que al admitir que dicho fenómeno se veía afectado por un freno natural no estaba sino estimando que era lógico que así ocurriera. Lo cual, y aquí está la gran observación, es una consecuencia totalmente opuesta al razonamiento que defendió en el epígrafe inmediatamente anterior. Esto es, al autor le pareció que no había coherencia alguna entre, por un lado, que, por ejemplo, el Logroñés C. F. no se viera obstaculizado a identificarse con sus aficionados aún en el caso de que todos sus jugadores fueran franceses y, por otro lado, que fuera improbable que acuda dicho club a viveros extranjeros masivamente. Por si fuera poco, continuó expresando que, debido a que también se podía apreciar en otros de sus argumentos y en la propia Sentencia (por ejemplo, la total ausencia de perjuicios en relación con la completa apertura en todos los Estados), podría ser que el Abogado general Sr. C. Otto Lenz no se estuviera contradiciendo, sino que lo que ocurría era que desconocía completamente una realidad básica como es la del muy segmentado mercado laboral deportivo que existe entre los diversos Estados. A éste último respecto, citó el ejemplo de que en el caso de que un equipo de Dinamarca y uno de España tengan el mismo nivel pero éste tenga un presupuesto 4 o 5 veces mayor, es fácil atisbar que los clubes medios del Mediterráneo mejorarán sus resultados si se refuerzan con jugadores de centroeuropa. Todo ello fue rematado por el autor haciendo otro enjundioso apunte sobre el ejemplo que el Abogado general puso relativo a Escocia, país donde las cláusulas de nacionalidad no se aplican y, sin embargo, su selección no se ha visto afectada. Al autor le causó sorpresa que el Abogado general reconociera que la mentada selección venía fracasando desde hacía ya algún tiempo, lo cual no hace que no posea la esperanza de que la situación cambie. Pero lo más importante es que el autor consideró que ni Escocia es un país rico desde el punto de vista futbolístico ni puede plantearse como ejemplo. La razón de ello, explicó, es que en el caso de que el Abogado general hubiera profundizado más en el asunto lo más seguro es que hubiera observado tanto que son más los escoceses que juegan en otras ligas de Europa que los europeos que juegan en Escocia, como que los primeros son los más prestigiosos. Y es que, insistió el autor en sus argumentos, por un lado, el motivo por el cual los jugadores cambien de país es cobrar más dinero y, por otro lado, al no referirse las normas a absurdas hipótesis, en Escocia la libre circulación no suponía que jugadores de otros Estados comunitarios acudieran más que en el caso de que se hubieran establecido limitaciones [*Ibidem*, pp. 2642 y 2643].

<sup>179</sup> En relación con ello, el autor M. Cardenal Carro consideró aún más ingenuo que lo anterior el pensar que los clubes iban a seguir reservando puestos a jugadores nacionales con el fin de que pudieran acceder a la selección nacional y por la razón de que el prestigio que dichos jugadores adquieren en la selección también favorece a los clubes. Para aclarar su posición, el autor, tras reconocer que no conocía la composición de la selección alemana a la cual el Abogado general Sr. C. Otto Lenz se refirió

se manifestó que las referidas cláusulas eran también imprescindibles para alcanzar el objetivo de equilibrio entre los clubes, pues en caso contrario sólo los clubes grandes podrían atraer a los mejores jugadores. Para el Abogado general Sr. C. Otto Lenz, al igual que para el Sr. *Bosman*, existían otros medios para alcanzar dicho objetivo sin conculcar el derecho a la libre circulación. Además, las cláusulas sólo en muy escasa medida contribuían a lograrlo, puesto que los clubes más ricos seguían permitiéndose fichar a los mejores jugadores del extranjero y, a la vez, tenían la posibilidad de fichar a los mejores jugadores nacionales sin límite alguno<sup>180</sup>.

---

ininterrumpidamente, indicó que suponía que no habría grandes diferencias en comparación con la situación en España, donde sólo 4 o 5 clubes de la primera división reúnen a todos los jugadores internacionales. Lo cual, a su parecer, hace que no es creíble que al resto de los 17 clubes les convenzan el argumento que se dio. Ahora bien, sí reconoció que dichos jugadores en muchas ocasiones ha sido en los equipos modestos donde han encontrado la oportunidad de obtener la práctica necesaria y, por tanto, desde entonces para dichos clubes es más barato y efectivo fichar a un jugador extranjero reconocido en lugar de ofrecer una oportunidad a un joven nacional. A ello añadió que no comprendía, esto es, no veía la razón por la cual en el caso de que su jugador fuera un internacional foráneo no iban a obtener el beneficio correspondiente. E hizo ver que tanto la cotización como el coste de sus servicios aumentan en el caso de que el jugador en cuestión sea llamado por su selección.

A continuación, continuó el autor realizando apuntes del máximo interés. Tras insistir en que son los interesados los más adecuados para fijar las normas que regulan el deporte al ser los que mejor lo conocen, advirtió que de las conclusiones del Abogado general Sr. C. Otto Lenz se podía deducir que eran necesarios varios razonamientos en torno a la propia naturaleza del deporte. Es por ello que tanto el Abogado general como el TJUE no parecían demasiado aficionados o concedores del medio, realidad que, señaló, alcanzaba su máximo en la última argumentación sobre la influencia que las cláusulas de nacionalidad tenían sobre la composición de las selecciones nacionales. Dicha argumentación consistía en que no se producía ningún perjuicio debido a que selecciones con muchos jugadores en terceros Estados no había sido obstáculo para lograr torneos internacionales, citando como ejemplos el Mundial de 1990 y la Eurocopa de 1992 obtenidas por, respectivamente, Alemania y Dinamarca. Sobre estos ejemplos, el autor indicó que también podía haber citado a Argentina en los años 1986 y 1990 y Brasil en el año 1994. Pero sobre esta cuestión en conjunto reconoció que no había dudas de que ese efecto no era padecido por el Estado exportador sino el importador. Así citó el caso de España, donde en los últimos Juegos Olímpicos la mayoría de los pivots en baloncesto eran suplentes habituales en sus propios equipos, siendo los titulares jugadores extranjeros. Y lo mismo había que decir del delantero de la selección española de fútbol durante el último mundial de fútbol. Así pues, concluyó que son los equipos exportadores quienes precisamente suelen ocupar dichas plazas. Para ello, citó los ejemplos, por un lado, de Canadá, un Estado prácticamente al margen de la organización federativa, donde desde siempre ha pretendido proteger sus viveros frente a EEUU con normas más duras y, por otro lado, de Italia donde uno de sus Ministros de Asuntos Exteriores en cierta ocasión sugirió que se impidiera a todos los extranjeros que obtenían inmensos beneficios en dicho Estado y, a la vez, perturbaban la progresión de los nacionales que se enfrentaran a la selección italiana y que la derrotasen [*Ibidem*, pp. 2644 y 2645].

<sup>180</sup> Igual o más interés que las anteriores albergan las reflexiones que M. Cardenal Carro vertió sobre este tercer punto que se encuentra en el epígrafe 147 de las conclusiones del Abogado general Sr. C. Otto Lenz. En concreto, sobre la argumentación de que las cláusulas de nacionalidad tenían una eficacia muy limitada, el autor indicó que el Abogado general estaba enteramente equivocado en el caso de que se estuviera refiriendo a las competiciones internacionales. En este sentido, aportó el hecho real de que desde el momento en que tres extranjeros fueron admitidos la preeminencia de los equipos de Italia (los más ricos del planeta) había sido indiscutible en toda Europa. En otras palabras, la situación viró 180 grados gracias a la contratación de los mejores extranjeros; en efecto, cuanto más extranjeros mejores son los equipos. Y la misma razón se haya tras la increíble mejora que experimentó el Fútbol Club Barcelona. A ello añadió el autor que la evidencia de que no es igual el potencial económico de los equipos en unos Estados que en otros hace imposible que dejen de ser simples comparsas equipos de Holanda, Bélgica, Dinamarca, Inglaterra o Alemania, a excepción de alguna irrupción puntual. La razón de ello es que la

Interesante es exponer también el parecer de M. Cardenal Carro en torno a otro argumento del Abogado general de que en Alemania los equipos aficionados tienen la posibilidad de alinear todos los extranjeros que deseen, así como que pueden adquirir el derecho a participar en las competiciones europeas en representación de dicho Estado. Para el autor dicho argumento no es aceptable debido a que el punto de partida es tanto un equívoco conceptual como una situación extraordinaria (puede existir profesionalismo fuera de las que se denominan ligas profesionales) y, por lo tanto, extrañamente alcanzará tal clasificación un equipo que sea de verdad aficionado. Y concluye señalando que es obvio que las normas hacen referencia a los efectos posibles y no a las hipótesis que resultan absurdas, así como recordando que la esencia del deporte aficionado es la ausencia de potencial económico y que las organizaciones europeas no son reticentes a aplicar los criterios de nacionalidad (un aficionado que se desplace a otro Estado seguirá disfrutando de su afición)<sup>181</sup>.

Para terminar con este punto conviene recordar unas pocas reflexiones de M. Fernández Ramírez según las cuales en el Derecho europeo no hay previsto ningún principio de igualdad de trato de carácter general, sino determinadas prohibiciones de discriminación que tienen su origen en el artículo 7 TCEE que proscribía cualquier discriminación fundamentada en la nacionalidad. Y precisó que ésta última prohibición constituía el elemento clave del derecho de los trabajadores a la libre circulación, lo cual se traducía en la igualdad tanto en el acceso como en el desempeño de un trabajo. Teniendo en cuenta lo anterior, precisó que, como el TJUE determinó, dichas cláusulas de nacionalidad contrarían totalmente varias prohibiciones que constituyen el derecho a la libre circulación de los trabajadores. Y a continuación realizó un apunte de gran

---

mayoría de los jugadores de mayor calidad de dichos Estados desarrollarían su labor en España e Italia. Así pues, concluyó que si la norma del 3 + 2 había desplegado unos efectos muy negativos, la incorporación de once suprimiría las pocas posibilidades con que entonces contaban.

Pero no finalizaron ahí las reflexiones del autor, sino que fue más allá al indicar que respecto de las competiciones nacionales la argumentación resultaba simplemente imposible debido a que lo que pretendía el Abogado general era establecer una relación basada en la causa entre el equilibrio competitivo y una de las muchas variables que lo crean, además de desplegar unos efectos que son interdependientes entre sí. Lo dicho lo aclaró señalando, por un lado, que dicha relación imposibilitaba que se pudiera adoptar una postura sobre ello sin conocer el resto de las características del mercado laboral estudiado y, por otro lado, que pese a que es verdad que los equipos más ricos pueden contratar los jugadores de más calidad, dicha valoración es compleja de llevarla a cabo, además de que sería posible que todos los clubes pudieran contar con tantos buenos jugadores como quisieran. [Lo expuesto, así como su correspondiente ampliación con más apuntes del máximo interés se encuentran en: *Ibidem*, pp. 2646 y 2647].

<sup>181</sup> *Ibidem*, pp. 2641 y 2642.

interés al indicar que le llamaba la atención el que dicha libre circulación hubiera tenido un avance tan lento en el deporte, más si se tiene en cuenta los instrumentos que la Corte tenía para poder agilizar el proceso. Además, añadió que, desde una perspectiva más expansiva y trascendente, la Sentencia *Bosman* no sólo invitaba a usar sino también a abusar de los jugadores profesionales y semiprofesionales de la UE debido a que erradicaba las exigencias de número para componer los equipos que habían fijado las federaciones futbolísticas. Eso sí, advirtió que lo anterior no implicaba que dejara de respetar la existencia de una limitación para los encuentros de selecciones nacionales por entender que se fundamentan en objetivos puramente deportivos. En opinión de la autora, esta posición del TJUE suponía que estuviera próxima al espíritu en virtud del cual el principio de no discriminación en la libre circulación había sido establecido por el TCEE. Ahora bien, precisó que ello no podía suponer que se extrajeran conclusiones prematuras pues se debía tener en cuenta que, pese a que el principio de no discriminación por nacionalidad posibilita la erradicación de los obstáculos, así como de las discriminaciones encubiertas, parece que no exige que se logre que el trabajador migrante reciba un trato igual en el plano sustantivo al trabajador nacional, suprimiendo posibles obstáculos que le imposibiliten asimilarse enteramente a éste último. E indicó que la mejor prueba de ello era que el reconocimiento que el TJUE hizo de la índole obstaculizadora de las mentadas cláusulas tenía reservas, esto es, sujeto a una limitación que merma el desarrollo de la libre circulación<sup>182</sup>.

<sup>182</sup> M. Fernández Ramírez, *supra op. cit.* nota 125, pp. 542, 543 y 544.

Como quiera que hemos llegado al final de la exposición de este asunto, queremos señalar aquí otras consideraciones sobre la Sentencia de A. J. Adrián Arnáiz que se unen a las que ya apuntamos en una nota anterior. Así pues, opinó que dicha Sentencia se incardina dentro de la modalidad de las que se caracterizan por vivir de su reputación, de lo que representan en un tiempo histórico concreto o de lo que se esperaba que iban a determinar. En otras palabras, aclaró que esta Sentencia podía considerarse como un pronunciamiento más de una revolución jurisprudencial que nunca se llega a consagrar. Por lo tanto, no era más que una reedición jurisprudencial que sólo comenzaba a responder a la exuberancia irracional generada por todo el deporte, particularmente el fútbol. Es decir, simplemente sintetizó los resultados más relevantes que se habían alcanzado en relación con las libertades de circulación comunitarias. Por todo ello, afirmó el autor que se había sobrevalorado la Sentencia y, por ende, que no era correcto el que se hubiera conceptualizado como un emblema al ser la realidad que sólo había un razonamiento más sobre la desregulación normativa que abría el camino al ejercicio sin ninguna traba de las libertades de circulación comunitarias. Profundizó en su explicación indicando que con esta Sentencia el TJUE reunió toda su experiencia jurisprudencial liberalizadora en relación con la libre circulación de trabajadores debido a que proyectó su manera de entender el mercado interior europeo sobre la analogía del jugador *Bosman* que pretendía dejar su Estado originario para trabajar. A ello añadió que el TJUE argumentó todo ello recurriendo a la razón práctica, es decir, al argumento del obstáculo, el cual imponía tanto a dicho órgano jurisdiccional como al Abogado general Sr. C. Otto Lenz que llevaran a cabo en el mismo razonamiento jurídico el papel liberalizador consagrado por los pronunciamientos anteriores sobre la libre circulación de personas, con la finalidad de construir un espejo donde poder mirarse. Además, señaló que era probable que no pocos se sentirían desorientados por no encontrar en la Sentencia ni un argumento válido para la futura construcción europea. En cualquier caso, tras ello realizó un apunte positivo consistente en

Como hemos podido observar, la gran relevancia de este pronunciamiento se debe a que constituyó un punto de inflexión al dar inicio a una reflexión sobre una consideración general del deporte que, además, coincidió con la atribución de más competencias a la UE y con el fin de la consideración como únicos intereses del deporte el valor económico y la organización de los mercados.

### 3. 2. 3. La jurisprudencia posterior del TJUE sobre la libertad de circulación

El asunto *Lehtonen*<sup>183</sup> es interesante porque dilucidó si los principios de libertad de circulación y no discriminación por razón de la nacionalidad eran respetados o no por las restricciones que a los jugadores profesionales ajenos a la UE se habían establecido. Para ello, lo primero que declaró el TJUE es que el jugador en cuestión, de nacionalidad finlandesa, debía ser considerado como un trabajador por ser parte de un contrato celebrado con un club y por percibir una remuneración. En consecuencia, siguió indicando que nos encontramos ante una actividad económica y, por ende, se le han de aplicar las Libertades fundamentales del Derecho europeo. Teniendo en cuenta lo anterior, resolvió el conflicto indicando que no se ajustaba al Derecho europeo una norma dictada por una Federación deportiva en virtud de la cual se prohíbe a un club alinear a un jugador profesional originario de otro Estado miembro en el caso de que haya sido transferido tras una fecha que es anterior a la que se aplica a los jugadores profesionales de terceros Estados ajenos a la UE. Asimismo, señaló una excepción para el caso de que la diferencia de trato se deba a motivos objetivos que sólo se refieran al deporte o en las diferencias entre la situación de los jugadores procedentes de una Federación europea y la de los jugadores de una Federación ajena a Europa<sup>184</sup>.

---

que la Sentencia sería útil para el deporte en el caso de que fuera diseccionada aparte de su pretensión de que los problemas del mundo del deporte en relación con el Derecho europeo quedasen constatados. O lo que es lo mismo, la Sentencia resultaba aprovechable en tanto en cuanto se intentara dar con los métodos o vías que, según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), debe recorrer la libre circulación de deportistas con el objetivo de que una unidad se conserve para posibilitar la comprensión recíproca, esto es, la comprensión inmediata del deporte y el proceso de construcción de Europa. [A. J. Adrián Arnáiz, *supra op. cit.* nota 129, p. 62].

<sup>183</sup> STJUE de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96, en el cual se vieron involucrados el jugador de baloncesto finlandés *Jyri Lehtonen vs. Real Federación Belga de Baloncesto*.

<sup>184</sup> Para más información sobre este caso, véase E. Casero Casas, «La aplicabilidad de las normas de derecho comunitario a la actividad deportiva. Algunos ejemplos relevantes», *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, nº 24, 2008, p. 637.

A continuación, el TJUE dictó otros pronunciamientos en los que se extendió la libre circulación de trabajadores a los deportistas no comunitarios. En efecto, es lo que se hizo en el asunto *Kolpak*<sup>185</sup>, la cual puso fin al conflicto que se inició cuando la *Federación alemana de balonmano* otorgó al jugador profesional una licencia de “clase A”, lo cual supuso un trato diferente entre los jugadores europeos y los no europeos por estar éstas últimas licencias limitadas. En vista de estas circunstancias y de que el apartado 1 del artículo 38 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, hecho en Luxemburgo el 4 de octubre de 1993, preveía en favor de los trabajadores eslovacos el derecho a ser tratados con igualdad en lo que a condiciones laborales se refiere en el caso de que fueran parte de un contrato legal en algún Estado miembro, resolvió el conflicto manifestando que no resultaba aplicable al jugador profesional eslovaco, contratado por un club de un Estado miembro, una norma de una Federación deportiva de dicho Estado miembro en virtud de la cual los clubes tienen un límite para alinear jugadores de terceros Estados ajenos al Acuerdo sobre el EEE<sup>186</sup>.

Idéntico conflicto se dirimió en el asunto *Simutenkov*<sup>187</sup>, pronunciamiento muy importante por ser un segundo gran paso tras el primero dado en el caso *Bosman*. Su origen se encuentra en el mes de enero de 2009 cuando el deportista profesional de nacionalidad rusa se dirigió a la *RFEF* para solicitarle el cambio de la licencia que le había sido concedida como jugador ajeno a la UE o no europeo por otra relativa a jugador de la UE o europeo. Para ello, esgrimió que ello le hacía sufrir desigualdades laborales y se fundamentó en el Acuerdo de Colaboración y cooperación entre, por un lado, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y, por otro lado, la Federación rusa<sup>188</sup>. Pero la *RFEF* rechazó la petición y, por ello, el deportista decidió acudir al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo para interponer un recurso. La razón

---

<sup>185</sup> STJUE de 8 de mayo de 2003, asunto C-438-00, donde se vieron involucrados el jugador profesional eslovaco *Maros Kolpak vs. Federación alemana de balonmano/Deutsche Handball Bund*.

<sup>186</sup> Para más información, consúltese: E. Casero Casas, *supra op. cit.* nota 184, p. 636.

Y para el texto normativo, el Acuerdo de Asociación, véase: BOE nº 183, de 2 de agosto de 1995.

<sup>187</sup> STJUE de 12 de abril de 2005, asunto C-265/03, donde participaron el jugador profesional de fútbol y de nacionalidad rusa *Igor Simutenkov vs. el Ministerio de Educación y Cultura y la RFEF*.

<sup>188</sup> Firmado en Corfú el 24 de junio de 1994 y aprobado en nombre de las Comunidades mediante la Decisión 97/800/CECA, Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante Euratom): Decisión del Consejo y de la Comisión de 30 de octubre de 1997 relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra (DO nº L 327 de 28 de noviembre de 1997).

de tal decisión no fue otra que el jugador siguió entendiendo que la diferencia prevista en la normativa entre los nacionales de Estados ajenos a la UE y los europeos menoscababa el normal desempeño de su profesión y, por lo tanto, conculcaba el apartado 1 del artículo 23 del Acuerdo indicado. Pues bien, el mentado recurso también fue rechazado en la Sentencia que emitió el referido Juzgado el 22 de octubre de 2002. La consecuencia directa de ello fue que el jugador, en vez de rendirse, acudió a la Audiencia Nacional (en adelante AN) para interponer un recurso de apelación, la cual, previo suspenso del procedimiento, planteó al TJUE una cuestión prejudicial consistente en interpretar el apartado 1 del artículo 23 del Acuerdo en relación con la norma deportiva que restringía el número de jugadores de terceros Estados que podían participar en competiciones nacionales. Esta cuestión prejudicial fue resuelta en el sentido de que el precepto del Acuerdo indicado no permite aplicar cualquier norma promulgada por una Federación deportiva de un Estado miembro a un deportista de nacionalidad rusa que esté contratado por un club de dicho Estado en virtud de la cual sólo se puede alinear un número limitado de jugadores procedentes de Estados ajenos al Acuerdo sobre el EEE. En otras palabras, los Estados miembros de la UE no pueden limitar la efectividad del principio de no discriminación y, por ello, el jugador profesional indicado pudo ver garantizada la igualdad de trato en lo que concernía a condiciones laborales. En fin, se llegó a la conclusión de que el apartado 1 del artículo 23 del Acuerdo tenía efecto directo, por lo que los justiciables a los que se aplica tienen derecho a invocarlo ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros<sup>189</sup>.

Y exactamente lo mismo ocurrió en el asunto *Nihat Kahveci*<sup>190</sup>. Como no podía ser de otra manera, lo contrario habría sorprendido, el TJUE no varió el modo de resolver estos conflictos, esto es, lo hizo de acuerdo con los dos que han sido expuestos antes que éste. Así, también este deportista profesional acudió, a través de su club, a la *RFEF* para pedirle que la licencia que le había sido concedida fuera modificada por otra que le acreditase con una nueva condición, es decir, la de jugador profesional comunitario. Para ello, se fundamentó, por una parte, en el Acuerdo por el que se crea una Asociación

---

<sup>189</sup> Para una explicación más exhaustiva, véase: C. Pérez González, «El proceso de ratificación de la Constitución Europea: consecuencias en el plano de las relaciones entre el derecho comunitario y el deporte», *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, nº 15, 2005, pp. 468–474.

<sup>190</sup> Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante ATJUE), de 25 de julio de 2008, en el que se vieron involucrados el jugador profesional de fútbol *Nihat Kahveci*, de nacionalidad turca, y la *Real Sociedad de Fútbol S.A.D. de San Sebastián* vs. el *CSD* y la *RFEF*.



entre la CEE y, su Estado, Turquía celebrado mediante la Decisión del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 y, por otra parte, en el Protocolo Adicional creado el día 23 de noviembre del año 1970<sup>191</sup>. La evolución del conflicto y del proceso quiso que el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Madrid planteara también una decisión prejudicial, la cual obtuvo la respuesta de que la prohibición prevista en el artículo 37 de dicho Protocolo de que los trabajadores turcos integrados en el mercado legal de trabajo de los Estados miembros sufran discriminaciones no permite que sea de aplicación a un jugador profesional turco y que esté contratado por un club de un Estado miembro cualquier norma federativa que restrinja el número de jugadores originarios de terceros Estados no participantes del Acuerdo sobre el EEE que un club puede alinear.

### **3. 3. LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL DERECHO DEL DEPORTE. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA ESPECIFICIDAD Y EL DERECHO EUROPEO.**

En otro orden de cosas, en lo que atañe a otra libertad como es la de prestación de servicios, debemos destacar los asuntos acumulados *Deliège*<sup>192</sup>, en los cuales se volvió a indicar que cuando las normas tienen un carácter puramente deportivo no afectan al Derecho europeo, en este caso la libre prestación de servicios (prevista entonces en el artículo 59 del TCEE y después en el artículo 49 TCE) por parte de una asociación de judo.

Asimismo, se ha de saber que los principios, expuestos en los párrafos anteriores, a los cuales está sujeta la aplicación al deporte de las normas europeas relativas a las Libertades fundamentales, han sido matizados por el propio TJUE cuando de la aplicación del Derecho Comunitario de la competencia al deporte se trata. Como ya se ha dicho, en el Asunto *Gaetano Donà*, el TJUE expresó que debía limitarse a su propio objeto la restricción de la aplicación de las normas europeas relativas a las Libertades fundamentales sobre las normas puramente deportivas. Dicha matización ha resultado

---

<sup>191</sup> Para la Decisión, ver: DOCE n° 217 de 29 de diciembre de 1964.

Por su parte, se trata del Protocolo adicional y Protocolo financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una asociación entre la CEE y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor. Ver: DOCE n° L 293 de 29 de diciembre de 1972 .

<sup>192</sup> STJUE de 11 de abril de 2000, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, *Deliège vs. Liga francófona de judo y disciplinas asociadas ASBL, Liga belga de judo ASBL, Union europeá de judo y François Pacquée*).

clave en el análisis que la jurisprudencia europea ha realizado sobre la aplicabilidad de las normas de competencia a la actividad deportiva profesional. Así, es conveniente destacar tres pronunciamientos por extraerse de los mismos tres claras conclusiones. Se trata de los asuntos *Wouters*<sup>193</sup>, *Laurent Piau*<sup>194</sup> y *Meca y Majcen*<sup>195</sup>. Y las tres conclusiones son las siguientes: 1) que pese a resultar claro que las normas comunitarias de competencia son aplicables a toda actividad deportiva que tenga un carácter económico, la propia especificidad del deporte modula la citada aplicación en función de los casos; 2) que el hecho de que una norma o una actividad sea considerada puramente deportiva no conlleva necesariamente su exclusión del ámbito de aplicación de las normas de competencia. En estos casos, se ha de valorar si a la norma o actividad deportiva le es de aplicación el artículo 81.1 TCEE, para lo cual es necesario analizar el contexto en que ha sido adoptada, los objetivos que persigue, así como su proporcionalidad para lograr éstos últimos; y 3) que en los casos en que no se haya realizado el análisis indicado en el párrafo anterior, se ha de comprobar si una normativa que restrinja la competencia cumple los requisitos del artículo 81.3 TCEE para poder beneficiarse de una exención. Ello sin perjuicio de que la normativa en cuestión sea de naturaleza puramente deportiva. En definitiva, en cuanto a las normas del TCEE relativas al derecho de la competencia, y en la medida en que el deporte constituye una actividad económica y que las entidades asociativas y federaciones a través de las cuales se organiza y estructura constituyen en realidad empresas o asociaciones de empresas que desarrollan una actividad económica en el mercado, sus actuaciones deberán quedar sometidas también a dichas normas. Y, al mismo tiempo, la calificación de una norma o actividad como meramente deportiva no basta para que ésta quede excluida del ámbito de aplicación de las normas de competencia de manera que, en el caso de que sea susceptible de dar lugar a una restricción a la competencia, ésta deberá ser analizada en el contexto en el que se adopte, atendiendo a los objetivos que persigue y a su proporcionalidad para alcanzarlos.

Por todo lo expuesto, conviene dar fin a todo el **Capítulo I** reiterando y

---

<sup>193</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante STJCE) de 19 de febrero de 2002, asunto 309/99, *Wouters vs. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*.

<sup>194</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de enero de 2005, asunto T-193/02, *Laurent Piau vs. Comisión Europea*.

<sup>195</sup> STJCE, de 18 de julio de 2006, asunto C-519/04 P, *Meca Medina e Igor Majcen vs. Comisión Europea*.

profundizando que con lo indicado sobre la libertad de prestación de servicios, unido a la libertad de circulación del epígrafe anterior, se observa con total claridad lo que ha sido necesario ir expresando a lo largo de todo el capítulo. Esto es, que, sí, el deporte es una actividad con una especificidad propia que se aprecia no solo en su modo de organizarse, sino también en sus características más propias como son la más corta etapa profesional de los deportistas, la celeridad y brevedad de las competiciones, la dimensión inherentemente internacional, y el gran volumen de los intereses de índole social y económico involucrados. Ahora bien, no se puede olvidar que no es algo único, sino que en otros sectores de gran trascendencia también se aprecia una especificidad. Recuérdese la cultura, el transporte, el medio ambiente y el marítimo. En este sentido, sería absurdo considerar que la concurrencia de especificidad significa automáticamente poder soslayar el ordenamiento jurídico, pues éste quedaría sin eficacia en sectores fundamentales de la sociedad. Es decir, no se puede hacer todo lo que se desee sin ningún tipo de restricción pudiendo incluso mermar Derechos fundamentales. Lo cual equivale a decir que es inaceptable la pretensión que habitualmente han tenido los organismos rectores del deporte. Pero, por lo mismo, por las referidas especificidad y trascendencia, tampoco es adecuado considerar que el ordenamiento jurídico se ha de aplicar sin tenerlas en cuenta. Ello también sería un grave error con nocivas consecuencias. En efecto, es necesario modular la aplicación del ordenamiento jurídico para que el respeto de lo más esencial que prevé y la no conculcación de los Derechos fundamentales permita al deporte precisamente cumplir del modo más eficaz posible las cinco funciones trascendentales para la UE y que conviene volver a recordar por su trascendencia: educativa, mejora de la salud pública, social, lúdica y cultural. Estos son los valores que se han de preservar. En definitiva, solo así la especificidad está justificada, es aceptable.

Pero la exposición de la citada especificidad no estaría completa si no se pusiera de manifiesto la paradoja que alberga en relación con el desarrollo de la actividad deportiva. En efecto, quiénes más reclaman la especificidad del deporte, la élite y los más poderosos, son los que más lejos están de dichas funciones o valores, es decir, su actividad es mayormente económica. En cambio, a los que más se adecuaría la aplicación de la especificidad, todos los demás deportistas que no forman la élite y los que juegan por mera afición, son precisamente los que menos necesitan la modulación

de las Libertades fundamentales del Derecho europeo puesto que su actividad no tiene tanta expansión<sup>196</sup>. De ello se deduce que es sospechosa la proclamación de la especificidad por parte de los más poderosos y, por lo tanto, se debe estar más atento para verificar que el deporte es practicado de buena fe. Y, por supuesto, ésta practica también ha de comprobarse que se da en el resto del deporte.

Por último, como quiera que el objeto del punto 3 de este **Capítulo I** ha sido precisamente relacionar el Derecho del deporte con las Libertades europeas, es imprescindible precisar que, para que las mentadas funciones en la UE se lleven a cabo satisfactoriamente, la referida especificidad supone que no se pueden pasar por alto las diversas modalidades de normas que componen el Derecho europeo, sino que se han de aplicar en el sentido indicado. Dicha aplicación, por lo demás, es una de las consecuencias ineludibles que acarreó la integración de España en la UE. Y resulta muy conveniente recordar que entre esas normas encontramos los Reglamentos, los cuales tienen un alcance general, son obligatorios para todos los Estados miembros y de aplicación directa. Esto es, no es necesario ningún acto normativo por parte de los Estados debido a que despliegan efectos en los ordenamientos jurídicos de manera directa y automática. Pero también existen las Directivas que tienen por fin uniformizar los ordenamientos internos de los Estados miembros. Eso sí, se diferencian de los anteriores en que no surten efectos sino que sólo vinculan en relación con los objetivos que se quieren lograr y, por ello, los Estados tienen un margen de libertad para normar como consideren oportuno<sup>197</sup>. Por supuesto, junto a dichos textos normativos, los demás también han de recibir igual atención.

---

<sup>196</sup> Un análisis más exhaustivo en: A. Palomar Olmeda, *supra op. cit.* nota 31, pp. 45–60.

<sup>197</sup> J. A. Landaberea Unzueta, *supra op. cit.* nota 82, p. 41.

## **CAPÍTULO II.**

### **LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL DEPORTE A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**



## **1. EL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

El objetivo de la que podemos considerar la primera parte del presente **Capítulo II** de la Tesis Doctoral es estudiar y exponer todo lo concerniente al concepto de interés superior del menor<sup>198</sup> para que realmente resulte efectivo para la protección de todos los menores. Más concretamente, se va a comenzar exponiendo lo relativo a su previsión en los diversos textos normativos; en segundo lugar, se va a realizar una labor decisiva como es la de su apropiada delimitación; y, por último, se expondrán otras cuestiones para que dicho concepto sea apreciado satisfactoriamente y se extrapole a la realidad correctamente. Solo de este modo se logrará el objetivo del presente estudio como es la protección de los valores y de los menores en el deporte haciendo que éste sea el instrumento fundamental para su desarrollo humano. Asimismo, la labor de esta primera parte del capítulo también nos permitirá observar con total claridad después, en la segunda parte, cómo a día de hoy en el deporte muchas veces se ignora y/o conculca tanto por las normas como por los practicantes sufriendo los menores situaciones inaceptables. De ahí que, una vez que seamos conscientes de esta realidad, se expongan las diferentes propuestas ideadas para que las normas y los participantes del deporte respeten e implementen tan importante concepto.

### **1. 1. PREVISIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN TEXTOS NORMATIVOS**

Lo primero que se ha de indicar es que el apartado a que ahora se da comienzo consta de dos puntos. Por un lado, se va a poder conocer lo más importante y sustancial de lo que concierne a los muy diversos textos normativos que han previsto el concepto de interés superior del menor; y más concretamente, el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño promulgada el 20 de noviembre de

---

<sup>198</sup> Pero antes conviene precisar el concepto de interés. Según Ihering, solo cuando se siente, en relación con el propio bienestar, felicidad, satisfacción en particular o la existencia en general, que depende de una persona, una situación o un objeto, es cuando se puede decir que existe interés por éstas tres últimas cuestiones indicadas. En suma, los intereses constituyen las condiciones de la vida. Y ello supone que el Derecho tenga por fin satisfacer tales intereses. Ahora bien, los legisladores no son los únicos que acotan los intereses, sino que los órganos jurisdiccionales son también decisivos. Igualmente, debemos saber que en los ordenamientos jurídicos ha sido diferente el traslado del concepto. Así, en los ordenamientos que prevén el interés del menor como cláusula general, como el español, no existe una lista con criterios determinados con los datos correspondientes para que el intérprete decida en mayor beneficio del interés del menor. [Véase: M. Herranz Ballesteros, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Ed. Lex Nova, 2004, pp. 46 y 47].

1989<sup>199</sup> (CDN). Y, por otro lado, para completar la exposición de dicho precepto, se expondrá qué significa tanto el término “bienestar” que lo complementa contenido en el artículo 3.2 CDN como las obligaciones del Estado que el artículo 3.3 CDN prevé.

### **1. 1. 1. Origen y posterior introducción del interés superior del menor en los textos internacionales y en el Ordenamiento jurídico español**

En cuanto a su regulación, si bien tiene su origen en el siglo XVIII<sup>200</sup>, no fue hasta el 28 de febrero de 1924 cuando apareció por primera vez en un texto normativo de alcance internacional como fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño<sup>201</sup> (en adelante DGDN). También hizo alusión a él la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959<sup>202</sup> (en adelante DNUDN) y la CEDAW<sup>203</sup>. Pero, además, también se ha venido utilizando por diversos ordenamientos jurídicos nacionales para tomar las decisiones en el marco del Derecho de familia<sup>204</sup>.

Sin embargo, sin duda alguna, el texto normativo más conocido que ha previsto el

---

<sup>199</sup> Recordamos que fue ratificada por España: BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>200</sup> L. Lenti explicó que fue en las ideas surgidas de la Ilustración en los siglos XVII y XVIII donde se consideraba que la familia debía encargarse de la buena educación de los hijos hasta que dejaran de ser dependientes. Y mostró que subyacía la concepción filosófica de J. Locke que rechazaba la sujeción de la familia a la autoridad del padre. Es decir, el poder de un padre no es absoluto ni arbitrario, sino una restricción de la libertad de los hijos justificada hasta que no sean dependientes. En suma, el poder de los padres (también de la madre y de los adoptantes) proviene de que la infancia es un estado imperfecto por su debilidad. Igualmente aclaró que el poder no es un derecho subjetivo, sino una función en interés de los hijos. Pues bien, en todas estas ideas se fundamenta la teoría del interés superior del menor. En cuanto al Derecho, apareció en el siglo XIX en EEUU suponiendo la entrada en las relaciones paternofiliales de elementos nuevos provenientes de la Ilustración: la funcionalización de las facultades de los padres respecto al bienestar de los hijos, la prevalencia de la paternidad psicológica sobre la genética y una tendencia a la atención centrada en el niño. Y fue a partir de 1950 cuando con más frecuencia estas ideas han aparecido en el Derecho de las naciones de Europa. Además, desde algo antes, han informado cada política desplegada y los textos normativos de las organizaciones internacionales. [Lo expuesto en esta nota así como una exposición más amplia, se encuentra en: L. Lenti, «Note critique in tema di interesse del minore», *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 89–92].

<sup>201</sup> Se puede acceder al texto en (consultado el día 24 de febrero de 2022):  
file:///C:/Users/USER/Downloads/Declaracin\_de\_Ginebra\_1924\_-\_Derechos\_del\_Nio%20(1).pdf

<sup>202</sup> Mediante el siguiente enlace se puede acceder (consultado el día 24 de febrero de 2022):  
[https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/33\\_d\\_DeclaracionDerechosNino.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/33_d_DeclaracionDerechosNino.pdf)

<sup>203</sup> Para más información sobre los tres últimos textos, ver: E. E. Sutherland, «Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priorities», en E. E. Sutherland y L. A. Barnes Macfarlane (Eds.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016, p. 21.

<sup>204</sup> E. E. Sutherland precisó que las referidas leyes nacionales hacen alusión tanto al término “interés superior” como al de “bienestar”. [*Ibidem*, p. 22].



interés superior del menor ha sido la CDN, la cual consagró en su artículo 3.1 el interés como un principio independiente en el Derecho internacional vinculante y manifestó la relevancia que hoy en día los derechos de los niños tienen para el ordenamiento jurídico<sup>205</sup>. Así, dicho texto constituye un hito en la aceptación de los menores como titulares de derechos. Ahora bien, como los menores no pueden proteger adecuadamente sus intereses o cuidar de sí mismos, el artículo 3 CDN impone a los Estados partes que han de dar prioridad al interés superior del niño para garantizar su cuidado y protección.

---

<sup>205</sup> En concreto, el artículo 3.1 CDN dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

U. Kilkelly explicó que es un principio legal firme el que las decisiones sobre un menor han de informarlas el interés superior del menor. Y precisó que el que varios académicos hubieran visto que es una norma indeterminada no ha sido un obstáculo para que con la promulgación de la CDN se consagrara el principio en el insoslayable DIFD. Asimismo, para el Comité de los Derechos del Niño de la ONU (en adelante Comité) es uno de los principios generales de la CDN. Igualmente hizo saber que para la mayor parte de los que han estudiado la cuestión el principio es valioso, así como que han tratado de erradicar cualquier defecto para poder lograr el máximo nivel en la promoción de los intereses y la posición de los menores. En este sentido, es raro que se cuestione la relación entre el principio de interés superior y los derechos del menor. [Para consultar lo expuesto en el texto principal, así como en la presente nota, véase: U. Kilkelly, «The Best Interests of the Child: a Gateway to Children’s Rights», en E. E. Sutherland y L. A. Barnes Macfarlane (Eds.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016, pp. 51 y 52].

En cuanto a la redacción del precepto, U. Kilkelly indicó que parece que se estimó ya delimitado el concepto o que era poco importante. En esta línea, para P. Alston el que los redactores estuvieran familiarizados con el concepto era la razón de la ausencia de debates en torno al mismo. Y agregó que tampoco se discutió que el principio colisionara con otras previsiones de la CDN [véase P. Alston, «Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights», *International Journal of Law and the Family*, n° 1, 1994, p. 11]. Por ello, para U. Kilkelly no fue problemática la adopción del artículo 3.1 y agregó que podía justificarse por el alcance de la disposición a todas las acciones sobre menores, es decir, hasta el DIFD. En tal sentido, el Comité explicó que el precepto obliga a los organismos estatales pero también a los demás organismos tanto privados como de la sociedad civil y cuyas acciones o servicios afectan a los menores [Observación General n° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño de la ONU sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Se puede consultar en: <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>]. O, como expresó P. Alston, el principio que prevé pretende extenderse más allá del contexto jurídico. Para terminar, añadió que para el Comité el precepto constituía un principio general para realizar la interpretación y la aplicación de los derechos de los menores de la CDN, así como que el concepto es dinámico y que reclamaba una evaluación ajustada a las circunstancias del caso. Por lo demás, al ser el artículo 3.1 el que representa el principio de interés superior, en cada previsión varía su significado. Verbigracia, los artículos 9, 37.c), 40.2.b).iii y 18. [Para lo expuesto en este párrafo: U. Kilkelly, *supra op. cit* nota 205, pp. 52–54].

Igualmente interesante, E. E. Sutherland explicó que desde el comienzo de la redacción estaban las semillas del artículo 3: el artículo II del primer proyecto polaco, el cual provenía de la DNUD en la que el proyecto se fundamentó originando comentarios. En éstos destacaron dos cuestiones que luego se atendieron en las negociaciones: la preocupación por la imprecisión de “interés superior del niño” y la discrepancia de que dicho interés fuera primordial. Respecto al apartado 1 del artículo, desde el comienzo de las negociaciones se discrepó si el interés superior del niño era primordial o primario, es decir, si el interés ha de prevalecer siempre sobre los demás intereses que sean legítimos o no. Como luego veremos, la posición final que prevaleció fue la de primario, pero no supuso el fin de la división de opiniones y, por eso, algunos instrumentos normativos recogían la primacía mientras que otros no se comprometieron en ningún sentido, los documentos constitucionales nacionales incluyen la división, y para una gran porción

Así pues, dicho precepto, junto con los demás derechos consagrados respecto de los menores<sup>206</sup>, sustenta el conjunto de la CDN<sup>207</sup>.

Pero además de saber lo anterior, también debemos realizar una advertencia para ser muy conscientes de que mientras la versión original del artículo 3.1 CDN está en inglés y hace referencia al *best interests of the child*<sup>208</sup>, en cambio, su traducción a la lengua española ha sido imprecisa al prever el *interés superior del menor* y, en consecuencia, han sido habituales las confusiones sobre su auténtico significado<sup>209</sup>. Pero no solo eso, sino que dichas confusiones han sido incrementadas por el propio legislador español cuando decidió trasladar el precepto de la CDN al artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>210</sup>, precepto que modificó el artículo 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 (en adelante LOPJM)<sup>211</sup>.

---

de la legislación nacional el interés es primordial. Por lo demás, en el debate no se logró una solución clara para la imprecisión del término “interés superior”. [Para consultar este párrafo final, así como una explicación bastante más exhaustiva, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 24–29].

<sup>206</sup> Entre otros, el derecho a no sufrir discriminación alguna; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; el derecho a formar parte en la toma de decisiones; y el derecho a expresar con libertad la opinión y a que se considere.

<sup>207</sup> Para consultar la vinculación del texto normativo y los derechos de los niños, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, p. 21.

<sup>208</sup> Como se ve, está en plural, al igual que en los artículos 9.1., 9.3., 18.1., 20 y 21. Por su parte, está en singular en los artículos 37.c) y 40.2.b.iii..

<sup>209</sup> Al respecto, se ha de agregar que, además de que a lo largo de todo el texto en español solo aparece en singular, el adjetivo “superior” proviene de la versión oficial en francés, donde, por un lado, *best* se tradujo por *superior* y, por otro lado, *primary* por *primordiale*. También conviene saber que el citado adjetivo “superior” apareció al final del siglo XX y que cada vez acompaña más al interés del niño en las recientes fuentes normativas internacionales y jurisprudencia. Y se ha de ser muy consciente de que la diferencia es más que notable puesto que en la otra versión oficial en inglés el adjetivo es “mejor”, lo cual supone que en el texto en francés el interés del menor sea primordial (fundamental) y que en el inglés sea primario (prioridad). En definitiva, resulta claro que es distinto el valor semántico de “*supérieur*” y “*best*”, y de “primordial” y “primario”. No es baladí puesto que “*supérieur*” significa “el menor ante todo” no atendiendo adecuadamente a otros intereses concurrentes como los de otros menores y/o adultos, mientras que “*best*” señala la ponderación del interés del menor junto a los mentados otros intereses concurrentes y el criterio para elegir una alternativa. Eso sí, en ninguno de los textos es absoluto el interés del menor. En suma, lo dicho ha de servir para evitar las confusiones que se han generado y los menores se vean realmente beneficiados y protegidos. [A este respecto, consúltense: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 88 y 89].

<sup>210</sup> BOE nº 175, de 23 de julio de 2015, pp. 61871 a 61889.

<sup>211</sup> BOE nº 15, de 17 de enero de 1996.

En el apartado 1 de dicho artículo 2 se puede leer que “Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Así pues, se concluye que la regulación actual en España no prevé correctamente el interés del menor y, por ende, es más que probable que no se aplique por conducir a resultados sin sentido. Dicho de otra forma, actualmente en España la injusticia en los resultados para los adultos está asegurada porque los demás intereses que no son los del menor carecen de relevancia al quedar anulados<sup>212</sup>. Es por ello que lo que a continuación se va a exponer hasta el final del presente apartado resulta crucial para que la protección de los menores sea realmente la más satisfactoria y apropiada.

### **1. 1. 2. El bienestar del menor como complemento del interés superior y las obligaciones del Estado**

Para comprender correctamente la previsión del interés superior del menor, hay que evitar el error habitual de, por la relevancia del apartado 1 del artículo 3 CDN, no prestar la atención debida a los apartados 2 y 3 de dicho precepto, los cuales han establecido, respectivamente, tanto las bases decisivas en relación con las obligaciones que sobre la protección y cuidado de los niños que es necesario para su bienestar conciernen al Estado, como la función que corresponde también al Estado de cerciorarse de que se respetan las normas por parte de las instituciones, servicios y establecimientos para la protección y el cuidado, así como que se realiza una correcta supervisión.

---

Pero no solo ésta última previsión no existe en la CDN, sino tampoco la del apartado 4 del artículo 2 consistente en que “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

Por último, este error también se aprecia en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) de 23 de octubre de 2018 sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales, en los artículos 160.1., 172 bis I, 173 bis 2 a) y b), y 178.4. del CC y en varias sentencias del TS como la de 20 de noviembre de 2018.

<sup>212</sup> Un buen ejemplo a que puede conducir la aplicación de la regulación actual en España es la preferencia del interés del menor sobre la vida de otra persona, lo cual incita a reflexionar cómo debe valorarse realmente el derecho a la vida cuando se tenga que adoptar una decisión.

La misma apreciación sobre las consecuencias que conlleva otorgar solo importancia al interés del menor ha sido observada por varios autores como: J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, 2º ed., Oxford University Press, 2017, p. 57; y V. Scalisi, «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Rivista di Diritto civile*, vol. 64, 2018-2, p. 432. Pero también se encuentran en la doctrina autores que discrepan como: A. Fernández Pérez, «Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2018, p. 110.

Una genial exposición de todo lo explicado hasta ahora, se encuentra en M. P. García Rubio, «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? What is and what is the interest of the minor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, agosto 2020, pp. 16–18.

Respecto al apartado 2, introduce un nuevo concepto como es el de “bienestar”. El mismo ha adquirido gran relevancia al servir para complementar el interés del menor hasta el punto de ser inseparables, lo cual se observa tanto en diversos textos como en las obligaciones del Estado. De este modo, es un índice más de la importancia que tiene la protección del interés del menor y, por ello, no se podía dejar de traerlo a colación aquí a pesar de que sea indeterminado.

Acerca de dicha indeterminación, mientras para los redactores extrañamente no supuso ninguna inquietud, para los abogados era mucho más ambiguo que el interés superior por varias razones como son su menor presencia y valor en los Ordenamientos jurídicos nacionales, el hecho de que ninguna norma determina su contenido y que los juristas se han centrado poco en él. Así, para poder comprenderlo es necesario conocer lo siguiente. En primer lugar, las ciencias sociales han estudiado la referida ambigüedad y los inapropiados indicadores para evaluarlo, de donde se infiere que el bienestar es un resultado medible y no una prueba aplicable en el procedimiento para adoptar decisiones. En segundo lugar, es imprescindible conocer la existencia, por un lado, del conjunto de indicadores de bienestar que UNICEF ha ideado y que tienen por objetivo proteger la infancia y, por otro lado, de las normas internas sobre el bienestar de los niños que unos cuantos Estados han promulgado<sup>213</sup>. Y, en tercer lugar, la AGNU elaboró en 2010 las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños que establecen las pautas adecuadas de orientación política y práctica con el objetivo de que tanto la CDN como las previsiones de otros textos internacionales sobre la protección y el bienestar de los niños desprovistos del cuidado parental o en peligro de ello sean aplicadas<sup>214</sup>.

Por lo demás, no cabe duda de que una de las causas de la indeterminación del término bienestar es que no se ha aceptado ninguna definición jurídica sobre el mismo<sup>215</sup>, llamando por ello la atención que sin embargo sea utilizado por todos a nivel

---

<sup>213</sup> E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 48 y 49.

<sup>214</sup> El texto completo es A/Res/64/142 y puede accederse a través de:  
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/470/38/PDF/N0947038.pdf?OpenElement>

A este respecto, resulta interesante consultar las finalidades de las Directrices previstas en el punto I.2. del Anexo.

<sup>215</sup> En este sentido, son muy escasos los estudios de índole jurídica sobre dicho término. El diccionario de Oxford lo define como el estado de salud, felicidad o prosperidad; el bienestar físico, psicológico o moral. También conviene saber que es habitual que dicho término vaya acompañado de los adjetivos

internacional. Y lo dicho supone que el bienestar no es un derecho, ni un principio, ni una norma de procedimiento, sino, como se ha dicho, un resultado, lo cual se ha visto corroborado con la Observación General n° 13 de la ONU, de 18 de abril de 2011, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia<sup>216</sup> donde se insta a los Estados partes a que promulguen normas para el bienestar, desarrollo y salud del menor, es decir, para cumplir el objetivo del cuidado y la protección. A este último respecto, a día de hoy se encuentran ejemplos novedosos en algunos Estados donde los objetivos se concretan en términos de bienestar.

Continuando con el bienestar, igualmente se ha de saber que al exigirse al Estado que lo alcance mediante la garantía de la protección y el cuidado de los niños se deduce que es un deber de naturaleza proactiva. Y es que, como explicó Alston, al ser vigoroso el verbo “asegurar” que describe la obligación abarca deberes tanto pasivos como activos. En el mismo sentido, agregó que también han de entenderse de manera amplia las palabras “protección” y “cuidado” debido a que se determina su objetivo en relación con el ideal global de que el bienestar del niño esté garantizado, y no en base a términos negativos o limitados como por ejemplo la protección frente a todo daño<sup>217</sup>.

Para terminar con el apartado 2, la CDN también otorga importancia a los padres, a los tutores o a las personas responsables del menor reconociendo su papel y la función estatal de apoyarlos tanto en sus obligaciones como en la provisión de la atención y protección que necesitan cuando no lo hacen. Por ello el mentado Comité ha criticado a todos los Estados que han defraudado en su respuesta. Aún así, no debemos olvidar que la obligación del Estado no se circunscribe solo a ser una red de seguridad, sino que hay una serie de funciones necesarias para garantizar el bienestar de los menores<sup>218</sup>. Y si

---

“físico”, “social” o “emocional”, así como que aparezca junto a otros términos como “seguridad”, “supervivencia” o “salud”. Y en los estudios de las ciencias sociales hay un lamento ininterrumpido por la inexistencia de una definición y un debate sobre los indicadores para medirla. Por lo demás, UNICEF, junto a los indicadores que elaboró, también ha llevado a cabo labores con el objetivo de medir los progresos sobre el bienestar. Así pues, los indicadores por sí solos no pueden conceptuarse como una definición.

<sup>216</sup> Se puede consultar en: file:///C:/Users/USER/Downloads/CRC\_C\_GC\_13-ES.pdf

<sup>217</sup> Véase: P. Alston, «The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child», 91(2) *Bulletin of Human Rights*, n° 1, 1992, p. 9.

<sup>218</sup> Por ejemplo, garantizar la mejor salud y vida posible, la protección del medio ambiente, la educación y la seguridad.

Para esta profundización en las reflexiones en torno al apartado 2 del artículo 3, consúltese: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 39–42.

bien el término “bienestar” no goza del mismo prestigio que el interés superior, diversas organizaciones internacionales lo utilizan desde hace mucho tiempo<sup>219</sup>, además de encontrarse en algunas recientes constituciones y leyes nacionales de varios Estados. En este sentido, la CDN utiliza términos diferentes porque poseen distintas significaciones y, por ello, el término “bienestar” no constituye un criterio para adoptar una decisión sino que indica, como hemos dicho, un resultado concreto a lograr (es medible), lo cual ha querido aclarar el Comité con sus Observaciones Generales y Finales sobre los informes de los Estados parte<sup>220</sup>.

En definitiva, con la presencia de dicho término “bienestar” se garantiza que el Estado y las instituciones competentes que deban adoptar decisiones sobre los menores van a implementar y respetar correctamente el interés superior del menor, es decir, la protección de los menores íntegra y plena. Y es que si el bienestar de los menores no es una realidad significa que su interés superior no se está implementando correctamente. En fin, el bienestar de los menores es un resultado imprescindible.

Por su parte, respecto al apartado 3 del artículo 3 CDN simplemente debemos indicar que supone una ampliación de las obligaciones del Estado, lo cual es muy beneficioso para que sea efectiva la protección de todos los menores. Y es en el lenguaje utilizado donde se aprecia dicha ampliación debido a que las cuestiones enumeradas no son una lista exhaustiva y, por lo tanto, teniendo la regulación que abarcar más<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> El caso paradigmático lo constituye la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS).

<sup>220</sup> Para esta conclusión final sobre el apartado 2 del artículo 3 de la Convención, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, p. 23.

<sup>221</sup> Conviene añadir que más detalladas son las Directrices de la ONU que tratan las modalidades alternativas del cuidado de niños. Y, a este respecto, es interesante recordar que en el proceso de redacción del artículo 3 surgió una polémica por una propuesta de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) consistente en que se hiciera una referencia expresa a la formación y cualificación de las personas que realizan el cuidado alternativo. Pues bien, en las Directrices se planteó la misma idea con la condición de que la calidad de los cuidados alternativos debía atenderse especialmente, sobre todo en la formación, selección, supervisión y competencias profesionales. Además, tampoco se restringe a los servicios que presta la función normativa y de supervisión del Estado. En este sentido, la ONU indicó que los servicios podría ofrecerlos el sector no gubernamental, además de recordar que, para la primera infancia, ha de complementar el papel del Estado la función de la sociedad civil. Y precisamente estos mismos principios son los que resultan de aplicación cuando el Estado subcontrata a proveedores privados los servicios. [Sobre estas reflexiones en torno al apartado 3 del artículo 3, véase: *Ibidem*, pp. 42 y 43].

## 1. 2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El objetivo de este apartado que ahora comienza es conocer plenamente en qué consiste el concepto de interés superior del menor o, dicho de otra forma, delimitarlo correctamente. Y es que no es suficiente con que sepamos que se caracteriza por ser una cláusula general, un concepto multidimensional y un concepto jurídico indeterminado<sup>222</sup> puesto que en ningún caso puede considerarse una noción vaga por completo<sup>223</sup>, moldeable y subjetiva, ni debe ajustarse al capricho del operador jurídico que opera en cada caso. Es decir, no puede llevar a decisiones adoptadas con total discrecionalidad, sino que la razón de ser de la indeterminación existente es la posibilidad de adecuarse a las circunstancias particulares de cada caso y así ofrecer la mejor solución. Y, evidentemente, ello requiere alcanzar una cierta concretización o delimitación ineludible, la única que puede aceptarse, y que es precisamente el objetivo del presente apartado. Pues bien, solo se puede lograr mediante un buen conocimiento de las tres dimensiones de que consta el concepto de interés superior del menor<sup>224</sup>, del significado de que sea una consideración primordial, y de otras consideraciones adicionales imprescindibles para su delimitación adecuada.

Una vez que sepamos lo dicho habremos alcanzado una idea satisfactoria del interés del menor y, por ende, de lo que realmente debe ser en la CDN erradicando su ambigüedad y de cómo ha de entenderse en relación con el Ordenamiento jurídico español en el cual destaca tanto el artículo 39.4 CE que prevé que los niños se verán

---

<sup>222</sup> Además, conviene apuntar que la indicada indeterminación puede ser mayor cuando el concepto de interés del menor aparece en la legislación precisamente como una cláusula general, lo cual es habitual en los Ordenamientos jurídicos latinos y germánicos. Y la mayor imprecisión se observa en que además de a los puntos que rodean al concepto, también afecta a su núcleo haciendo que sea inaprensible lingüísticamente y que la incertidumbre sea total. Por todo ello, hay que advertir que cada vez son más habituales estas cláusulas, sobre todo en el Derecho de familia. El argumento ha sido que una determinación más detallada de la realidad de la norma es más compleja. Frente a ello, subrayamos tanto que la utilidad práctica del interés del menor no debería adulterarse por el margen de discrecionalidad del intérprete, como que intervenir en interés del menor ha de ser la única obligación de la autoridad competente para aplicarlo. [Ver: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 47 y 48–52].

<sup>223</sup> R. Mnookin, uno de los más duros críticos de la prueba del interés superior, nos hizo ver que vaguedad e indeterminación son distintos. Expresó que a pesar de que puede no resultar positivo el criterio indeterminado que es el interés superior, no existe ninguna alternativa que produzca menos daños [ver R. Mnookin, «Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy», 39 *Law and Contemporary Problems*, 1976, p. 282].

<sup>224</sup> Ha sido mediante la ya citada Observación General nº 14 de 2013 como el Comité pretende reducir la mentada indeterminación conceptuando el interés superior como poseedor de las tres dimensiones. [Para más información, consúltese: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, p. 22].

protegidos de acuerdo a los acuerdos internacionales correspondientes, como el preámbulo de la LOPJM. Y la verdad es que la comprensión adecuada del interés es, no ya muy positivo, sino imprescindible, más si tenemos en cuenta que se evita tanto el error que cometen no pocos autores consistente en que, al considerar que el concepto es indeterminado, entienden que no es más que una norma de cobertura que sirve para justificar la discreción judicial<sup>225</sup>, como las consecuencias nocivas que para los menores se derivan.

### **1. 2. 1. Las tres dimensiones del concepto de interés superior del menor**

Las tres dimensiones de que el concepto está formado son ser un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. A continuación exponemos cada una de ellas.

#### **A. El interés superior del menor como un derecho sustantivo**

La primera dimensión del concepto de interés superior es que se trata de un derecho sustantivo. Por ser imprescindible y decisivo para la mejor protección de los menores, conocer muy bien en qué consiste y qué supone es el objetivo de la exposición de los siguientes puntos.

##### *i. Significado de un derecho sustantivo*

Al tratarse de un derecho sustantivo, los Estados lo han de aplicar directamente, siendo posible en caso contrario recurrir ante los órganos jurisdiccionales para reclamar

---

<sup>225</sup> Entre dichos autores se encuentran R. Mnookin, E. E. Sutherland, L. Lenti y A. Fernández Pérez. Véase también A. C. Dailey y L. A. Rosenbury, «The New Law of the Child», *The Yale Law Journal*, vol. 127, nº 6, 2008, pp. 1448–1469. Para ver lo citado en esta nota y los dos párrafos anteriores, véase: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, pp. 19–21.

Pero para saber cuál es la situación que debemos afrontar y para lo cual es crucial el estudio que se está haciendo en todo este apartado del interés superior del menor, se ha de recordar que L. Lenti expresó que nadie niega que exista el interés superior del menor y, sin embargo, nadie sabe dónde está ni cuál es su contenido. Además, añadió que parece que posee un valor taumatúrgico debido a que cualquier decisión que se califique de tal modo adquiere ya un valor positivo. En suma, sentenció que apreciaba en el concepto una confusión y ambigüedad que aumentaba por la atribución de funciones muy diversas. Para tratar de aclararlo, hizo ver cuál es el camino correcto a seguir indicando que dicho interés señala lo que es positivo para uno o varios menores, así como lo que se considera positivo para los descendientes. [Una exposición más detallada en: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 86 y 87].



su aplicación. En cuanto a su contenido, por un lado, todo menor tiene derecho a que, en el conflicto en que esté involucrado, su interés superior sea una consideración primaria (no primordial), es decir, se ha de evaluar ineludiblemente con prioridad (no como fundamental) y, por tanto, ponderarlo junto a los demás diversos intereses que concurran para tomar una decisión final (esta última cuestión de la ponderación se desarrollará en el próximo punto 1. 2. 2. en el que se expondrá el significado de “primordial”). Por otro lado, también supone la garantía de que, siempre que se tenga que tomar una decisión que va a afectar a un menor, a un grupo de menores o a los menores en general, este derecho se va a poner en práctica.

Pero con lo anterior no hemos acabado, sino que se ha de ser muy consciente de que la consideración del interés del menor como derecho sustantivo no puede confundirse, pese a tener alguna ventaja, con otra consideración distinta como es la de un derecho subjetivo, en el cual concurre la situación de específico poder concedida a una persona por ser miembro activo de la correspondiente comunidad jurídica<sup>226</sup>. La razón de ello es que la ya citada Observación general nº 14 de 2013 no preveía nada semejante ni podía hacerlo<sup>227</sup>. Asimismo, queremos agregar que el concepto de derecho subjetivo no era acogido por todos los ordenamiento jurídicos de los Estados que integran la CDN, lo cual indicaba que sería muy raro que los redactores de éste último texto lo hubieran tenido en cuenta.

En suma, el artículo 3.1 CDN no establece ningún titular de deberes al igual que otras previsiones, sino que dicho precepto tiene por finalidad, como a continuación se va a exponer, promover los derechos del niño previstos en el resto de artículos de la CDN. De ahí que la práctica de esta primera dimensión no se reduzca a los casos en que su titular la ejerza sino que, antes al contrario, es una orden para todos, pero sobre todo para los Estados<sup>228</sup>. Con todo, también podemos concluir y adelantar que el concepto

---

<sup>226</sup> Una muy buena definición de: F. Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, Ed. Tecnos, 1984, p. 573.

<sup>227</sup> Junto a ello debemos recordar la indicación de U. Kilkelly consistente en que el artículo 3.1 CDN es precisamente uno de los pocos preceptos que prescinde de la palabra ‘derecho’, al igual que tampoco lo articula ni dispone que el niño sea su titular. A ello añadió que ello no ocurría en otros artículos como el 6, 9, 12 y 31. [Una exposición más exhaustiva de esta nota, así como el conjunto de reflexiones que ahora estamos explicando, consúltese: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 56 y 57].

<sup>228</sup> De un modo diferente piensa Varela Castro al considerar que el objetivo era hacer equivalentes el concepto de derecho sustantivo y el de derecho subjetivo. Consideración que se fundamenta en otra como es la de que constituye un auténtico derecho de la personalidad el interés del menor. [Véase: I. Varela

estudiado constituye una norma de procedimiento en palabras del Comité<sup>229</sup>.

*ii. Función del derecho sustantivo: la promoción de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño*

Como consecuencia de lo anterior, se ha de tener claro que el interés superior del menor no es uno de los derechos que la CDN consagra, sino que desempeña una función concreta y decisiva respecto de los mismos.

En efecto, el artículo 3.1 CDN no determina que ningún menor sea titular de un derecho, sino que, conforme a las reglas de interpretación establecidas por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>230</sup> que requieren que el significado de las previsiones de la CDN se determinen atendiendo tanto a su contexto como a su objetivo, se extrae la clara conclusión de que el interés superior del menor previsto en el artículo 3.1 CDN constituye un principio para los derechos previstos en los artículos posteriores; una perspectiva en que ha insistido el Comité de los Derechos del Niño de la ONU. Y lo dicho se ve corroborado por la ubicación que el mentado artículo 3.1 tiene en el texto, es decir, en un apartado concreto al comienzo de la CDN que se puede considerar “paraguas” al estar formado también por el artículo 1 relativo a una interpretación general, por el artículo 2 sobre la aplicación y por los artículos 4 y 5 que versan sobre la ejecución.

Pero, para no cometer errores, conviene mucho precisar qué significa que el interés superior del menor sea un principio para los derechos. Así, se ha de tener claro que no alberga una obligación, siendo su mejor prueba que el artículo 3.1 CDN en ningún momento se refiere al Estado, que queda libre de deberes impuestos<sup>231</sup>. Lo que

---

Castro, «El derecho del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016, p. 22].

<sup>229</sup> Así, a la pregunta de cuál es el preciso derecho que el precepto resguarda, la Observación General n° 14 responde que el derecho del menor a que en todas las decisiones y acciones que le repercutan su interés superior como una cuestión primaria sea evaluado junto a otros intereses, es decir, que tenga prioridad. Así, nunca ha de ser rechazado, ni ser considerado como fundamental o primordial o el único a tener en cuenta.

[Conviene consultar: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 58 y 59. Y para lo expuesto en los tres últimos párrafos: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, pp. 20–22 y 25].

<sup>230</sup> BOE n° 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099 a 13110. Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

<sup>231</sup> Ver: P. Alston, *supra op. cit.* nota 205, p. 15.

realmente constituye es tanto un requisito general como el vínculo que las disciplinas y los profesionales tienen en común, siendo su objetivo que todas las acciones que se realicen se basen en lo que se estime que es mejor para el niño, es decir, que lo atiendan adecuadamente. Dicho de otra forma, la finalidad del principio del artículo 3.1 CDN es, como se ha adelantado, promover los derechos del niño<sup>232</sup>.

Así pues, se puede afirmar sin duda que dicho precepto constituye una clara vía de acceso a los derechos del niño, lo cual supone que el principio conlleva tanto la habilitación para que dichos derechos sean aplicados como que las leyes nacionales o internas otorguen mayor relevancia a los mismos<sup>233</sup>. Y la verdad es que, por fortuna, se

---

Es interesante apuntar que a este respecto por lo que realmente se caracteriza el artículo 3.1 CDN es por albergar una notable confusión sobre quién es el titular que ha de ejecutar lo que ordena. En efecto, el artículo, a diferencia de nuevo de otros, no se refiere concretamente a los Estados partes, sino que también aquí el margen de actuación no es reducido debido a que menciona a las instituciones de bienestar social tanto privadas como públicas, a los tribunales de justicia, a las autoridades administrativas y a los órganos legislativos. En este sentido, debemos añadir que no es nada claro que el hecho de enumerar los mentados organismos sea igual que la referencia que otros preceptos hacen a los Estados partes, ni tampoco que de ese modo el artículo 3.1 CDN tenga más vigor, precisión y alcance que otros.

<sup>232</sup> Para lo expuesto en este punto b., consúltese: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 56–59.

Y conviene completar lo indicado agregando que para ésta última autora el hecho de que el Comité de los Derechos del Niño expresara como un derecho sustantivo el principio del interés superior supone su clara y firme vinculación con los derechos que la CDN consagra. Así, no solo se afianza la comprensión y la aplicación del derecho de los menores a que sea evaluado su interés superior, sino que también se describe el objetivo general como la promoción de una auténtica modificación en las actitudes para lograr el fin de que los niños se vean respetados en su totalidad. Con todo, dedujo que el artículo 3.1 CDN bien puede proponer una adopción de decisiones que esté más fundamentada en los derechos y con el objetivo de promover la aplicación de la CDN. En fin, precisó que con el enfoque del Comité resultaba imprescindible que la consideración del principio del interés superior como principio de los derechos del niño no fuera rechazada. [Ver: *Ibidem*, pp. 55 y 56].

<sup>233</sup> Véase *Ibidem*, p. 62.

Como quiera que hemos aludido a las leyes nacionales, consideramos muy oportuno indicar que resulta crucial analizar si el citado interés del menor se tiene suficientemente en cuenta por parte de la autoridad competente cuando aplica su ley interna. Así, debemos traer a colación el Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (Instrumento de Ratificación en BOE nº 199, de 20 de agosto de 1987, pp. 25764 a 25767) debido a que en la aplicación de la ley nacional se hace referencia explícita al interés del menor. Ahora bien, su artículo 4 es muy importante ya que hace alusión al interés del menor con la finalidad de que las autoridades de la nacionalidad del menor tengan autorización para intervenir, así como para aplicar su propia ley nacional y adoptar las medidas de protección. Esto es, el indicado artículo constituye una norma de conflicto capaz de corregir tanto la competencia judicial como la legislativa. Y agregamos que desde que tuvo que tener en cuenta el interés del menor para que obtuvieran competencia las autoridades nacionales existe la posibilidad de que la norma de conflicto se flexibilice. En efecto, la autoridad competente tiene que valorar si se ajusta a dicho principio su propia actuación y, por ende, si su competencia puede basarse en él. Al hilo de ello, la autoridad con la misma nacionalidad que el menor antes de aplicar la ley nacional ha de analizar si se respeta el interés del menor. Con todo ello, se extrae la conclusión de que solo en el caso de que las autoridades de la residencia habitual no hicieran nada se podría considerar que respeta el interés del menor tanto la intervención de las autoridades nacionales como la aplicación de la ley nacional. Para finalizar con la ley nacional, en sintonía con lo anterior se ha defendido que, en tanto en cuanto aporta respecto a la ley aplicable una permanencia y unidad mayores, la

ha incrementado notablemente el alcance de la legislación nacional a los derechos de los niños<sup>234</sup>, lo cual, sin duda, es muy positivo pero, a pesar de ello, no puede hacer que pasemos por alto que también es bastante habitual que los derechos del niño experimenten un inaceptable rechazo tanto expreso como mediante ignorancia o apatía<sup>235</sup>. En este sentido, una de las probables causas de dicho rechazo es que las personas que trabajan con los derechos de los niños, aunque han acogido con satisfacción el artículo 3.1 CDN por promover adecuadamente un enfoque centrado en el niño, más de una vez han tenido serias dudas sobre su utilidad debido, por un lado, a que no han sabido hacer frente a su amplio margen de interpretación, es decir, a la indeterminación a que se ha hecho referencia concretándolo adecuadamente y, por otro lado, a las diversas variaciones que acarrea las decisiones en función de a

---

ley nacional guarda correspondencia con el interés conflictual del menor. [Un estudio más exhaustivo de lo analizado en la presente nota, en: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 121–124].

<sup>234</sup> No existe impedimento alguno para observar el grado en que tanto las leyes como las políticas nacionales albergan el principio del interés superior, no afectando en nada el hecho de que sea complejo, debido a su naturaleza imprecisa y extensa, atisbar cuál es su presencia en su implementación práctica. En este sentido, se ha podido observar, en los análisis que se han realizado, el progreso que se ha desarrollado relativo a la implementación de los derechos del niño en la legislación nacional y, por ende, se ha extraído la conclusión de que en todos aquellos Estados que han reconocido la condición de legal a la CDN gozan de una mejor protección los derechos del niño tanto en el ordenamiento jurídico como en la práctica. Así, debemos remarcar que el citado principio ha pasado a estar muy presente en la legislación, siendo un muy buen ejemplo de ello el hecho de que se considere que conocer la CDN sea imprescindible para que se aplicara de manera correcta. De este modo, lo que hace el principio del interés superior es mostrar un camino cuyo destino es que la CDN sea más implementada.

Para observar mejor lo dicho debemos traer a colación el estudio que fue realizado para UNICEF Reino Unido en el que se concluyó que en los doce Estados analizados la implementación legislativa de la CDN atendían más comúnmente al principio del interés superior. Es decir, dicho principio del artículo 3.1 CDN informa las leyes de adopción, acceso y custodia, inmigración, asilo, justicia juvenil y salud, lo cual posibilita realmente que se desarrolle el fomento de los derechos de los niños. Y es más, del gran apoyo con que cuenta el principio del interés superior parece deducirse que resulta más sencillo que en las legislaciones nacionales sea aplicado con carácter general, lo cual alcanza a otros ámbitos más complejos. Ahora bien, el mismo estudio también ha demostrado que, respecto a la legislación de menores, no es automática ni expresa que una perspectiva fundamentada en los derechos del niño haya sido aceptada. Ello a pesar de que dicha legislación haya aceptado el mentado principio del interés superior como un principio básico. A este respecto, se ha de expresar que no se aprecia coherencia entre un enfoque de la legislación cuyos cimientos son los derechos y la incorporación del principio del interés superior en la legislación por parte de los Estados. De lo cual se deduce que entre, por un lado, una regla de derechos del niño en la práctica y, por otro lado, el indicado principio no existe simetría alguna. [Para consultar un estudio exhaustivo de lo expuesto en esta nota, con bibliografía adicional de gran interés y algunos otros datos relevantes, véase: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 62–64].

<sup>235</sup> En cuanto al rechazo expreso, destaca lo que ocurre con el público, los órganos jurisdiccionales, los responsables de adoptar decisiones en los parlamentos y los profesionales de varios Estados.

Y para completar lo dicho sea cual sea el rechazo, debemos agregar algo tan importante como es que la oposición a los derechos significa que aquellos que tengan la responsabilidad de defender los derechos del niño han de descubrir nuevos modos de persuadir a quienes hayan de adoptar decisiones acerca de tanto la importancia como la alta estimación que, en relación con las cuestiones relativas a la infancia, una perspectiva fundamentada en los derechos alberga, cuando se pasan por alto las obligaciones que vinculan legalmente y han sido creadas por la CDN.

quién se intenta convencer<sup>236</sup>. Por ello, lo que a lo largo de estos apartados se está exponiendo también es fundamental para lograr que los derechos de los niños no sean rechazados en ningún caso.

Para finalizar, no menos relevante es que el interés superior del menor como vía de acceso a los derechos del niño, al estar expresado en la CDN de manera mucho menos inflexible con un lenguaje más suave que los propios derechos, aparece como un gesto conciliador. De este modo, al centrarse el enfoque en las necesidades del niño se logra persuadir a diferentes profesionales (como, por ejemplo, jueces y políticos) para que se debata satisfactoriamente acerca de los intereses del niño<sup>237</sup>.

### *iii. Diferencia entre los derechos de los menores y los derechos de los adultos*

La última cuestión de la primera dimensión es si el interés del menor al constituir un derecho sustantivo supone que los menores pueden ejercitar todos los derechos y en qué medida, es decir, si al igual que los adultos, o no y, por ende, necesitando una muy concreta protección mediante intereses amparados por los adultos<sup>238</sup>.

Respecto a la posibilidad de poseer iguales derechos que los adultos con la posibilidad de ejercerlos, la doctrina anglosajona ha puesto en duda la efectividad de la expresión *children's rights*<sup>239</sup>, lo cual no ha impedido que reconozca que también

---

<sup>236</sup> Un buen análisis de lo expuesto en todo este último párrafo y en la nota anterior acerca de la función como vía de acceso a los derechos del niño, en: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 64 y 65.

<sup>237</sup> Ahora bien, ello no significa que los derechos se tengan que ver sustituidos por los intereses; no se ha promulgado ningún texto que verse sobre unos supuestos "Intereses del Niño". Igualmente, tampoco supone que la dignidad, claridad y respeto propios de los derechos se releguen y que, al mismo tiempo, sea preferida la imprecisión del término principio del interés superior. Lo que sí se deduce del estudio de la defensa de los derechos de los niños es que el mentado principio posibilita que surjan conversaciones donde la discusión sobre los intereses tiene como destino los propios derechos. En sintonía con ello, se ha llegado a considerar muy satisfactoria la utilidad que se podía lograr con la conservación de un enfoque que se centra en el niño y en su interés superior. Y la verdad es que ello puede resultar decisivo en ciertos ámbitos donde es poco común el lenguaje de los derechos como, por ejemplo, el de la inmigración. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el hecho de que existan posibilidades de que el principio del interés superior pueda ser un modo menos polémico que ponga el acento en los niños es lo que precisamente supone el rechazo o impugnación constante de los derechos del niño en los mentados ámbitos. [Para un estudio más exhaustivo de sobre tanto esta nota como el último párrafo del texto principal, véase: *Ibidem*, pp. 65 y 66].

<sup>238</sup> Jurisprudencia relevante al respecto: STC 99/2019, de 18 de julio, y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante STEDH) de 7 de mayo de 2015, asunto *S L y J L. vs. Croacia*.

albergan ventajas de gran calado, a diferencia de lo que ocurre con los deberes que los adultos tienen con los menores y con el bienestar del menor<sup>240</sup>. En este mismo sentido, se ha de tener un gran cuidado en el manejo del lenguaje jurídico para no confundir el interés superior del menor con sus derechos. Y es que la realidad es que no es posible que sean intercambiables<sup>241</sup>.

Así, para alcanzar una respuesta definitiva y adecuada a esta cuestión es fundamental saber, por un lado, que apenas existen posibilidades de que se admita una total equiparación de los derechos de los adultos con los de los menores y, por otro lado, que igualmente cierto y decisivo es que son cuantiosos los que consideran que lo más correcto es observar la realidad de que es posible compatibilizar las exigencias de cuidado y protección de los menores con el reconocimiento de su protagonismo en el desarrollo de sus vidas. Según la referida concepción los menores son titulares de derechos como menores y, además, tienen la posibilidad de ejercerlos también como

---

<sup>239</sup> Resulta muy beneficioso consultar: S. Gilmore y L. Glennon, *Family Law*, 6ª, Oxford, 2018, pp. 433–434.

<sup>240</sup> También es muy interesante: L. Ferguson, «Not merely rights for children but children's rights: The theory gap and the assumption of the importance of children's rights», *International Journal of Children's Rights*, 2013, pp. 177–208.

<sup>241</sup> Por desgracia, unos cuantos Estados, como Italia, se han confundido considerando que el interés del menor constituye el principio general de que todas las normas referidas a los menores se centran ante todo en los mentados derechos, lo cual acarrea tanto la introducción de una ambigüedad en el citado interés con efectos sobre las posibles actuaciones posteriores, como unas consecuencias contrarias a la pretensión de flexibilidad o capacidad de adaptación a las circunstancias únicas del menor.

Debemos completar lo apuntado recordando que el éxito tras la segunda guerra mundial de las ideas y valores de la Ilustración sobre los Derechos fundamentales en las sociedades europeas fue la razón por la que se crearon los sistemas de protección de los indicados Derechos a nivel nacional e internacional. Y ello alcanzó a las personas consideradas débiles, como los menores, afirmándose que también eran titulares de derechos y la garantía de que iban a ser protegidos. Es más, fueron precisamente los derechos de los menores los que se establecieron en el centro de la regulación jurídica llegando a ser un principio rector del sistema. En suma, triunfaron las ideas de los más grandes pedagogos europeos. Y este punto es el más satisfactorio para indicar que la proclamación de los Derechos Fundamentales de los menores en diversos instrumentos supuso el origen de la indicada confusión en el lenguaje jurídico aceptándose como intercambiables los derechos del menor y su interés superior. Así, en Italia al adquirir con la confusión el término “interés superior del niño” un nuevo significado manteniéndose el original, se volvió totalmente ambiguo pudiendo hacer referencia a dos cosas que nada tenían que ver. Por una parte, en su uso original, el juez podía dilucidar un conflicto al margen de las normas en vigor y de los precedentes judiciales. Por otra parte, el juez podía aplicar una norma vigente aunque no fuera acorde con los intereses del menor y no atendiera la circunstancia concreta. Con otras palabras, la doctrina del interés superior del menor se confundió en no pocas naciones de Europa entendiéndose que el principio general existente en los ordenamientos jurídicos de menores es que son primordiales o fundamentales o los únicos a valorar los derechos del menor, rechazándose el enfoque correcto de que dichos derechos son primarios y, por ende, merecedores solo de prioridad en su concurrencia y valoración con otros intereses presentes que no se pueden ignorar. Con ello, dichos derechos ocuparon el centro del sistema contrariando la flexibilización de las reglas que era el objetivo de la doctrina. Por todo ello, resulta imprescindible aclarar la relación que los Derechos Fundamentales del menor tienen con su interés. [Un análisis más exhaustivo de esta segunda posibilidad, en: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 92–98].

menores, y no como adultos<sup>242</sup>. Por todo ello, no es de extrañar que M. P. García Rubio concluyera que de ello se deriva el derecho de los menores a que se les reconozca la capacidad en los procedimientos que les afecten, sobre todo la de comparecencia en los procesos judiciales imprescindibles para que sus derechos sustantivos sean efectivos (lo cual hoy les es rechazado como prevé el artículo 7.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC)<sup>243</sup>. A éste último respecto, debemos subrayar la importancia crucial que tiene dicha capacidad en nuestro estudio como veremos más adelante al tratar la reclamación de la responsabilidad civil extracontractual por los daños que los menores sufren cuando practican deporte y que es fundamental para que éste sea un instrumento decisivo en el desarrollo humano de los mentados menores.

## B. El interés superior del menor como un principio jurídico interpretativo

La segunda dimensión del concepto de interés superior del menor es que constituye un principio jurídico interpretativo, lo cual resulta fundamental por significar que si una previsión normativa puede interpretarse de varias maneras, se escogerá la interpretación más favorable al interés superior del menor<sup>244</sup>.

Al respecto, a ello también se debe el que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU sugiriera que el artículo 3.1 CDN permite la interpretación e implementación de los derechos del niño<sup>245</sup> y, en relación con ello, indicara que era imprescindible, por promover los citados derechos, que el interés superior del menor fuera previsto, por las diversas legislaciones nacionales<sup>246</sup>. De ahí que en la Observación General nº 5, de 27

<sup>242</sup> Y precisamente en este sentido se pronunció el TC en la sentencia señalada 99/2019, de 18 de julio, en cuyo fundamento jurídico 3 explica que, tal y como prevén los artículos 39.3 y 39.4 CE y ha establecido la jurisprudencia constitucional, los menores solo pueden ver restringido el ejercicio de sus Derechos fundamentales en dos casos como son la carencia de madurez y la necesidad de protección.

<sup>243</sup> Para dicha ley, ver: BOE nº 7, de 8 de enero de 2000.

Y para una excelente exposición de lo que hemos explicado a lo largo de este punto, consúltese: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, pp. 29–31.

<sup>244</sup> En este sentido, debemos saber que el marco interpretativo ha sido fijado tanto por los derechos previstos en la CDN como por los protocolos facultativos correspondientes.

<sup>245</sup> Más información en: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 61 y 62.

<sup>246</sup> Al Comité le pareció muy bien que la legislación tuviera en consideración la relevancia del interés superior del niño y, por ello, sintió una gran inquietud cuando no era así y cuando lo que se consagraba era una alternativa menor. Pero también tenía otras preocupaciones como que la mención del principio la hicieran solo algunas leyes, la carencia de conciencia pública, la insatisfactoria incomprensión que apreciaba en personas de las que se espera por sus funciones dediquen una mayor atención al principio, y la imprecisión de la legislación no aclarando el procedimiento para determinarlo o haciendo inadecuados los procedimientos y las directrices para la aplicación en programas y en políticas el interés superior. Por

de noviembre de 2003, del Comité sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>247</sup> se estableciera que la aplicación de dicho interés no puede soslayarse por ningún organismo o institución legislativa, administrativa y judicial, lo cual implica que también deban analizar cómo las decisiones y acciones que emprendan van a afectar a los derechos e intereses de los menores. Y la verdad es que ello, junto a la ya citada Observación General n° 14<sup>248</sup>, constituye una clara articulación del deber que en el artículo 3.1 CDN se establece.

Pero más concretamente sobre esta segunda dimensión, se ha de advertir que precisamente aquí es donde surge con mayor fuerza la confusión en torno al principio del interés superior y las consecuentes dificultades para conceptuarlo hasta el punto que se cuestiona la claridad de la orientación que el Comité de los Derechos del Niño señaló a los órganos administrativos que han de aplicar el artículo 3 CDN en sus decisiones. Por ello, para disipar toda duda, lo dicho al comienzo sobre esta segunda dimensión se ha de precisar expresando de otra manera, y tenerlo en cuenta en todo momento, que el hecho de que el concepto del interés superior del menor sea un principio jurídico interpretativo significa para el operador jurídico que es una regla que puede denominarse *pro niño* o *pro menor*. La razón es que le obliga, como hemos adelantado, a elegir entre las posibles interpretaciones de las normas la que sea más beneficiosa para el interés del menor y de sus derechos. En fin, dicha calificación ilumina muy bien qué supone que el interés del menor sea un principio jurídico interpretativo.

Por lo demás, otra cuestión relacionada con lo anterior que se ha de tener clara es si el hecho de que sea un principio jurídico interpretativo supone que tiene también una función correctora e integrativa de las reglas legales, pudiendo llegarse al caso de justificar que en un conflicto concreto no se aplique alguna de ellas. Pues bien, una

---

ello, el Comité no estimó suficiente que la legislación reconozca dicho interés si no va acompañado del respeto y aplicación por parte de toda la comunidad, así como en los procedimientos y decisiones administrativas y judiciales. Tampoco lo creía suficiente si se anteponen sobre los del niño otros intereses. Lo dicho no es baladí puesto que la aplicación plena del principio puede verse afectada. Así, conviene apuntar que el Comité subrayó que al interés superior del menor le caracteriza el ser primario, lo cual significa tener prioridad, es decir, ser una de las varias consideraciones o, mejor dicho, intereses. Una advertencia final es que el sistema de protección de la niñez puede verse afectado totalmente si para implementar el principio existe un desconocimiento general o procedimientos inapropiados. [Lo dicho expuesto más exhaustivamente en: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 45–48].

<sup>247</sup> Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4b1384d12.html>

<sup>248</sup> Para más información acerca de las diversas Observaciones Generales que se han citado y se van a citar, ver: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, p. 32.



prueba de que es posible una respuesta afirmativa es la manifestación concreta del TJUE de que el interés del menor no permite la estricta aplicación de una norma interna que rechaza el permiso de residencia a un adulto que tiene a su cargo un menor, por la razón de que dicho adulto tenía antecedentes penales<sup>249</sup>.

Para terminar con esta segunda dimensión, se ha de indicar que no causa extrañeza que el mentado Comité haya mostrado su preocupación ante la legislación que no concreta el significado del interés superior del menor, ante la falta de claridad del proceso por el que se determina, y ante los inadecuados procedimientos y directrices para aplicarlo. La razón es que dichos defectos afectan notablemente a esta segunda dimensión siendo más complejo adoptar la interpretación más beneficiosa para el interés superior del menor y, por ende, estando en peligro el crucial objetivo de toda la regulación que es que todos los niños estén protegidos debidamente pudiendo gozar de sus derechos. En efecto, solo puede estimarse justificada una decisión o medida que se adopte si demuestra que es la más beneficiosa.

### C. El interés superior del menor como una norma de procedimiento

---

<sup>249</sup> En concreto, se trata de la STJUE de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14, *Alfredo Redón Marín vs. Administración del Estado*.

En idéntico sentido, otro caso concreto es que el TEDH, en relación con el CEDH, permite la inaplicación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. BOE n° 202, de 24 de agosto de 1987) en todos los conflictos en que un padre haya secuestrado internacionalmente a un menor. Y ello significa que se otorga primacía a que la situación se tenga que consolidar en caso de que sea estable y satisfactoria para el menor, quedando en un segundo plano lo que establece la norma convencional, es decir, tanto el retorno sin demoras de dicho menor como la ruptura de la relación con su padre secuestrador. Proviene del asunto 41615/07, *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*, de 6 de julio de 2010, ECHR 1053. Asimismo, en el Ordenamiento jurídico español destacan la STC 16/2016, de 1 de febrero y la STC 196/2013, de 2 de diciembre.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que es otra situación distinta cuando en el conflicto están envueltos dos Estados miembros de la UE, rigiendo el principio de confianza mutua consagrado en el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000 (en adelante Reglamento Bruselas II bis. DOUE n° 338, de 23 de diciembre de 2003). Así, los órganos jurisdiccionales del Estado donde el niño ha sido trasladado o está retenido están obligados a facilitar la devolución sin demoras del niño al Estado anterior. Conviene completar lo dicho indicando que si bien se debe a que atenta al interés del menor todo desplazamiento ilícito (véase la STJUE, de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zagarra vs. Simone Pelz*), por la mecánica del sistema se ha considerado que dicho interés no está protegido como debería.

Una buena exposición de esta segunda dimensión se encuentra en: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, pp. 20 y 22-24.

Esta última dimensión no es nada baladí porque su finalidad es asegurar que las decisiones sobre los menores atiendan adecuadamente a su interés superior. De ahí que en el proceso en el que se adoptan dichas decisiones se deban valorar todos los posibles efectos y que se deban observar las garantías procesales correspondientes en la evaluación y en la concreción del interés superior. Con ello, al apreciarse claramente que se ha respetado el interés superior del menor, es lo que hace, de nuevo, que estén justificadas las decisiones<sup>250</sup>.

Por lo demás, las críticas que el interés superior del menor ha recibido han tenido como finalidad tratar de mitigar sus deficiencias para precisamente dar forma al procedimiento de su determinación y, en concordancia con ello, se ha pretendido que se vea infundido por la voz del niño con el objetivo de garantizar que constituya un principio equitativo y justo que realmente fomente los derechos del menor<sup>251</sup>. Idéntico camino ha seguido el Comité de los Derechos del Niño como se puede observar leyendo el artículo 3 junto con el 12 CDN que tienen el objetivo de favorecer los derechos de los menores.

Pero ha sido precisamente mediante la identificación de los elementos para concretar el interés superior como el Comité de los Derechos del Niño ha logrado desarrollar el concepto hasta dotarlo con esta tercera dimensión consistente en ser una norma de procedimiento<sup>252</sup>. En este sentido, en relación con el ya conocido objetivo

---

<sup>250</sup> Así, los Estados tienen la obligación de aclarar cómo han respetado el interés superior del menor en su decisión, lo cual incluye: qué se ha entendido acorde con el mentado interés, qué criterios se han utilizado para adoptar la decisión y cómo se han evaluado los intereses del menor ante otras consideraciones. [Véase: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, p. 20].

<sup>251</sup> Hay que precisar que esta línea fue seguida antes por los críticos de la norma del interés superior y por parte de la doctrina.

Consúltese: J. Eekelaar, «The Interests of The Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism», *International Journal of Law and the Family*, nº 8, 1994, p. 42. Y B. Bennett Woodhouse, «Child Custody in the Age of Children's Rights: The Search for a Just and Workable Standard», *Family Law Quarterly*, vol. 33, nº 3, 1999, p. 832.

<sup>252</sup> Así pues, con la citada Observación General nº 14, el referido Comité decidió que la mejor opción era realizar una lista de elementos que no puede considerarse ni jerárquica ni exhaustiva pero que posibilita a las personas que toman las decisiones tener una orientación concreta y flexible. Dicha lista incluye cuestiones tan importantes como la identidad del menor, su protección, su seguridad, su cuidado, sus opiniones, la conservación de las relaciones familiares, su salud, su educación y las situaciones de vulnerabilidad. Asimismo, para el Comité el valor de esta lista reside en que ofrece unos parámetros adecuados para que bien el Estado o bien la persona u órgano que ha de tomar decisiones pueda orientarse. Sin embargo, se ha de advertir que, pese a que los estudiosos han propuesto el uso de las listas de control por considerarlo el mejor antídoto contra la indeterminación, no ha sido absoluto el éxito de dichas listas al no haber cumplido su promesa. En efecto, uno de sus defectos más destacados es que es probable que sean incompletas y, por ello, muchas normas se han elaborado para que la persona u órgano

principal del interés superior de que queden garantizados el goce efectivo y pleno de los derechos que la CDN establece, aunque puede llevar a una interpretación de las previsiones de la CDN fundamentada en el holismo<sup>253</sup>, no debemos olvidar que los elementos necesarios para concretar el interés superior alcanzan a cada uno de los derechos previstos en la CDN. Por ello, se puede considerar adecuada la interpretación cuando está fundamentada en los derechos, es decir, cuando se ponderan cada uno de los previstos en la CDN para adoptar decisiones.

O, dicho de otra forma, teniendo en cuenta la consideración del Comité de que la previsión del artículo 3.1 CDN sirve para interpretar y aplicar los derechos de los menores, dicho precepto ofrece un valor adicional consistente en que exige que los órganos legislativos y de otro tipo ponderen los derechos del menor previstos en la CDN. En suma, se ha de reconocer que una de las razones de la trascendencia del precepto es estar formado por esta tercera dimensión que es ser una norma de procedimiento, gracias a la cual es posible valorar equilibradamente los derechos del

---

que toma decisiones pueda contar con el resto de circunstancias. Igualmente también es probable que los factores de la lista de verificación conduzcan a conclusiones opuestas. Además, lo normal es que no señalen el peso de cada factor para evitar una rigidez desmedida. Y, debido a que se entiende que no es exhaustiva la lista de elementos del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, es posible prestar atención a otros elementos diferentes, que con frecuencia son los que se ajustan a la tradición jurídica del Estado en cuestión. Así, solo se apartan los elementos que no respetan los derechos de la CDN. Por lo demás, el Comité ha reconocido que no siempre todos los elementos concurren, así como que a veces dichos elementos se contrarían. [A este respecto, muy interesante resulta: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 37–39].

Es interesante añadir que la misma técnica de establecer unos parámetros observamos en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (Instrumento de ratificación en BOE nº 182, de 1 de agosto de 1995). En efecto, prevé unas normas de índole material que delimitan los principios y las condiciones que en el procedimiento de adopción no se pueden conculcar. [Para más información: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 164 y 165].

Por lo demás, también se ha de advertir que es en relación con las estudiadas listas donde surge la cuestión de la discrecionalidad judicial, la cual consiste en guiarse por criterios generales para lograr, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la solución individual más justa y apropiada. Pues bien, también se ha de prestar la diligencia que cada caso exija para evitar resultados incorrectos. [Esta genial definición de discrecionalidad en: J. L., Calvo Cabello, *Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*, Eunsa, Pamplona, 1982, p. 333]. Para terminar, J. Eekelaar manifestó hace mucho tiempo que un juez podía considerar casi cualquiera de los factores que pueden afectar al niño, así como otorgarle el valor que estime adecuado. [Ver: J. Eekelaar, *Regulating Divorce*, Clarendon Press, Alderley, 1991, p. 125].

<sup>253</sup> Para la Real Academia Española, en su diccionario, el holismo es la doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo diferente del conjunto de las partes que lo forman. Esto es, se centra en cómo los sistemas de todo tipo y sus propiedades han de analizarse como un todo y no únicamente mediante sus elementos. Lo cual implica que todos los indicados elementos no pueden ser concretados como la unión de ellos. En fin, para el holismo el sistema total tiene un comportamiento diferente al de la agregación de todos sus ingredientes.

menor y, por ende, que se puedan cumplir con satisfacción<sup>254</sup>. Además, fue también el Comité quien explicó con exhaustividad el modo en que el principio del interés superior puede ser aplicado<sup>255</sup>. Por lo demás, la referida interpretación también supone que exista un marco más nítido para que la adopción de decisiones en relación con el interés superior respete y cumpla los derechos de los menores. Sin duda, por su alta trascendencia, se ha de prestar una gran atención y realizar los esfuerzos necesarios para que todo ello sea realizado del modo indicado<sup>256</sup>.

En definitiva, la tercera dimensión consistente en ser una norma de procedimiento implica que el tan relevante interés superior del menor<sup>257</sup> resulta de aplicación en todos los casos en que se tenga que adoptar una decisión que afecte al menor en cuestión, lo cual también alcanza a los procedimientos judiciales. Para ello, en todas las mentadas decisiones dicho interés deberá considerarse respetando las salvaguardas y garantías<sup>258</sup> de tal modo que sea posible probar con posterioridad tanto la manera en que se tuvo en cuenta como la manera en que se valoró junto con otros intereses. Es por ello que está íntimamente relacionado con el derecho que, según el artículo 12 CDN, tienen los menores a expresar su opinión en las cuestiones que les incumben.

---

<sup>254</sup> Además, podemos poner en relación dicho precepto con el artículo 4 el cual establece el deber de que se tomen las medidas necesarias para que la CDN sea aplicada.

Pese a todo, se ha de advertir que el artículo 3.1 CDN no nos aclara cómo debemos actuar ante las múltiples situaciones que podemos vivir y, por ende, se ha de prestar una gran atención a lo que se va exponer en las siguientes páginas para que el interés superior del menor no contrarie los derechos del menor.

<sup>255</sup> Pero también es cierto que ya antes otros organismos internacionales habían estudiado esta cuestión. Verbigracia, el Consejo de Europa elaboró en 2010 unas directrices que se ocuparon de la justicia adaptada a los menores, estableciendo así un procedimiento para adoptar decisiones para que el mentado principio fuera aplicado que se caracteriza por fundamentarse en los derechos de los menores, así como en que la dignidad humana sea respetada. De este modo, dichas directrices supusieron que en la evaluación del interés superior de los menores en cuestión se había de reconocer a sus opiniones y puntos de vista su importancia real, no se podían conculcar ninguno de los demás derechos del menor (a la dignidad, libertad e igualdad de trato), y todos los organismos competentes tenían que acoger un enfoque integral para que ningún interés quedase relegado.

<sup>256</sup> Para una consulta satisfactoria de esta otra serie de apuntes que hemos expuesto, véase: U. Kilkelly, *supra op. cit.* nota 205, pp. 59–61.

<sup>257</sup> La indicada relevancia del interés del menor es general pudiéndose observar también en otras previsiones como, por ejemplo, el artículo 15.2 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (Instrumento de ratificación en BOE nº 291, de 2 de diciembre de 2010). En efecto, la cláusula de excepción que prevé se basa en la referencia tácita que realiza al interés del menor descartándose otras opciones como el principio de proximidad. [Para más información: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 145–146].

<sup>258</sup> Véanse los apartados 85 y siguientes de la Observación General nº 14 de 2013.

Y para que que la comprensión de la exposición de las tres dimensiones sea total conviene mucho tanto volver a citar la STC 99/2019, de 18 de julio, que reconoció el interés del menor como un ‘bien constitucional’, como hacer saber que tanto el TS como el TC han emitido varios pronunciamientos en los que dicho interés ha sido calificado como ‘principio de orden público’<sup>259</sup>.

### **1. 2. 2. Significado de “primordial”: la imprescindible y esencial consideración del interés superior del menor junto a los intereses y derechos de las otras partes**

Tras exponer las tres dimensiones que forman el concepto de interés superior del menor, debemos continuar delimitándolo dilucidando qué ha de entenderse cuando se dice en el artículo 3.1 CDN que el interés del menor es una consideración primordial a que se atenderá.

Así, se ha de comenzar indicando y reiterando que no se puede afirmar que en el

---

<sup>259</sup> Para acceder a una exposición algo más exhaustiva: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, p. 24.

A este respecto, como la localización es muy idónea para que determinados valores sean defendidos, existe una asociación entre el interés superior y el orden público. Y la no aplicación de la norma material del extranjero que la norma de conflicto del foro haya designado, es un efecto directo de la excepción de orden público que desarrolla su función atendiendo al contenido del derecho reclamado. Así, en la protección de los menores, el interés del menor tiene una función decisiva en esta cláusula. Igualmente, al ser el orden público flexible y variable respecto a cómo es una sociedad en un momento concreto, la significación del interés del menor también se ha de situar en dicho momento. Es decir, el interés está abierto a la posibilidad de cambio. Y como también el orden público actual muestra el rango de los valores vigentes respecto de los demás, el interés del menor está relacionado con otros intereses y, por ello, es prioritario y no el único fundamental. Asimismo, al ser necesaria la vinculación con el foro para que el orden público quede limitado y poder excepcionarse la norma material del extranjero, la infracción del orden se tendrá en función de la intensidad de la vinculación. Un buen ejemplo de la jurisprudencia de varios Estados sobre la aplicación de este criterio y relacionado con el interés del menor es la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de España el día 22 de marzo de 2000. Por lo demás, puede tanto excepcionarse una norma *in abstracto* si contraría el principio del interés del menor, como llegar a la conclusión contraria una vez aplicada. Así, es menor el contenido del orden público y el uso de su excepción. Tampoco puede olvidarse el interés del menor cuando se hace funcionar la excepción de orden público. Y no fue hasta el ya citado Convenio sobre adopción de 1993 cuando se estableció la unión del orden público y el interés del menor. Para ir terminando, la función del orden público es armonizar, considerando el interés del menor, la *lex causae* y la *lex fori* que tienen el mismo valor. Algunos órganos jurisdiccionales han mostrado que la tendencia de hoy es la de que la ley material extranjera sea analizada desde el punto de vista del interés del menor. Además, no extraña que parte de la doctrina (J. D. González Campos) haya cuestionado la continuidad del orden público al parecer que el interés del menor basta para que la excepción despliegue sus efectos. Ahora bien, dicha postura no parece aceptable por ser decisiva la existencia y protección de otros derechos e intereses. Así, concluimos que la unión del interés del menor con el orden público ha hecho que la cláusula funcione de manera muy diferente. Ahora lo que se ha de realizar es un acomodamiento de la *lex causae* con la *lex fori*. Por fin, el interés del menor también tiene un rango superior en la jerarquía de los valores como es el de ser un criterio determinante. [Una exposición más exhaustiva en: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 176–187. Y otras reflexiones interesante sobre el orden público en su vertiente material y con referencia a la eficacia extraterritorial de las decisiones, en el mismo libro: *Ibidem*, pp. 258–265].

Ordenamiento jurídico español el interés del menor sea superior, prevalente, preferente, prioritario y exclusivo. Es por ello que los mejores profesionales lo vinculan con los intereses y derechos de otras personas que son partes en el mismo conflicto, sobre todo los padres u otros menores<sup>260</sup>. En este sentido se pronunció la citada Observación General nº 14 de 2013 al indicar que es necesaria una concreta flexibilidad en la aplicación y, por ende, queda posibilitado que se adapte a las circunstancias de todo tipo en que se encuentre el menor en cuestión (como veremos, tanto personales de cada menor, como culturales, sociales, normativas, etc.)<sup>261</sup>; más adelante se profundizará en tan determinante flexibilidad. Y la verdad es que esta afirmación se ve corroborada en la CDN al utilizar en el propio artículo 3.1 la palabra indeterminada “una” para referirse a la consideración primordial, lo cual es fruto de una elección muy consciente tras discutir seriamente para dilucidar esta cuestión relativa a cuál es el verdadero alcance de la concepción del interés superior del niño como dicha consideración.

---

<sup>260</sup> Por eso son acertadas las Sentencias del TC 273/2005, de 27 de octubre (BOE nº 285, de 29 de noviembre de 2005), en la cual se indica que el interés del menor debe protegerse respetando la proporcionalidad con otros intereses concurrentes, y 160/2012, de 20 de septiembre (BOE nº 250, de 17 de octubre de 2012), que manifestó que no se puede concebir el interés del menor como superior, único y excluyente de otros.

En este sentido, sobre el equilibrio entre los intereses y derechos de las partes, conviene atender al momento en el que el interés del menor tiene que enfrentarse a las críticas que las normas de conflicto materialmente orientadas han recibido. Pues bien, una crítica es en relación con la posible conculcación del principio de igualdad de los intereses y derechos viéndose una parte beneficiada. Y la verdad es que no es aceptable ni en el caso de que sea el interés del menor el que se quiere proteger. No obstante, existe otro planteamiento donde el interés del menor es calificado de superior y prevalece sobre los intereses y derechos de los adultos. Con todo ello, se produce una situación paradójica donde las mismas personas que critican el quebrantamiento de la igualdad entre las partes, también explican cómo en todo caso el menor puede verse favorecido. Y a ello debemos añadir que lo dicho posibilita el error de que una protección que no se quiere puede darse en circunstancias muy concretas. Pues bien, para que el mentado resultado erróneo sea soslayado el interés del menor debe interpretarse *in casu* y no abstractamente. [Véase: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 157–159].

<sup>261</sup> Y también agrega que los conflictos que surjan entre el interés superior de un menor y los intereses y derechos de un grupo de ellos o de todos han de obtener una solución caso por caso, además de valorarse correctamente todos los intereses y derechos. Precisamente es el enfrentamiento de los intereses y derechos de dos menores la mejor prueba de la imposibilidad de la indicada superioridad, es decir, que ninguno puede ser superior al otro. No obstante, en la jurisprudencia se encuentra algún pronunciamiento que se separa de dicha postura. Es el caso de la STC 23/2016, de 15 de febrero, donde como fundamento solo se utilizó el interés del menor agresor en detrimento del interés del menor que había sido la víctima. Lo cual significa una muy mala noticia al haberse dejado pasar una inmejorable oportunidad para haber valorado ambos intereses. Aún así, es excepcional, y lo mismo cabe decir respecto a la situación en que son los intereses y derechos de otras personas los que se enfrentan al interés superior del menor. Y, en caso de que no sea posible armonizarlos, corresponde a los responsables de adoptar decisiones y a las autoridades analizar y ponderar los derechos de todos los que estén involucrados, sin olvidar que el interés superior del menor goza de prioridad. O, dicho con otras palabras, a lo que sea más beneficioso para el menor es a lo que se ha de otorgar más importancia.

Una muy rica y más exhaustiva explicación de parte de todo lo que llevamos hasta ahora expuesto en el presente punto 1. 2. 2., se encuentra en M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, pp. 24–28.

Pues bien, lo dicho es trascendental puesto que supone que es posible realizar el decisivo equilibrio del interés del menor con otros intereses y derechos de otras personas que puedan concurrir en el mismo conflicto. Lo cual no significa en ningún caso que el interés del menor deje de ser un criterio prioritario o primario de juicio, pero sí que sea el único<sup>262</sup>. Por lo tanto, podemos afirmar que no solo se ha de tener en cuenta el interés del menor, así como que no ha de considerarse siempre como superior a otros intereses y derechos de otros menores o de los adultos, los cuales también tienen una gran importancia que los hacen insoslayables<sup>263</sup>.

Por lo demás, al respecto del mentado equilibrio entre los diversos intereses y derechos, conviene hacer saber que una gran crítica sobre la aplicación del interés superior es que se valoran más las percepciones que los adultos tienen sobre el niño, en detrimento del punto de vista del niño. Por eso parecen cautelosos los sistemas jurídicos que obligan a los adultos a hacer lo que beneficia a los menores. Y a ello se debe, como se ha dicho, que se deba evitar la sola consideración del interés superior para tomar decisiones debido a que acarrearía muy probablemente la consecuencia de que los menores se vieran despojados de todo protagonismo o participación en la dilucidación de los asuntos que les interesan<sup>264</sup>. Dicho de otra forma, no se puede deducir del

---

<sup>262</sup> Conviene apuntar que otros preceptos de la CDN contienen previsiones parcialmente diferentes al respecto. Por ejemplo, los relativos a la adopción (artículo 21); el deber educativo de los padres donde dicho interés ha de ser su principal preocupación (artículo 18); y varios aspectos del derecho de tanto los padres como de los hijos a mantener las relaciones recíprocas a que aluden algunos preceptos sin gran precisión (artículos 9, 20, 37 y 40).

Y para más información, donde tanto se explica que la mayor parte de las leyes italianas que se refieren al interés del menor no califican el interés con ninguna otra matización, como se observa la existencia de supuestos en los que el interés del menor es considerado un criterio exclusivo no equilibrándose con ningún otro interés ni derecho, véase: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 100–103].

<sup>263</sup> Para despejar toda duda y conocer plenamente la significación de primario y de prioridad, conviene advertir que los problemas surgen en los casos en que el interés superior del niño colisiona con otros intereses y derechos, propios o ajenos. Asimismo, a este respecto hay que recordar que para el Comité de la ONU el principio del interés superior hace necesaria en su aplicación la existencia de un grado concreto de flexibilidad por la razón de que las circunstancias en que puede aparecer no son pocas. Igualmente indicó que cuando lo que exista sea un conflicto, la mejor opción era equilibrar los intereses y derechos de todos los involucrados, así como intentar alcanzar una solución de avenencia. Sin embargo, en el supuesto de que no puedan armonizarse los diferentes intereses y derechos, el hecho de que como una consideración primaria sea tratado el interés superior del niño exige que le sea reconocida una alta prioridad, en lugar de constituir una de diversas consideraciones y con un mayor peso (también Observación General nº 14, párrafo 39). [Ver: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, p. 33].

<sup>264</sup> Sin duda, este es el *quid* de la cuestión. Por eso, reiteramos que pese a que el principio del interés superior del niño alberga una gran relevancia, no puede ser el único criterio determinante para tomar decisiones. A este respecto, son interesantes las reflexiones de J. Eekelaar sobre tanto la diferenciación entre las decisiones sobre los niños y las que les afectan, como la creación del concepto de “autodeterminismo dinámico”: J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 251, pp. 42–61.

ordenamiento jurídico interpretaciones que excluyen la ponderación de diversos intereses y derechos pertenecientes a todas las partes involucradas en el mismo conflicto<sup>265</sup>. En conclusión, el interés del menor es un superlativo relativo y no absoluto, teniendo que ponderarse junto a otros intereses y derechos importantes como son los de las otras partes concurrentes<sup>266</sup>.

Pero no hemos terminado, sino que debemos continuar la exposición haciendo saber que en el reconocimiento del valor concreto del interés del menor cuando colisiona con otros intereses y derechos resulta decisivo el que la decisión que se tome afecte al menor de manera inmediata o mediata. En efecto, cuando sea inmediata deberá centrarse en la búsqueda de la decisión que proporcione lo más beneficioso para el menor. En cambio, si es mediata a quien corresponda adoptar la decisión habrá de buscar la mejor solución que sea posible. En coherencia con lo anterior, si bien es cierto

---

En idéntico sentido se manifestó la CDN, en su artículo 12 sobre la consideración de las opiniones del menor, advirtiendo del peligro que supone depender en gran medida de dicho interés. Sobre ello, para parte de la doctrina puede acarrear que los derechos estén en tensión, donde la perspectiva de los adultos colisiona directamente con la preferencia del niño. Y, en este sentido, en un principio el indicado Comité pudo haber adoptado una postura de negación al haber considerado que no existía tensión entre los artículos 3 y 12, sino una función complementaria de los dos principios generales. Mientras uno determinaba como fin alcanzar el interés superior, el otro ofrecía la metodología precisa para que el niño fuera escuchado. Pero después el Comité estudió mejor la tensión en su Observación General n° 14 disipando, en primer lugar, toda duda al expresar que la obligación de la CDN de que todos los derechos del niño sean respetados no puede desaparecer con el juicio de un adulto sobre el interés superior. También señaló el nivel adecuado de prioridad del interés indicando que se aplicará a todas las cuestiones relacionadas, así como que no se puede apartar para dar solución a todo conflicto entre los derechos de la CDN u otros tratados de Derechos fundamentales. [Para esta nota, así como para el párrafo del texto principal, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 34 y 35].

<sup>265</sup> Lo dicho supone que ningún menor puede considerarse aisladamente cuando lo que está en juego es su derecho a la protección. En caso contrario, serían muy graves las consecuencias puesto que todo menor se encuentra incardinado en una muy tupida red de relaciones, dentro de la cual es, además, la parte que necesita más atención y protección. Los elementos de dicha red son las relaciones familiares con los padres y con otros familiares cercanos; otras relaciones sociales más amplias como las propias del entorno escolar, del barrio, de organizaciones juveniles, etcétera. En fin, cada menor es parte de abundantes vínculos que albergan una gran trascendencia por su contenido emocional que se labra, frecuentemente, de manera cotidiana. Así pues, los intereses y derechos de cada menor han de valorarse siempre teniendo presente la expuesta red, lo cual significa que se han de considerar individual y realmente los vínculos afectivos que contiene, la importancia que tienen en su vida y en su equilibrio psico-existencial, y las consecuencias que se pueden engendrar en caso de que se erradiquen. [Con más exhaustividad, en: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 103 y 104].

En este sentido ha ahondado algún que otro autor indicando que, en relación con los indicados intereses y derechos relacionales, la función que el juez competente tiene atribuida para dar solución a un conflicto en que están involucradas dos personas de la misma familia no es realizar una valoración sobre de qué parte son los intereses y derechos que merecen protección, sino la de atisbar formas novedosas y más adecuadas para que el derecho común a la relación sea efectivo. En tal sentido, el legislador ha insistido en que el camino a seguir ha de ser el que logre privilegiar el interés del sujeto en formación debido a que sólo de este modo se reequilibra la relación y no está desequilibrada en favor del adulto. [Véase: A. C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, 4ª ed., L. FADIGA, Bologna, 2008, p. 38].

<sup>266</sup> Más información en: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 104 y 105.



que en ambas posibilidades pueden considerarse también otros intereses y derechos, se aprecia la diferencia de que cuando el menor se ve afectado de manera inmediata su interés superior tiene mucha más importancia hasta el punto de que no puede conceptuarse como una circunstancia más y, en cambio, cuando la afectación sea mediata su interés superior solo es uno entre todos los que han de considerarse<sup>267</sup>. Y conviene mucho advertir que, a pesar de que resulta muy sugerente esta exposición, no ha sido recogida en la CDN ni en ninguna de las Observaciones Generales elaboradas.

Por lo demás, igualmente imprescindible es saber que no resulta tan sencillo dilucidar si la decisión va a afectar al menor directa o indirectamente ni como debemos afrontarla en cada caso. Dificultad que se ve agrandada porque ciertos supuestos, como los traslados de menores referidos mayormente a los adultos y solo de manera mediata a los menores, no se pueden circunscribir en una u otra de las dos diferenciaciones. Por ello, es necesario indicar lo siguiente acerca de las dos posibilidades para no confundirse.

En cuanto a las decisiones que afectan inmediatamente a los menores, destacan los casos relativos a su salud o en los cuales se adoptan decisiones sobre el lugar de crecimiento. Al respecto, lo más conveniente es recordar las palabras del Tribunal de

---

<sup>267</sup> J. Eekelaar también realizó otras reflexiones relevantes. Expresó que no solo los intereses y derechos de los menores han de atenderse por quienes deban adoptar las decisiones, sino también las demás consideraciones relevantes. Y añadió que, por la no claridad del interés superior, no sorprende la polémica por la manera que en las decisiones son considerados los intereses y derechos de los menores, sobre todo en la ponderación con otros intereses y derechos. Así, consideró imprescindible estabilizar el proceso de decisiones con el razonamiento. En concreto, su propuesta para valorar el interés superior era diferenciar las decisiones que afectan directamente a los niños de las que lo hacen indirectamente. Respecto al primer caso indicó, como hemos dicho, que es el mejor resultado para el niño lo que se ha de buscar. Y sobre el segundo manifestó que la persona que deba tomar la decisión ha de tener por objetivo lograr la mejor solución posible, en detrimento del resultado que supuestamente sería mejor. También indicó que se puede entender necesario modificar y hasta rechazar la solución inicial si se aprecia que los intereses y derechos del niño se van a perjudicar. Para completar la explicación, un defecto del Comité de los Derechos del Niño es que no analizó las posibles consecuencias de que con “concerniente” se hace alusión tanto a las decisiones que afectan directamente al menor como a otras decisiones que, no siendo el objetivo, afectan al niño. Y ello empeora por la penumbra del estudio de cada caso y por el artículo 8 CEDH que no se refiere al interés superior. De ahí la afirmación del TEDH de que, si los mentados intereses y derechos entran en colisión con los de los padres, los del niño han de considerarse con prioridad. Y precisó que si tienen que equilibrar los intereses y derechos son los del niño los que han de prevalecer. [Una genial exposición más exhaustiva de todo lo explicado en: J. Eekelaar, «Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children», en E. E. Sutherland y L. A. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016, pp. 99–101].

Apelación de Inglaterra en 2013<sup>268</sup> porque nos proporciona la estructura más apropiada al razonamiento de estos casos. Así, señaló que el ejercicio judicial no puede consistir en un proceso en el que se analizan por separado las distintas opciones para después no ser aceptadas, para ser rechazadas, por estimar que están afectadas por serios déficits internos, con el resultado de que se elige, sin atender a si tiene o no los mentados déficits, la única opción que al final queda y que es, por desgracia, la más perjudicial. En suma, aclaró que dicho proceso no es correcto en el caso de que la labor a realizar en sede judicial, antes de dilucidar qué posibilidad satisface de mejor manera al menor, es evaluar de manera integral y desde, de nuevo, la anteriormente citada perspectiva holística cada posibilidad existente sobre el cuidado futuro del niño. Por lo demás, debido a lo dicho y a que antes ha de analizar todas las posibilidades, la persona que ha de adoptar las decisiones tiene que poseer en relación con el resultado final la mente abierta. Verbigracia, cabe la posibilidad de alcanzar una única solución gracias a la combinación de diferentes elementos de las diversas opciones<sup>269</sup>.

Por su parte, a lo anterior hay que añadir que respecto a las decisiones que afectan indirectamente a los menores, para que no resulte complejo identificarlas, se indican las tres modalidades existentes de casos que son paradigmáticos.

En primer lugar, es de gran importancia conocer que nos encontramos con los casos en que hay serios y graves conflictos entre jurisdicciones de los muy diversos Estados. A este respecto, es interesante el siguiente ejemplo para ver cómo se afrontan en el Reino Unido, Estado donde los órganos jurisdiccionales tienen dos opciones. Efectivamente, por un lado, pueden elaborar y dictar una orden con el objetivo de que una decisión que anteriormente ha sido adoptada en otro Estado sea debidamente cumplimentada. O, por otro lado, pueden elaborar y dictar orden con otro objetivo distinto como es que el menor realice un desplazamiento desde el Reino Unido a otro tercer Estado y así ajustarse y respetarse las previsiones tan importantes del citado

---

<sup>268</sup> Re G [2013] EWCA Civ 965, párrafos 49 y 50.

<sup>269</sup> Ejemplos de ello existen en relación tanto con el Derecho privado (por ejemplo, entre los padres) como con el Derecho público (donde participa el Estado). Así, resultan de gran interés los siguientes casos del aludido Tribunal de Apelación: re B (A Child) [2013] UKSC 33; *Flintshire County Council vs. la Sra. LD y el Sr. GJ* [2014] EWCC B17 Fam.; y *Bradford County Council vs. M y otros* [2014] EWCC B4 (Fam) para. 183. [Para conocer los casos y una estudio más detallado de lo expuesto en el texto principal, consúltese: J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 267, pp. 101 y 102].

anteriormente Reglamento Bruselas II Bis<sup>270</sup>, en el Convenio de La Haya sobre la Protección de los Niños de 1996<sup>271</sup> y en el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980<sup>272</sup>.

En segundo lugar, destacan las sentencias sobre la custodia. En ellas la afección indirecta se observa en que siempre tendrán consideración o estarán en el orden del día los intereses y derechos de los niños involucrados, lo cual no evita que con habitualidad sean superados incluso cuando son afectados gravemente. Cabe citar como un buen

---

<sup>270</sup> Ver nota 249.

En este primer texto se estima que, en un principio y en el momento del procedimiento, es en el Estado en el que está situada la residencia habitual del niño donde está la jurisdicción primaria. Y añade que las implicaciones de dicha posición son dilucidadas por las previsiones posteriores. La idea que subyace en dicho reglamento es que, si se cumple la condición de que los dos Estados han firmado la CDN o son miembros de la UE, las órdenes sobre contacto o residencia emitidas en el Estado de la residencia habitual del niño han de ser reconocidas y ejecutadas de manera directa por parte de un órgano jurisdiccional situado en el Estado al que el menor se va a desplazar o va a visitar tras la orden. En cambio, no hay necesidad de reconocimiento si, atendiendo al interés superior del niño, se considera que con él el orden público del Estado en que ha sido solicitado se va a ver contrariado. Por lo demás, en algunas ocasiones en que concurren condiciones muy concretas cabe la excepción y, por ende, el órgano jurisdiccional que resulte competente puede remitir, si se encuentra en mejor disposición para resolver el caso, a otro órgano jurisdiccional de otro Estado un asunto. A este último respecto, debemos añadir que a la hora de declinar su competencia, el principio a que la autoridad competente ha de ajustarse es el criterio de proximidad. Y en el caso, bastante probable, de que exista otro órgano que sea mejor para ponderar el interés del menor, se produce un doble examen por parte de distintas autoridades. En este sentido, debemos indicar que el artículo 8.2 hace referencia a unas concretas autoridades de los Estados con el objeto de disponer que si estiman que son ellas mismas más apropiadas para analizar el interés de un menor concreto, han de proceder a la solicitud a la autoridad del Estado contratante en que reside habitualmente el menor o han de invitar a las partes a que presenten la petición para quedar autorizadas para ejercer la competencia y, por ende, tomar las necesarias medidas de protección. Y el referido doble examen es el que llevan a cabo las dos autoridades que están involucradas. Asimismo, debemos saber también que es posible la concretización de dos aspectos en las dos situaciones previstas en el artículo. En efecto, se ha de realizar *in casu* y dentro del tramo de tiempo en el cual sucede el traslado de la competencia. Así pues, por su importancia debemos subrayar que si las autoridades competentes desisten de su competencia fundamentándose en otro motivo cualquiera o la obtienen las autoridades que enumera el artículo 8.2, se estaría conculcando gravemente el tan relevante artículo 3.1 CDN. Finalizamos indicando que cuando se haya producido una sustracción o una retención de un niño que no se ajuste a Derecho, el mismo Reglamento prevé que no puede darse ningún tipo de retraso en la restitución de dicho menor de conformidad con lo que el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores estableció, salvo excepción. [La bibliografía a tener en cuenta es la siguiente. Sobre la residencia habitual: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 60 y 64–66. Acerca de la idea subyacente en el reglamento: R. George, «Children in Cross-Border Situations», en J. Eekelaar y R. George (Eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Londres, 2014, p. 406. Para completar la alusión al artículo 8.2: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 74–78. Y para una profundización de toda la exposición: J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 267, pp. 103–105].

<sup>271</sup> Nos referimos al ya aludido Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

<sup>272</sup> También citado anteriormente.

Y para unas interesantes reflexiones sobre uno de los puntos más polémicos sobre el interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya como es la posible incorporación de su calificación autónoma con el fin de que para delimitar un concepto en cada texto las disparidades se soslayan, véase: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 54 y 55.

ejemplo el caso *HH vs. el Fiscal Adjunto de la República Italiana*<sup>273</sup>.

Y en tercer lugar, existen los casos que dan lugar a tanto deportaciones como extradiciones. En cuanto a las segundas, la razón de que deben abordarse como una cuestión que afecta de manera mediata al menor es la analogía que se aprecia entre ellas y la práctica de sentencias internas. Lo cual tiene la consecuencia de que se conciba el interés superior del niño no como de importancia sustancial, sino como una consideración primaria o prioritaria. De ahí que en estos casos no sea necesario, por un lado, que el tribunal actúe de forma proactiva para evaluar el interés superior y, por otro lado, que se tenga que adoptar una decisión en beneficio del mentado interés cuando éste sea considerado como una cuestión separada. Por eso mismo, el tribunal no comienza por decidir que es lo mejor para el niño, sino que los intereses y derechos del niño se consideran para observar, antes de adoptar la decisión final, el grado en que van a quedar afectados<sup>274</sup>.

En definitiva, con lo expuesto ha quedado claro que la consideración de interés del menor no puede suponer el apartamiento de otros intereses y derechos como los de otros menores o los de los adultos porque también son de gran importancia. Así, la ponderación de aquél se habrá de realizar equilibradamente teniendo en cuenta la situación real que concurre. En caso contrario, se estaría dando una importancia desmedida al interés superior del menor que le acarrearía también daños<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> La referencia del caso es: [2012] UKSC 25, párrafo 131. Otro caso interesante es *S vs. M* (2008) 3 SA 232 del TC de Sudáfrica. Una buena exposición de ambos, en: J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 267, p. 105.

También conviene consultar: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, p. 45.

<sup>274</sup> Para esta última modalidad, ver: J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 267, pp. 106 y 107.

Y para todo lo expuesto acerca de las modalidades de las decisiones según cómo influyan, resulta ininteresante: J. Eekelaar, «The Role of the Best Interests Principle in Decision Affecting Children and Decisions about Children», *International Journal of Children's Rights*, nº 23, 2015, p. 6.

<sup>275</sup> Para completar el punto, se estima de provecho agregar que la relevancia del TEDH también se aprecia en esta cuestión. En concreto, destaca la de que los intereses y derechos de los menores han de considerarse con prioridad si colisionan con los derechos de los padres. Tres casos en que lo dicho se puede observar son *Yousef vs. Países Bajos* de 2002, ECHR 716, párrafo 73; *YC vs. Reino Unido* de 2012, FLR 332; y *Johansen vs. Noruega* de 1997, 23 EHRR 33, párrafo 78. Además, la trascendencia de dicho órgano jurisdiccional aumentó cuando ensanchó el principio con la resolución del ya citado asunto *Neulinger y Shuruk vs. Suiza* de 2010. En efecto, se estimó que la cuestión a dilucidar era, sin olvidar la prioridad del interés superior de los menores, si entre los intereses y derechos del menor, de los padres y del orden público existía equilibrio. Y se ha de saber que al verse el derecho a la vida familiar que todo niño posee menoscabado cuando se produce una intromisión en los intereses y derechos citados, como consecuencia, el Convenio de La Haya de sustracción de menores de 1980 se caracteriza porque supone que el interés superior no pueda ser violado al adoptar cualquier decisión, con la única excepción de que lo contrario respete la ley y sea necesario para el interés de la seguridad nacional, la protección de la salud

### 1. 2. 3. Otras consideraciones adicionales que precisan el concepto de interés superior del menor

Para que definitivamente quede delimitado el concepto de interés superior del menor se han de tener siempre presentes las siguientes consideraciones adicionales.

En primer lugar, antes de nada se ha de realizar una distinción entre las diversas decisiones posibles para que el propio procedimiento de decisión se vea dotado con una estructura particular que es la que permite que las decisiones finales alberguen la estabilidad que reclama una adecuada delimitación del concepto de interés superior del menor. Aún así, conviene saber que pese a la existencia de dicha estructura siempre persiste cierta falta de precisión, así como que no ha de preocuparnos debido a que alcanzar resultados nítidos y que se puedan barruntar no es la finalidad que siempre ha de tener el procedimiento de decisión<sup>276</sup>. En efecto, es precisamente en dar solución a

---

y la moral, el alejamiento de delitos o desórdenes, el bienestar económico del Estado, la protección de los derechos y libertades de los demás, y la seguridad pública, esto es, todo lo que es necesario en una sociedad democrática. En fin, sobre el caso indicado el TEDH afirmó que los órganos jurisdiccionales estatales debían haber estudiado bien la situación de la familia, así como los factores psicológicos, fácticos, médicos y emocionales. Asimismo, desde el equilibrio y la razón ponderó todos los intereses y derechos que poseía cada persona y dilucidó cuál es para el menor en cuestión la mejor solución. [Lo dicho y una más exhaustiva exposición de este último caso se encuentra en: J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 267, pp. 108 y 109].

<sup>276</sup> Ahora bien, lo dicho sobre los resultados nítidos no significa que el Derecho internacional privado no trate de buscar ciertos resultados. Antes al contrario, sí trata de encontrarlos, siendo una consecuencia la necesidad de que el interés del menor sea examinado con normas de conflicto cuya finalidad es conseguir un efecto, no nítido, pero sí definido. Así, si una de las leyes enumerada en la norma es aplicada se alcanza el resultado deseado. Por su parte, si en los ordenamientos jurídicos no hay acuerdo sobre el efecto pretendido surge el problema. Pero éste no versa sobre el interés del menor porque es un fin calificado de ser digno de protección y, por ello, es acertado analizar la cuestión desde las normas de conflicto materialmente orientadas. Respecto a la acotación del interés con un objetivo material concreto, su inclusión como solución a alcanzar con las normas referidas parece acertada. Y como quiera que el interés del menor, como sabemos, es un concepto amplio es necesario delimitar su contenido también con criterios de valoración diferentes o concretos efectos jurídicos. Además, la premisa imprescindible de la que las normas de conflicto han de partir es que se ha de optar por un ordenamiento jurídico mediante el que el objetivo buscado se alcance con la formulación de la norma. Por eso, el objetivo no puede estar sin concretar. De ahí que la existencia de coincidencia en la política legislativa de los diversos Estados es indispensable para el acuerdo sobre el resultado perseguido. Y la verdad es que si se usan conceptos generales la ratificación de textos internacionales con conceptos de esta índole resultaría mucho menos compleja, haciendo su interpretación que la autoridad estuviera autorizada para identificar con concepciones internas su contenido. Opuestamente, con la dotación al interés del menor de un contenido nítido es probable la dificultad de la discrepancia sobre la persona a proteger o sobre el resultado, haciendo que sea menos ratificado el texto convencional. Junto a lo anterior, la previsión como resultado del interés del menor supone que sea un resultado abstracto el punto de partida de la norma teniendo como consecuencia la falta de previsibilidad sobre el objetivo. Así, con la previsión del interés del menor como criterio para elegir el derecho que se ha de aplicar no quedan asegurados ninguno de los dos sentidos. Con todo, se concluye que es deseable que los conceptos de las normas de conflicto orientadas según la materia tengan relación directa con los resultados. Ello supone un consenso que no obliga a olvidarse de las convicciones que existen en el interior. Eso sí, puede ser que más tarde, para interpretar el objetivo, el interés del menor sea utilizado. [Véase: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp.

cuestiones imprecisas la razón de ser de no pocas de las tareas que dentro del razonamiento jurídico se desarrollan. De modo que dicha indeterminación no puede afectar negativamente al procedimiento de decisión para evitar que se desperdicie una buena oportunidad de adoptar decisiones satisfactorias para los menores.

En segundo lugar, a lo anterior debemos añadir que gracias a las diversas fuentes jurídicas podemos contar con marcos y puntos de partida en los que se desarrollan debates razonados, lo cual no es baladí puesto que contribuyen a que el interés superior quede delimitado. Así, como hemos dicho, es indiferente el hecho de que no haga referencia a resultados concretos en la gran parte de los casos<sup>277</sup>. En este sentido, se ha de subrayar que el interés superior, además de implicar que sea necesario atender el punto de vista del niño, da lugar al surgimiento de posibilidades reales tanto para poder valorar los efectos que sobre los niños concretos despliegan las normas sociales como para que los conflictos sean resueltos de una manera creativa como es la de ir más allá de las referidas normas<sup>278</sup>.

En tercer lugar, para evitar cualquier confusión, conviene dejar claro qué no ha de entenderse incardinado en el concepto de interés superior del menor o qué no supone. Así, en la actualidad dicho concepto es totalmente lo contrario de lo que ha sido en los siglos anteriores donde los niños eran considerados como instrumentos para promover los intereses ajenos o como posesiones de carácter personal que se enviaban de un lugar a otro siendo indiferentes su bienestar y/o sus sentimientos. Es decir, hoy en día la sociedad ha de vigilar el buen estado de los menores y, en este sentido, el Derecho, pese a no ser la única, es una herramienta de gran valor para alcanzar el objetivo.

En cuarto lugar, gracias a que una parte considerable de la doctrina ha prestado

---

152 y 154-156].

<sup>277</sup> Lo contrario sería preocupante al suponer que de manera ininterrumpida se tuvieran que adaptar a las normas de la comunidad tanto las relaciones por las cuales los menores se ven afectados como sus propios intereses.

<sup>278</sup> Igualmente, tenemos que saber que es la ley la que ordena y supervisa el proceso, así como que el mismo se da en un contexto caracterizado por la presencia de un conjunto de políticas y de intereses que, a pesar que no tienen por qué ser los mismos que los del niño concreto, la preocupación sobre ellos por parte de la ley es totalmente legítima. En definitiva, cabe concluir que la ley tiene que contener una previsión en virtud de la cual se establezca una base defendible para posibilitar, por un lado, la relación de los intereses propios del niño con los otros intereses y, por otro lado, que el modo en que se lleva a cabo quede estructurado. [J. Eekelaar, *supra op. cit.* nota 267, p. 111].

gran atención a unos conflictos concretos como son los que se dan entre padres que jamás han estado unidos o que se han divorciado en relación con los futuros acuerdos de vivienda y cuidado de sus hijos, se ha alertado y realizado las advertencias correspondientes para asegurar una apropiada delimitación del concepto de interés superior del menor y, en consecuencia, evite resultados preocupantes. En este sentido, la implementación de dicho concepto no puede suponer que la adopción de decisiones se basen en el capricho pudiendo imponer el responsable, por mucho que trate disimularlo con datos neutrales o científicos, los valores que más le gusten. Si ello ocurriera sería muy grave al acarrear como consecuencias, por un lado, que ciertas minorías sufran discriminación con la imposición de valores de índole político, religioso o cultural que hay en la sociedad en que viven y a los que no se adecúan y, por otro lado, como varios autores han hecho saber, la producción de un sesgo sistemático que se vuelve contra los padres. Por todo lo dicho, se ha de tener muy claro que la delimitación correcta del concepto de interés superior del menor implica que las consideraciones objetivas no pueden sustituirse en ningún caso por juicios de valor subjetivos. En definitiva, no tolera ningún tipo de arbitrariedad<sup>279</sup>.

En quinto lugar, la delimitación del concepto no es posible si no están garantizadas varias cuestiones como son la ausencia de imprevisibilidad total, la existencia de estímulo en las partes que les acerquen y disminuya el número de recursos a los litigios<sup>280</sup>, la evitación de demoras en los órganos jurisdiccionales y un justo coste económico de los litigantes. A éste último respecto, un buen parámetro que indica que el concepto no está adecuadamente delimitado es una desmedida dependencia de las pruebas periciales donde la parte económicamente más débil pasa a estar en una situación de desventaja debido a que el coste de dichas pruebas suele ser asumido por las partes.

En sexto lugar, junto a la previsión de que la finalidad de la delimitación del concepto de interés superior del menor es la garantía de tanto el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de la CDN como del desarrollo integral del niño, otra gran ventaja que alberga la mencionada Observación General nº 14 es que explica que la

---

<sup>279</sup> Para una explicación muy buena sobre lo que hemos expuesto sobre las consideraciones adicionales expresadas en los dos últimos párrafos, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 35–37.

<sup>280</sup> Consúltense: R. Mnookin, *supra op. cit.* nota 223, p. 262.

evaluación ha de realizarse a través de un procedimiento formal que sea objetivo, transparente y con garantías procesales respetuosas con las circunstancias de los menores. Y aunque el Comité no previó que lo dicho se tuviera en cuenta estrictamente cuando los padres, tutores y otras personas tomaran decisiones cotidianas, no supone que dichas decisiones puedan ser una excepción a la obligación de respetar y reflejar el interés superior.

Por último, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU explicó en qué consistían las mentadas garantías procesales que han de estar presentes en una verdadera delimitación del concepto de interés superior del menor. Así, han de estar asegurados los derechos de participación del niño; los hechos han de determinarlos profesionales que tienen la capacidad adecuada; los procesos han de posibilitar la observancia de la percepción del tiempo de un niño y no la del adulto; han de ser profesionales cualificados los que desarrollen la evaluación formal (y, preferiblemente, con la participación de un equipo que sea multidisciplinar); el niño ha de tener un representante legal, así como un tutor o representante de las opiniones cuando se esté adoptando una decisión legal o administrativa; el razonamiento de todas y cada una de las decisiones que afecten al menor ha de serle explicado satisfactoriamente; ha de existir la posibilidad de que todas las decisiones puedan revisarse o ser objeto de recurso; y se ha de ofrecer una evaluación de las repercusiones en los derechos del niño por parte de todas las políticas, leyes, reglamentos, presupuestos u otras decisiones administrativas propuestas<sup>281</sup>.

Pues bien, con todo lo expuesto se ha logrado delimitar el concepto de interés superior del menor para que su correcta implementación de lugar a los efectos tan beneficiosos que los menores merecen.

### **1. 3. LA APRECIACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

Si bien en el apartado anterior hemos realizado la labor crucial de delimitar el concepto de interés superior del menor permitiéndonos concretar la indeterminación que

---

<sup>281</sup> Para consultar estas consideraciones finales expuestas en los 2 párrafos que cierran este punto, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 38 y 39.



le acompaña de la manera que es satisfactoria, aún no hemos terminado sino que nos queda una cuestión fundamental para que los menores estén protegidos. En efecto, como quiera que extrapolar dicho concepto a la práctica o a la vida no resulta nada sencillo, debemos conocer muy bien como apreciar o valorar correctamente el mentado interés. A continuación lo exponemos en varios puntos.

### **1. 3. 1. Una breve advertencia sobre la apreciación del interés superior del menor desde la perspectiva de los adultos**

En este punto se quiere subrayar la importancia que alberga la perspectiva desde la que es apreciado o valorado el interés superior del menor. Más concretamente, la razón de ser de este punto es indicar que se ha de tener la diligencia necesaria para evitar que predomine la perspectiva de los adultos, la cual es la que es habitual que adopte la autoridad judicial sin tener en cuenta ninguna más. La razón, como han puesto de manifiesto los grandes reproches que ha recibido referido interés hasta ahora, es que con dicha perspectiva lo más seguro es que se tengan en cuenta las motivaciones de los adultos y no las del menor, bajo lo cual subyace la idea de que el menor es un adulto en formación y, por ende, incapaz de adoptar las decisiones que guíen su vida y necesitado de protección<sup>282</sup>. Además, solo en los casos más satisfactorios los adultos adoptarán sus decisiones pensando en el futuro del menor. Y es que es imprescindible que dichas decisiones sobre el menor estén relacionadas con el mañana, es decir, tienen una naturaleza de pronóstico<sup>283</sup>. Junto a ello, se ha indicado que a esta perspectiva también le acompaña un peligro como es que la decisión que se tome en atención al interés del menor sea la que se adecúe a la cambiante moral de quien la haya tomado. Y la verdad es que en la mayoría de casos dicha moralidad estará constituida por los valores vigentes tanto en una época concreta como en la sociedad en que se vive. Así pues, hay un gran riesgo de que aquellos menores y adultos que son minoritarios por poseer otros

---

<sup>282</sup> Evidentemente, otra parte de la doctrina piensa de muy distinta manera al entender que la infancia es una etapa que prepara la edad adulta, así como un lapso de tiempo de la vida humana en que el menor tiene que participar activa, responsable y autónomamente [Véase A. C. Dailey y L. A. Rosenbury, *supra op. cit.* nota 225, pp. 1448–1537].

<sup>283</sup> De este modo lo explicó muy bien: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, p. 88. Y, como suele ser habitual, también hay otros autores que corroboran esta opinión. En efecto, es el caso de B. Verdera Izquierdo, para quien atender a los menores solo como menores encierra una gran peligrosidad [Véase B. Verdera Izquierdo, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 241].

valores diferentes sufran discriminación<sup>284</sup>. En suma, esta perspectiva no es nada adecuada para apreciar el interés superior del menor.

Por todo ello, se extrae la conclusión de que para apreciar o valorar el mentado interés no se ha de adoptar la referida perspectiva de los adultos y, por lo tanto, debemos reiterar que se ha de adoptar, aunque plantee problemas de no fácil solución, la perspectiva del niño que ya hemos expuesto. Por eso, ahora basta recordar, por un lado, que los menores son titulares de derechos como menores y, además, tienen la posibilidad de ejercerlos también como menores, pero no como adultos. Y, por otro lado, que el interés superior del menor ha de ser evaluado junto a otros intereses igualmente relevantes, lo cual hace que los menores participen adecuadamente en la resolución de los conflictos en que están involucrados.

### **1. 3. 2. La autonomía y el discernimiento de los menores**

Igualmente, dilucidar correctamente el alcance de la autonomía de los menores en la adopción de las decisiones que les van a afectar es fundamental para que el interés superior del menor sea apreciado adecuadamente.

Y la verdad es que tampoco es una cuestión sencilla debido a que se ha de realizar correctamente para que resulten complementarios el mejor interés del menor con su voluntad. En caso contrario, es previsible un choque entre ambas cuestiones (que en la CDN se manifestaría en la colisión de su artículo 3.1 con el 12 que reconoce el derecho del niño a expresar su opinión y a que se tenga en cuenta). Es decir, no cabe duda alguna de que es una de las cuestiones más enrevesadas a que tienen que enfrentarse tanto la doctrina como la práctica y, por ello, se ha de tener en cuenta por entero para no cometer ningún error que en la actualidad, debido a que se ha aceptado la concepción de autonomía como el derecho que posee toda persona a elegir su vida como desee<sup>285</sup>, está consolidada la idea de que está justificado restringir la autonomía de los menores por su

---

<sup>284</sup> Para este primer punto, véase: M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, p. 29.

<sup>285</sup> Consúltese J. Herring, *Family Law*, 9th. Ed., Pearson, 2019, p. 487; M. C. Gete-Alonso Calera, «Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2005; y M. A. Parra Lucán, «Minoría de edad», en M. C. Gete-Alonso (Dir.) y J. Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, t. I, 2013, pp. 588 y ss.

corta edad y cuando es necesario para maximizarla para cuando sean adultos. En este sentido, para aclarar plenamente esta cuestión conviene mucho traer a colación las reflexiones de B. Verdera Izquierdo para quien la autonomía del menor es algo instrumental, una forma para aprender y, por lo tanto, las decisiones que tome el menor no pueden atentar ni a sus intereses ni a su proyección hacia el futuro debido a que es una persona en su etapa de formación<sup>286</sup>. A ello debemos añadir que precisamente esta perspectiva es la que autoriza que los menores tengan la obligación de asistir al colegio, con independencia de que lo deseen o no, hasta una edad concreta.

Asimismo, en lo que acabamos de exponer es esencial atender al nivel de desarrollo psicológico, de madurez y de competencia del menor. Así, tanto el legislador como la autoridad judicial competente<sup>287</sup> han de tener presente el desarrollo progresivo del menor y su nivel de madurez, es decir, discernimiento, capacidad natural, competencia para poder otorgar a la voluntad del menor la importancia que realmente tiene<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> B. Verdera Izquierdo, *supra op. cit.* nota 283, pp. 282 y 283.

<sup>287</sup> En cuanto a la repercusión del interés del menor en el control de la competencia, en los Convenios de la Conferencia de La Haya que hemos citado se prevé de forma parecida las condiciones habituales para el reconocimiento de las decisiones extranjeras. Ahora bien, una singularidad de estos Convenios es que el interés del menor influye en los requisitos para que una decisión sea efectiva. Es decir, para ser reconocida la decisión la competencia ha de verificarse. En otras palabras, el hecho de que las autoridades se fundamenten en el interés del menor para atribuirse la competencia judicial internacional conduce a que se tengan que estudiar los efectos que dicho principio desplegará cuando la autoridad del Estado requerido compruebe la competencia de aquellas autoridades. En relación con el Convenio sobre protección de menores de 1961, al ser el citado interés el criterio decisivo para atribuir la competencia, la clave se encuentra en la postura que para comprobar que se adquirió de manera correcta la competencia han asumido las autoridades a quienes se ha solicitado la eficacia extraterritorial de la decisión. Por lo mismo, el reconocimiento no puede ser rechazado basándose en que es distinta la interpretación que del interés del menor han hecho la autoridad que adoptó la decisión y la autoridad a quien el reconocimiento ha sido pedido. Asimismo, es al hecho de que el menor vea amenazado gravemente su interés por un peligro a que está sometida la competencia de las autoridades de la residencia habitual en el caso de que las medidas de las autoridades de la nacionalidad sean insuficientes. Es por ello que solo se analiza si las autoridades de la residencia habitual se atribuyeron la competencia tras respetar el interés del menor poniéndolo en relación con un grave peligro cuando se quiere comprobar que dicha competencia es correcta. Por su parte, el Convenio sobre protección de menores de 1996 mejoró la regulación eliminando las dudas sobre el reconocimiento de las decisiones de las autoridades del foro del menor. Destaca su artículo 25 por haber superado la complejidad que el reconocimiento entrañaba cuando la competencia era comprobada. Ahora bien, el reconocimiento se puede ver afectado por las características de la atribución de la competencia fundamentada en el interés del menor. Así, el reconocimiento del órgano jurisdiccional de la decisión emitida en el extranjero tendría que ser más sencillo, y no el doble examen donde la autoridad que contaba con competencia y la que después la ha adquirido han de valorar el interés. Para terminar, la autoridad a quien la eficacia extraterritorial de la medida ha sido solicitada no puede reexaminar el fondo de la decisión, sino que solo ha de verificar que el interés del menor se tuvo en consideración por la autoridad que obtuvo la competencia. [Para más información: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 231–238].

<sup>288</sup> Para M. P. García Rubio el mejor ejemplo son las reglas sobre las decisiones concernientes a la salud donde se reconoce a los menores a decidir por sí mismos en el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo

Para terminar, conviene subrayar que no se puede olvidar para que el alcance de la autonomía del menor sea plena y satisfactoriamente observado que, si no todos, la mayoría de las personas, al ser plenamente conscientes de que es meridiano que toda persona adquiere madurez de una manera lenta y progresiva, tienen la certeza total de que es formalista y artificial la fijación de límites de índole temporal que posibilitan un entero quebrantamiento entre lo que una persona puede hacer o no antes de una muy concreta edad<sup>289</sup>. En relación con ello, en la doctrina se encuentran reflexiones interesantes acerca del discernimiento de los menores. Es el caso de L. Lenti que, primero, advirtió que es habitual que una gran parte de la justicia indicara que la atención se había desplazado del interés del menor a sus Derechos fundamentales, considerándose como un avance porque al asignar derecho al menor se le reconocía su personalidad y se abandonaba una actitud paternalista. Y, tras ello, subrayó el desacuerdo por no atisbar la relación entre, por un lado, ser titular de un derecho y la autodeterminación y, por otro lado, la propiedad de un interés y la “heterodeterminación”. Lo dicho fue completado agregando que en los últimos años la legislación más importante y muchas decisiones jurisdiccionales se habían ocupado de los derechos de los menores. Pues bien, es aquí donde resulta clave el hecho de que el menor en cuestión cuente con discernimiento o no. Al respecto, L. Lenti expresó que en los últimos años ha sido a menores con capacidad de discernimiento a quienes se ha hecho referencia por parte de los discursos sobre sus derechos. Ahora bien, por ser la referencia de dichos discursos muy general, se derivaban varias confusiones. Y argumentó que el reconocimiento expreso de los derechos de los menores no tiene por qué conllevar poder hacerlos valer personalmente, y, viceversa, la carencia de dicha facultad no consideró que fuera incompatible con la titularidad del Derecho

---

de 4 de abril de 1997 sobre los Derechos Humanos y la biomedicina (BOE nº 251, de 20 de octubre de 1999) y en los artículos 3.c) y 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº 274, de 15 de noviembre de 2002). Y agregó que tan cierto es que para casi todos no pueden tomar decisiones los niños recién nacidos o que son muy pequeños sobre cuestiones importantes que les afectan por la incapacidad para entender y querer, como que el mismo acuerdo existe sobre prestar atención a la voluntad y los deseos del niño o a la que habría sido su voluntad. Ahora bien, también advirtió la existencia de casos muy complejos, cuyas soluciones también lo son. Piénsese en el menor que casi tiene la edad para decidir no seguir un tratamiento médico poniendo en peligro su vida (recuérdese la STC 154/2002, de 18 de julio, en la cual un menor de 13 años de edad se negó a realizar el tratamiento médico por ser Testigo de Jehová y, en consecuencia, falleció. [M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, p. 32].

<sup>289</sup> Para una exposición más detallada, consultar: *Ibidem*, pp. 31 y 32.

fundamental<sup>290</sup>. En definitiva, una vez más queda muy claro que es ineludible realizar un análisis pormenorizado de cada caso.

### **1. 3. 3. La trascendencia de la circunstancia concreta en la que se encuentra cada menor**

Resulta trascendental saber que para que el interés del menor sea apreciado y aplicado correctamente no nos podemos desentender de la circunstancia concreta en que se encuentra el menor sino que ha de ser considerada adecuadamente. Para ello, no se le puede privar a dicho interés de la satisfactoria flexibilidad que le es intrínseca y que es exigida por las circunstancias tan variadas como complejas en que las vidas de los niños se desarrollan<sup>291</sup>.

En este sentido, es imprescindible conocer que otra de las críticas que nada extraña y que más sufren los órganos jurisdiccionales en su aplicación del interés

---

<sup>290</sup> L. Lenti continuó sus reflexiones expresando que estimaba razonable el hecho de que un menor tuviera derecho a no verse apartado en relación con las decisiones que se han de adoptar sobre el ejercicio de sus derechos y, por lo tanto, a que su punto de vista fuera valorado adecuadamente y en proporción con la edad y la madurez. Para lo cual es imprescindible que dicho menor tenga capacidad de discernimiento, es decir, que tenga un sentido psicológico aceptable y pueda valorar la circunstancia en que está, la trascendencia de la decisión que se va a tomar, los intereses y valores que se debaten y todas las consecuencias que pueden devenir. A este respecto, también citó como modelo el mencionado Convenio de Oviedo de 1997. Por todo ello concluyó que se observa el principio básico en el interés del menor de que el derecho a interpretar o identificar el contenido de dicho interés, la solución para el caso concreto, es de titularidad del menor siempre que pueda discernir. Y explica que si no es así, corresponde a los familiares adultos con responsabilidad o a las autoridades públicas competentes la potestad de interpretación para alcanzar una decisión adecuada. Como colofón, también compartía la opinión de que no es sencillo determinar si un menor tiene o no capacidad de discernimiento debido a que es un lento proceso y personal de cada menor. De ahí que la inestabilidad caracterice al equilibrio entre el respeto a la autodeterminación del niño y el poder de decisión de los adultos. [L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 98–100].

<sup>291</sup> La importancia de la flexibilidad del interés superior es tan decisiva que se puede afirmar que probablemente es su mayor ventaja debido a que se puede aplicar el interés en las muy numerosas y diversas circunstancias en que los niños se encuentran. Y por eso es muy importante para las decisiones sobre las familias, las cuales poseen una naturaleza tan diversa como compleja. Pero no se restringe a dicho ámbito puesto que también se puede utilizar en las decisiones de otros ámbitos como, por ejemplo, el educativo, el sanitario y cualquier otro como en nuestro caso el deportivo. Y se ha de subrayar que la flexibilidad no solo también posibilita que los factores culturales y sociales, decisivos en la situación concreta, queden acomodados, sino que igualmente crea un grado de adaptabilidad para con las costumbres sociales cambiantes. Y conviene apuntar que, con gran frecuencia, los hijos de padres que no tenían relaciones consideradas tradicionales eran precisamente los beneficiarios de la adaptabilidad. No obstante, se ha de tener cuidado porque si no se utiliza correctamente la ventaja que es la flexibilidad en bastantes ocasiones puede convertirse en una debilidad al no resultar clara la determinación de lo que es mejor o menos perjudicial para un niño y, en consecuencia, pueden padecerse defectos dañosos para los menores. [Para todo lo expuesto acerca de la flexibilidad, véase: E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 22 y 36].

superior del menor es precisamente la impropiedad de aplicar unos baremos generales que son válidos para todos y cada uno de los menores, en detrimento de buscar el interés concreto de cada menor, el circunstancial propio del “aquí y ahora”<sup>292</sup>. Precisamente éste último supone, como bien ha indicado A. Fernández Pérez, que al concepto de interés del menor pertenecen en todo caso las características de la mentada flexibilidad y de la adaptabilidad y, en consecuencia, ha de determinarse individualmente en atención a la circunstancia completa y concreta del menor en cuestión, es decir, respetando su situación, el contexto y las necesidades personales<sup>293</sup>. En este sentido, conviene mucho remarcar que siempre se ha de respetar la realidad si lo que no se quiere es sufrir muy graves consecuencias. En esta cuestión, se debe tener siempre presente que el interés es diferente en cada menor, es decir, que tiene una relación directa con la situación concreta. Por eso, mismo también es fundamental que seamos muy conscientes de que dicho interés varía a lo largo del tiempo<sup>294</sup>, incluso en relación con cada menor en

---

<sup>292</sup> Para completarlo, agregamos unas reflexiones sobre el interés del menor ante las críticas que las normas de conflicto orientadas materialmente han recibido. Con dichas normas se pretende alcanzar un resultado concreto. En este sentido, resulta muy beneficioso proyectar las críticas sobre las normas que prevén el interés del menor para saber cómo se puede defender. Así, es decisivo atender a la cristalización de las concepciones internas por la razón de la extrapolación al ámbito internacional de concepciones propias del Derecho interno de los Estados por parte de las mentadas normas de conflicto. Con ello existen posibilidades reales de que surja un sistema no anquilosado que imposibilita la armonía internacional de soluciones. Concluimos con lo más importante de esta nota como es que no se puede ignorar ninguna particularidad de la cláusula del interés del menor si se quiere que continúe la codificación internacional. En suma, para que conserve su sentido es imprescindible que se interprete y adquiera contenido en cada preciso momento y teniendo presentes todas las circunstancias propias que hacen que su significado quede identificado. [Para más información: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 156 y 157].

<sup>293</sup> A. Fernández Pérez, *supra op. cit.* nota 212, pp. 133 y 134.

<sup>294</sup> En este sentido, consideramos muy oportuno y beneficioso recordar que M. Herranz Ballesteros, al analizar la doctrina sobre el concepto de interés del menor, observó que es precisamente su relativismo uno de sus rasgos más propios. En otras palabras, como quiera que afecta directa y diversamente a los fenómenos que forman la realidad del menor, la relación que dicho interés tiene con el contexto en que se desarrolla hace que el concepto se desarrolle conforme pasa el tiempo y dentro del espacio en que es analizado. Y profundizó su explicación indicando que el interés del menor ha progresado en extensos tramos de tiempo y en espacios donde han sido notables los cambios sociales. Es decir, queda claro la variabilidad temporal del concepto. Pero no podemos olvidar que el mismo sigue refiriéndose al momento en que es interpretado. Y como tiene la misma importancia, junto al tiempo como factor que es determinante en la delimitación del contenido del interés, hay otro factor que es el espacio en que se analiza. La razón del relativismo espacial es que está integrado en culturas diferentes sin las mismas instituciones jurídicas de protección.

Para terminar la nota, también es muy interesante lo que explicó sobre la circunstancia concreta que estamos analizando. En efecto, cuando se interpreta el interés del menor, su contenido ha de ponerse en relación con las precisas circunstancias en que se encuentran las personas que en la relación jurídica concurren. Pero también es imprescindible que el interés del menor se proyecte hacia el futuro para delimitar su concepto. Como consecuencia, se origina la cuestión de dilucidar si el mentado interés es un concepto indivisible o es divisible en varios aspectos y que ha de evaluar la persona que tenga que estimar qué es lo que favorece al menor. En concreto, si se pueden considerar separadamente el interés moral y el material. Según la autora, el concepto ha de alcanzar satisfactoriamente ambos aspectos para lograr un equilibrio apropiado sin que el segundo tenga más valor. [Para lo expuesto en esta nota, así como para un

cuestión. A buen seguro que a ello se debe el que V. Scalisi haya considerado que no se puede determinar el interés del menor en un primer momento sino a lo largo del tiempo por ser posible valorar el caso que concurre<sup>295</sup>.

En definitiva, debemos concluir que no es aceptable por su inconveniencia fijar unos criterios de carácter general a los cuales se ha de ajustar de modo extremo el operador jurídico encargado de buscar la mejor protección para cada menor. Y es que dichos criterios no conllevan el beneficio de que se elimina toda ambigüedad sobre el concepto de interés superior ayudando así a concretar el de cada menor, sino que, como hemos visto, se trata de todo lo contrario. En efecto, la citada Observación General n° 14 de 2013 expresa que dichos criterios sólo pueden servir como orientación y, por ello, tienen que desprenderse de toda exhaustividad, así como caracterizarse por la flexibilidad para que se pueda ponderar toda la circunstancia en que se encuentra el menor en cuestión y sobre el que se va a adoptar una decisión<sup>296</sup>.

### **1. 3. 4. Sobre la función y el alcance del interés superior del menor**

Damos fin a toda esta primera parte del **Capítulo II** exponiendo lo concerniente a la función apropiada y al alcance que se ha de derivar de una apreciación correcta del interés superior del menor.

Así, comenzamos indicando que dicha función es central dentro de todo el sistema de protección del menor por la razón de que ofrece una orientación, es decir, prescribe una dirección determinada. En efecto, la importancia de la función del interés superior del menor consiste en asegurar la mayor estabilidad posible de la existencia y situación emocional del menor, lo cual no se ha de olvidar nunca si lo que se quiere es tanto asegurar los beneficios como soslayar los perjuicios de los menores<sup>297</sup>. De ahí que funcione como una suerte de llave de paso que proporciona una base objetiva a toda decisión dotándola con una motivación que erradica los nocivos efectos que pudieran

---

análisis algo más exhaustivo, consúltese: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 52–54].

<sup>295</sup> V. Scalisi, *supra op. cit.* nota 212, p. 413.

Ver también A. C. Dailey y L. A. Rosenbury, *supra op. cit.* nota 225, p. 1478.

<sup>296</sup> M. P. García Rubio, *supra op. cit.* nota 212, p. 33.

<sup>297</sup> Lo dicho no es nada nuevo, sino que es una idea que sobrevive a lo largo de los cambios en el tiempo, además de contar con el respaldo de instituciones judiciales tan relevantes como el TEDH.

surgir de la indeterminación<sup>298</sup>.

Asimismo, se ha de tener en cuenta que la función del interés superior del menor no se puede desentender por entero de lo que en otro tipo de circunstancias diferentes de las personales de cada menor como son las históricas, culturales y geográficas se considera lo más óptimo para los menores<sup>299</sup>. En este sentido, para que hoy en día la función del interés del menor no se vea mermada, se ha de advertir que, debido a que es un cambio continuo, en las dos o tres últimas décadas ha vuelto a cambiar el interés superior del menor respecto a la gran parte de casos en que ha de considerarse. En efecto, las referidas indicaciones de índole abstracta y general han desaparecido y han ocupado su lugar indicaciones específicas que se ajustan a cada caso particular<sup>300</sup>.

En definitiva, con lo expuesto sabemos que el interés del menor tiene una función muy concreta, así como que es imprescindible que exista para que todo menor se vea protegido y beneficiado como más le conviene en todos los sentidos. Asimismo, con la exposición de los apartados anteriores somos conscientes de que dicha función se ve amenazada por no pocos peligros, pero igualmente se ha aprendido cómo evitarlos o subsanarlos viéndose el interés de los menores garantizado plenamente.

Para finalizar, en cuanto al alcance del interés superior del menor, conviene

---

<sup>298</sup> Así, la verdad es que el interés del menor ha sido concebido como un límite que la comunidad internacional ha autoimpuesto. En otras palabras, la promulgación de la CDN de 1989 que agregó al razonamiento jurídico el citado interés supuso que un estándar fundamental se consagrara, lo cual, al respetarse, hace que la cláusula de orden público despliegue sus efectos y que también se deban tener en cuenta otros valores, otros principios, otras opciones de política jurídica, etc.. [M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, p. 182].

<sup>299</sup> Pero para que la función del interés superior no se menoscabe también hay que saber que pueden cambiar las circunstancias estudiadas con las que se adoptaron las medidas para proteger al menor, lo cual implicaría la modificación de dichas medidas. Y ello no es baladí por ser decisivo también, por ejemplo, a la hora de reconocer una decisión extranjera. En efecto, el reconocimiento no puede darse si las circunstancias realmente no han cambiado. En idéntico sentido, la adopción de otras medidas de protección no encontrará justificación por la mera desigualdad en la apreciación de dicho interés. Así, la complejidad está en saber diferenciar, por un lado, una variación de las circunstancias haciendo que la situación del menor sea verdaderamente otra y, por otro lado, una divergencia en la apreciación. En este sentido, conviene apuntar que la proximidad de la autoridad que ha adoptado la decisión que se quiere reconocer para modificar la que existe puede ser un criterio que contribuya a no confundir los auténticos motivos reales. La razón es que es de la indicada autoridad más próxima de quien más se espera que valore la situación mejor y para adoptar una nueva decisión. [La presente nota, así como una exposición más profunda en: M. Herranz Ballesteros, *supra op. cit.* nota 198, pp. 241–243].

Para más información, consúltese: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, p. 106.

<sup>300</sup> En relación con todos los cambios producidos a partir de mediados del siglo pasado, consúltese: L. Lenti, *supra op. cit.* nota 200, pp. 107–109.



mucho cerrar esta primera parte del **Capítulo II**, por un lado, reiterando que, en relación con nuestro objeto de estudio, se ha de tener siempre presente que el concepto de interés del menor alcanza a muchos más conflictos que solo los de Derecho de familia. Como sabemos, el párrafo 19 de la muy citada Observación general nº 14 de 2013 del indicado Comité sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) indica que en ningún conflicto con menores puede excluirse el uso como consideración primordial del interés superior del menor<sup>301</sup>. Es decir, se aplica en todos y cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico entero. Y, por otro lado, subrayando que, como consecuencia de lo dicho, también alcanza al deporte sin que a ello nada afecte su especificidad. Antes al contrario, por los valiosos valores que alberga el deporte se ha de respetar el interés de todo menor; otra cosa sería incoherente y atentaría gravemente los mentados valores. En fin, no hay ninguna excepción que justifique prescindir de tan crucial concepto. Dicho esto, ahora podemos comenzar la otra parte de que consta el **Capítulo II** y que es la pieza fundamental de todo el estudio de la Tesis Doctoral.

## **2. LA REALIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DEPORTE Y LA MEJOR REGULACIÓN POSIBLE DE SU PROTECCIÓN Y RESARCIMIENTO**

Conocer muy bien en qué consiste el interés superior del menor es fundamental e imprescindible para lograr el objetivo del presente estudio consistente en reparar, sancionar y prevenir mediante la responsabilidad civil extracontractual a todos los menores que sufran daños por haberles sido conculcados varios Derechos fundamentales al ser víctimas de algunas de las conductas más graves que se perpetran cuando practican deporte.

En efecto, al saber qué valor o lugar ocupa en la ponderación de diversas cuestiones el interés superior del menor se puede apreciar correctamente la gravedad de

---

<sup>301</sup> Por todo lo que se ha dicho, ver el texto completo en (consultado el día 24 de febrero de 2022): [https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990\\_d\\_CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf)

Para completar lo indicado, E. E. Sutherland manifestó que el artículo 3.1 se aplica a todos los menores de 18 años sin excepción. Y es que cualquier medida estatal les afecta. Con otras palabras, el artículo 3 se aplica en todas las decisiones que se adopten en estas situaciones, siendo indiferente si afectan de manera inmediata o mediata. [E. E. Sutherland, *supra op. cit.* nota 203, pp. 32 y 33].

las mentadas conductas, de los daños y lo trascendentales que son los Derechos fundamentales de los menores. Esto es, gracias a la delimitación de tan relevante concepto ni va a ser insuficiente la atención a los menores haciendo que el objetivo quede sin cumplir, ni se va a incurrir en un exceso o exageración cumpliendo el objetivo cuando en realidad no corresponde.

De este modo, este segundo punto del presente crucial **Capítulo II** se va a comenzar exponiendo la vigente regulación de la responsabilidad civil extracontractual, donde destaca el Reglamento Roma II<sup>302</sup>, y el artículo 10.9 CC. De este modo sabremos qué previsiones concretas resultan de aplicación a los menores deportistas. Pero, claro está, aún no sabemos a qué situaciones se han de aplicar y, por ello, la exposición continúa describiendo, por un lado, algunas de las conductas más graves que dichos menores padecen. En efecto, adelantamos que son las que se dan al practicar deporte, el delito de trata, los delitos de índole sexual, la violencia física y la difamación. Y, por otro lado, se exponen los daños, es decir, qué Derechos fundamentales son los que en cada caso se infringen.

Solo así podemos realizar el análisis de si la legislación en vigor es satisfactoria para alcanzar el objetivo indicado. Y aquí es precisamente donde el concepto del interés superior es decisivo puesto que si se implementa correctamente nunca llevaría a la aplicación de leyes que perjudican al menor, sino a las que mejor le protegen. En otras palabras, la cuestión decisiva es si la persona competente a la hora de adoptar una decisión ha teniendo en cuenta correctamente, es decir, la dilucidación que hemos hecho, el interés superior del menor. En este sentido, se ha de tener muy en cuenta la flexibilidad propia de dicho interés que le hace capaz de adaptarse a múltiples circunstancias. Así pues, se remarcarán los casos en que dicha legislación es defectuosa por perjudicar a los menores y se propondrán las medidas ideadas fundamentadas en el interés superior para subsanarlos y, en consecuencia, los Derechos fundamentales del menor se respeten e implementen en la práctica cotidiana del deporte por los menores haciendo realidad su idiosincrasia que es la de ser un factor imprescindible en el desarrollo humano y en la aprehensión de los tan importantes valores que alberga extendiéndolos no solo al deporte sino a toda la vida. De este modo, además de que los

---

<sup>302</sup> Recordamos su publicación en: DOUE nº L 199/40, de 31 de julio de 2007, pp. 40 a 49.

menores disfrutarán, no pudiéndose aceptar otra posibilidad, de una infancia feliz y saludable, también crecerán hasta convertirse en personas adultas morales.

## **2. 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

### **2. 1. 1. Regulación actual**

Resulta imprescindible analizar el régimen actual de responsabilidad civil extracontractual para saber si, por un lado, desde el punto de vista material cumple su función respecto a nuestro objeto de estudio, es decir, si en la realidad los menores están protegidos ante los posibles daños que puedan sufrir cuando practican deporte y que dan lugar a responsabilidad civil extracontractual, es decir, si, en caso de sufrirlos, dichos menores se ven reparados y en adelante prevenidos, y los responsables de los daños sancionados<sup>303</sup>. Por otro lado, también debemos tener en cuenta el punto de vista procesal y, en consecuencia, debemos comprobar si dicho régimen responde satisfactoriamente a la seguridad, proximidad y previsibilidad de las partes respecto a la ley aplicable. Dicho con otras palabras para despejar toda duda, con estos casos ocurre lo mismo que cuando se interpone una demanda contra una empresa por responsabilidad civil extracontractual, la cual no tiene la meta de que dicha empresa sea castigada sino la de reparar los daños que la misma ha causado a las víctimas, así como para que a partir de entonces exista una prevención adecuada que garantice que no vuelva a ocurrir. Pues bien, precisamente este es el objetivo de las próximas páginas.

#### **A. El Reglamento Roma II**

En España, en primer lugar destaca el Reglamento Roma II. El mismo se

---

<sup>303</sup> Para no confundir en ningún caso los ilícitos civiles con los ilícitos penales, conviene insistir en que lo que hoy en día se pretende lograr con las normas sobre responsabilidad civil es sobre todo la referida función reparadora o indemnizadora, es decir, no una función penalizadora o culpabilizadora del autor. Dicho de otra manera, mientras que en el Derecho penal se trata de aplicar normas con la finalidad de reprimir y castigar todas aquellas conductas que no se pueden admitir, en cambio, las normas sobre responsabilidad civil tienen el objetivo de que el daño causado sea reparado. De lo dicho se infiere que el Derecho penal castiga conductas por la razón de que las mismas en sí son rechazables por la sociedad, mientras que las normas sobre responsabilidad civil no atienden al hecho de si un sujeto ha realizado una u otra conducta sino que solo entran en juego en el caso de que se produzca al menos un daño. [Véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares S. L., Vol. II, 2016, p. 133].

caracteriza por prever, para toda Europa, un régimen sobre la ley aplicable que es uniforme por lo que atañe a la responsabilidad por daños, los cuasi-contratos y la *culpa in contrahendo*. Asimismo, también conviene mucho tener en cuenta que dicho Reglamento tiene las mismas cualidades jurídicas que los demás reglamentos europeos, es decir, es general su alcance, todos sus elementos resultan obligatorios y al no ser necesaria transposición alguna todos los Estados miembros (salvo Dinamarca al no estar allí en vigor) lo pueden aplicar de manera directa. Y no es nada baladí el hecho de que el TJUE tenga competencia interpretativa, aunque, eso sí, limitada por las condiciones que exige el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)<sup>304</sup>.

#### *i. Su ámbito de aplicación*

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación, debemos comenzar atendiendo a su ámbito material. Así, lo primero de todo es advertir que es autónomo el concepto de obligaciones extracontractuales, así como que el mismo alberga la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa y la *culpa in contrahendo*. Una vez dicho lo anterior, podemos hacer saber que el Reglamento afecta a todas las obligaciones extracontractuales, salvo las que surgen de las materias que su artículo 1. 2 contempla. Y la verdad es que son varias las cuestiones que se han de explicar sobre este ámbito material. Así, que es tanto en el ámbito civil como en el mercantil donde se aplica, cuya calificación, por lo demás, se realiza autónomamente y teniendo en cuenta la jurisprudencia elaborada por el TJUE sobre otro Reglamento de la UE como es el n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>305</sup> (en adelante Reglamento Bruselas I Bis). En relación con ello, es decisivo el hecho de que es el objeto del litigio lo relevante, y no la naturaleza del órgano jurisdiccional que corresponda. Profundizando en esta cuestión, debemos agregar que el TJUE ha delimitado tanto el concepto de materia civil como el de materia mercantil gracias a su comparación con los actos de soberanía. Es por ello que han quedado excluidos todos aquellos conflictos que surjan entre, en el caso de que el ejercicio del poder público sea la que cause el conflicto, una autoridad pública y un

---

<sup>304</sup> Véase F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 393 y 394.

<sup>305</sup> DOCE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

particular. Para despejar toda duda, el propio Reglamento Roma II prevé que quedan excluidas las cuestiones de índole fiscal, aduanera y administrativa, así como la responsabilidad que corresponda al Estado como consecuencia de tanto acciones como omisiones relacionadas con el ejercicio de su autoridad.

Más concretamente, por lo que atañe al ámbito civil y mercantil, el Reglamento Roma II solo resulta aplicable a los daños extracontractuales, dentro de los cuales, como ya hemos apuntado, se encuentra el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la *culpa in contrahendo*. En este sentido, debemos agregar que cabe extrapolar la definición que de la materia extracontractual ha establecido el TJUE en relación con el citado Reglamento Bruselas I Bis y que es lo opuesto a la materia contractual. En efecto, se trata de cualquier responsabilidad que no tenga su origen en una relación que las partes hayan establecido tras ejercer su libertad o por una de ellas ante la otra. Junto a ello, también es importante saber que dentro del Reglamento Roma II también se encuentran las acciones preventivas y, por ende, la noción de daño alcanza a los que sean inminentes o que puedan sobrevenir, o de exoneración de la responsabilidad.

Pero en el caso de que el Reglamento Roma II solo previera lo que hemos señalado, habría un gran riesgo de que se pudieran entender subsumidas otras cuestiones que son propias de otros sectores. Pues bien, para evitar dicho riesgo el propio Reglamento contempla una lista de materias que quedan excluidas por el ya indicado artículo 1.2. Se trata de las obligaciones vinculadas con las relaciones de familia o parecidas (incluso las alimenticias); con los regímenes matrimoniales o asimilados; con el Derecho de sucesiones; con, en el caso de que tengan su causa en su carácter negociable, las letras de cambio, pagarés, cheques u otros instrumentos negociables; con el Derecho de sociedades para tanto la responsabilidad interna como la responsabilidad externa en el caso de conculcar normas de la sociedad; con daños nucleares; y con los daños que sufre la intimidad y los derechos de la personalidad<sup>306</sup>.

Una vez que conocemos el ámbito material del Reglamento Roma II, es fundamental saber que su carácter es universal, es decir, se aplica incluso en el caso de que sea la ley de un Estado no miembro la que ha sido designada. Y no solo eso, sino

---

<sup>306</sup> F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 394 y 395.

que tampoco es necesario ningún vínculo concreto con la UE, lo cual hace que sea suficiente únicamente la competencia judicial o, con otras palabras, que sea ante el juez de un Estado miembro ante quien se acuda para resolver el conflicto. En este sentido, ninguna importancia tiene que el daño se haya producido dentro o fuera de la UE. Por todas estas razones, dicho Reglamento ha sustituido al artículo 10.9 CC por lo que respecta al ámbito de aplicación material de aquél, lo cual será analizado exhaustivamente en los apartados correspondientes.

La relación con otros textos normativos internacionales es otra cuestión que debemos conocer bien. Así, respecto a otros textos normativos de la UE, el propio Reglamento consagra el principio de *lex specialis*, el cual supone que no se verán afectados los actos que emanen de las instituciones europeas y que tengan por objeto materias concretas que contienen normas de conflicto. Por su parte, en lo concerniente a otros convenios internacionales, una primera diferenciación que fija es la de los que se han promulgado con anterioridad a la elaboración del Reglamento que nos ocupa y los que pueden ser promulgados en el futuro. En cuanto a los primeros, hay otra distinción. Por un lado, en cuanto a los convenios celebrados con terceros Estados han de ser respetados, esto es, han de seguir en vigor. Y, por otro lado, los convenios celebrados solo entre Estados miembros, los cuales sí se ven afectados al quedar desplazados. Por último, en lo concerniente a los convenios futuros, una vez que el Reglamento ha sido promulgado es la UE quien tiene la competencia y, por ende, es ella quien puede celebrar convenios con terceros Estados<sup>307</sup>.

## *ii. La autonomía de la voluntad o regla común*

En otro orden de cosas, por lo que a las reglas de conflicto atañe, la primera de ellas que establece el Reglamento Roma II en su artículo 14.1 es la autonomía de la voluntad, la cual se traduce en que las partes tienen la posibilidad de elegir la ley que se va a aplicar a los daños extracontractuales que puedan surgir en relación con sus relaciones. Junto a ello, conviene mucho precisar que la ley puede ser elegida tanto antes como después del hecho generador del daño, así como que puede ser cualquiera

---

<sup>307</sup> *Ibidem*, pp. 396 y 397.

(bien la de un Estado miembro o la de otro tercero) al ser totalmente indiferente si está o no vinculada con el supuesto concreto. Por lo demás, esta primera regla no solo se ha de observar con los daños extracontractuales, sino también con los cuasi-contratos y con la *culpa in contrahendo*.

Ahora bien, es importante saber que, sin que a ello haya afectado el hecho de que en la práctica se utilice poco, debido a que ha experimentado esta primera regla una gran oposición, el artículo 14 prevé no pocas matizaciones y reservas. En efecto, la referida autonomía conflictual no existe cuando hay un conflicto sobre el Derecho de la competencia y de la propiedad intelectual o industrial, lo cual, cabe precisar, es más que discutible. Asimismo, solo puede ser elegida la ley con anterioridad en el caso de que concurren profesionales, y no trabajadores o consumidores<sup>308</sup>. También apuntamos que la elección puede ser expresa o tácita al deducirse con claridad de los elementos del caso. Eso sí, cuando la elección se realice antes de que se produzca el daño, ha de ser la meta alcanzada tras haber realizado una negociación individualizada y, por ende, pierden la eficacia todas las cláusulas que las condiciones generales de la contratación contienen. La última matización y reserva es que ningún tercero puede verse afectado negativamente por la elección realizada<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> Este punto fue bien precisado por A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. En primer lugar, señalaron que se ha de realizar el correspondiente acuerdo con el que la ley aplicable es elegida una vez que el hecho generador del daño ha tenido lugar. O también, agregaron, puede dicho acuerdo alcanzarse antes del referido hecho generador del daño en el caso de que todas las partes involucradas desarrollen una actividad comercial. En este sentido, para despejar toda posible duda a este respecto, un poco más adelante matizaron, por un lado, el momento en que se ha de elegir la ley cuando los sujetos no son profesionales. En tal caso, en el que basta con que una de las partes no desarrolle una actividad comercial, como por ejemplo un consumidor, un trabajador, un particular, un cliente, etcétera, el acuerdo, como hemos dicho, ha de ser tras haber acontecido el hecho generador del daño siempre. Ahora bien, ello no impide que pueda alcanzarse el acuerdo antes del daño, pues es otra cosa muy distinta. La finalidad de esta previsión es que la parte que tiene un débil poder negociador se vea protegida, es decir, que la elección de la ley sea verdadera y no camufle una imposición de una ley por parte del profesional o comerciante antes de que el hecho generador del daño haya ocurrido. Con ello, la parte que no es profesional identifica cuál es el daño en concreto respecto al que la ley a aplicar se va a elegir. Y, por otro lado, encontramos la otra posibilidad como es la del momento de escoger dicha ley pero cuando las partes sean profesionales. En este otro caso, los referidos autores precisaron, como sabemos, que es totalmente lícito un acuerdo al respecto negociado libremente y alcanzado antes del hecho generador del daño. Y explican que se trata de una previsión liberal, así como que tiene su razón de ser en que así las partes pueden planificar las contingencias de actividad que tienen muchas posibilidades de causar daños y elegir con anterioridad la ley que se aplicará a las consecuencias jurídicas derivadas de sus negativas externalidades económicas. [Para ver todo lo expuesto en la presente nota, así como un buen ejemplo cuando las partes realizan actividades comerciales consúltese: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, pp. 1325–1327].

<sup>309</sup> F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 397 y 398.

### *iii. La regla general*

En el caso de que las partes no hayan elegido ninguna ley para que sea aplicada a las obligaciones extracontractuales, es el propio Reglamento quien, en su caso, la va a determinar bien mediante una regla general o bien mediante varias reglas especiales relativas a unos concretos tipos de daños. En cuanto a la regla general, la misma se aplica de manera subsidiaria, es decir, cuando no existe ninguna regla especial (haremos una breve referencia a todas en el siguiente punto). Igualmente debemos saber que está formada, en primer lugar, por la solución que tradicionalmente ha existido y que consiste en la *lex loci damni* o ley del lugar donde se ha producido el daño. En segundo lugar, por una excepción como es la de la residencia habitual común. Y, por último, se atiende a los vínculos más estrechos para consagrar una cláusula de escape<sup>310</sup>.

En primer lugar, la *lex loci damni* también se aplica subsidiariamente, es decir, cuando el daño no se puede incardinar en ninguna regla especial de los artículos 5 y siguientes, cuando las partes no tengan en otro Estado la residencia habitual común que prevé el artículo 4.2, cuando las partes no hayan optado por la ley de otro Estado tal y como dispone el artículo 14 o, por último, cuando el caso no tenga relaciones estrechas con otro Estado según establece el artículo 4.3. Junto a ello, también debemos saber que el lugar o Estado donde ocurre el daño nada tiene que ver con el Estado donde ha acontecido el evento que da lugar al daño ni con el Estado o Estados donde se padecen las consecuencias. La finalidad de ello es dar solución tanto a los daños a distancia como a los daños indirectos. En cuanto a los daños a distancia, de este modo se asegura que se va a aplicar la ley del Estado donde está el bien jurídicamente protegido, así como que los sujetos internalicen las consecuencias transfronterizas de sus actividades. Y respecto a los daños indirectos, lo que queremos expresar es que la ley material que ha sido identificada alcanza no solo a los daños directos sino también a los derivados. Pero no debemos confundir nunca lo dicho que es la relevancia material de los daños con su relevancia conflictual en virtud de la cual es identificada la ley aplicable. En efecto, solo el lugar donde se produce el impacto directo del daño determina la ley aplicable. Del mismo modo, todo ello supone que cuando una conducta produzca en varios Estados daños directos se tengan que aplicar las leyes de cada uno de ellos

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 399.



distributivamente<sup>311</sup>.

En segundo lugar, si bien la residencia habitual común es un criterio excepcional, puede decirse que la verdad es la contraria, esto es, que en el caso de que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona que ha padecido el daño no tengan una residencia habitual común es cuando se acude a la *lex loci damni* para determinar la ley aplicable. La razón de este segundo criterio y de su prevalencia es que responde más satisfactoriamente a las expectativas de ambas partes. Igualmente, otra precisión importante es que no debemos confundir la persona a quien se exige responsabilidad con el causante del daño, pues éste segundo no es parte. Además, el momento en el que el daño surge es el que se ha de tener en cuenta para determinar la residencia. Por último, resulta fundamental conocer el concepto de residencia habitual, y para ello el Reglamento Roma II sigue la misma línea que otro texto normativo como es el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>312</sup> (en adelante Reglamento Roma I). Esto es, por un lado, respecto a las sociedades y demás personas jurídicas se indica la administración central y, por otro lado, respecto a las personas físicas se indica el centro principal si es actividad profesional<sup>313</sup>.

Para terminar, la razón de la existencia de que el último criterio de la regla general sea la mencionada cláusula de escape es que exista una flexibilidad que, en el caso de que se aprecie en el caso concreto que el daño tiene una relación mayor con otro Estado, el juez pueda descartar tanto la ley de la residencia habitual común como la *lex loci damni*. Es por ello que el objetivo es que entre en juego de manera excepcional, es decir, cuando sea necesario tanto subsanar los posibles defectos que pueda tener el juego de las conexiones como dar solución a la falta de resultados por parte de la *lex loci damni*. Además, podemos atisbar en qué casos esta cláusula ha de ser utilizada debido a que el propio artículo 4.3 menciona una relación previa cualificada como, por ejemplo, un contrato. Ahora bien, no es determinante sino solo un factor que el juez puede valorar o, lo que es igual, que éste tiene un margen de apreciación considerable<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> *Ibidem*, pp. 400 y 401.

<sup>312</sup> DOUE 177/6, de 4 de julio de 2008.

<sup>313</sup> F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 401 y 402.

<sup>314</sup> *Ibidem*, pp. 402 y 403.

Sin embargo, al encerrar dicha cláusula cierta complejidad conviene finalizar su exposición ahondando en ella con unos apuntes que precisan con más detalles lo dicho. Así, debemos tener en cuenta que la excepcionalidad de la entrada en juego de la misma es muy grande puesto que va a ser en aquellos casos en que el lugar donde se produce el daño es totalmente fortuito, marginal, accidental, fugaz, fugitivo, casual y, por todo ello, imprevisible para las partes. Esto es, se queda sin justificación la *lex loci damni*; no tiene sentido. Ahora se observa mejor por qué conviene escapar de esta circunstancia y aplicar otra ley con mucha más relación como puede ser, por ejemplo, la del Estado donde el hecho generador del daño ha acontecido. Pero es que además este criterio posibilita que se soslayen los altos costes de transacción conflictuales que se generan con los otros dos criterios, la residencia habitual y la *lex loci damni*, por conducir a Estados poco relacionados con el caso, es decir, a leyes imprevisibles. Esto es, la cláusula de escape también derriba una barrera en el acceso a la justicia y, por lo tanto, proporciona una solución aceptable desde el punto de vista constitucional. A todo ello debemos agregar que la excepcionalidad de la cláusula basada en que se aprecien claramente vínculos manifiestamente más estrechos consiste en que solo se puede recurrir a ella en el caso de que los otros dos criterios que acabamos de mencionar tengan una conexión que es muy débil, pasajera, fugaz o anecdótica. Es por ello que se puede concluir que, como la *lex loci damni* es ya subsidiaria de la residencia habitual común, la cláusula de escape solo entrará en juego cuando las partes tengan en diferentes Estados su residencia habitual y sea totalmente fortuito el lugar donde el daño ha acontecido. Dicho de otra forma, son muy escasos y de gran excepcionalidad los casos en que se aplica la cláusula de escape; y es que es realmente complejo que exista un Estado más relacionado con el conflicto en cuestión que el de la residencia habitual de las partes y aquel donde ha ocurrido el daño<sup>315</sup>.

#### *iv. Las reglas especiales*

La verdad es que, teniendo en cuenta cuál es nuestra intención principal en este apartado de la presente Tesis Doctoral, es crucial lo que ahora vamos a indicar. En

---

<sup>315</sup> Para esta profundización fundamental sobre la cláusula de escape, así como para un análisis más exhaustivo, véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, pp. 1337–1341.

efecto, si tenemos en cuenta que los tipos de daños en que se centran las reglas especiales previstas en los artículos 5, 6, 7, 8 y 9 del Reglamento Roma II son, respectivamente, los relativos a la responsabilidad por productos, a la libre competencia y competencia desleal, al medio ambiente, a la propiedad industrial e intelectual, y a las acciones provenientes de los conflictos colectivos, ello significa y dejamos recalcado que ni a los menores ni al deporte se hace referencia alguna, lo cual, evidentemente, tiene unas consecuencias muy concretas cuando el daño que se quiere resarcir es el que padece un menor cuando realiza deporte<sup>316</sup>.

*v. El enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la culpa in contrahendo*

Conviene saber al menos la existencia de otra serie de reglas especiales que contiene el Reglamento Roma II en un capítulo independiente con la finalidad de dar solución a la responsabilidad extracontractual que se derive de los tres casos a que en la rúbrica nos hemos referido<sup>317</sup>.

*vi. Las leyes de policía*

Cabe tomar el mismo concepto que prevé el Reglamento Roma I, es decir, que son las leyes que para un Estado es esencial aplicarlas para que su organización política, social o económica esté salvaguardada. Tan es así que alcanza a toda situación que se incardine en su ámbito de aplicación, siendo indiferente la ley que al daño sea aplicable. Ahora bien, el Reglamento Roma II solo se refiere a las leyes de policía del foro, las cuales se aplicarán sin que a ello nada afecte cual sea la ley que las normas de conflicto señalan. Eso sí, y no como el Reglamento Roma I, no es posible aplicar las leyes de policía de Estados terceros por la razón tanto de su reducida importancia en materia extracontractual como por su probable choque con el artículo 17 al posibilitar tener en cuenta las reglas tanto de conducta como de seguridad del Estado donde el daño ha

---

<sup>316</sup> Evidentemente, por el objeto del presente estudio, para no extralimitarnos no podemos ni debemos exponer cada una de las reglas especiales. De este modo, solo podemos indicar el lugar donde se encuentra una buena exposición de las mismas para quien desee consultarlas: F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 405–413.

<sup>317</sup> La verdad es que nos gustaría al menos expresar unos breves apuntes sobre cada una, pero por la extensión que debe tener el presente estudio lo único que podemos hacer es remitirnos a una buena exposición al respecto: *Ibidem*, pp. 413–415.

acontecido<sup>318</sup>.

*vii. El orden público del foro y otros problemas de aplicación*

El análisis del Reglamento Roma II no estaría completo si no atendiéramos a varias reglas que prevé y cuyo objetivo es dar solución a los problemas de aplicación más habituales que surgen.

De este modo, queremos destacar la salvaguarda que hace el indicado texto normativo del orden público del foro. En este sentido, su artículo 26 dispone que “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”. Como podemos observar, no indica que sea toda la ley extranjera la que ha de quedar excluida en el caso de que la incompatibilidad sea clara, sino solo disposiciones específicas. Junto a ello, y para terminar, también conviene tener presente lo establecido en el considerando 32 por la razón de que se refiere a los daños punitivos. En efecto, indica que, en función de tanto las circunstancias del caso en cuestión como del ordenamiento jurídico del Estado miembro al cual pertenece el órgano jurisdiccional con competencia, puede entenderse que conculca el orden público del foro la aplicación de una ley que implica la imposición de intereses y daños que son ejemplares o punitivos<sup>319</sup>.

Por lo demás, no sobra, sino al contrario, indicar otras normas de esta índole importantes. Por un lado, encontramos la prevista en el artículo 24 de dicho Reglamento, la cual excluye el reenvío al disponer que “Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado”. Y, por otro lado, el artículo 25, con la finalidad de disipar confusiones en

<sup>318</sup> *Ibidem*, pp. 415 y 416.

<sup>319</sup> Para esta cuestión, véase: *Ibidem*, p. 420.

Consideramos oportuno lo que otros autores expresaron para definir qué es exactamente manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Así, indicaron que dicha situación concurre cuando sean excesivos los daños, los intereses impuestos o los daños punitivos asignados por la ley designada por la norma de conflicto. [Ver: A. P. Abarca Junco (Dir.), M. Gómez Jene, M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros, P. P. Miralles Sangro, E. Pérez Vera y M. Vargas Gómez-Urrutia, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013, p. 646].

relación con los Estados plurilegislativos y las obligaciones extracontractuales, dispone que “cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”. Y no menos importante es la precisión que hace en el segundo apartado consistente en que no alcanza a los conflictos de leyes puramente internos<sup>320</sup>.

#### viii. *El ámbito de la ley aplicable*

- La regla general

Según prevé el Reglamento Roma II, en virtud del principio de unidad del régimen normativo, la ley aplicable alcanza a las condiciones y a la extensión de la responsabilidad extracontractual (incluso la identificación de las personas responsables); la responsabilidad derivada de actos ajenos; los motivos de exoneración, acotación y reparto de la responsabilidad; la existencia, naturaleza y ponderación de los daños; las personas con derecho a reparación; las medidas de prevención o erradicación de los daños; la posibilidad de que se pueda transmitir un crédito extracontractual; y las maneras diversas en que las obligaciones quedan extintas<sup>321</sup>.

- Las reglas especiales

Existen no pocas probabilidades de que en un caso concreto la ley que regula la responsabilidad no tenga relación con el lugar donde el daño se ha producido. Pese a ello, el Reglamento Roma II ha considerado que es razonable tener en cuenta las leyes del lugar donde el daño ha sobrevenido para ponderar la responsabilidad del causante. También se ha de saber que dicho Reglamento, con el objetivo de que no quede vacía de contenido la *lex causae*, prevé tener en cuenta la ley extranjera, lo cual es algo muy diferente de aplicar la ley extranjera. Lo que con ello se quiere recalcar es que lo fundamental siempre es la ley que las normas de conflicto señalan. Además, se logra que sean menos las opciones a que puede acogerse el autor para quedar exonerado<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Para estas otras dos cuestiones, consúltese: F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 419 y 420.

<sup>321</sup> Véase: *Ibidem*, p. 416.

<sup>322</sup> Consúltese: *Ibidem*, pp. 416 y 417.

Por lo demás, teniendo en cuenta el objeto del estudio, a lo anterior simplemente debemos agregar el conocimiento de la existencia de otras cuestiones relevantes. En efecto, son las que versan sobre la acción directa, la subrogación, la responsabilidad múltiple, la validez formal y la carga de la prueba<sup>323</sup>.

## B. Los Convenios de La Haya

Junto al Reglamento Roma II, por haber sido celebrados tanto antes de la elaboración del Reglamento Roma II como con terceros Estados, también debemos saber que están en vigor otros textos normativos que se centran en daños particulares como son el Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971<sup>324</sup> y el Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973<sup>325</sup>. Por lo demás, los dos textos internacionales poseen un carácter universal puesto que cuando se han de aplicar desplazan por entero al indicado Reglamento<sup>326</sup>.

## C. El artículo 10.9 del Código Civil

El artículo 10.9. CC tiene su razón de ser para todas aquellas materias a que no alcanza el Reglamento Roma II y demás textos normativos internacionales sobre obligaciones extracontractuales. Lo cual equivale a decir que el alcance del artículo 10.9 CC hoy en día está altamente mermado. En efecto, sus apartados segundo y tercero han quedado totalmente desplazados por el propio Reglamento, es decir, las previsiones que hacían referencia a la ley aplicable, respectivamente, a la gestión de negocios y al enriquecimiento injusto. Por su parte, en relación con el apartado primero que es el que aquí más nos interesa, si bien también en gran parte también ha sido desplazado, no ha sido del todo sino que aún es aplicable residualmente. Y la verdad es que ello no es nada

---

<sup>323</sup> Debido a que nos excederíamos sin razón en la exposición, no podemos explicar cada cuestión. De este modo, es más que suficiente con limitarnos a indicar dónde se puede encontrar su desarrollo: *Ibidem*, pp. 417–419.

<sup>324</sup> BOE nº 264, de 4 de noviembre de 1987, pp. 32950 a 32952.

<sup>325</sup> BOE nº 21, de 25 de enero de 1989, pp. 2054 a 2056.

<sup>326</sup> Tampoco podemos desarrollar ahora cada convenio por la misma razón, es decir, nos excluiríamos. Es por ello que indicamos nuevamente, para quien lo desee o le interese, un lugar muy apropiado para su consulta: F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 420–422.

baladí puesto que indica la ley que se ha de aplicar a todas aquellas obligaciones extracontractuales que no son reguladas ni por el Reglamento Roma II ni por ningún otro texto normativo. Más concretamente, se trata de las que se derivan de los daños que la intimidad y los derechos de la personalidad sufren y que es donde se incardina la difamación, de los daños nucleares que escapan a los convenios internacionales sobre esta materia, y de los actos *iure imperii*, sobre todo de los actos de guerra ejecutados por los órganos de un Estado<sup>327</sup>.

Tras apuntar lo anterior, debemos continuar manifestando que el primer apartado de dicho precepto en concreto señala como ley aplicable la del Estado donde ha acontecido el hecho dañoso, es decir, la *lex loci damni* y, por lo tanto, son irrelevantes tanto el lugar de origen del hecho dañoso como los daños que se deriven o que repercutan. Es por ello que en los casos más habituales, cuando es la intimidad o los derechos de la personalidad los que se ven afectados, supone que sean aplicables las leyes de cada uno de los Estados donde la víctima ha sufrido los daños. Y este criterio hace ver que sigue la misma línea interpretativa que el Reglamento Roma II<sup>328</sup>.

No obstante, para no confundirse se ha de advertir que existe cierta polémica en torno a la interpretación del precepto del CC puesto que pese a que se refiera al lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven las obligaciones extracontractuales no ha de entenderse este punto de conexión consistente en la *lex loci delicti commissi* como el lugar del hecho causal y, por ende, descartando el lugar del daño. Precisamente al no carecer de dudas esta previsión ha permitido la existencia de varias interpretaciones. En este sentido, en la doctrina española se ha considerado desde siempre que el artículo 10.9.1 CC posibilitaba que el lugar del hecho causal o el del evento dañoso fueran considerados como el lugar relevante. Y se debe precisamente a esta falta de claridad y de armonía de que adolecía el sistema de Derecho internacional privado en España por lo que conviene interpretar el precepto como hemos indicado, es decir, del mismo modo que hace el Reglamento Roma II. Así es como se llega a la conclusión de que se trata de la *lex loci damni* o ley del lugar del daño, en detrimento del lugar del acto causal<sup>329</sup>.

<sup>327</sup> Para esta explicación, consúltese: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1345.

<sup>328</sup> Para estas indicaciones, véase: *Ibidem*, p. 1403.

<sup>329</sup> Para esta exposición acerca de esta cuestión crucial como es la de cómo se ha de interpretar el artículo 10.9.1 CC, estúdiense: *Ibidem*, pp. 1345 y 1346.

Continuando con la exposición, debemos agregar que el precepto prevé el indicado punto de conexión con una rigidez máxima, la cual se aprecia en el hecho de que no va acompañado de conexiones especiales para los casos de obligaciones extracontractuales que sean específicos. Ahora bien, es posible dotarlo de una determinada flexibilidad respecto al supuesto en que la *lex loci delicti commissi* no consista en la ley que conlleva los menos gastos posibles de transacción conflictuales y, por lo tanto, que sea una ley imprevisible (es decir, los casos para los que está pensada la cláusula de escape). Pues bien, si concurre esta circunstancia un desarrollo judicial que sea moderado puede solucionarlo mediante, por ejemplo, el descarte por parte del juez español de la ley del lugar del daño para aplicar la ley del Estado con el que el conflicto está más relacionado. Lo dicho puede suceder perfectamente en el caso de que no quepa duda alguna de que es totalmente fortuito e imprevisible el lugar donde el daño se ha verificado, puesto que entonces se puede entender que el legislador no ha

---

Debido a su relevancia, conviene mucho conocer también lo que otros autores de la doctrina han expuesto al respecto. Así, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo también expusieron muy bien la complejidad interpretativa a que hemos hecho referencia en relación con los daños que tienen lugar en varios Estados. En efecto, manifestaron que en nuestro sistema ni la doctrina ni la jurisprudencia han identificado un criterio que precise claramente el punto de conexión del precepto del CC. De este modo, se diferencian dos posturas diferentes: por un lado, los partidarios de que sea la ley del lugar donde el acontecimiento causal acontece la que se aplique y, por otro lado, los partidarios de la ley del lugar donde el daño se ha manifestado. Junto a ello y para terminar, agregaron una importante precisión consistente en que no existe ninguna complejidad para que el sistema interno se interprete de manera parecida a como se hace respecto al artículo 4 del Reglamento Roma II debido a la inercia de éste. [Lo indicado, así como un desarrollo más exhaustivo con, por ejemplo, los argumentos esgrimidos en cada postura, se encuentra en: J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Aranzadi S.A.U., 2020, p. 715].

Por su parte, J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, a la hora de estudiar la difamación que los medios de comunicación perpetran, explican que España es uno de los Estados miembros que, además de prever la regla de la *lex loci delicti commissi*, de la redacción de las normas concretas parece que se inclina a favor del lugar del hecho generador o acontecimiento causal del daño en la disyuntiva que se plantea frente al lugar en que el daño se manifiesta, aunque en realidad, precisaron, en la práctica siguen subsistiendo las dudas a que da lugar la diferenciación. A este respecto, agregaron que ni la doctrina ni la jurisprudencia han aclarado el sentido del artículo 10.9 CC. Y que a ello se debe la existencia de argumentos a favor de una u otra postura, lo cual no les impidió observar que parece que la mayor parte de los autores son partidarios de la alternatividad, es decir, que la teoría de la ubicuidad está integrada en la norma española. Finalmente, completaron la exposición haciendo saber que una parte de la doctrina estima que es necesario un desarrollo jurisprudencial para consagrar tanto la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley como las cláusulas de excepción. Pero quizás ayude a interpretar el precepto en cuestión indicando que los autores después realizaron una exposición muy enjundiosa de otros Estados miembros entre los cuales algunos se caracterizan por incorporar expresamente y de forma clara la regla de la ubicuidad mientras que otros prevén soluciones particulares, por lo que parece ser que la observación realizada por los autores en el caso de España se trata de una opción de futuro que podría albergar una norma de conflicto específica para mejorar la regulación actual. Lo cual, en consecuencia, significa que es la ley del lugar del daño la que se ha de aplicar hasta que no se realicen modificaciones. [Véase: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Ed. Aranzadi S.A., 2009, pp. 138–156].



podido querer que la ley del lugar del daño se aplique. En suma, en dicho caso existe una laguna en el artículo 10.9.1 CC, pero el juez competente puede subsanarla a través del principio de proximidad y aplicando la ley con más vínculos<sup>330</sup>.

Para terminar, no podemos dejar de exponer el ámbito de la ley que resulta aplicable. Así, son las cuestiones que el artículo 10.10 CC prevé las que son reguladas por el artículo 10.9.1 CC. Dichas cuestiones son: el tipo de responsabilidad como, entre otras, la culposa o la objetiva; los criterios por los que la responsabilidad es imputada y la cuestión de la causalidad; la exigencia o no a la conducta que da lugar a la responsabilidad de antijuricidad; los daños que se pueden resarcir, la cuantía y los límites de la indemnización; los titulares del derecho a recibir una indemnización por el ilícito sufrido y la posibilidad de ser transmitido; tanto la prescripción como la caducidad de la acción por la que la responsabilidad extracontractual se solicita, salvo que no prescriba jamás como los crímenes contra la humanidad; y la posibilidad para el perjudicado de una acción directa respecto a la compañía aseguradora<sup>331</sup>. Y para completar lo anterior es necesario agregar, por un lado, que dicha ley aplicable no solo regula la existencia del daño y los medios con los que se puede reparar, sino también otras cuestiones como, por ejemplo, el derecho de réplica. Y, por otro lado, que no se puede entender que resulte aplicable a esta responsabilidad la ley personal de la persona que presuntamente ha sufrido daños en sus derechos<sup>332</sup>.

## **2. 1. 2. Conclusiones: las previsiones aplicables a los menores deportistas**

Una vez que conocemos la regulación actual para resarcir los daños extracontractuales, podemos extraer unas conclusiones muy claras acerca de la cuestión que nos planteábamos consistente en si los menores se encuentran o no protegidos satisfactoriamente cuando practican algún deporte. O con otras palabras, ahora podemos ver cuáles son las vías que la legislación en vigor ofrece para que un menor y su familia sean resarcidos cuando dicho menor es víctima de unos daños de índole extracontractual

---

<sup>330</sup> Para estas otras indicaciones, véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1346.

<sup>331</sup> El ámbito de la ley aplicable se explica genialmente en: *Ibidem*, p. 1346.

<sup>332</sup> Para estas últimas indicaciones, igualmente véase: *Ibidem*, p. 1403.

Se aprovecha esta última nota para indicar que una exposición mucho más sucinta de este artículo se encuentra en: F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, p. 422.

sobrevenidos al practicar deporte. Evidentemente, con ello también veremos tanto las ventajas como los defectos que dicha regulación tiene.

En este sentido, la primera conclusión que se extrae es que en el Reglamento Roma II no existe ninguna regla especial que se centre en la protección de los menores, lo cual implica que no podamos acudir a sus artículos 5, 6, 7, 8 y 9. Igualmente se han de descartar las previsiones de dicho Reglamento tanto acerca del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos y la *culpa in contrahendo*, como de las leyes de policía. Por su parte, tampoco son aplicables ninguno de los dos Convenios de La Haya citados por versar sobre materias distintas como son los accidentes por carretera y la responsabilidad por productos.

En consecuencia, y como segunda conclusión, solo han quedado en pie la regla común de la autonomía de la voluntad prevista en el artículo 14.1 del Reglamento Roma II, la regla general contenida en el artículo 4 de dicho Reglamento y el artículo 10.9 CC. Pero la pregunta clave que debemos responder con claridad es si las tres, es decir, la legislación vigente, son realmente eficaces para proteger y resarcir a los menores que sufren alguno de los tipos de daños que vamos a analizar cuando practican deporte. O, dicho de otra forma, debemos responder a la pregunta de si la ley que designan como aplicable resulta aceptable desde el punto de vista del interés superior, esto es, si la decisión que se va a tomar lo tiene en cuenta tal y como los textos normativos prevén, sobre todo la CDN. Lo dicho es lo que a lo largo de las próximas páginas vamos a estudiar.

Pues bien, por ser necesario para alcanzar nuestro objetivo consistente en atisbar cuál es la mejor solución a este respecto, en los próximos apartados vamos a ir exponiendo todas las conductas negativas que los menores sufren cuando practican deporte, los daños que acarrearán, la extrapolación sobre éstos de las soluciones en vigor que han quedado en pie tras los inevitables descartes y, por último, tanto las conclusiones a que hemos llegado como las propuestas de mejora para paliar los defectos.

## **2. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE DIVERSOS PERJUICIOS QUE SUFREN LOS MENORES CUANDO PRACTICAN DEPORTE**

La verdad es que este apartado que ahora comenzamos es la pieza clave de toda la Tesis Doctoral debido a que, por un lado, vamos a analizar si la legislación en vigor sobre la responsabilidad civil extracontractual es satisfactoria para alcanzar sus ya indicados fines de sancionar, reparar y prevenir en relación con los daños más habituales que, desgraciadamente, los menores sufren cuando practican deporte. O lo que es igual, queremos analizar tanto si los menores quedan o no debidamente reparados como si son adecuadas las sanciones que se imponen a los responsables de los daños y la prevención a partir de entonces, todo lo cual en caso negativo, sin duda alguna, agrava mucho más esta lacra que conculca los tan valiosos principios y valores que alberga el deporte y que estudiamos en el **Capítulo I**. Evidentemente, en el caso de que las decisiones finales que se adopten al interpretar las previsiones normativas tengan en cuenta o implementen debidamente el interés superior del menor, en ningún caso se llegaría a situaciones en que el menor queda insatisfecho sino todo lo contrario, quedaría plenamente satisfecho. Y, por otro lado, porque expondremos las propuestas ideadas para paliar todos los defectos que se detecten, es decir, para que el interés superior previsto, entre otros textos, en el artículo 3.1 CDN se implemente.

Una de las primeras cosas que debemos indicar a este respecto es que con el estudio de esta cuestión hemos descubierto o identificado que dichos daños que dan lugar a responsabilidad civil extracontractual son de tres tipos. En efecto, como a continuación vamos a poder observar en su exposición ordenada, se trata, en primer lugar, de los daños que padecen los menores como consecuencia del desarrollo de la práctica deportiva (principalmente la acordada en contratos pero también haremos referencia a cuando no sea así); en segundo lugar, de los daños que advienen con la comisión de unos delitos concretos como son la trata y los de índole sexual; y en tercer lugar, de los daños causados por la perpetración del delito de difamación (con el que se conculca los derechos al honor, a la intimidad, a la integridad y a la personalidad). Además, en muchas ocasiones éste último delito va acompañado de violencia física, de modo que también la analizaremos.

Ahora bien, a este respecto debemos realizar dos advertencias previas que son fundamentales para comprender este estudio y sus objetivos.

Con la primera de ellas hacemos saber la razón en virtud de la cual ni en el apartado 2. 2. 1. B. ni en el 2. 2. 3. B. vamos a analizar todos los delitos que vamos a abordar con el presente estudio sino solo unos muy concretos como son los referidos de la trata y los de índole sexual. Así pues, es muy cierto que los menores sufren o pueden sufrir en el deporte otros delitos distintos, siendo el mejor ejemplo de ellos precisamente el que se analizará en los apartados 2. 2. 1. C. y 2. 2. 3. C. relativo a la difamación o violencia verbal (junto a la violencia física que casi siempre le acompaña) y que, como hemos dicho, menoscaba los derechos al honor, a la intimidad, a la integridad y a la personalidad. Pero pese a ello, también es verdad que entre ellos hay diferencias notables en varios aspectos y, por ende, merecen un tratamiento separado si lo que se quiere es alcanzar el objetivo de que los menores deportistas se vean plenamente favorecidos con la práctica de su deporte favorito.

De este modo, no podemos sino explicar que la diferencia principal que hemos apuntado entre los delitos en que vamos a centrar nuestro estudio consiste, además de en la mayor gravedad de la trata y de los de índole sexual, en que las disposiciones normativas que componen el actual Derecho internacional privado se ocupan de ellos de muy distinta manera. En efecto, mientras que en los delitos que en los referidos apartados 2. 2. 1. B. y 2. 2. 3. B. vamos a desgranar, la trata y los de índole sexual, recurriremos para su análisis al artículo correspondiente que se refiere a la responsabilidad civil cuasidelictual según la define el Reglamento Roma II, en cambio, en los siguientes apartados indicados 2. 2. 1. C. y 2. 2. 3. C. concerniente al delito de difamación lo que haremos será estudiar los casos específicos que afectan al honor, intimidad, integridad y personalidad.

En otras palabras para aclararlo enteramente, se aprecia, entre las que podemos calificar dos modalidades diferentes de los delitos, una dicotomía que, al ser posible que en un principio nos haga dudar de si en el delito de difamación también concurre verdaderamente una responsabilidad civil derivada del delito o no, nos lleva a que tengamos que realizar una explicación más exhaustiva con la finalidad de fundamentar

la respuesta que es afirmativa, es decir, que también da lugar a la referida responsabilidad. Dicha dicotomía se observa mejor si se tiene en cuenta, como hemos indicado en el párrafo anterior, que el motivo de que todos los delitos indicados merezcan en el sentido expuesto un análisis particularizado y no en el mismo apartado es que precisamente los daños que se producen como consecuencia de la perpetración de los delitos a analizar en los apartados concernientes a la trata y los de índole sexual están previstos en el CP pero no existe una regulación específica que se ocupe de ellos y, al mismo tiempo, el Reglamento Roma II sí que prevé las correspondientes previsiones particulares que se ocupan de ellos y que se centran en la responsabilidad civil derivada del delito. En cambio, en cuanto al delito de difamación o violencia verbal, pese a que también está contemplado en el CP, el Reglamento Roma II le dedica, como hemos dicho, un tratamiento muy distinto; tanto que queda excluido como veremos.

Por lo demás, como consecuencia de lo anterior, el tratamiento diferenciado que se va a realizar del delito de difamación también se debe a otro motivo como es el de que en relación con la responsabilidad civil extracontractual a que da lugar se aprecia una trayectoria particular y que, como consecuencia, ha llevado a que esté regulado por normas distintas del Reglamento Roma II.

En definitiva, por lo que concierne a todas las responsabilidades civiles derivadas de la perpetración de cualquiera de los delitos que vamos a estudiar, debemos recalcar que existen diversas modalidades y que por ello cada una de las cuales va a ser analizada en los apartados correspondientes de las páginas que siguen en virtud de los motivos esgrimidos.

En cuanto a la segunda advertencia, la verdad es que la misma se puede apreciar de lo dicho en la primera porque también es sobre los daños que se derivan de la comisión de delitos, pero aun así conviene subrayarlo para no desorientarse en ningún momento. En efecto, consiste en que lo que constantemente se ha de tener presente es que lo que nos interesa de todos los indicados delitos es la responsabilidad civil extracontractual que llevan aparejada para saber si es satisfactoria, es decir, no vamos a adentrarnos en la responsabilidad penal por no ser el objeto de nuestro estudio. Y,

evidentemente, en caso de que aquella no sea satisfactoria, realizaremos los aportes o propuestas imprescindibles para que lo sea. Como ya se ha adelantado, en ello ocupará un lugar preferente el interés superior del menor, pues toda decisión que se tome ha de atenderlo correctamente.

Realizadas ambas advertencias, a continuación comenzamos la descripción de tanto cada modalidad de conductas negativas que con más frecuencia sufren los menores deportistas como de los daños que advienen en consecuencia. Evidentemente, ello constituye un paso previo imprescindible para que después podamos analizar si son satisfactorias o no las normas de conflicto para alcanzar los mentados objetivos de sanción, reparación y prevención propios de la responsabilidad civil extracontractual. Es decir, ¿se respeta y se aplica el interés superior del menor? Todo ello es la labor que a continuación iniciamos.

### **2. 2. 1. Descripción de las diversas conductas que causan los daños que sufren los menores deportistas**

A. Las conductas que se producen tanto por el deporte practicado en virtud de contratos como de manera no profesional

No podemos comenzar de otra manera que realizando una nueva advertencia crucial a este respecto y que consiste en precisar qué tipo de conductas son estas primeras que analizamos. En este sentido, debemos tener siempre presente que los daños que de estas conductas provienen son, por un lado, los que surgen más allá de los contratos y, por ello, no se han de confundir con las propias infracciones del Derecho laboral o social de las cuales surge una responsabilidad que es de índole contractual. Con otras palabras, en esta primera situación el tema en que nos centramos no es propiamente el trabajo o las relaciones laborales de los menores deportistas que dan lugar a obligaciones contractuales, sino los perjuicios que como consecuencia de las relaciones contractuales sufren los menores y que dan lugar a responsabilidad civil extracontractual (es decir, que no tiene su origen en los contratos). De este modo, la pregunta clave que nos debemos plantear y responder correctamente es si, en base a la legislación en vigor reguladora de la responsabilidad civil extracontractual que hemos expuesto con anterioridad, podemos solicitar y obtener una indemnización reparadora,

una sanción adecuada y una prevención con garantías cuando se produzcan dichos perjuicios extracontractuales de tal modo que quepa considerar implementado satisfactoriamente el interés superior. Un buen ejemplo que hace ver bien la diferenciación que hemos expuesto es la práctica habitual ante los órganos jurisdiccionales donde, junto a la responsabilidad por incumplimiento contractual, también se solicita en concepto de responsabilidad civil extracontractual una indemnización por los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

En este sentido, para que observemos la diferencia entre ambas cuestiones, conviene apuntar brevemente en qué consisten las referidas infracciones del Derecho laboral o social, las cuales, además, son reconducidas no al expuesto Reglamento Roma II sino a otro diferente que igualmente hemos citado como es el Reglamento Roma I.

Pues bien, junto a esta primera diferencia, debemos saber que, pese a que la mayoría de las veces no se quiere ver, uno de los problemas muy graves que existen en el deporte profesional es que, debido al gran mercado económico que existe en algunos deportes, se originan relaciones laborales con los menores, llegando algunas a degenerar tanto que al final terminan por causarles daños. En este sentido, resulta fundamental conocer cómo se desarrolla en la práctica cotidiana la promoción, la formación y el deporte realizado por los menores deportistas. O con otras palabras, saber si se respetan tanto las limitaciones sobre el acceso al trabajo y sobre los horarios, como la garantía de la educación y del desarrollo humano y personal. A este respecto, debemos subrayar que destaca el artículo 6 del ET por prohibir expresa y taxativamente que los menores de 16 años trabajen. Y no solo eso, sino que también no autoriza que los menores de 18 años puedan trabajar de noche (desde las 22 horas a las 6 horas) ni realizar horas extraordinarias. De este modo, el único trabajo que los menores de 16 años pueden hacer es el que esté relacionado con el ámbito de los espectáculos públicos, lo cual no alcanza al deporte federado, y siempre que concurran unos muy determinados requisitos como son la obtención de una autorización administrativa previa (que tiene que ser escrita y para concretos actos) y que no acarree ningún peligro para la salud pública ni para la formación personal y humana del menor<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup> Para este comienzo de la explicación de las infracciones del Derecho laboral o social, véase: F. Rubio Sánchez, «Menores deportistas: relaciones laborales y sanciones disciplinarias», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.), *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus

Sin embargo, pese a la existencia de esta regulación, la triste realidad de muchos menores que practican deporte es que no se ven nada beneficiados como consecuencia de hechos, comportamientos y acciones no adecuados que infringen dichas normas. Y, por si fuera poco, en la gran mayoría de casos no se ve este problema debido a que los padres tienen una ambición económica desmesurada y, en consecuencia, a que los menores se confunden pensando que el deporte como medio de vida es algo sencillo. Más concretamente, dicha cruda realidad se observa en su integridad si tenemos en cuenta que consiste en que es muy frecuente la actividad o trabajo que realizan muchos jóvenes deportistas teniendo una edad inferior a la que se exige legalmente. Por eso, lo que realmente se pretende es captar a innumerables jóvenes por parte de estructuras con la finalidad de obtener grandes réditos económicos con la venta de los mejores, sin que, además, en la mayoría de casos reviertan en quienes finalmente no pueden vivir mediante el deporte. Y, evidentemente, todo ello se intenta ocultar tras expresiones como “compensación de gastos”, “contrato de formación”, “prestación de servicios”, “precontrato” y “clubes formadores”. Y si estas actuaciones consistentes, como decíamos, en vender, comprar y/o, como se suele decir en el mundo del deporte, ser dueño de seres humanos ya es grave de por sí, mucho más lo es cuando el objeto son niños (en el peor de los casos concurre la complicidad de los progenitores).

Pues bien, como hemos indicado, de las prácticas o relaciones laborales también se suele derivar otra cuestión totalmente distinta y que es la crucial en que nos queremos centrar como son tanto las consecuencias de índole extracontractual que padecen los menores, como si es satisfactoria la responsabilidad civil extracontractual que a día de hoy se atribuye a sus responsables. Por lo demás, en dicho padecimiento es también donde se observa la referida gravedad que no es nada infundada. En efecto, debemos ser muy conscientes de que los males que como consecuencia sufren la mayoría de los menores deportistas en sus vidas son terribles. Y si bien en el vértice de la pirámide se encuentra el porcentaje mínimo de menores que triunfan, la verdad es que, pese a las mayores facilidades que tienen respecto a los demás por vivir más dignamente del deporte, en no pocos casos también sufren los mismos perjuicios que el interminable número de niños de todo el mundo que componen la base que sustenta dicho vértice y a

---

S.A., Madrid, 2020, pp. 9 y 10].



los que están mucho más expuestos por no haberse dado, por muchos motivos<sup>334</sup>, alguna de las pocas posibilidades que realmente habían de triunfar, tal y como cabe esperar de toda expectativa basada en la falsedad. Esto es, se puede decir, si somos realistas, que en todo caso es un sacrificio demasiado alto puesto que ni si quiera el “triunfo” sirve de bálsamo o compensación. Así, por ser donde centramos este análisis, debemos subrayar que, en consecuencia, todos estos niños ven cercenada y destruida una etapa de sus vidas que es decisiva por el hecho de que no han podido ni disfrutar ni beneficiarse de su infancia, adolescencia, familia, otras relaciones próximas y de una formación educativa. Y conviene tener en cuenta que la mayor parte de estos padecimientos no surgen después de la perjudicial práctica de la actividad deportiva, sino que se van produciendo a lo largo de ésta.

Pero es que en el caso de no triunfar, lo cual ocurre casi siempre, la situación se agrava con la inmensa frustración que sobreviene al observar que su futuro prácticamente no existe debido a que tienen que empezar de nuevo y en otra área diferente del deporte. En estos casos, aunque nada afecte para determinar la ley aplicable, queremos apuntar que entendemos que es algo diferente esta consecuencia relativa al futuro puesto que solo se puede saber si se ha producido cuando a lo largo del desarrollo de la actividad deportiva se observa que el menor no progresa, y viceversa. Así pues, podemos decir que esta modalidad del daño, en su caso, surge en un momento de dicho desarrollo o tal vez al final del mismo debido a que antes estamos en una situación de relativa incertidumbre al no saber con certeza absoluta si el menor tiene o no una buena proyección hacia el futuro.

En cualquier caso, aunque parezca mentira, muchos padres tienen gran culpa en todo ello debido a que, sucumbiendo al deseo de obtener tanto dinero como las grandes estrellas y a las tentaciones de intermediarios que no despiertan confianza alguna por parecerse más su labor al trato de ganado, son arrastrados por sueños y expectativas imposibles. Obviamente, el desarrollo integral del menor se ve altamente perjudicado, sobre todo en los casos en que son abandonados. En suma, no se puede negar que existe una auténtica actuación nociva sobre los menores deportistas que se caracteriza por su

---

<sup>334</sup> Entre dichos motivos se encuentran la incapacidad física y/o técnica, la preparación no es adecuada, los entrenadores no les convocan, lesiones, etc. Para estos motivos, véase: *Ibidem*, p. 16.

impunidad, complacencia, connivencia e, incluso, el aplauso. Está claro que para las personas que ejecutan estos actos, así como para muchas otras de la sociedad no importan nada los niños, ni los que no triunfan y que se cuentan por millones, ni muchos de los pocos que triunfan puesto que tampoco están a salvo de esta lacra.

Para terminar, y por otro lado, teniendo en cuenta la inmensa relevancia que alberga tanto el interés superior del menor como los Derechos fundamentales de los menores, debemos indicar que no es admisible que se pase por alto otra situación que aunque parecida con la que hemos descrito, sin embargo, es diferente y, por ello, hay que prestarle también una gran atención de manera particular a la hora de observar si la legislación vigente sobre responsabilidad civil extracontractual es satisfactoria. Ahora basta con adelantar que los resultados son muy distintos y nada satisfactorios. En cuanto a la mentada otra situación, debemos saber que estos casos descritos en donde menores deportistas sufren daños como consecuencia de que desarrollan un deporte en virtud de un contrato o de manera profesional no son los únicos que en la realidad acontecen, sino que en otras muchas ocasiones sucede lo mismo pero con la diferencia decisiva de que el deporte no es practicado de manera profesional o no puede considerarse así. Y es que es de sobra conocido que fuera de una muy pequeña parte de los deportes más mediáticos como son sin duda las élites del fútbol y pocos más, todas las personas en general y dichos menores en particular practican otros deportes sin contrato alguno, es decir, de una manera semiprofesional o incluso aficionada. Y así debe de ser conceptuada sin que a ello afecte el hecho de que se realice con la esperanza de que próximamente se pueda celebrar un contrato profesional. A este respecto, es probable que surja la pregunta de por qué se ha expuesto lo concerniente a las relaciones laborales, a lo cual se ha de responder que no solo porque muchos daños extracontractuales se dan como consecuencia de las mismas sino también porque para determinar la correspondiente responsabilidad civil extracontractual en tales casos es decisivo saber diferenciarla de la responsabilidad civil contractual. En efecto, en caso de confusión se corre un gran riesgo de que el menor deportista quede muy insatisfecho.

B. Los delitos más graves que los menores sufren al practicar deporte

Dentro de este segundo tipo de conductas que dan lugar a los daños que los menores sufren cuando practican deporte se encuentran unos delitos muy concretos como son la trata y los de índole sexual, los cuales a continuación vamos a exponer. Al respecto, debemos tener muy en cuenta, por ser fundamental para comprender tanto este estudio como sus objetivos, las dos advertencias que expusimos al inicio de la presente parte de la Tesis Doctoral, es decir, al inicio del punto 2. 2.

En este sentido, nos remitimos a lo ya expuesto para recordar dichas advertencias, siendo más que suficiente en esta ocasión reiterar, por un lado, que el delito de trata y los delitos de índole sexual dan lugar a una concreta responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de que el Derecho internacional privado en vigor los regula de muy distinta manera que otros delitos como es el de difamación que también vamos a estudiar después. Y, por otro lado, que, como sabemos muy bien, lo que en nuestro estudio interesa es ante todo la responsabilidad civil extracontractual aparejada al delito para saber si es satisfactoria, y no la responsabilidad penal. Y precisamente esta es la razón fundamental de que exponamos en qué consisten estas conductas delictivas, hasta el punto de que si no dieran lugar a la mentada responsabilidad civil extracontractual no los expondríamos. Así, lo advertido se ha de tener presente constantemente a lo largo de la siguiente exposición hasta el final.

Dicho lo anterior, continuamos la referida exposición indicando que, al igual que en el punto anterior, debemos previamente exponer o describir en qué consisten los delitos en que ahora nos centramos y que son los más graves que sufren los menores cuando practican deporte. Ello es fundamental para después analizar tanto los daños que producen como la referida responsabilidad civil extracontractual a que dan lugar.

#### *i. El delito de trata de menores deportistas con especial referencia al fútbol*

En primer lugar, previamente debemos realizar unas consideraciones de carácter general sobre este delito para después entender plenamente la modalidad de trata en concreto que los menores suelen sufrir al practicar deporte y que son las transferencias ilícitas de jugadores. Respecto a ésto último, conviene apuntar aquí que dicha

consideración de las transferencias ilícitas como un tipo de trata se debe, además de a que es plenamente subsumible, a dos rasgos característicos de ellas como son, por un lado, una mayor presencia del elemento o elementos de internacionalidad concretados en la frecuente movilidad a que se ven sometidos los menores deportistas de unos Estados a otros y, por otro lado, que a través de ellas aumentan las posibilidades de que el menor deportista se vea en una situación de inestabilidad y, en consecuencia, reciba un trato peor. Y, evidentemente, junto a lo anterior, advertimos que a lo largo de la exposición de dichas transferencias necesitaremos seguir haciendo algunas alusiones de interés al delito de trata en general para que aquéllas sean bien entendidas y ser plenamente conscientes de la gravedad que encierran. Sirva todo lo dicho para no caer en el error de pensar que son cosas distintas, lo cual afectaría negativamente a la hora de analizar la cuestión capital de nuestro estudio, es decir, la responsabilidad civil extracontractual derivada de los delitos.

Así pues, en cuanto a los apuntes de carácter general sobre el delito de trata, comenzamos indicando que es decisivo saber diferenciar bien la trata de personas de la trata de seres humanos. Para la primera, debemos acudir al artículo 3.a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000<sup>335</sup>. Pues bien, dicho precepto indica que consiste en “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza y otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

---

<sup>335</sup> El Instrumento de Ratificación se encuentra en: BOE nº 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44083 a 44089.

El texto completo puede consultarse en (consultado el día 15 de junio de 2022): <https://www.boe.es/boe/dias/2003/12/11/pdfs/A44083-44089.pdf>

Respecto a la segunda, la trata de seres humanos, debemos ser conscientes de que puede ser tanto nacional como internacional. En la primera, se produce dentro de las fronteras del mismo Estado la captación, el traslado y la explotación de la víctima. Por su parte, en la segunda la captación sucede en el Estado de origen o de residencia de la víctima, mientras que la explotación se realiza en otro Estado. A ello debemos agregar que es el artículo 177 bis del CP el que tipifica como delito la trata de seres humanos<sup>336</sup>.

Una vez que conocemos bien en qué consiste esta aberrante conducta, como hemos señalado, podemos pasar a exponer la cruda realidad que muchos menores sufren al practicar deporte consistente en el padecimiento de la concreta modalidad de la trata que son las transferencias de jugadores ilícitas. Como hemos dicho, todo ello es necesario para alcanzar nuestro objetivo principal de analizar si la actual responsabilidad civil extracontractual derivada de estos delitos es satisfactoria y, en caso negativo, proponer todas las medidas necesarias para que lo sea. Así, sin duda alguna, muchas de las transferencias que de los menores se hacen en el fútbol en particular y en el deporte en general no son adecuadas, lo cual hace que exista a día de hoy una especie de esclavitud. En definitiva, y teniendo en cuenta los dos rasgos principales de las transferencias ilícitas que hemos adelantado (mayor internacionalidad y aumento de posibilidades de inestabilidad junto a un trato peor), debemos subrayar que esta trata de menores futbolistas y deportistas, sin duda alguna, atenta gravísimamente al deporte debido a que va más allá de su triste y pernicioso conversión en negocio que mueve ingentes cantidades dinerarias y con inmensos intereses económicos. En efecto, con estas transferencias constitutivas de trata se erradican todos los valores del deporte.

Por si fuera poco, se ha de saber que, pese a que en los últimos tiempos se han producido grandes avances al elaborar textos normativos que protegen más a los menores, la trata de éstos concretada en las referidas transferencias ilícitas sigue existiendo con gran frecuencia siendo una de las causas el que en ocasiones se vea favorecida precisamente por los defectos de los citados textos. El mejor ejemplo de ello lo constituye la discriminación que consagra la excepción, prevista en el apartado 2 del

---

<sup>336</sup> Para la definición y diferenciación de ambas modalidades, véase: I. M. Gómez Padilla, «El delito de trata de seres humanos, con especial referencia a los menores deportistas», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.), *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2020, pp. 108–110.

artículo 19 del RETJ<sup>337</sup>, a la regla general de que están prohibidas las transferencias internacionales de menores de 18 años. En efecto, dicha excepción consiste en que una transferencia de este tipo es aceptable si se produce dentro del territorio de la UE o del EEE y el menor tiene entre 16 y 18 años. En otras palabras, no están protegidos los menores de esa edad que vivan fuera de la UE o del EEE, esto es, en cualquiera de todo el resto de federaciones: la Confederación Asiática de Fútbol (AFC); la Confederación Africana de Fútbol (CAF); la Confederación de Norteamérica, Centroamérica y el Caribe de Fútbol (CONCACAF); la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL); y la Confederación de Fútbol de Oceanía (OFC). Y, en consecuencia, queda abierta la vía para que se produzca esta modalidad de trata de menores futbolistas sin que exista ningún control.

Por ello, es deseable que los defectos sean subsanados cuanto antes. Lo cual no hace que los nuevos textos normativos no hayan supuesto una mejora. Ésta se puede observar en la imputación de los años 2009 y 2012 y en la sanción posterior que la propia FIFA impuso a un club español por transgredir, con anuencia de la RFEF, el citado RETJ a la hora de realizar transferencias internacionales de menores. Por desgracia, no es un caso aislado, sino que hay muchos más y, al no contar la mayoría de clubes con tanto presupuesto como unos pocos, mucho más graves.

En suma, para conocer estas conductas en su integridad además debemos indicar que es una realidad dramática donde los representantes tienen como única meta su propio enriquecimiento, lo cual les lleva a realizar actos deleznable como es el abandono de los menores, de cualquier parte del mundo pero sobre todo africanos e hispanoamericanos, a lo largo y ancho de toda Europa. En particular destaca Francia, donde los niños que hay abandonados en la calle superan la cifra de 15.000. Además, de ellos muchos viven clandestinamente mientras esperan a cumplir 18 años y, en su caso, lograr un contrato legal con algún club. Y por si no fuera ya excesivo todo lo expuesto por su gravedad máxima, lo es aún más por el hecho terrible, y que demuestra que es un problema muy profundo que padece la sociedad, de que es habitual en Hispanoamérica y en África que los propios progenitores del menor paguen, previa venta de otro hijo en

---

<sup>337</sup> Dicha previsión se puede consultar en la edición actualizada de marzo de 2022 (consultado el día 15 de junio de 2022), acceder a: <https://digitalhub.fifa.com/m/4ca986bbf47d082c/original/Reglamento-sobre-el-Estatuto-y-la-Transferencia-de-Jugadores-Edicion-de-marzo-de-2022.pdf>

muchas ocasiones para obtener los recursos económicos necesarios, a otro hijo el viaje a Europa<sup>338</sup>. El motivo de ello, más que el cumplimiento de la ilusión del hijo de ser jugador profesional, es que toda la familia mejore su situación económica. Así pues, no cabe duda de que es muy acertado afirmar que es fundamental que el Ministerio Fiscal intervenga para defender a los menores, cuestión que más tarde se desarrollará.

Por todo ello, no es de extrañar que se haya calificado esta realidad paralela sobre las transferencias como una especie de esclavitud moderna, la cual no se suele ver porque la captación de toda la atención por parte de las grandes estrellas eclipsa la auténtica realidad. Además, junto a la ya mencionada explotación que se produce cada día, en África e Hispanomérica más que en ningún otro lugar, donde personas que han perdido la conciencia se aprovechan a través de engaños de los deseos de los más débiles como son los niños prometiéndoles a ellos y a sus familias tanto éxito como dinero, también debemos saber que igualmente se perpetra este delito en esta modalidad concreta por la existencia, sobre todo en los países de medio oriente, de diversas academias cuyo fin es comprar jugadores menores para después, aunque manteniendo la propiedad de los mismos, lleguen a los clubes europeos. Evidentemente, y por mucho que intenten disimularlo, la realidad es que para ello se viola totalmente el ya citado artículo 19 RETJ. Al final, el resultado para muchos menores es el mismo, es decir, verse abandonados en un país extranjero, sin documentación y teniendo muchas posibilidades de ser víctimas de tráfico, explotación, prostitución, delincuencia, drogas, etcétera.

¿Cabe mayor perversión de los valores que alberga el deporte? No lo creemos. Por ello, agregamos que los menores, por su debilidad y por estar en fase de desarrollo, deben ser el objeto de un tratamiento especializado. Ya hemos indicado que la protección de los menores por parte de la FIFA ha mejorado sustancialmente, pero ello no puede obstaculizar la realidad de que es insuficiente. Así, una buena regulación es,

---

<sup>338</sup> De gran interés fue el tratamiento de este grave problema en las Jornadas sobre menores y deporte profesional que se celebraron el día 13 de junio de 2014 en Vitoria/Gasteiz, organizadas tanto por la Asociación de Federaciones de Álava y la Asociación Vasca de Derecho Deportivo. E igualmente enjundioso fue, por un lado, la emisión de la película “Diamantes negros”, dirigida por Miguel Alcantud, debido a que refleja magistralmente la triste realidad de las transferencias de muchos menores que no son calificables más que como delito de trata. Y, por otro lado, la intervención de la abogada Mónica García, representante, entre otros jugadores, de Leo Messi, con su conferencia sobre los menores ante el negocio del fútbol.

por un lado, la que erradica la actuación actual de muchos intermediarios o clubes consistente en obtener, muchas veces con engaños, los derechos de los menores o su representación con la única finalidad de lucrarse, y, en caso de no conseguirlo, abandonarlos. Sin duda alguna, quien actúa así, violando tan claramente y gravemente el interés del menor, es un delincuente<sup>339</sup>. Y, por otro lado, tras exponer estas conductas que suponen una perpetración del delito de trata, y que los menores deportistas sufren con tanta frecuencia, se aprecia claramente que una buena regulación es también la que asegura una responsabilidad civil extracontractual satisfactoria. Sin duda, ahora que conocemos la gran gravedad de este primer delito analizado observamos claramente la importancia que tiene el objetivo de este estudio, es decir, analizar si la responsabilidad civil derivada del delito es satisfactoria para que todos los menores que sean víctimas sean tanto reparados como prevenidos para el futuro, y los responsables sancionados.

## *ii. Los delitos de índole sexual*

Para la finalidad de nuestro estudio también resulta imprescindible prestar gran atención, por desgracia, a una de las lacras de mayor gravedad y que más padecen los menores cuando lo que pretendían era disfrutar de su deporte favorito, es decir, la de los delitos de índole sexual<sup>340</sup>. Y la verdad es que es un asunto complejo por el hecho de que, junto a la alta gravedad de estos delitos, suelen verse involucrados muchos sujetos como los menores, su familia, los entrenadores, los clubes, las federaciones, los árbitros, etcétera. Para que seamos plenamente conscientes de esta cruda realidad, debemos precisar que la referida alta gravedad se debe a que lo que se menoscaban son bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia y a que, a su vez, precisamente es el deporte la actividad que alberga un valor socializador que es inmenso y que se basa

---

<sup>339</sup> Para todo lo que hemos expuesto tras la definición y diferenciación de las dos modalidades del delito de trata, véase: I. M. Gómez Padilla, *supra op. cit.* nota 336, pp. 115, 116, 117, 121 y 122.

<sup>340</sup> Según las conclusiones alcanzadas por el Consejo de Europa tras estudiarlo, en Europa son víctimas de alguna modalidad de abuso sexual nada más y nada menos que uno de cada cinco menores. Pese a prestar una gran atención a los derechos y a las garantías, las sociedades europeas no sólo aún padecen en alto grado esta lacra que se extiende a cualquier ámbito (familiar, deportivo, escolar...), sino que cada vez ha ido a más por la existencia de las nuevas tecnologías. Así pues, sin duda alguna, es una de las amenazas con mayor peligrosidad a las que se ven sometidas las organizaciones deportivas y cualquier persona que quiere practicar deporte con buena fe. [Para la precisión expuesta en esta nota, véase: R. López Martínez y J. L. Fernández Fernández, «Los órganos de cumplimiento de las entidades deportivas y la prevención de los delitos sexuales cometidos sobre el menor de edad», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.), *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2020, pp. 146 y 147].



en un principio de universalidad al ir más allá tanto de las fronteras territoriales como de los obstáculos basados en el sexo, la ideología, la raza, la condición social, etcétera. De este modo, nada afecta el hecho de que este tipo de daños se produzca en el deporte aficionado o en el profesional puesto que lo más importante es el interés superior del menor.

Por lo demás, conviene mucho que sepamos que la conculcación de la libertad y de la indemnidad sexual del menor es uno de los dos focos principales de criminalidad que existen en el fútbol infantil y base federado. Lo dicho es un dato que consideramos muy conveniente resaltar y, por ello, lo que a continuación vamos a exponer es plenamente extrapolable a cualquier otra disciplina deportiva en el que se cometan este tipo de delitos, más si se tiene en cuenta, como hemos indicado, que lo decisivo es que se respete el interés superior de todos los menores.

Adentrándonos en la descripción de este tipo de delito, además de indicar que realmente es muy preocupante por constituir uno de los ataques más graves que quepa imaginar al desarrollo e integridad del menor, lo cierto es que de la jurisprudencia que ha sido elaborada para juzgar y castigar estos delitos se identifica un patrón. En efecto, se trata del técnico responsable, más conocido como entrenador, el cual, valiéndose de su posición al igual que lo que suele suceder en la comisión de estos delitos en otros ámbitos como el escolar y el doméstico, menoscaba muy gravemente la libertad sexual de los menores con los que desarrolla su función deportiva.

Y, para erradicar estos actos delictivos cuanto antes, debemos advertir que se ha de prestar toda nuestra atención por el hecho de que no es nada sencillo detectarlos rápidamente debido a que, como quiera que aún no ha desarrollado su sexualidad, el menor no es consciente de que está siendo víctima de una conducta tan horrible, o, en el caso de que sea consciente, el menor tiene miedo de que no se le tome en serio o no se le crea si se lo cuenta a su familia y/o autoridades. Estas circunstancias son las que han motivado también la particular regulación de la prescripción de estos delitos por el CP. Atención que, por lo demás, debemos calificar de imprescindible si tenemos en cuenta que estos daños no solo se circunscriben a las conductas físicas que castiga el CP, sino que conllevan efectos posteriores de gran envergadura y que son de índole psicológica.

En este sentido, las interacciones sociales del menor se ven también altamente socavadas como consecuencia de, en primer lugar, varias patologías que con gran probabilidad pueden sufrir en el tiempo inmediatamente posterior a la comisión del delito como son las conductas antisociales, baja autoestima, tendencias suicidas, delincuencia y depresión, y, en segundo lugar, otros efectos que se manifiestan a largo plazo y donde destacan una sexualidad minada por trastornos, una personalidad afectada por desórdenes, dificultades en la educación de los hijos, adicción a drogas, alcoholismo, estrés postraumático y revictimización. Y, por si fuera poco, todas estas consecuencias pueden ser más graves por la razón de que tienen su origen en el ámbito más lúdico y socializador de valores que existe, esto es, el deporte.

Con el fin de hacernos una mejor idea de en qué consisten estos actos, indicamos tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (en adelante SAP) 126/2013, de 10 de mayo<sup>341</sup>, como la Sentencia 92/2018, de 22 de febrero del TS<sup>342</sup>.

Ahora bien, ya hemos indicado que este tipo de delito es complejo, lo cual también se observa en el hecho de que hay otros comportamientos que se desmarcan del patrón habitual pero que cabe subsumirlos en dicho tipo. Piénsese en la condena que se impuso al Levante Unión Deportiva que, por su falta de diligencia, posibilitó que dos menores fotografiasen a otro mientras se duchaba. Sin duda, también debemos tenerlo siempre presente<sup>343</sup>.

A más abundamiento, si bien es cierto que estos daños se producen con gran frecuencia, también lo es, como ya sabemos muy bien, el hecho de que hoy en día existen diversos textos normativos, nacionales e internacionales, que recogen el principio del interés superior del menor con el fin, por entender que ha de regir la actuación de los poderes públicos, de que tanto su defensa como su protección queden

---

<sup>341</sup> En ella se condenó por la comisión de dos delitos de abusos sexuales a un entrenador que desarrollaba su labor en la categoría Infantil de Honor. Por cada delito, se le impuso una pena de cuatro años de prisión, así como una inhabilitación especial para trabajar en cualquier centro docente o deportivo de menores de edad.

<sup>342</sup> Se castigó al presidente y, a la vez, entrenador de un club sito en Sanlúcar por la perpetración de un delito continuado de agresión sexual con la pena de 14 años de prisión.

<sup>343</sup> Para lo que hasta ahora hemos expuesto sobre este tipo de daños, consúltese: C. Marroquín Romera e I. Muñoz Zamorano, «La protección de los menores en el fútbol: un enfoque desde el Derecho penal y la criminología», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.), *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2020, pp. 199 y 201–207.

garantizadas<sup>344</sup>. En este sentido, debido a que es muy beneficioso si lo que queremos es que las actuaciones dañosas que ahora estamos analizando no queden impunes y que la víctima sea resarcida, debemos recordar, a modo de ejemplo de entre más textos existentes, la ya citada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, con la misma rúbrica que la anterior<sup>345</sup>; y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007<sup>346</sup>. Además, a los mentados textos normativos se agregan las campañas que diversas instituciones llevan a cabo. Entre ellas, podemos destacar la que el CSD desarrolló en abril de 2018 junto a UNICEF<sup>347</sup>.

En suma, no debemos dejarnos llevar por utopías que ciegan para ver la auténtica realidad, la cual consiste en que el deporte se caracteriza por un fuerte contraste. En efecto, es un ámbito especialmente propicio o marco ideal tanto para lo positivo que se ha de proteger y donde destacan sus valores positivos de compañerismo, superación, hábitos de vida saludable y respeto, como para todo lo contrario, esto es, para que se

---

<sup>344</sup> R. López Martínez y J. L. Fernández Fernández, *supra op. cit.* nota 340, pp. 145 y 146.

<sup>345</sup> BOE nº 180, de 29 de julio de 2015.

La verdad es que esta ley resulta fundamental para el tipo de daños que ahora estamos tratando debido a que se refirió directamente, entre otros, a los delitos contra la libertad sexual. En este sentido, prevé que toda persona que conozca un hecho que puede ser un delito de esta modalidad debe hacérselo saber al Ministerio Fiscal. También establece que en caso de haber sido condenado por este delito no se puede ni acceder ni ejercer ninguna actividad o profesión que suponga estar de forma habitual en contacto con menores; para demostrar que no existe condena, se ha de aportar una certificación que es expedida al respecto. Por último, y en relación directa con lo que acabamos de apuntar, destaca la creación del muy relevante Registro Central de Delincuentes Sexuales, integrado en el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. En dicho registro se encuentra la identidad de los que han sido condenados por este tipo de delitos, así como su perfil genético. Además, conviene precisar que fue el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales (BOE nº 312, de 30 de diciembre de 2015) quien desarrolla reglamentariamente la propia ley, el cual ha contribuido altamente a que los daños que sufren los menores deportistas estén prevenidos. Por lo que a los extranjeros atañe, deben acreditar que no tienen condenas penales por estos delitos en su Estado de origen o del Estado del que sean nacionales. [Para lo ampliado en esta nota, véase: *Ibidem*, pp. 143 y 149].

<sup>346</sup> El Instrumento de Ratificación se encuentra en el BOE nº 274, de 12 de noviembre de 2010.

Sin duda, es otro texto normativo de gran relevancia debido a que fue el primer tratado internacional que se dirigía contra la violencia sexual que los menores sufren. En él encontramos prevención, protección a la víctima, procesamiento del perpetrador del delito y promoción de las colaboraciones, esto es, lo que se ha conocido como las cuatro pes. A título de ejemplo, conviene indicar que como medida preventiva se requiere una diligencia mayor a la hora de seleccionar, reclutar y formar a todos los profesionales que van a desarrollar su labor con menores. También la exigencia de la capacitación de dichos profesionales es mayor. Y, por si fuera poco, a ello se añadió la solicitud de que se establecieran criterios comunes con el objetivo que no peligrase la creación de un sistema punitivo caracterizado por su efectividad, proporcional y capacidad de disuasión, junto a un almacenamiento de los datos de los delincuentes condenados por delitos contra menores de índole sexual. [*Ibidem*, p. 144].

<sup>347</sup> Para más información: *Ibidem*, p. 145.

produzcan este tipo de delitos de índole sexual. La presencia de virtudes y amenazas es muy pareja<sup>348</sup>.

Por último, consideramos oportuno indicar algún que otro método y varios apuntes para tratar de lograr que este tipo de ilícitos no se produzcan. En este sentido, no cabe duda de que la evitación de situaciones y conductas que propician la comisión de estos delitos es una labor crucial. Para lograrlo, una de las mejores formas, si no la mejor, es que el órgano deportivo correspondiente sea el que prevea todo lo concerniente a los controles para acceder a unas instalaciones deportivas concretas, sobre todo aquellas que se caracterizan por tener un riesgo mucho mayor como pueden ser los vestuarios. Pero junto a estos lugares de mayor riesgo, conviene recalcar que la agresión puede perfectamente provenir de personas sobre las cuales el menor tiene confianza y/o a quienes debe respeto (en el 70–85% de los casos el agresor es una persona que la víctima menor conoce y en quien confía). Pero también pueden ser personas desconocidas que acceden a las instalaciones deportivas quienes cometan el delito. Ahora bien, también es cierto que no siempre el agresor es un adulto. En efecto, en no pocas ocasiones el agresor es otro u otros menores que desarrollan la actividad junto a la víctima, más aún hoy en día con la gran utilización de redes sociales, las cuales han facilitado la extorsión sexual. Pues bien, teniendo en cuenta todo ello, conviene mucho que los organismos deportivos con los que el menor está asociado elaboren tanto protocolos como códigos de conducta para implementar medidas de prevención con la finalidad de erradicar estos daños. Para terminar, se ha de saber que, a raíz de la introducción en el CP de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resultan fundamentales los órganos de cumplimiento de los organismos deportivos tanto para disuadir la comisión de estos delitos como para determinar la responsabilidad que les corresponde, llegando incluso hasta la exoneración, a los citados organismos en el caso de que se produzcan<sup>349</sup>.

En definitiva, al igual que en las demás conductas descritas con anterioridad a esta presente, ha quedado claro que en tanto que sociedad avanzada no podemos aceptar en ningún caso la inexistencia de una respuesta adecuada por parte del ordenamiento

---

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>349</sup> *Ibidem*, pp. 147–149.

jurídico en lo que a la responsabilidad civil derivada de los delitos atañe. De ahí el gran interés de la ineludible labor que constituye nuestro principal propósito: analizar si dicha responsabilidad es eficaz o, en su caso, se necesita realizar las reformas correspondientes. O, lo que es igual, si se implementa como estudiamos en la primera parte de este **Capítulo II** el interés superior del menor, el cual garantiza que toda interpretación que se haga de una norma conduzca a resultados satisfactorios; si no es así, es de temer que se está pasando por alto.

### C. La difamación o violencia verbal (junto a la violencia física)

Tras finalizar el apartado anterior, es el momento de comenzar el estudio del delito de difamación o violencia verbal. Y lo primero que debemos hacer saber es que, ahora y en el punto relativo al análisis de su responsabilidad civil extracontractual, nos vamos a centrar sobre todo en este otro delito referido sea quien sea el responsable del mismo. No obstante, como bien se observa en la rúbrica de este punto, también vamos a exponer la violencia física debido, por un lado, a que son raras las ocasiones en que acontece sola o, lo que es lo mismo, a que con una gran frecuencia se manifiesta o tiene lugar junto a la verbal y, por otro lado, a que como igualmente es de una gravedad máxima no podemos dejar de conocerla, ni desatenderla lo más mínimo, ni permitir su impunidad o una responsabilidad deficiente. Es decir, queremos aprovechar el estudio para abarcar la reparación, sanción y prevención de unos daños adicionales como son los que causa la mentada violencia física, más aún si se tiene en cuenta la habitualidad con la que acontece.

Apuntado lo anterior, en cuanto al delito de difamación o violencia verbal debemos reiterar que se diferencia de los delitos anteriores, el de trata y los de índole sexual, por las razones que al comienzo de esta parte del estudio, es decir, al comenzar el punto 2. 2. expusimos en la primera advertencia realizada. Para no ser redundantes, nos remitimos una vez más a dicha explicación, bastando ahora recordar solo que el delito de difamación es tratado por el Derecho internacional privado de forma muy distinta pese a estar contemplado también en el CP, es decir, la regulación de la responsabilidad civil extracontractual del mentado delito ha seguido una trayectoria

propia y, por ello, se han elaborado normas diferentes a las contenidas en el Reglamento Roma II. Es por ello que, en consecuencia, debemos estudiar los casos específicos al respecto. Por lo demás, con ello se disipan todas las dudas que genera esta situación acerca de que este delito también da lugar a una auténtica responsabilidad del tipo mencionado y, por ello, es claro que los menores deportistas tampoco pueden verse desamparados en estos casos. En definitiva, estamos ante otra modalidad distinta de responsabilidad civil extracontractual a que da lugar la comisión de este delito de difamación y es por ello que su análisis debe ser particularizado.

En fin, sirva lo dicho como apunte introductorio imprescindible para conocer la situación en la que nos encontramos, siendo lo necesario de ello ampliamente explicado en el punto correspondiente, es decir, el relativo al análisis de la referida responsabilidad cuando estos delitos sean perpetrados.

Por lo demás, consideramos que nunca está demás recordar la segunda advertencia de que es la responsabilidad civil extracontractual aparejada al delito el objeto principal de nuestro estudio. Ello con la finalidad de saber si es satisfactoria o no. Así, no es en la responsabilidad penal donde vamos a centrar nuestra atención.

Una vez expuesto todo lo anterior, es el momento adecuado para adentrarnos en el estudio de esta otra modalidad de conducta que causan daños en los menores deportistas.

Junto a los delitos de índole sexual, la violencia verbal y física es el otro gran foco de criminalidad que sufren los menores cuando practican deporte en general y en el fútbol infantil y base federado en particular. En efecto, las difamaciones, los insultos, las amenazas, las riñas y las agresiones físicas, por desgracia, son muy habituales.

Otra característica de estos delitos es que se pueden cometer de diversas maneras según quién sea el responsable. En efecto, podemos diferenciar dos modalidades de perpetrar estos delitos. Con la intención ahora de solo indicar, por considerarlo imprescindible, la existencia de la diversidad de posibles responsables siendo desarrollados en el lugar más oportuno, debemos saber que, por un lado, encontramos la

violencia que se perpetra en los campos o terrenos de juego. Y dentro de ellos rara es la ocasión en que los padres, referencia y ejemplo directo de sus propios hijos, no están involucrados, lo cual hace que sean más graves por ser el primer y más importante referente en que los hijos se fijan. Sin embargo, dentro de esta primera modalidad también las personas que acuden como público a contemplar un espectáculo deportivo pueden ser los perpetradores de la violencia verbal y/o física. Un buen ejemplo de ello son las conductas graves que consisten en las invasiones de campo y que suelen conducir a la producción de variados daños. Por otro lado, la segunda modalidad de estos delitos son los que tienen su origen en cualquiera de los diversos medios de comunicación que hoy en día existen, es decir, la prensa, la radio, la televisión, internet, etcétera. A este respecto, una primera conclusión clara que se extrae es que esta diversidad de posibles responsables tampoco podemos perderlo de vista puesto que tiene una gran importancia a la hora de determinar la responsabilidad civil extracontractual. Y es que no es lo mismo presentar una demanda frente a un grupo de *hooligans* que frente a un periódico. En el punto correspondiente haremos constar su importancia más exhaustivamente.

Debemos continuar la descripción del delito de difamación y la violencia física exponiendo cada modo de perpetrar estos delitos.

De este manera, en cuanto a la violencia perpetrada por los padres o por los titulares de la patria potestad del menor deportista que es víctima, se ha de saber que entre las víctimas, pese a que todas ellas sean menores deportistas, existen diferencias considerables. Ello es así pese a que con carácter general encontramos la que se denomina víctima ideal o inocente, la cual es un menor que sufre el acto violento, ya sea verbal o físico, y que se caracteriza por no poder ser responsable porque al no ser consciente no puede ni provocar ni buscar la agresión. Es decir, todo menor deportista que sea víctima es tanto el sujeto pasivo del ilícito penal como quien recibe la protección pública al haber sido conculcado alguno o varios de sus bienes jurídicos. Pero pese a ello, las víctimas se diferencian según quién sea el responsable debido a que no es lo mismo que lo sea como consecuencia de actos llevados a cabo por otros menores deportistas (éstos también pueden ser los responsables que se añaden a los que ya hemos indicado), a que lo sea, lo cual es el patrón habitual que se ha identificado,

como consecuencia de los actos llevados a cabo por parte de sus propios progenitores o titulares de la patria potestad. Por su habitualidad y gravedad, al respecto de éste último caso debemos subrayar que no cabe duda de que la mentada patria potestad, según como la define el CC, se conculca gravemente, no pudiéndose calificar de otra manera que de auténtica tragedia la perpetración de estos delitos por adultos frente a menores. Y es que no debemos olvidar que es el propio hijo del responsable quien recibe una influencia directa y negativa por parte del titular de la patria potestad. De ello se extrae una clara conclusión como es que el daño es doble cuando es algún progenitor el que ha realizado los actos que provocan los citados daños. En efecto, junto al hecho de la violencia misma, nos referimos tanto a la verbal como a la física, encontramos al menor que es testigo inmediato de que la persona que está realizando aquélla es precisamente el titular de su patria potestad. Es decir, sólo podemos calificar de negativa y destructiva la influencia que el progenitor causa sobre su propio hijo. Y, como quiera que ello también menoscaba gravemente la educación, todos los miembros de la sociedad deberíamos reflexionar y debatir para encontrar una solución satisfactoria, sobre todo si tenemos en cuenta que con sólo la punición, rechazando toda medida preventiva y educativa, a donde se llega es al fracaso<sup>350</sup>.

Tras apuntar lo anterior, y con el fin de que toda la violencia perpetrada por los progenitores o titulares de la patria potestad sea identificada mejor y, por ende, diferenciada de la que es perpetrada tanto por las personas del público como por los medios de comunicación (a ambas haremos referencia a continuación), consideramos oportuno hacer una breve alusión a una pequeña parte de la jurisprudencia que se ha ocupado de la misma. Y pese a que en concreto versa sobre la violencia física, es sumamente necesario y conveniente conocerla no solo para saber a qué nos estamos refiriendo con violencia física sino también porque muestra muy bien algunos de los contextos en que la otra violencia que más nos interesa ahora, la verbal o difamación, surge y acontece. En efecto, rara es la ocasión en que la violencia física no va precedida y/o acompañada y/o seguida de la verbal. A buen seguro se puede afirmar que en la inmensa mayoría de casos no se da la violencia física sin la verbal, así como que la violencia verbal, en cambio, es más probable que pueda darse en soledad sin llegar a la

---

<sup>350</sup> Lo indicado, así como una exposición más exhaustiva, en: C. Marroquín Romera e I. Muñoz Zamorano, *supra op. cit.* nota 343, pp. 210–212.



física, aunque no sea así con gran frecuencia. Todo ello es la razón principal de que resulte conveniente analizar ambas en el mismo apartado.

Así pues, en primer lugar, la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Ourense, a través de su sentencia 83/2019 de 25 de marzo, juzgó a uno de los padres de los menores que estaban jugando un partido de fútbol porque al finalizar éste se dirigió al árbitro para recriminarle en alta voz la amonestación a su hijo, lo cual se agravó cuando, tras haberle respondido el árbitro que diera educación a su hijo, el padre no solo se encaró sino que empujó al árbitro cometiendo un delito leve de lesiones. Por su parte, la AP de Albacete tuvo que juzgar unos hechos con un resultado más grave que el anterior mediante su sentencia 106/2019, de 19 de marzo. En esta ocasión, un padre de un jugador menor se adentró en el terreno de juego y dio un puñetazo en la cara a otro menor tras producirse un choque en el desenvolvimiento del juego. Por desgracia, se suelen producir hechos más violentos aún, más graves, como la brutal paliza que se le propinó a un menor de edad y que juzgó el Juzgado de lo Penal nº 5 de Cádiz. Por último, como ya hemos advertido, si bien lo habitual es que el menor sea la víctima directa o indirectamente, ello no significa que en alguna que otra ocasión sea el responsable de la violencia. Un buen ejemplo lo constituye el caso que tuvo que conocer y resolver la AP de Barcelona con su sentencia 76/2019, de 5 de febrero, y que consistió en la condena con la medida de seguridad por tiempo de 9 meses de libertad vigilada a un menor que fue considerado el autor de un delito menos grave de lesiones tras haber dado, a lo largo de un partido de fútbol, un puñetazo en la cara a otro jugador menor del equipo rival sin que se pueda considerar un lance fortuito del juego al estar el balón alejado, lo cual, junto a la ignorancia de los motivos, hace que se observe una clara intención de dañar la integridad física<sup>351</sup>.

En segundo lugar, otros apuntes se han de realizar sobre la perpetración de la violencia verbal y/o física por parte de las personas que acuden como espectadores. Y la verdad es que, para conocer plenamente sus comportamientos más dañinos, resulta muy beneficioso recordar unas reflexiones de Freud acerca de la psicología de las masas y la persona individual. En otras palabras, ello nos permite saber las causas que llevan a muchas personas, sobre todo a las que asisten a contemplar un espectáculo deportivo, a

---

<sup>351</sup> Para estos casos destacados de la jurisprudencia, véase: *Ibidem*, pp. 209 y 210.

la realización de estos comportamientos. Así, el referido autor expresó que es al estar integrado en una multitud cuando en el individuo nace un sentimiento de potencia invencible, y cuya consecuencia es claudicar ante los instintos. Y precisó que dicha claudicación se da en gran medida debido a que, al ser anónima e irresponsable la multitud, desaparece en él el sentido de la responsabilidad. Con otras palabras, hay muchas posibilidades de que el individuo que está integrado en un grupo no pueda reprimir los referidos instintos. En suma, con lo dicho se aprecia que se trata de una violencia, tanto en su modalidad verbal como física, que, debido a como actúan las masas basándose en el anonimato, la inconsciencia y un sentimiento de invencibilidad, se comete frecuentemente y, por ende, no cabe concluir sino que es muy relevante el hecho de que la legislación vigente responda adecuadamente en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual cuando se producen daños como consecuencia de dicha violencia. Analizar si ello es así y, en caso negativo, realizar las propuestas oportunas para corregirlo es el fin último de todo este apartado. En fin, la inexistencia de dicha regulación sería algo muy grave debido a que no se estaría atendiendo a un gran problema de nuestros días<sup>352</sup>.

Pero aún no hemos terminado con la violencia que proviene de las personas que forman el público de un evento deportivo. Y es que, para evitar que cualquier acto de este tipo quede impune por no habernos enterado de su existencia, conviene saber que el ámbito principal en que se manifiesta no es solo el deporte profesional sumamente mediático y en el que muchas cámaras graban prácticamente todo lo que acontece con gran detalle, sino también, principalmente por la edad de los menores, el deporte federado que al no ser mediático muchas cosas que acontecen son ignoradas por el resto de la sociedad. Recalcar lo dicho de manera expresa es muy necesario puesto que, aunque se puede atisbar la existencia de lo que ocurre también en el deporte federado con la jurisprudencia que hemos expuesto sobre la violencia perpetrada por los padres, el deporte profesional es tan mediático que en muchas ocasiones hace que se olvide o se pase por alto el deporte federado que queda totalmente eclipsado. Y a todo lo anterior también debemos agregar que, por supuesto, la violencia verbal y física posee distintas características según sea en un ámbito o en otro donde acontezca.

---

<sup>352</sup> Para lo expuesto hasta aquí, ha sido consultada también: *Ibidem*, pp. 207–209.

De este modo, lo dicho, junto a lo que ya hemos expuesto, nos obliga, por convenir mucho al logro de una respuesta satisfactoria por parte de la legislación sobre responsabilidad civil extracontractual y establecer medidas de prevención apropiadas que traten de soslayar estos actos al concienciar de que se trata de un grave problema, a comprender previamente los dos ámbitos referidos y las circunstancias concretas.

Así, por ser el ámbito, por razones obvias debido a su edad, donde los menores sufren más este tipo de violencia, debemos comenzar indicando los elementos de ella cuando es en el fútbol federado donde acontece. Y lo primero que cabe decir es que cualquier partido no resulta una ocasión suficiente para que estalle la violencia, cuya mejor prueba confirmatoria es el hecho de que es muy raro que antes del partido correspondiente se produzcan altercados. En segundo lugar, no hay ningún tipo de coordinación entre grupos violentos, es decir, que las acciones violentas se realizan individualmente. Junto a lo anterior, destaca también el hecho de que lo que genera la violencia es un comentario, un lance del partido o la intervención del árbitro. Otro rasgo típico es que quienes cometen el acto violento suelen ser varones que ya han superado la juventud (no como ocurre en los grupos ultra). Evidentemente, esto es decisivo a la hora de determinar las consecuencias tanto desde el punto de vista penal y criminológico como de la responsabilidad civil que conlleva, y que es lo que realmente nos interesa con el presente estudio. En consecuencia, no se aprecia ninguna subcultura delictiva como, por ejemplo, la que es propia de los *hooligans*. En penúltimo lugar, se observa una relación inmediata entre las emociones y al acto dañoso, la cual es probable que se explique en cuantiosos casos por la frustración que los perpetradores sienten en relación con sus propios hijos. Y para terminar, este fenómeno sólo está circunscrito al ámbito local<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> Debido a que con mucha menor frecuencia por la edad el menor sufre también esta violencia en el fútbol profesional (los jugadores profesionales menores no son tantos porque tienen en general 17 o 16 años) es por lo que es en la presente nota al pie donde vamos a indicar sucintamente los elementos que la caracterizan. De este modo, una diferencia es que ahora sí se considera que cualquier partido es una buena ocasión para que se cometan actos violentos, cuya mejor prueba son los múltiples altercados violentos provocados por masas de hinchas. En consonancia con ello, los enfrentamientos son entre grupos que suelen haber planificado todo e insisten en la violencia. Con lo dicho es suficiente para justificar la violencia; no es necesario ningún otro motivo. El prototipo de persona que participa en estas agresiones es ser varón y joven. Además, están integrados en diferentes grupos identificados que han dado lugar a una subcultura. De su análisis, se ha observado que son motivos de índole emocional y hedonista los que llevan a estos actos violentos, es decir, no se trata de una violencia ni instrumental ni racional. Por último, la gravedad es mayor debido a que esta violencia es transfronteriza. [Para lo expuesto en esta nota, así como en el texto principal acerca de los diferentes elementos de este tipo de violencia en el ámbito federado y en el profesional, consúltese: *Ibidem*, pp. 212–214].

Por lo demás, como colofón a la violencia verbal y física que se lleva a cabo por personas que acuden a ver encuentros deportivos debemos realizar una advertencia que resulta también crucial para nuestro objetivo. En efecto, en todo caso, no es nada fácil obtener una respuesta satisfactoria en los órganos jurisdiccionales por el hecho de que, por lo que hemos expuesto sobre las masas de gente o grupos numerosos de personas, son muy complejas tanto las cuestiones probatorias como identificar a los responsables por el caos que conllevan los tumultos. De lo cual, por cierto, se aprovechan para cometer las agresiones. Así, la verdad es que es un gran problema que puede encontrar una única solución en las nuevas tecnologías al estar al alcance de todos<sup>354</sup>.

Ahora sí, en tercer lugar y como habíamos adelantado debemos realizar los breves apuntes sobre la otra modalidad de esta violencia como es la que proviene de los medios de comunicación y que, como resulta evidente, se circunscribe solo a la violencia de índole verbal. Sin duda, conocer en qué consisten dichas conductas también es imprescindible a la hora de que todo menor deportista esté protegido satisfactoriamente. Y es que pese a que tiene muchos elementos en común con la difamación que tanto los padres como el público perpetra, también tiene sus elementos particulares por ser los medios de comunicación los responsables. Básicamente, estas otras conductas consisten en noticias o informaciones que los diversos medios de comunicación emiten y que conculcan los derechos al honor, a la intimidad, a la integridad y a la personalidad de, en este caso, los menores deportistas. Y el que sea necesario que el ordenamiento jurídico prevea una satisfactoria responsabilidad civil extracontractual se observa en el hecho de que la concurrencia de elementos de internacionalidad es prácticamente segura, no solo por la ya estudiada dimensión inherentemente internacional del deporte sino porque los medios de comunicación, sobre todo hoy en día, tienen una difusión y alcance extremos. Por eso, es habitual que un medio de comunicación situado en algún Estado emita una noticia que difame a un jugador cuyo Estado de origen es otro, además de que este mismo jugador puede estar jugando en otro tercer Estado distinto a donde se encuentra el medio de comunicación y distinto de su Estado de origen. Es decir, la casuística es altamente variada y, por ello, se ha de analizar caso por caso. Más aún si se tiene en cuenta que dicha variedad no solo se da en lo expuesto sino también por la regulación

---

Otro texto muy beneficioso a este último respecto es el siguiente: A. Hans-Jörg, «Violencia y deporte. Fenomenología, explicación y prevención», *Revista Penal*, nº 7, 2001, pp. 25–39.

<sup>354</sup> C. Marroquín Romera e I. Muñoz Zamorano, *supra op. cit.* nota 343, p. 208.

actual de esta cuestión donde concurren las diferentes legislaciones de los Estados<sup>355</sup>. Pero ello no es un obstáculo para el interés superior debido a su flexibilidad que le capacita para buscar una respuesta adecuada ante cualquier circunstancia.

Pero dejando ahora a un lado lo concerniente a la regulación de esta cuestión, que se analizará en un punto próximo, ahora debemos exponer en qué consisten básicamente estas conductas de difamación por parte de los medios de comunicación. En este sentido, reiteramos que se ha de tener en cuenta que lo que con estas conductas se conculcan son aquellos derechos de la personalidad que suponen un límite tanto a la libertad de expresión como de información, esto es, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Y la verdad es que en los últimos años se ha producido un auténtico incremento de estas conductas dañinas debido a la invención de la tecnología más avanzada<sup>356</sup>. Lo cual hace que la situación sea de gran gravedad puesto que no debemos pasar por alto que otro de los derechos que los menores deportistas sufren cuando los medios de comunicación se extralimitan en sus derechos a la libertad de expresión y de información es precisamente el derecho a la vida privada.

En relación con lo anterior, es muy importante concretar la exposición indicando qué se entiende por difamación en estos casos. Este atentado cometido por los medios de comunicación al derecho a la vida privada se caracteriza por poseer varios elementos característicos como son que se ha realizado una declaración calificable de difamante, que la misma ha sido publicada y que el demandante se identifica como la persona que ha sido difamada.

Pero para completar dicha definición, además de que es nuestro caso, resulta imprescindible conocer la regulación de España al respecto. Así, los ciudadanos pueden obtener protección para no sufrir difamación tanto con el CP como con la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

---

<sup>355</sup> Sin duda alguna, se trata de un problema que se caracteriza por su gran amplitud y gravedad. Si bien más adelante volveremos a ella más exhaustivamente a la hora de extrapolar la legislación al respecto sobre la responsabilidad civil extracontractual, ahora conviene indicar que un muy buen estudio a este respecto con propuestas muy sugerentes para su resolución se encuentra en la siguiente obra: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *supra op. cit.* nota 329.

<sup>356</sup> *Ibidem*, pp. 13 y 14.

propia imagen<sup>357</sup> (en adelante, LOPHII). Por lo que atañe a la referida ley, protege civilmente dichos derechos. De este modo, en su artículo 7 encontramos la definición de la difamación, es decir, es la imputación de juicio de valor mediante expresiones o acciones que merman la dignidad de una persona concreta y, en consecuencia, su reputación se ve disminuida y su amor propio atentado. Por su parte, en el artículo 9.2 se determina que la protección civil que dispensa consiste en la condena a abonar la indemnización que corresponda por los daños infligidos. Y dicha indemnización alcanzará también a los daños de índole moral y será proporcional tanto con las circunstancias que el caso en cuestión tenga como con la gravedad de la lesión. Además, el apartado tercero de dicho artículo 9 prevé una presunción como es la de que cuando está claro que se ha producido una intromisión ilegítima se puede afirmar la existencia de un perjuicio<sup>358</sup>.

A modo de colofón, deseamos expresar que si bien con la descripción de estas últimas conductas consistentes en violencia verbal y/o física basta y sobra para comprender tanto la necesidad de la existencia de una satisfactoria responsabilidad civil extracontractual para asegurar la reparación, la sanción y la prevención de las mismas como la justificación del presente estudio para dilucidar si ello ocurre así o, en cambio, es necesario realizar las reformas oportunas que corrijan los posibles defectos de la legislación vigente, más aún cabe entender que así es si tenemos en cuenta otra cuestión que no podemos pasar por alto como es la de los daños que producen en los menores, así como la infracción de muchos artículos de los textos normativos más importantes que están en vigor. Así, a continuación comenzamos a exponer la mentada otra cuestión.

---

<sup>357</sup> BOE nº 115, de 14 de mayo de 1982.

<sup>358</sup> Para la regulación de esta materia en nuestro Estado, consúltese: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *supra op. cit* nota 329, pp. 53 y 54.

Aprovechamos la nota para enriquecer la definición haciendo saber cómo la han conceptualizado algunos Estados de la UE. El Ordenamiento jurídico francés considera que para que haya difamación ha de haber sido realizada en una declaración pública, (ya sea mediante palabra impresa, dibujos o con cualquier forma de imagen), haya sido publicada mediante cualquier medio de comunicación de distribución impresa (libros, revistas, periódicos, etcétera), o mediante cualquier soporte de imágenes o voces (internet, televisión, radio, cine, etcétera) [Para esta definición de la difamación, consúltese: *Ibidem*, p. 44]. Por su parte, en el Reino Unido la difamación solo es considerada en el caso de que pueda basarse en el interés público. Es decir, un reportaje hecho por un medio de comunicación se estima que es defensa cualificada en el caso de que sean informadas materias de interés público y los citados medios de comunicación tengan legítimo interés en hacerlo. Lo cual significa que para que dicha calificación sea adquirida deban concurrir varios criterios como son que la alegación sea seria, que la información verse sobre el ámbito público, credibilidad y la exigencia de todo tipo de pruebas para demostrar que es una información cualificada [*Ibidem*, p. 48].

### 2. 2. 2. Los daños que los menores deportistas sufren

Pero con la exposición anterior de muchas de las conductas que suceden y que padecen los menores deportistas en la realidad no hemos terminado ni mucho menos, sino que ahora debemos realizar una labor que, porque, entre otras cosas, tanto al posibilitar que esté fundamentado y justificado nuestro posterior recurso a la norma de conflicto o a la norma imperativa o a la norma de orden público que corresponda en lo atinente a la responsabilidad civil extracontractual que es el objeto principal de nuestro estudio, como al tener que ser apropiada el tipo de protección que merece cada menor, es fundamental (la labor decíamos) y que consiste en la descripción o denominación de los daños que son las consecuencias extracontractuales que se derivan de las conductas descritas y que sufren los menores deportistas. En otras palabras, debemos tener muy claro qué previsiones y de qué textos normativos son las que exactamente se han infringido, esto es, qué concretos principios o valores de los que expusimos en el **Capítulo I** y en lo que llevamos de este **Capítulo II** han sido conculcados. Solo de este modo poseeremos la razón (o motivo) por la cual, por ejemplo, podemos solicitar una indemnización en concepto de responsabilidad civil extracontractual a un club deportivo por el hecho de que el menor se ha visto afectado negativamente en su educación al dejar de asistir al colegio.

Pues bien, a continuación vamos a ir exponiendo y describiendo los daños agrupados por materias o derechos más principales, los cuales, además, se clasifican en dos grupos puesto que algunos son comunes a todas las conductas descritas mientras que otros son específicos de alguna o algunas conductas. La razón de la ordenación por materias o derechos es que cada cual tiene aparejada una responsabilidad particular, es decir, son diferentes. En otras palabras, pese a la indudable relación o puntos en común que muchas de ellas albergan entre sí, no es menos cierto que se diferencian decisivamente tanto en la indicada responsabilidad como en las normas o artículos a que debemos recurrir y sobre todo, por ser decisivo, alegar ante el órgano jurisdiccional competente si lo que queremos es solicitar y obtener la reparación, la sanción y la prevención en que consiste nuestro objetivo de la responsabilidad civil extracontractual. De este modo, en el caso de que nos encontremos inmersos en un procedimiento jurisprudencial concreto debemos saber tanto qué daños o materias afectadas queremos

denunciar como los artículos que las regulan. Ello es fundamental para obtener la responsabilidad civil extracontractual. Así pues, pese a que en alguna ocasión se pueda pensar que otros derechos también se ven afectados por una conducta concreta, no debemos olvidar que nuestro objetivo es lograr la efectividad de dicha responsabilidad civil extracontractual que surge y, por ende, cabe reiterar que tenemos que tener claridad sobre qué materias en concreto se han visto mermadas en un caso concreto, qué daños concretos han producido y qué artículos debemos alegar. Esto es, lo dicho no podemos confundirlo ni mezclarlo con otras materias o derechos que en realidad corresponden a otro tipo de daños o conductas.

#### A. Daños generales o comunes

##### *i. El Derecho a la educación*

En primer lugar, para reclamar la responsabilidad civil extracontractual que de las conductas descritas se deriva, debemos saber que al verse gravemente menoscabada la educación de los menores se están quebrantando diversas previsiones de varios textos normativos y, por lo tanto, se han de alegar.

Sin duda alguna, son los artículos 28 y 29 CDN los que resultan cruciales aquí. En cuanto al primer precepto, en el apartado inicial se reconoce el derecho a la educación que todo niño tiene, a lo cual añade varias previsiones a cumplir por los Estados partes con el fin de que pueda ejercerse tanto de manera progresiva como en igualdad de oportunidades. De entre dichas previsiones destaca la implantación de la enseñanza primaria obligatoria y gratis para todos; el fomento del desarrollo y acceso a la enseñanza secundaria, general y profesional; y posibilitar que todos puedan acceder a la enseñanza superior. Pero es que además el apartado segundo prevé que dichos Estados partes han de tomar las medidas apropiadas que aseguren que la educación es ofrecida respetando la dignidad humana de los niños, así como las demás previsiones de toda la CDN. Por lo demás, debemos recordar la alusión a la dignidad humana que se hace en el apartado segundo.

En cuanto al segundo precepto, el 29, podemos decir que también se ve



gravemente violado por las consecuencias que hemos descrito debido a que establece que la educación del niño deberá tener como puntos cardinales de orientación los siguientes. El desarrollo de la personalidad, la capacidad física y mental, y las aptitudes de cada niño lo más que se pueda; la inculcación del respeto tanto por los Derechos fundamentales como por las Libertades fundamentales, así como por los principios que la Carta de la ONU ha consagrado; y la enseñanza del respeto de los valores de su propia nación y cultura, así como de las demás; y preparar a los menores para que sean capaces de ser responsables ante la vida desarrollada en una sociedad libre, además de poseer comprensión, tolerancia, paz, igualdad y amistad.

Asimismo, sobre esta cuestión tan trascendental de la educación, no podemos olvidar tampoco el artículo 26 DUDH por el hecho de que reconoce que aquella es un derecho que tiene toda persona, así como que entre sus objetivos se encuentran tanto que todos desarrollen completamente su personalidad como que el respeto de los Derechos fundamentales y de las Libertades fundamentales sea más vigoroso. Es decir, es un precepto que insiste en los objetivos humanitarios que dicha educación tiene.

Pero aún no hemos terminado, sino que se han de alegar más preceptos de otros textos normativos. Es el caso de la violación del Derecho fundamental a la práctica del deporte que poseen en virtud del artículo 1 de la CIUNESCO de la educación física y el deporte<sup>359</sup>. Y si bien en un principio puede extrañar que así sea puesto que se puede

---

<sup>359</sup> Artículo 1 – La práctica de la educación física, la actividad física y el deporte es un derecho fundamental para todos: 1.1 Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física, la actividad física y el deporte sin discriminación alguna, ya esté ésta basada en criterios étnicos, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o cualquier otro factor. 1.2 La posibilidad de desarrollar el bienestar y las capacidades físicas, psicológicas y sociales por medio de estas actividades debe verse respaldada por todas las instituciones gubernamentales, deportivas y educativas. 1.3 Se han de ofrecer posibilidades inclusivas, adaptadas y seguras de participar en la educación física, la actividad física y el deporte a todos los seres humanos, comprendidos los niños de edad preescolar, las personas de edad, las personas con discapacidad y los pueblos indígenas. 1.4 La igualdad de oportunidades de participar e intervenir a todos los niveles de supervisión y adopción de decisiones en la educación física, la actividad física y el deporte, ya sea con fines de esparcimiento y recreo, promoción de la salud o altos resultados deportivos, es un derecho que toda niña y toda mujer debe poder ejercer plenamente. 1.5 La diversidad de la educación física, la actividad física y el deporte es una característica básica de su valor y atractivo. Los juegos, danzas y deportes tradicionales e indígenas, incluso en sus formas modernas y nuevas, expresan el rico patrimonio cultural del mundo y deben protegerse y promoverse. 1.6 Todos los seres humanos deben tener plenas posibilidades de alcanzar un nivel de realización correspondiente a sus capacidades e intereses. 1.7 Todo sistema educativo debe asignar el lugar y la importancia debidos a la educación física, la actividad física y el deporte, con miras a establecer un equilibrio y fortalecer los vínculos entre las actividades físicas y otros componentes de la educación. Debe también velar por que en la enseñanza primaria y secundaria se incluyan, como parte obligatoria, clases de educación física de calidad e

pensar que estos niños, aunque sea bajo condiciones inaceptables, sí practican deporte, no consideramos que dicha postura sea aceptable en ningún caso debido a que no hay que olvidar un aspecto clave de dicho Derecho fundamental como es que el mismo es una parte decisiva tanto del derecho a la educación que también tienen los menores. Más concretamente, en dicho texto se deja claro que para la educación permanente que es parte del sistema general de la educación resultan ingredientes imprescindibles el deporte y la educación física, y, en consecuencia, su aseguramiento ha de ser pretendido por los Estados cuando elaboran los planes educativos.

Igualmente, las consecuencias sobre la educación que se derivan de una mala práctica del deporte llevada a cabo con las conductas descritas también acarrea como daño en los menores el menoscabo de las previsiones contenidas en la Resolución 58/5. En efecto, el haberse visto mermada la educación de estos menores supone la más clara conculcación de lo que prevé el artículo 1.e) de que el deporte y la educación física han de ser promovidos para ser un instrumento de precisamente educación, además de salud y de desarrollo social y cultural. También dicha Resolución impone a todos los Estados la obligación de que en el sistema educativo incluyan la educación física para que el ejercicio en igualdad de condiciones de dicho derecho quede asegurado. Asimismo, conviene recordar que en su Preámbulo advierte que los jóvenes deportistas están amenazados por varios peligros entre los que se encuentra el trabajo infantil, el exceso de entrenamiento y la comercialización que llega hasta la explotación. Por lo demás, no es menos cierto que tampoco se garantiza que dichos menores deportistas no sufran menoscabo ni de su integridad moral y física ni de su seguridad.

Por último, no podíamos dejar de hacer referencia al artículo 29.1.a) CDPD a que hicimos referencia en su lugar apropiado del **Capítulo I**. Así pues, ya sabemos que dicho precepto consagra un gran vínculo entre el deporte y la educación al ordenar que los Estados partes convienen en que la finalidad de dicha educación de los menores es el desarrollo de su personalidad, sus aptitudes y su capacidad física y mental todo lo posible. De este modo, con todo lo anterior reiteramos que, tal y como se entiende a nivel internacional, el derecho a la educación física no se puede concebir sino como una

---

incluyentes, preferiblemente a diario, y por que el deporte y la educación física en la escuela y en todas la demás instituciones educativas formen parte integrante de las actividades cotidianas de los niños y los jóvenes.

parte decisiva del derecho a la educación de los menores.

En definitiva, es más que claro que todas las conductas descritas erradican totalmente los valores del deporte y que son tan importantes para la educación. Por ello, cualquier conculcación se ha de reparar, sancionar y prevenir sin duda alguna tomando las decisiones que sean adecuadas por implementar el interés superior del menor.

### *ii. El Derecho a la vida*

Debemos comenzar con el artículo 6 CDN debido a que en todos los casos descritos se conculca tanto el derecho intrínseco a la vida que reconoce a todo niño como la obligación que impone a todos los Estados partes de que estén aseguradas la supervivencia y el desarrollo de los niños. Y no podemos seguir de otro modo que aludiendo tanto al artículo 3 DUDH por consagrar el derecho de todas las personas a la vida, además de a la seguridad (al igual que el artículo 5 CEDH), como al artículo 2 CEDH que prevé idéntico derecho a la vida.

Otros preceptos trascendentales en este punto son, por un lado, el 27 CDN por la razón de que consagra el derecho de todos los niños a gozar de la vida a un nivel apropiado para que se desarrollen en varias facetas como son la moral, la mental, la física, la social y la espiritual. Igualmente encontramos en la DUDH el artículo 25, el cual vincula este derecho con el de la salud al disponer que el nivel de vida ha de ser adecuado para proporcionar salud, bienestar y demás cuestiones capitales.

### *iii. El Derecho a la salud*

La salud es otra de las materias sobre la que versan estos daños comunes y que se concreta en otras previsiones conculcadas de los textos normativos y, por ende, no se han de pasar por alto para alcanzar nuestro objetivo de una responsabilidad civil extracontractual satisfactoria. Así pues, este daño también se observa en que la práctica del deporte tal y como ha sido descrita con las conductas conculca, para comenzar, los que sin duda alguna son dos de los textos normativos más importantes, es decir, la CDN

y la DUDH. Respecto a la salud, debemos hacer alusión al artículo 19 CDN que versa sobre la protección de los niños frente a los malos tratos. Para lo que ahora nos interesa, del mismo debemos resaltar que tiene por objetivo que los menores no sufran, entre otras cosas, cualquier forma de perjuicio o abuso físico y mental, tratos o descuidos negligentes, y explotación. Por ello impone a los Estados partes la obligación de elaborar e implementar las medidas de índole legislativa, administrativa, social y educativa que sean necesarias.

Pero es el artículo 24 CDN el que se centra de una manera más concreta sobre esta materia, la salud, y sobre los servicios médicos. Y si bien estas prácticas deportivas no abarcan todo lo previsto en él, sí que alcanza a varias previsiones que resultan menoscabadas como es el caso de que los niños no ven cumplido su derecho a disfrutar de la salud en su más alto nivel posible. Igualmente cabe traer a colación, por un lado, su apartado segundo que establece que los mentados Estados partes tendrán que adoptar las medidas necesarias para asegurar este derecho y para lograr varios objetivos entre los cuales se encuentra el de combatir las enfermedades, además de que, en concreto, la letra e) de dicho apartado dispone que todos los sectores de la sociedad sin excepción deben, entre otras cosas, tanto conocer los principios básicos de la salud infantil como tener acceso a una apropiada educación. Asimismo, por otro lado, tampoco podemos olvidar los apartados 3 y 4 que disponen, respectivamente, que los Estados partes han de dirigir sus actuaciones a la erradicación de todas las prácticas que socaven la salud infantil, y que además han de fomentar la cooperación entre los Estados para que este derecho sea implementado plenamente.

Pero no sólo lo anterior, sino que, como muy bien lo recordó en su informe el Defensor del Pueblo español, rubricado “*La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*” (elaborado en Madrid en el año 2012 y que es extensible a todos los daños y no solo a los que se refirió)<sup>360</sup>, también debemos traer a colación el artículo 37 CDN por consagrar el derecho de todo niño a no sufrir torturas ni tratos que sean inhumanos, crueles o degradantes. Y, en esta misma última línea, debemos indicar el artículo 5 DUDH que proscribe la tortura y los malos tratos, así como el artículo 3 CEDH que

---

<sup>360</sup> El citado informe puede encontrarse en el siguiente enlace (consultado el día 14 de junio de 2022): <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

establece el derecho a no ser víctima de ninguna tortura. Además, del apartado tercero del primero de los tres artículos indicados también queremos resaltar la humanidad y el respeto con que ha de ser tratado todo niño como corresponde a la dignidad propia de todo ser humano, lo cual implica que se consideren las necesidades de esas edades.

Por si fuera poco, además de la legislación que hemos apuntado, la existencia de estos daños también conculcan lo establecido en otros textos normativos como, por ejemplo, de nuevo el artículo 1 de la CIUNESCO, debido a que se refiere al derecho a la educación y al derecho a la salud igualmente. También se menoscaba la DGDN que preveía que el bienestar del niño debía ser fomentado y que se tenía que intentar lograrlo, el cual, a su vez, se fundamentaba en la protección y limitación de la capacidad de obrar propias de la regulación jurídica tradicional. Y, por último, también se ha de alegar el derecho que todas las personas tienen a disfrutar de la salud mental y física en su más alto nivel, y que reconoce otro texto normativo al que en su momento hicimos referencia como es la Resolución 26/18, la cual, además, para alcanzar este último derecho hace una referencia tanto al deporte como a los estilos de vida saludables como factores coadyuvantes.

#### *iv. El Derecho al trabajo*

Una cuarta materia de gran importancia también es la concerniente al trabajo de los menores. A este respecto, en primer lugar, aunque próximamente nos centraremos en él mucho más exhaustivamente, no sobra nada recordar ahora el artículo 31 CDN que determina que han de adecuarse a la realidad infantil todas las actividades lúdicas que los niños realicen. Sin embargo, el artículo que es clave aquí es el siguiente. En efecto, el artículo 32 CDN dispone que “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”. Asimismo, con la finalidad de que lo anterior se implemente completamente, indica que los Estados partes deben establecer una edad mínima para trabajar, elaborar una regulación adecuada sobre los horarios y las condiciones laborales, y la fijación de las sanciones que aseguren la

aplicación de todo ello. Por último, tampoco creemos que sobre el artículo 33 CDN, el cual prohíbe que los niños ingieran estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque también es cierto que podría ser incardinado en el derecho a la salud.

Del mismo modo, cabe traer a colación otros dos artículos que resultan fundamentales aquí. Por un lado, el artículo 4 CEDH no por lo que respecta a la esclavitud sino al trabajo forzado, respecto al cual nadie puede ser sometido a realizarlo. Y, por otro lado, igual relevancia tiene alegar la infracción de tanto el artículo 23 DUDH por consagrar el derecho a un trabajo libre, equitativo, satisfactorio y, por tanto, que asegure la dignidad humana, como del artículo 24 DUDH por cuanto que garantiza el descanso, el tiempo libre, el trabajo limitado y vacaciones.

Para terminar con esta materia, debemos recordar otros textos normativos que contienen previsiones a este respecto o estrechamente relacionadas cuyo quebrantamiento constituye también un daño que sufren los menores. Nos referimos, por un lado, al Informe de la Comisión al Consejo de Europa con la perspectiva de las estructuras deportivas actuales y del mantenimiento de la función social del deporte en el marco comunitario de 10 de diciembre de 1999<sup>361</sup>, cuyo apartado 19 hizo un llamamiento tanto a los miembros como a las federaciones deportivas a “que protejan a los deportistas menores y que prevean un acompañamiento estricto que abarque incluso la prohibición de transacciones comerciales que les afecten y que realicen un estudio sobre el ‘comercio’ de jóvenes deportistas, prestando especial atención a los efectos sobre los jóvenes atletas menores de 18 años que acceden al deporte profesional”. Y, por otro lado, en este mismo sentido se pronunció el Parlamento Europeo en su Informe sobre el futuro del fútbol profesional en Europa de 13 de febrero de 2007<sup>362</sup>. En efecto, indicó que era necesario crear “mecanismos adicionales para velar por que la iniciativa en favor de los canteranos no degenera en tráfico de niños, con clubes ofreciendo trabajo a menores de 16 años”<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> Más conocido como Informe Helsinki sobre el deporte, el texto se encuentra disponible en (consultado el día 13 de junio de 2022):

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51999DC0644&from=ES>

<sup>362</sup> Disponible en (consultado el día 13 de junio de 2022):

[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0036\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0036_ES.html)

<sup>363</sup> Véase: F. Rubio Sánchez, *supra op. cit.* nota 333, p. 11.

Sin duda alguna, la conculcación de la materia expuesta da lugar a una relevante responsabilidad civil extracontractual.

*v. El Derecho al desarrollo*

Otro daño de todas las conductas descritas es el que se causa sobre el desarrollo de los menores deportistas. Y como quiera que dicho desarrollo se refiere a diversas facetas, son varios los preceptos de los diferentes textos normativos que tenemos que hacer saber por ser necesarios alegarlos y lograr que dicho daño quede sancionado, reparado y prevenido mediante una pertinente regulación de la responsabilidad civil extracontractual que los delitos producen.

De este modo, el artículo 6.2 CDN es el primero que debemos indicar por cuanto que alberga una previsión al respecto de carácter general y que se concreta en que los Estados partes han de garantizar el desarrollo de todos los niños, además de su supervivencia.

Por lo demás, con la indicación realizada acerca de la existencia de las diversas facetas de este derecho nos referimos, por un lado, a que dentro del mismo se encuentra el libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, debemos recordar el artículo 22 DUDH. Un poco más adelante, encontramos el relevante artículo 29 DUDH, del cual ahora debemos destacar que establece que todos tenemos deberes en relación con la comunidad, la cual es primordial para que la personalidad de cada uno se desarrolle plena y libremente. Además, agrega que nadie puede actuar al margen de la ley puesto que es fundamental para que los derechos de los demás y la moral queden preservadas.

Por último, por resultar también transgredida, nuevamente debemos traer a colación la CIUNESCO. En efecto, es claro que las conductas nocivas descritas perturban que se alcance el desarrollo máximo de la personalidad en tres dimensiones como son la intelectual, la física y la moral.

#### *vi. Otros Derechos trascendentales*

En este último punto sobre los daños generales o comunes que todas las conductas nocivas sobre los menores deportistas producen, debemos hacer referencia a una serie de derechos que por su trascendencia no se pueden olvidar. Y es que como quiera que normalmente se tienen más en cuenta los daños o derechos que ya hemos expuesto, se tiende a olvidar estos otros. Pero ello es un error porque son violaciones igualmente graves.

Por su gran trascendencia, debemos comenzar haciendo referencia a los derechos concernientes tanto al descanso como a la adecuación a la edad de los niños de los juegos, del esparcimiento y de las actividades recreativas. En este sentido, como hemos adelantado, debemos traer a colación el artículo 31 CDN, el cual dispone que han de ajustarse a la edad de los niños las actividades recreativas, el juego y el esparcimiento a que tienen derecho a practicar, es decir, han de ser de calidad para verse favorecidos en todos los ámbitos con su desarrollo. Además, en su segundo apartado se precisa que, los Estados partes propiciarán, en condiciones de igualdad, todas aquellas oportunidades que sean apropiadas para participar en la vida tanto de esparcimiento como recreativa. Para terminar con esta cuestión, en la misma línea se encuentra el artículo 24 DUDH por prever que del tiempo libre se ha de disfrutar, sobre todo, en nuestra personal opinión agregamos, si se trata de niños.

Junto a ello, consideramos que también es necesario hacer valer otra serie de artículos que contienen importantes derechos. Es el caso de tanto el artículo 3 CDN sobre el interés superior del menor como del 4 CDN sobre que los Estados han de tomar las medidas apropiadas para que todos los menores tengan garantizados todos los derechos. Pero no sólo ello, sino que también se han de alegar el artículo 1 DUDH por consagrar la igualdad y la dignidad, junto a la fraternidad y a la ya indicada anteriormente libertad. Igualmente el artículo 3 del mismo texto normativo y el artículo 5 CEDH que prevén la seguridad que ha de gozar toda persona. Además, por haber mencionado el derecho a la dignidad, este es el lugar oportuno para citar otro derecho de los menores deportistas que se infringe y que es el de no sufrir ningún ataque ilegal ni en la honra ni en la reputación y, en consecuencia, se han de hacer constar el artículo 16



CDN y el artículo 12 DUDH. Y conviene no pasar por alto que el segundo precepto indicado agrega que la protección que corresponda ha de estar asegurada por la ley. Asimismo, no cabe duda de que en todas estas conductas queda menoscabado el derecho a reunirse y a asociarse pacíficamente en libertad y que reconoce el artículo 20 DUDH, el artículo 15 CDN y el artículo 11 CEDH.

Más aún, los artículos y derechos indicados no nos puede llevar a ignorar la existencia de otros como son los siguientes. Así, el artículo 28 DUDH que consagra el derecho a que se establezca un orden capaz de hacer realidad todos los derechos previstos en este texto normativo. Tras ello, cabe apuntar el artículo 29 del mismo texto por cuanto que no están siendo garantizados el orden público, la moral ni el bienestar general propios de una sociedad democrática, ni tampoco los derechos y libertades de los demás. E igualmente, como señaló el Defensor del Pueblo de España, debemos hacer alusión al artículo 40 CDN que versa sobre la administración de la justicia de los menores, teniendo que resaltar del mismo que serán informados satisfactoriamente en todo momento, que han de gozar de asistencia jurídica, y que el órgano jurisdiccional ha de tener competencia y ser imparcial e independiente. Pero no solo se ha de alegar el citado artículo, sino que, por seguir la misma línea, tampoco debemos olvidarnos de los artículos 10 y 11 DUDH reconocedores del derecho a una justicia imparcial y con garantías.

Para finalizar, hay que saber que no solo en los textos normativos a que hemos aludido encontramos los artículos y derechos que se conculcan, sino que también existe alguno más. Es ahí donde encontramos los derechos concernientes a la infancia, la adolescencia y otras relaciones cercanas de los menores que también se ven afectados negativamente por estas prácticas deportivas. A este respecto, el daño se concreta en la violación del artículo 1.f) de la ya mencionada Resolución 58/5, el cual se refiere precisamente al fortalecimiento de la asociación y cooperación de todas las personas y organismos implicados como son la familia, los clubes, las ligas, las asociaciones deportivas juveniles y los centros educativos con el objetivo de que nadie quede excluido del derecho a la práctica del deporte.

En suma, con todo lo expuesto ahora ya no solo sabemos en qué consisten todas

las conductas nocivas, sino también tanto las materias o daños que todas en común producen como los artículos de diversos textos que son transgredidos, lo cual es fundamental para alegar la responsabilidad civil extracontractual que dichas conductas nocivas acarrearán, así como para ser conscientes de la gran relevancia de la mentada responsabilidad. Es decir, que no podemos contemplar otra opción diferente a que la legislación en vigor no puede ser deficiente, sino que tiene que asegurar la reparación de los daños, las sanciones correspondientes a los responsables y la prevención para que no vuelva a ocurrir. Y, evidentemente, para lograrlo es imprescindible aplicar el interés superior del menor.

## B. Daños específicos

Es muy importante ser plenamente conscientes de que con los daños que hemos descrito hasta aquí no hemos terminado, sino que en el análisis de cada conducta nociva también se aprecia, por un lado, que la mayoría de ellas causan igualmente otros daños en particular, es decir, cada una y no otras. Y, por otro lado, también se han identificado otros daños que no solo son causados por una conducta sino por varias, pero no por todas pues en este caso los habríamos expuesto en el apartado anterior. Pues bien, todo ello lo exponemos a continuación con gran detalle.

### *i. Del delito de trata*

En ningún momento podemos dejar de ser conscientes de que los daños que los menores deportistas sufren como consecuencia de ser las víctimas de la comisión de un delito de trata de personas consisten en una vulneración de, además de los Derechos fundamentales que con carácter general han sido indicados, otros Derechos fundamentales que solo con este delito se conculcan y que no pueden considerarse en ningún caso carentes de gravedad. En este sentido, debemos recordar las relevantes palabras del Defensor del Pueblo de España de que es crucial e imprescindible tener en cuenta que dicha trata conculca el DIDF, debido a que solo así se crea un vínculo con las normas secundarias de responsabilidad, se incentiva a los Estados a que adopten medidas particulares y, además, se ven reforzados los instrumentos normativos cuyo fin

es acabar con esta lacra. De este modo, la verdad es que de todos los Derechos fundamentales que el Defensor del Pueblo de España identificó que gravemente se violan cuando se perpetra este delito se observa muy bien la existencia de los referidos Derechos fundamentales que particularmente conculca<sup>364</sup>.

En relación con ello, conviene recordar que en el hecho de que los Derechos fundamentales tienen una relevancia máxima por todo lo que representan es donde encontramos la justificación de este estudio y que se manifiesta en su objetivo principal, es decir, que no se puede aceptar que transcurra más tiempo sin que exista certeza de que es plenamente satisfactoria la responsabilidad civil extracontractual a que da lugar estos delitos. En otras palabras, en cuestiones de tanta importancia el ordenamiento jurídico ha de responder de tal manera que cumpla su función principal como es la de corregir las peores conductas que en toda sociedad, por ser inevitablemente una realidad enferma, siempre se producen y, con ello, asegurar que siga existiendo, subsista. Así, en estos casos la responsabilidad civil extracontractual en que prestamos principalmente nuestra atención ha de prevenir para que no se socaven los Derechos fundamentales y, en caso de que ocurra, reparar a la víctima y sancionar al responsable como merecen.

Pues bien, como quiera que resulta imprescindible a la hora de reclamar la mentada responsabilidad civil extracontractual, a continuación indicamos las materias principales que se ven afectadas con el delito de trata en particular como todos los artículos de los referidos textos que desde diversas perspectivas se ocupan de ellas. Lo cual, claro está, se ha de agregar a los Derechos fundamentales que con carácter general han sido señalados.

- El Derecho a no ser víctima de la trata y otros Derechos estrechamente relacionados

---

<sup>364</sup> Dichos Derechos fundamentales son: la prohibición de discriminación por muy diversos motivos; la vida; la libertad y seguridad; el acceso, la igualdad y la imparcialidad en la justicia; un nivel adecuado de vida; condiciones laborales justas y beneficiosas; no sufrir esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos; no ser mercantilizado; el más alto grado de salud mental y física; seguridad social; no ser víctima de torturas ni tratos o penas crueles, degradantes e inhumanos; no sufrir violencia de género; no concertación de matrimonios; y la libertad de reunión y circulación. [Para esta nota y lo que hemos expresado en este inicio del presente punto a., véase: I. M. Gómez Padilla, *supra op. cit.* nota 336, pp. 107 y 109] .

Consideramos que lo más adecuado es comenzar con esta materia por ser el objeto central de los primeros delitos a que hemos aludido en la descripción de la segunda modalidad de conductas o, dicho de otra manera, por aparecer en ellos el bien jurídico principal que se pretende proteger y, en su caso, reparar.

En este sentido, comenzando con la CDN y por orden de previsión, no cabe duda alguna de que es el artículo 11 uno de los artículos que se socavan. En efecto, el mismo dispone que los Estados partes han de tomar las medidas necesarias para erradicar los traslados ilícitos de menores al extranjero, así como la retención ilícita de los mismos en el extranjero.

Pero es el artículo 35 CDN el que resulta fundamental aquí por versar plenamente sobre esta materia al prever que la trata queda prohibida sin excepción y, en consecuencia, es totalmente indiferente tanto la forma como el fin. Y no sobra precisar que lo mismo preceptúa para la venta, el secuestro y el tráfico de los menores.

Sin embargo, no hemos finalizado, sino que como muy bien hemos indicado en la rúbrica de este punto existen otros derechos que están muy relacionados o guardan gran semejanza con la trata. Es el caso del consagrado en el artículo 19 CDN, el cual prohíbe someter a los menores a malos tratos, y concretamente subraya que el niño ha de estar protegido frente a cualquier tipo de explotación, además de frente a todo perjuicio o abuso físico o mental, trato negligente o descuido y malos tratos. Pero no solo lo anterior, sino que si observamos otros textos normativos no cabe duda de que también se socavan otros preceptos. Es el caso, por un lado, del artículo 4 DUDH que no permite ni la servidumbre ni la esclavitud y, por otro lado, del artículo 4 CEDH que prevé el derecho a no poder ser sometido ni a esclavitud ni a trabajo forzado.

En suma, no se entendería en absoluto que alguno de todos los artículos indicados no se alegase cuando la pretensión sea la de obtener una aceptable responsabilidad civil extracontractual que se deriva en concreto de los delitos de trata.

- El Derecho a la no discriminación

Como ya hemos apuntado, según el Defensor del Pueblo de España, entre todos los Derechos fundamentales que no se respetan con la comisión del delito de trata, encontramos la prohibición de discriminación por muy diversos motivos.

Lo cual significa que son varios los textos normativos y, en concreto, los artículos correspondientes que se conculcan y que se han de alegar para obtener la responsabilidad extracontractual civil. En este sentido, por lo que atañe a la CDN, debemos traer a colación en primer lugar el artículo 2 sobre la no discriminación, en virtud del cual ningún menor puede verse excluido de la aplicación de alguno de los derechos que determina dicho texto, teniendo todos los Estados que asegurarlos. A él se han de añadir el artículo 2 DUDH y el artículo 14 CEDH que prohíben toda discriminación.

- El Derecho a vivir con los padres

Es claro que no se puede dudar de que los padres y todo lo que ellos suponen tiene una importancia inmensa. Por ello mismo, en el caso de que un menor se vea despojado de sus propios padres a buen seguro que puede ser calificado como uno de los daños más graves y de peores consecuencias que puede sufrir.

En este sentido, no podemos pasar por alto el artículo 9 CDN por disponer que es un derecho de cualquier niño el de vivir con sus padres, así como a mantener con ellos un contacto directo. En esta misma línea, por su estrecha relación con el precepto que acabamos de exponer, también debemos traer a colación el artículo 10 del mismo texto normativo por el hecho de que establece que no solo los menores sino también sus padres tienen derecho a tanto a salir de cualquier Estado como a entrar en el de origen con la finalidad, y esto es lo decisivo ahora, de que la familia se reúna o de relacionarse. Y en este mismo sentido también se debe alegar el artículo 13 DUDH por permitir la libre circulación y a salir y entrar respecto de los Estados, lo cual no sólo nos sirve para reforzar la intención del citado artículo 10, sino también para ir frente a toda la trata puesto que en ella la circulación no es libre.

En suma, resulta imprescindible alegar la infracción de los preceptos indicados para que se repare, sancione y prevenga lo más rápido posible este terrible daño que los menores deportistas sufren. De no ser así, las consecuencias dañinas serán descomunales.

## *ii. De los delitos de índole sexual*

Al igual que en el delito de trata, cuando se perpetra algún delito de índole sexual también supone que se violen determinados derechos por los daños particulares que causa. Ambos se describen a continuación.

- El Derecho a no sufrir explotación y abusos de índole sexual y otros Derechos vinculados

Sin duda alguna, este el daño principal que los delitos de índole sexual acarrear, el cual se ve acompañado de todos los demás que son comunes con las demás conductas y que ya han sido expuestos en su correspondiente punto. En el de ahora, en cambio, debemos centrarnos en dicho daño principal. En este sentido, se ha de traer a colación el artículo 34 CDN por versar precisamente sobre la explotación sexual. En concreto, prevé que “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”. Como se observa, cuando un menor es víctima de estos delitos el mentado precepto es transgredido plenamente.

Y si bien hemos decidido comenzar por el referido precepto por ser el que versa sobre dicha cuestión en particular, ello no significa que no existan otros preceptos que también mencionen la conducta del abuso sexual o que estén muy relacionados con ella. Es el caso del artículo 19 CDN, el cual prevé que los Estados partes han de adoptar

medidas de diversa índole como administrativas, legislativas, educativas y sociales con la finalidad de que todo menor esté protegido frente a cualquier abuso o perjuicio mental o físico, descuido o trato negligente, explotación o malos tratos. Y, para lo que aquí interesa enormemente, además, junto a ello precisa que en ello está incluido el abuso sexual. Por lo demás, finaliza el apartado primero del artículo haciendo saber que ello ha de ser así cuando el menor esté bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier persona distinta que lo tenga a su cargo.

Asimismo, conviene recordar que, con toda la razón, este tipo de delitos son calificados como atentatorios de la libertad sexual (además de a la indemnidad). En este sentido, aquí se ha de advertir que el hecho de que no existan preceptos en concreto que se ocupen de ello no debe llevarnos a no alegar ninguno, sino que será suficiente con alegar los que en el último punto correspondiente sobre los daños generales o comunes se indicaron respecto a la libertad. Por lo tanto, a ellos nos remitimos.

Para terminar, junto a todo lo anterior, no podemos dejar de hacer alusión a un texto que es fundamental para el análisis de estos daños específicos. En efecto, concretamente nos referimos al ya citado Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007. Y, como ya hemos adelantado, tiene una importancia crucial por cuanto que los daños aquí analizados conculcan claramente sus previsiones sobre protección y prevención a las víctimas, es decir, a los menores deportistas. En este sentido, si bien algunas previsiones resultan claras en su conculcación, hay otras que también pueden verse socavadas como es el caso de la que establece que respecto a los profesionales que van a trabajar con menores se ha de ser más diligente en cuanto a la selección, reclutamiento y formación de aquéllos<sup>365</sup>.

### *iii. De la difamación o violencia verbal (y/o violencia física)*

Los daños que solo la difamación o la violencia verbal, y, en su caso, la violencia

---

<sup>365</sup> Por su gran extensión, no podemos entrar a analizarlo aquí. Por ello, y por su gran interés ahora, indicamos el enlace mediante el cual se puede acceder al mismo: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-17392>

física que, no lo olvidemos, casi siempre le acompaña, y, en consecuencia, los Derechos fundamentales que en particular son transgredidos son los que a continuación se precisan.

- Los Derechos respecto de los padres

Como hemos advertido en la exposición de estas conductas, en muchas ocasiones son los propios padres los que causan el daño a sus hijos u otros menores debido a que son los que llevan a cabo los comportamientos más funestos. Es por ello que cuando ello ocurre de dicho modo varios artículos de los textos normativos que venimos analizando se infringen y, en consecuencia, el primer paso es alegarlos si lo que queremos es obtener una respuesta adecuada por parte de la legislación que regula la responsabilidad civil extracontractual.

En este sentido, el artículo 5 CDN es el primero de importancia que se conculca. La razón de la mentada importancia es que dispone que los padres de los niños tienen responsabilidades, derechos y deberes, así como que entre las cuales se encuentra la de transmitirles, ajustándose a sus facultades, tanto orientación como dirección apropiadas con la finalidad de que sus hijos disfruten de todos los derechos consagrados en dicho texto normativo.

Por su parte, el artículo 18 CDN es otro de los artículos más relevantes a este respecto que resulta menoscabado. Y lo cierto es que lo que prevé es fundamental para que los niños puedan encontrarse en una situación satisfactoria. En efecto, establece el precepto que todos los padres tienen obligaciones comunes en cuanto al desarrollo y crianza de los hijos concierne. Y, además, precisa seguidamente que ello es una responsabilidad primordial intrínseca a la condición de padres, así como que el interés superior del niño ha de ser su preocupación fundamental.

Asimismo, aunque ya hemos analizado el derecho a la salud citando el artículo correspondiente como es el 24 CDN, para lo que aquí interesa debemos resaltar la letra e) de su apartado segundo por la razón de que indica que sobre todo los padres han de



tener conocimiento de aquellos principios sobre la salud de los niños que son básicos. En este sentido, resulta claro que cuando un padre realiza conductas que pueden acabar mermando la salud de su propio hijo se debe a que no conoce los mentados principios básicos o a que los está ignorando por completo. Y lo mismo ocurre con el artículo 27 CDN, es decir, que pese a que también hemos expuesto el derecho a la vida, ahora igualmente oportuno resulta citar su apartado segundo debido a que señala que es precisamente a los padres a quienes corresponde, como responsabilidad primordial, proveer a sus hijos las condiciones vitales imprescindibles para lograr el desarrollo de los mismos.

- El Derecho al nombre

Junto al anterior, encontramos un segundo daño cuya especificidad es más que clara al solo poder producirse con ocasión de la violencia de tipo verbal, es decir, con la difamación, y no con la física. En efecto, en no pocas ocasiones la referida violencia verbal o difamación consiste en ridiculizar, menospreciar o, incluso, ignorar el nombre del niño que está siendo la víctima. Por supuesto, los responsables de ello pueden ser varios, es decir, los padres, las personas del público y los medios de comunicación.

Es por ello que, en primer lugar, en estos casos se infringe el artículo 7 CDN, el cual reconoce el derecho de todo niño a adquirir desde el nacimiento un nombre. En este sentido, conviene remarcar que, sin lugar a dudas, el nombre alberga una gran relevancia y se ha de mostrar siempre un gran respeto por él y tratarlo con gran diligencia, lo cual en multitud de ocasiones no sucede cuando se llevan a cabo este tipo de conductas irrespetuosas.

En segundo lugar, también claramente queda conculcado el artículo 8 CDN por cuanto establece que los Estados partes han adquirido el compromiso de que se vea respetado el derecho de todo niño a que su identidad quede resguardada. Y, por lo que aquí interesa, debemos subrayar que dentro de ello, entre otras cuestiones, se encuentra el nombre. Y precisa que no son aceptables en ningún caso injerencias ilícitas en ello. Además, su apartado segundo precisa que en el caso de que algún menor haya sido

despojado de alguno de sus propios elementos de su identidad de manera no acorde con la legislación, corresponde a los Estados firmantes brindar tanto la asistencia y la protección necesaria para que la situación original se restablezca.

Por último, el artículo 6 DUDH también alberga una importancia crucial aquí por cuanto que consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano en cualquier lugar.

- El Derecho a la información

Finalmente, también se produce otro daño que es más específico aún que el anterior debido a que no es que se produzca únicamente como consecuencia de toda difamación o violencia verbal sobre los menores deportistas, y no de la física, sino solo de la que cuyo responsable es algún medio de comunicación. Pues bien, como quiera que las informaciones que se transmitan deben respetar varios requisitos que hagan que no sean nocivas o inexistentes por su falsedad, en estos casos nocivos se han de alegar los artículos de los textos normativos más relevantes que prevén el derecho a la información y que resultan conculcados. Son los siguientes.

En primer lugar, debemos traer a colación el artículo 17 CDN por la razón de que se viola de manera frontal. El mismo, tras reconocer que los medios de comunicación desempeñan un papel muy importante, indica que la información a la que tengan acceso los niños ha de basarse sobre todo en la promoción del bienestar en diversas facetas (espiritual, social, moral, mental y salud física) de los propios menores. En este sentido, la letra e) advierte que los referidos Estados partes han de proteger a los menores frente a cualquier información que perjudique su bienestar.

Y, en segundo lugar, no debemos olvidar tampoco el artículo 8 CEDH el cual consagra el derecho a que la vida privada sea respetada.

#### *iv. De varias conductas*

Para finalizar con la exposición de todos los daños, junto a los derechos infringidos que conllevan, debemos exponer, como adelantamos, el que surge, pues solo hemos identificado uno, como consecuencia de la realización de varias de las conductas descritas. Esto es, ni todas las conductas dan lugar a él, ni tampoco una sola de dichas conductas. Es el siguiente.

- El Derecho a expresar las opiniones y a que se tengan en cuenta

La verdad es que el derecho a expresar las opiniones personales y a que se tengan en cuenta se conculca sobre todo en varias de las conductas descritas. En efecto, es lo que ocurre en el delito de trata y en los delitos de índole sexual. Es decir, se puede decir que todos ellos hacen referencia a conductas donde la opinión de, en este caso, el menor deportista es fundamental y, sin embargo, no se tiene en cuenta. De nada sirve que expresen su opinión puesto que para los responsables carece de relevancia; en todas estas conductas prima la unilateralidad.

Pero junto a ellos, también debemos saber que en los otros delitos que hemos expuesto también se puede producir el mentado menosprecio de la opinión del menor pero con la diferencia de que en estos otros casos la conducta no consiste propiamente en violar la opinión del menor deportista. En efecto, es lo que ocurre con la difamación, también conocida como violencia verbal, y la violencia física, en las cuales bien podemos encontrar el menoscabo del derecho a opinar, eso sí, como una de las posibles causas de la agresión por no estar de acuerdo con las ideas de la víctima.

Por todo ello, en todos estos casos indicados se han de conocer qué derechos y de qué textos se están infringiendo para poder reclamar la reparación, la sanción y la prevención. Así pues, resulta meridiano que se violan los artículos 12, 13 y 14 CDN. En cuanto al primero, todo niño capaz de poseer juicio por sí no solo ha de tener garantizada la expresión en libertad de su opinión acerca de, y esto es decisivo aquí, todo aquello que le incumba, sino que también se ha de tener en cuenta dicha opinión. En este sentido, el apartado segundo del artículo dispone que todos los niños tienen la posibilidad de ser escuchados en dichos casos. Por lo que atañe al segundo, establece el

derecho de todo menor a la libertad de expresión. Finalmente, el tercero consagra la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Lo mismo cabe decir respecto, por un lado, los artículos 18 y 19 DUDH que disponen respectivamente tanto que se reconoce la libertad de pensamiento, religión y conciencia como que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, lo cual incluye que no se puede ser molestado por razón de las opiniones. Y, por otro lado, también los artículos 9 y 10 CEDH que prevén los mismos derechos.

En definitiva, y con otras palabras, es claro que también son intolerables los ataques sobre el honor y la intimidad de un menor deportista que conculcan dichos preceptos.

Pues bien, hemos finalizado con la exposición de todos los daños, tanto generales y específicos, y de los muy diversos Derechos fundamentales que en consecuencia se transgreden como consecuencia de las conductas más graves que los menores sufren cuando practican deporte. Lo dicho, junto con la descripción anterior de las mentadas conductas, hace que estemos más que preparados y que sea el momento adecuado para comenzar en el siguiente apartado la labor fundamental de todo este estudio.

### **2. 2. 3. La extrapolación del régimen actual de la responsabilidad civil extracontractual a los daños que los menores deportistas sufren**

La mentada labor fundamental es la de extrapolar la legislación vigente sobre la responsabilidad civil extracontractual que hemos analizado sobre los diversos daños y Derechos fundamentales infringidos con el objetivo de alcanzar una conclusión clara acerca de si resulta satisfactorio o no. O, con otras palabras, si a día de hoy los menores deportistas están debidamente protegidos; si realmente pueden ver reparados sus daños, los responsables sancionados y en adelante las conductas prevenidas. Y está claro que, como se ha aprendido en la primera parte del presente **Capítulo II**, ello puede garantizarse mediante una interpretación de la norma correspondiente basada en el interés superior del menor. Desde luego, si el resultado no es satisfactorio es imposible que se haya tenido en cuenta dicho interés por todo lo que implica. Comenzamos con

ello.

A. A los daños que tienen su causa en el deporte practicado tanto en virtud de contratos como de manera no profesional

Antes de nada, debemos indicar los casos en que, por ser los más graves, merece la pena realizar dicha dilucidación. En efecto, no nos estamos refiriendo a los casos respecto a los cuales cualquier criterio de alguna de las normas nos señala como ley aplicable la de algún Estado que se caracteriza por ser sus estándares de calidad sobre los menores igual de apropiados que los del Estado de origen del menor en cuestión, por ejemplo cuando es España. Para ver claramente lo que hemos expresado debemos indicar el ejemplo de que para nuestro estudio no tiene ningún interés el caso de un menor de San Sebastián y que desarrolla su actividad deportiva en la ciudad francesa de Hendaya, puesto que, por ser muy parecidas, lo mismo da que se aplique la ley española o la francesa para determinar la responsabilidad civil extracontractual cuando el menor sufre alguno de los daños descritos. Sabemos que el menor estará protegido de manera satisfactoria igualmente.

En este sentido, los casos que nos interesan son cuando la ley aplicable determinada por la legislación sobre dicha responsabilidad ofrece una protección que es claramente inferior a la de la ley que realmente se desea y que protege debidamente al menor correspondiente. Sin duda alguna, la legislación debe contener previsiones a este respecto con la finalidad de que ningún menor quede desamparado. Este va a ser nuestro aporte capital con este estudio.

En este sentido, el pleno sentido de que nos refiramos a los casos en que existen diferencias considerables en cuanto a los estándares de protección que ofrecen las diversas leyes que las normas de conflicto señalan como aplicables se observa mejor que en ningún otro hecho en el de que, como sabemos, el Derecho internacional privado se construye sobre la diversidad normativa donde no existe una unificación material, siendo, por ello, su misión precisamente reordenarla u homogeneizarla. Una misión que sin duda se ha de calificar de fundamental puesto que en tanto en cuanto la diversidad y heterogeneidad entre las normas es mayor, más complicado resulta coordinarlos.

Y la verdad es que conviene poner otro ejemplo de estos casos para despejar toda posible duda y saber certeramente a cuáles nos referimos. Pues bien, en este punto nuestro objeto de estudio es saber si las disposiciones normativas sobre responsabilidad civil extracontractual son satisfactorias cuando este tipo de daños los han sufrido menores deportistas procedentes de Estados de África e Hispanoamérica y buena parte de Asia, es decir, de lugares en los que o bien no existen normas sobre protección de los menores, o bien dichas normas existen pero la protección es deficiente o se sospecha no infundadamente. Es decir, y por desgracia es una práctica muy habitual, nos referimos a los menores que han salido voluntariamente o que han sido sacados a la fuerza de sus propios Estados, donde la protección de menores no es nada satisfactoria, y han llegado a nuestro Estado o a alguno de los de nuestro entorno, pero tampoco en su nuevo destino se ven protegidos tal y como obligan todos los textos normativos sobre protección de menores que hemos estudiado, sino que la pretensión de las personas que rodean al menor o han llevado todo a cabo es aprovecharse de ellos.

La indicada es la situación que tenemos que atender, siendo un punto de referencia que guíe en todo momento nuestro análisis saber a dónde nos conducen los diversos criterios que no hemos descartado de la legislación sobre responsabilidad civil extracontractual. La razón es que con ello lo que se está haciendo es estudiar si es aceptable o no la justicia material que subyace bajo dichos criterios. Y, evidentemente, en caso de no ser aceptable nuestra labor es buscar una justicia material satisfactoria. O, formulado de otra manera, ¿son aceptables dichos criterios desde el punto de vista del interés superior del menor? Sin duda, esta es la clave.

Además, conviene apuntar aquí que el lugar cuya ley nos interesa o que es deseable aplicar nos lo hacen saber los propios derechos del menor que con estos daños se ven afectados y que queremos proteger. Así, si lo que pretendemos es proteger el derecho a la educación, el lugar que nos interesa es aquel donde el niño tiene acceso a una educación de calidad. Es decir, debemos subrayar que tanto el daño infligido como lo que queremos reparar o hacer respetar es una de las mejores indicaciones acerca de la ley que queremos aplicar. Hay una clara conexión entre el daño y el litigio. Por supuesto, estas últimas precisiones no solo sirven sino que también se han de tener muy presentes para las sucesivas extrapolaciones a los demás daños.

Pues bien, tras esta advertencia, ahora podemos adentrarnos en el análisis de dichos criterios que no han sido descartados. Así, en primer lugar, por lo que respecta a la regla de la autonomía de la voluntad contenida en el artículo 14.1 del Reglamento Roma II es prácticamente imposible que la misma pueda ejercerse en la práctica cotidiana actual del deporte respecto a estos daños puesto que, como ya hemos apuntado, la diligencia con la que los agentes o intermediarios y demás organismos deportivos como clubes y federaciones realizan su trabajo es nula. Dicho de otra forma para aclararlo, estos daños solo pueden acontecer como consecuencia de un trabajo negligente por parte de las personas que integran los organismos deportivos. Por eso mismo sería incoherente pensar que van a mostrar diligencia una vez aparecido el hecho generador de los daños o éstos mismos. Así, sin lugar a dudas, si dicho trabajo se realizara adecuadamente se tendría muy en cuenta el interés superior del menor y el bienestar, y, en consecuencia, se prestaría una gran atención para que los menores deportistas no sufrieran estos daños y, además, se procedería a acordar entre las partes la ley a aplicar en el caso de que se produjera el hecho generador del daño y verse el menor protegido. En tal caso, además, no debemos olvidar que por no ser todas las partes profesionales o comerciantes, en estos casos dicha posibilidad solo podría darse, como hemos dicho, una vez que se ha producido el hecho generador del daño, lo cual no obstaculizaría, como expusimos por ser otra cosa distinta, que el acuerdo pudiera celebrarse antes o después del daño. En efecto, aunque los menores pueden practicar deporte de manera aficionada o como en estos casos profesional, como trabajadores, ésta no se puede considerar actividad comercial, del mismo modo que los consumidores, clientes o particulares. Y, en cualquier caso, sería necesario que la otra parte también fuera comerciante, lo cual tampoco concurre en este caso pues ninguna persona, y menos los menores, pueden ser considerados objeto de comercio. En definitiva, como la actitud que causan estos daños carece totalmente de una diligencia debida, no se puede esperar que en caso de que advenga el hecho generador del daño o los propios daños la parte fuerte, la de los organismos deportivos, vaya a estar dispuesta a negociar una ley aplicable y, por lo tanto, este primer criterio no va a entrar en juego teniendo que probar otros.

De este modo, por la inexistencia del criterio anterior, para tratar de dar solución a este problema deberíamos acudir a la regla general debido a que, como ya apuntamos,

todas las reglas especiales quedan descartadas al centrarse sobre otras materias. Adentrándonos en dicha regla general, lo primero que tenemos que analizar es si las partes tienen en común el Estado donde está la residencia habitual de ambas ya que en caso afirmativo se aplicará la ley de dicho Estado. Y para ello resulta decisivo conocer en qué consiste la residencia habitual común, y en concreto las de estos menores deportistas que sufren daños en virtud tanto de contratos laborales que han celebrado como en otras ocasiones de una actividad que no es profesional. Por eso mismo, respecto a los profesionales debemos acudir al artículo 23.2 del Reglamento Roma II, el cual se ocupa específicamente de las personas físicas profesionales al disponer que “la residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el establecimiento principal de dicha persona”<sup>366</sup>.

Así pues, en nuestro caso, en esta primera modalidad de daños, sí concurre la residencia habitual común entre el menor deportista profesional y los responsables de estas conductas y daños. En efecto, por un lado, los clubes deportivos, las federaciones deportivas y las personas que las integran en nuestro caso residen en España y, por otro lado, la misma residencia tienen los menores deportistas puesto que practican deporte y sufren los daños en España tras haber celebrado los correspondientes contratos profesionales. Lo cual significa que se ha de aplicar la ley española y, por ende, que es un resultado muy satisfactorio puesto que el menor deportista va a gozar de una adecuada responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, como ya hicimos saber en su momento, existe otra situación en que también se producen estos daños pero que se caracteriza por la diferencia decisiva de que el deporte no es practicado de manera profesional o no puede considerarse así, es

---

<sup>366</sup> La doctrina ha precisado que se trata de la persona física que despliega una actividad profesional, así como que no es necesario que sea ni un comerciante ni una persona que esté inscrita en ningún registro profesional ni mercantil. Pero lo más importante es que se concreta que el citado establecimiento principal de la persona profesional es aquel lugar en que las actividades centrales del sujeto en cuestión radican. [Para estas geniales definiciones, véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1330].

En este mismo sentido, otros autores han remarcado también que en el caso de que una persona física que ejerce su actividad profesional esté involucrada en un conflicto, no se atenderá al lugar de la residencia familiar sino, como hemos dicho, al del establecimiento principal. Así, en nuestra opinión, concluimos que es claro que en estos casos lo más habitual es que el menor deportista se haya o haya sido trasladado a otro Estado sin el acompañamiento de su familia, la cual se ha quedado en el Estado de origen. [Para consultar estos otros autores, véase: J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *supra op. cit.* nota 329, p. 716].



decir, sin contrato, lo cual ocurre en la mayor parte del deporte. Pues bien, precisamente es ahora el momento de prestarle también particularmente toda la gran atención que merece para analizar y exponer cuáles son en concreto los otros resultados diferentes y nada satisfactorios a que nos referíamos.

Así, evidentemente, en estos otros casos no podemos entender que los menores son personas físicas profesionales y, por lo tanto, no podemos aplicar el referido artículo 23.2 del Reglamento Roma II. De este modo, como quiera que estos menores son personas físicas pero no profesionales no podemos acudir a dicho texto normativo porque no hace referencia alguna a cuál es su residencia habitual. Para conocerla debemos tener en cuenta los criterios que están en vigor en el Estado de cada caso. En España son el artículo 40 CC, la jurisprudencia del TS y la DGRN quienes delimitan esta versión del concepto indicando que es el sitio donde se encuentra el centro social de vida de la persona física del caso, es decir, donde de hecho está con la intención de continuar establemente en dicho sitio. O con otras palabras que son decisivas en su aclaración, la residencia habitual en estos otros casos es el lugar en el que existe un auténtico arraigo de la persona con su determinado medio socio-jurídico<sup>367</sup>. Ello significa que la residencia habitual del menor se encuentra en su propio Estado de origen, del cual, en muchos casos, ha sido despojado contra su voluntad o tras haber sido engañado. Pues bien, ocurrirá que en algunos casos no exista una residencia habitual común debido a que los clubes deportivos, las federaciones deportivas y las personas que los integran tienen su residencia en España. Sin embargo, sí que existe la referida residencia habitual común cuando los responsables de las conductas y de los daños tienen una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en el Estado de origen del menor<sup>368</sup>, que es el lugar donde vive, con la finalidad fundamental de trasladarlo a otro Estado por sus únicos intereses económicos.

Y mientras que en el primer caso en el que no hay residencia habitual común, este

---

<sup>367</sup> Para estas geniales definiciones, véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1330.

<sup>368</sup> Se considera que el lugar de la residencia habitual se encuentra donde las sucursales, agencias y demás establecimientos por la razón de que solo así tanto las expectativas legales de las partes y de terceros están protegidas. Y es que los mismos, pese a que carecen de personalidad jurídica, están en un Estado concreto establecidos con carácter estable y aparente. Véase: *Ibidem*, p. 1329.

Otra explicación muy clara sobre la determinación de la residencia habitual de las personas jurídicas en: F. J. Garcimartín Alférez, *supra op. cit.* nota 83, pp. 401 y 402.

criterio ha de quedar directamente descartado por no concurrir y probar el siguiente, tampoco resulta satisfactorio lo que sucede en el segundo caso donde apreciamos una primera y clara deficiencia de la legislación que en la actualidad regula la responsabilidad civil extracontractual de los responsables que han infligido daños a estos menores que practican deporte. Y es que el hecho de que la ley a aplicar señalada por este criterio o norma de conflicto sea la de la residencia habitual de dichos menores conduce directamente a una solución nada satisfactoria que en el peor de los casos consistirá en una permisión o impunidad de estas actuaciones denigrantes. Teniendo en cuenta lo que hemos adelantado, imaginemos el caso en que se tenga que aplicar la ley sobre protección de menores de Costa de Marfil por ser el lugar de residencia habitual de un menor que, tras las actividades llevadas a cabo por un establecimiento de un club en el mentado Estado africano, ha sido trasladado a España para jugar al fútbol de manera no profesional. Tal vez dicha ley no exista, pero a buen seguro que si existe estará muy lejos de ser satisfactoria, es decir, sus estándares de protección nada tendrán que ver con los existentes en España o en cualquier otro Estado de Europa.

En este sentido, consideramos que en la legislación en vigor se ha de realizar un cambio para corregir el resultado a que lleva la concurrencia a la vez de la residencia habitual común y del hecho de que los menores sufren daños por la actividad deportiva que realizan de manera no profesional. En efecto, no es nada satisfactorio puesto que es totalmente contrario a los objetivos tanto del interés superior del menor como de los Derechos fundamentales de los menores. Más aún, consideramos que ambas cuestiones son las que siempre han de tenerse a la vista para que estén plenamente garantizadas. Solo de este modo realmente se lograría reparar, sancionar y prevenir los daños.

Pero como hemos expuesto, en el caso de que concurren estos daños por una actividad deportiva que no es profesional y, al mismo tiempo, no exista una residencia habitual común por tenerla la parte fuerte en España, significa que debemos atender o recurrir al siguiente criterio que es la *lex loci damni*. En virtud de él se aplicará la ley del Estado donde el menor está sufriendo el daño o daños, siendo indiferente tanto el Estado donde el desarrollo de la actividad deportiva que da lugar al daño o daños acontece, como el Estado o Estados donde se dan las consecuencias indirectas que acarrea la mentada actividad deportiva. Con ello, como ya sabemos, se asegura que se

va a aplicar la ley del Estado donde se encuentra los bienes jurídicamente protegidos, así como que los sujetos internalicen las consecuencias transfronterizas de sus actividades.

Pues bien, para identificar el lugar del daño resulta decisivo el hecho de que el menor esté practicando deporte de manera voluntaria o forzada. En efecto, en el caso de que sea consecuencia de su libre decisión no cabe duda alguna de que la ley aplicable va a ser la ley del Estado en que practica deporte, España en nuestro caso, puesto que es donde se ha de considerar que se encuentran sus bienes jurídicos dignos de protección como son los expuestos derechos a la educación, a la salud, a la protección laboral, a disfrutar de la infancia y de la adolescencia, y a las relaciones próximas, etcétera y, en consecuencia, el lugar donde se está produciendo el daño. Es decir, en este supuesto se ha de concluir que sí existe satisfacción al designar como ley aplicable la de nuestro Estado que protege al menor con garantías satisfactorias; lo mismo pensaríamos si dicha ley fuera la de alguno de los Estados de nuestro entorno europeo. En cambio, en el segundo caso donde dicha actividad deportiva la está realizando sin haber prestado consentimiento alguno, se ha de entender que el lugar del daño es su Estado de origen por ser el lugar donde pretendía continuar ejerciendo todos los derechos indicados y no ha podido por que se lo han impedido contra o sin atender su voluntad. Así, en estos casos la ley aplicable resulta la ley del mentado Estado de origen, lo cual no es nada satisfactorio y se aprecia nuevamente un defecto de la legislación en vigor que, sin duda, hay que corregir cuanto antes. Desde luego, la consideración del interés superior jamás permitiría dicho resultado, sino todo lo contrario.

Pero aún no hemos terminado este primer análisis puesto que aún queda la posibilidad de la cláusula de escape que prevé el artículo 4.3 del Reglamento Roma II. De este modo, teniendo en cuenta las características principales de este criterio que ya expusimos y que consisten en que su aplicación es de una excepcionalidad máxima por ser necesaria la concurrencia tanto de un lugar del daño que sea totalmente fortuito o imprevisible como que las partes no tengan una residencia habitual común, podemos concluir que en los casos que en el presente estudio nos interesan o estamos centrados no resulta de aplicación. Y, la verdad, no es de extrañar puesto que son muy reducidos los casos en que se puede aplicar. Para zanjar toda duda al respecto, queremos agregar

que en nuestro ejemplo si bien es cierto que puede ocurrir que no concurra la residencia habitual común por tenerla el menor en su Estado de origen al desarrollar el deporte de manera no profesional y la parte fuerte la tenga en España, no es menos cierto que cualquiera de los dos únicos posibles lugares donde puede ocurrir el daño, España o el Estado de origen del menor deportista en función de que éste haya venido a España voluntaria o forzosamente respectivamente, son plenamente previsibles, es decir, nada fortuitos. En suma, que en estos casos no existe ni tan siquiera la posibilidad de que el daño acontezca en un tercer Estado que sea fortuito, imprevisto. Es simplemente imposible que el menor deportista sufra daños en otro Estado que no sea el de su origen o donde desarrolla el deporte<sup>369</sup>.

Por último, como quiera que el Reglamento Roma II es perfectamente aplicable a este tipo de daños ahora analizados, significa que no es en absoluto necesario acudir al artículo 10.9 CC por la razón de que, como ya explicamos en su momento, entra en juego para aquellas materias que están excluidas del mentado Reglamento. Es por ello que no resulta aplicable a estos daños que ahora estamos analizando. En cualquier caso, si fuera aplicable no nos llevaría sino a aplicar la *lex loci damni*, para lo cual nos remitimos a lo que hemos dicho al respecto.

---

<sup>369</sup> Para ver que lo dicho es así, conviene exponer un breve ejemplo totalmente diferente a nuestros casos donde la cláusula de escape sí se podría utilizar. Piénsese en el caso de que como consecuencia de que se fuera a celebrar un campeonato internacional de fútbol de gran prestigio en la ciudad griega de Atenas se haya acordado una operación internacional para transportar en avión al menor deportista y a todo el equipo desde España a dicha ciudad. Es decir, antes del traslado es concretado un itinerario el cual solo tiene una escala en la ciudad de Roma, la cual constituye un lugar totalmente previsible para las partes y se debería atender para designar la ley aplicable en el caso de que el menor en cuestión sufriera allí un daño. Sin embargo, justo cuando el avión despegue ocurre algo inesperado como es que una inmensa tormenta se ha desencadenado en el mar Mediterráneo, concretamente en el área existente entre la isla de Mallorca y la de Cerdeña, y en consecuencia el avión se tiene que desviar y hacer la escala en Argel. Y es durante ésta donde el menor sufre un daño. Pues bien, esta ciudad africana es un lugar totalmente fortuito e imprevisible para las partes y, por ello, no tiene ni una relación con el caso y es por lo que se habría que recurrir a la cláusula de escape para que remita a un Estado claramente vinculado con el daño, ya sea España, Italia o Grecia, los cuales son satisfactorios desde el punto de vista de la protección de los menores. De este modo, se lograría lo que la mentada cláusula se propone, esto es, tanto subsanar los defectos que pueda tener el juego de las conexiones y los resultados insatisfactorios de la *lex loci damni*, como concentrar en una única ley todas las relaciones jurídicas viéndose los problemas de calificación contractual o extracontractual y sobre ajuste material aminorados. Con este ejemplo hemos visto que en los casos que nos interesan en este estudio el lugar en que el menor deportista sufre los daños como consecuencia del desarrollo del deporte será España o su Estado de origen. Esto es, el desarrollo de la actividad deportiva por su idiosincrasia no puede tener vinculación con ningún otro tercer Estado. [El ejemplo expuesto ha sido elaborado teniendo en cuenta la explicación sobre la cláusula de escape y los transportes internacionales que hicieron los autores que venimos citando en las últimas notas al pie. Véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1340].

Para rematar esta primera extrapolación a los daños queremos agregar que los ejemplos que hemos expuesto, al igual que los que expondremos en las páginas sucesivas, son solo unos concretos que pueden darse en la muy rica y diversa realidad de la vida. Por ello, consideramos que lo correcto es ponderar y estudiar cada caso concreto que se nos presente; las variables son múltiples y para conseguir la mejor solución al caso hay que estudiarlas todas previamente. Todo ello, como sabemos, con la finalidad de que la responsabilidad civil extracontractual resulte plenamente satisfactoria. Y para ello es muy beneficioso, mejor dicho, es clave el interés superior por su gran flexibilidad y capacidad de adaptación a cualquier situación para buscar la mejor solución posible.

#### B. A los daños fruto de la comisión de los delitos de trata y los de índole sexual

Al igual que en el punto anterior, tras haber expuesto tanto en qué consisten los dos delitos indicados como los daños y artículos conculcados que acarrear, debemos realizar el mismo análisis de la cuestión clave del presente estudio y que justifica las indicadas exposiciones anteriores. En efecto, dicha cuestión clave es la concerniente a la responsabilidad civil extracontractual, pero en esta ocasión en concreto es la que surge con ocasión de la comisión transfronteriza o internacional de los delitos de trata y de los de índole sexual. Siendo más precisos, debemos dilucidar si la legislación vigente prevé o no la referida responsabilidad de modo satisfactorio, es decir, analizar si resulta aceptable o no la reparación de los daños, la sanción de los responsables y la prevención a partir de la perpetración en adelante que ofrece es el objetivo de este punto que ahora hemos comenzado a explicar. En fin, ¿es acorde con el objetivo del interés superior?

En relación con lo anterior, igualmente decisivo es determinar la legislación vigente que se ha de analizar. De este modo, debemos recordar lo que ya indicamos sobre estos delitos y que, a su vez, constituye la razón principal de su tratamiento en apartados concretos. En efecto, como ya sabemos, el propio Reglamento Roma II contiene previsiones específicas al respecto, es decir, sobre la responsabilidad civil cuasidelictual. Además, de ello se deduce que los referidos delitos dan lugar a una modalidad concreta de responsabilidad civil.

Pues bien, antes de realizar el importante análisis de la extrapolación del Reglamento Roma II a estos delitos, conviene traer a colación las referidas previsiones en virtud de las cuales dicho texto normativo resulta aplicable en esta ocasión. Así, el artículo 1 es el que versa sobre su ámbito de aplicación. Más concretamente, el primer apartado de dicho precepto dispone que el Reglamento es aplicable a aquellas obligaciones extracontractuales relativas a la materia civil. Igualmente relevante para lo que en lo que ahora estamos centrados es su apartado segundo que prevé que obligaciones extracontractuales quedan excluidas de la aplicación del mentado Reglamento. Así, entre dichas exclusiones, que ya las indicamos expresamente en su lugar oportuno, no se encuentra ninguna que se refiera ni al delito de trata ni tampoco a los de índole sexual. Lo cual, adelantamos ahora para observar la diferencia expuesta ya entre los delitos que vamos a analizar, no ocurre con el delito de difamación, el cual queda excluido y, por ende, deberemos atender en su momento a otra legislación concreta en vigor que sea la aplicable.

Junto al precepto anterior, también debemos recordar el artículo 2 relativo a las obligaciones extracontractuales. Y si bien el primer apartado tiene gran importancia debido a que precisa que por daños se entiende todas aquellas consecuencias a que un hecho dañoso da lugar, lo cual sin lugar a dudas ocurre en estos delitos que ahora estudiamos, más determinante es su apartado segundo el cual recalca que al Reglamento Roma II se ve sometida cualquier otra obligación extracontractual que surja. Y, por si fuera poco, tampoco resulta baladí su apartado tercero en tanto que señala que dentro de los hechos generadores de los daños se encuentran aquellos hechos que puedan acontecer y que causen cualquier daño, así como que por daño se entiende cualquier daño que advenga.

En definitiva, de los artículos expuestos se deduce claramente que para dilucidar la responsabilidad civil extracontractual a que dan lugar la comisión de los delitos de trata y los de índole sexual se ha de recurrir al Reglamento Roma II. Y, en este mismo sentido, debemos saber que lo mismo lo ha afirmado la doctrina de manera más expresa. En efecto, a la hora de definir el concepto de obligaciones extracontractuales, se ha precisado que dicho Reglamento determina que se ha de aplicar a las citadas obligaciones que se derivan de cualquier tipo de hecho dañoso. Y dentro de éste último

es donde precisamente se incardinan los ilícitos penales, junto a los civiles<sup>370</sup>.

Sin embargo, la cuestión capital de nuestro estudio es observar si dicho Reglamento resulta satisfactorio a la hora de resarcir, sancionar y prevenir. Este es el objetivo de las próximas líneas y de este apartado en concreto.

#### *i. Al delito de trata*

Evidentemente, en muchos tipos de daños que los menores sufren en el deporte, como en los anteriores, la primera opción consistente en la elección de la ley aplicable, basada en la autonomía de la voluntad que prevé el artículo 14.1 del Reglamento Roma II, es imposible. En efecto, a quien no le importa nada el interés superior del menor no piensa cómo está mejor protegido ni qué ley es la que mejor le ampara. Y esto se ve particularmente muy claro en el delito de trata que se produce cuando se realizan transferencias de jugadores transgrediendo las normas y con el único fin de lucrarse. De nuevo, por ser lo que deseamos, queremos indicar que si dichas transferencias se realizaran correctamente y pensando en el interés superior del menor, entre las partes existiría una relación basada en el mutuo respeto, consideración y con límites que no se pudieran extravasar por estar basados en principios humanos y morales, y, en consecuencia, que el menor y/o sus familias estuvieran bien informados para indicar la ley que más les conviene e insistir para que fuera consagrada en el correspondiente acuerdo, lo cual, además, no tendría resistencia por la otra parte. Eso sí, una vez producido el hecho generador del daño puesto que no todas las partes realizan una actividad comercial. La realidad, en cambio, es radicalmente diferente, con una vileza intrínseca al delito de trata que imposibilita incluso la posibilidad de comenzar a

---

<sup>370</sup> En este sentido se han pronunciado H. Batiffol, P. Lagarde y M. Gardeñes Santiago. Para esta precisión así como la breve explicación realizada sobre la doctrina, véase: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op cit.* nota 303, p. 1321.

Asimismo, otra parte de dicha doctrina, aunque de otro modo, ha expresado lo mismo. En concreto, que el hecho de que exista un proceso penal no es ningún obstáculo para que sea en virtud de la ley que el Reglamento Roma II dispone como se tenga que dilucidar la ley a aplicar a la responsabilidad civil que de un delito proviene. A este respecto, se indica expresamente, por un lado, el considerando octavo de dicho texto normativo, según el cual “El Reglamento debe aplicarse con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca de la demanda”. Y, por otro lado, que igualmente los textos convencionales específicos albergan esta regla sin dar lugar a ninguna duda. [J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *supra op. cit* nota 329, p. 714].

Y para completar la exposición, se puede consultar también: C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno y J. L. Iglesias Buhigues, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 713 y 714.

negociar un acuerdo una vez acontecido el hecho generador del daño. En definitiva, la trata es un delito que por su idiosincrasia imposibilita cualquier acuerdo a este respecto.

Por ello, el siguiente criterio de los que quedaron en pie que tenemos que analizar para saber si es adecuado para resarcir a los menores que son víctimas del delito de trata es la regla general contenida en el artículo 4 del Reglamento Roma II.

En concreto, para empezar, si la víctima y el perpetrador del delito tienen la misma residencia habitual. Para analizarlo mejor conviene recordar y aclarar las características de los casos que ahora nos interesan, lo cual, claro está, no resta ni un ápice de gravedad a los delitos de trata que se perpetran en un solo Estado. Así, en el delito de trata internacional que ahora nos interesa la captación se realiza en el Estado donde el menor reside y es trasladado a nuestro Estado donde muy probablemente vaya a ser explotado. Pero no solo esto, sino también, como en el daño anterior hemos indicado, nos interesan sobre todo los casos en que la ley del otro Estado diferente a España que ha sido designada como aplicable resulta claramente distinta y deficiente en comparación con la nuestra. Es decir, como quiera que el grave problema que tratamos de resolver se da en relación con dichos Estados con legislaciones sobre menores deficientes, no nos referimos en ningún momento a ningún Estado cuya legislación sea equiparable a la española. Así, no nos estamos ocupando de los delitos de trata internacionales que se hayan perpetrado en España y en la mayoría de los Estados de Europa. Efectivamente, el grave problema existe cuando menores de otros Estados como pueden ser sobre todo los africanos, asiáticos e hispanoamericanos son trasladados a España para ser explotados deportivamente y frente a lo cual no pueden hacer nada por no existir ni una sola norma que les proteja de verdad. Pues bien, respecto a los casos indicados que nos interesan, debemos indicar que en ellos el menor y los perpetradores referidos puede ser que no tengan la residencia habitual común, pero también puede ser que sí.

Pero antes de exponer ambas posibilidades, debemos tener muy claro que no se puede considerar residencia habitual el lugar al que el menor ha sido trasladado forzosamente y en el que es explotado, que en nuestro caso es España. Su residencia habitual sigue siendo el lugar donde vivía hasta que le despojaron del mismo. Y es que



para el delito de trata la residencia habitual del menor se concreta siempre en la de las personas físicas no profesionales pues resulta evidente por completo que el deporte practicado por los menores en estas condiciones en ningún caso puede considerarse profesional por no ser libre. De este modo, al no estar prevista esta residencia en el Reglamento Roma II<sup>371</sup> debemos acudir de nuevo a los criterios vigentes que el Estado miembro en cuestión ha establecido. Para el caso de España, como ya sabemos bien, son el artículo 40 CC, el TS y la DGRN quienes han determinado este concepto indicando que es el lugar donde se encuentra el centro social de vida de la persona física del caso, es decir, donde de hecho está con la intención de continuar establemente en dicho lugar. Dicho de otra manera, la residencia habitual es el lugar en el que existe un auténtico arraigo de la persona con su determinado medio socio-jurídico<sup>372</sup>. Y para tener consciencia de la gravedad de este tipo de daño debemos tener en cuenta que el menor se ve desarraigado por completo.

Una vez aclarado el concepto de residencia habitual de una persona física no profesional como es el menor deportista en el delito de trata, como hemos dicho, puede suceder que no exista la concurrencia de la residencia habitual común a las partes. Para verlo bien, indicamos el ejemplo en el que los perpetradores del delito de trata, que tienen su residencia habitual en España por tener en dicho estado su administración central, es decir, donde administran o dirigen habitualmente la sociedad, captan a unos jugadores menores en su Estado de origen y donde tienen su residencia habitual que es Mali. De este modo, como quiera que no existe residencia habitual común entre las partes significaría que a este grave delito no se le podría aplicar este criterio y, por tanto, aún no conoceríamos ninguna ley aplicable. Lo cual, como no puede ser de otra forma, es inaceptable porque si no se hace nada más quedaría impune. Así, debemos descartar este criterio y probar con el siguiente para saber si encontramos o no satisfacción.

En cuanto a la otra posibilidad, debemos adelantar que pese a ser muy diferente el resultado, sin embargo, es muy parecido por su insatisfacción. Nos estamos refiriendo a otro supuesto, a otro ejemplo donde los perpetradores del delito de trata despliegan o

---

<sup>371</sup> Como sabemos, el Reglamento Roma II sólo hace alusión a las personas físicas que sean profesionales en su artículo 23.2 al disponer que “la residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el establecimiento principal de dicha persona”.

<sup>372</sup> Véase nuevamente: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1330.

desarrollan su actividad principal en el mismo Estado del que el menor es originario y no en el suyo propio como en el caso anterior. En efecto, nos referimos a los casos en que el delito de trata es perpetrado mediante una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento que tenga la sociedad en el Estado de origen del menor. En este caso sí concurriría la residencia habitual común y, por ende, la ley a aplicar sería la de Mali. Pero, como hemos dicho, tampoco resulta satisfactorio por el hecho de que su legislación de protección de menores, si es que existe, está muy lejos de contener los estándares de protección que nuestra legislación sí garantiza.

Por todo lo anterior, llegamos a la conclusión de que este primer criterio de la regla general como es el de la residencia habitual común no es aceptable por insatisfactorio y nada respetuoso del interés superior. En efecto, en unos casos no concurre mientras que en otros sí pero no protege al menor deportista como es deseable. A éste último caso se le ha de prestar la máxima atención puesto que sin duda es un resultado que se ha de subsanar. En cuanto al otro resultado, debido a su no concurrencia debemos analizar el siguiente criterio.

Así pues, por un lado, debemos preguntarnos tanto si se puede aplicar como si es beneficioso el criterio de la *lex loci damni*. A este respecto, consideramos que es fundamental tener en cuenta, además de todos los daños padecidos o derechos infringidos que hemos expuesto, que entre los bienes jurídicos protegidos concretamente con la tipificación de este delito en el CP se encuentran tanto la dignidad como la libertad. Y es meritorio que el menor ha visto bruscamente cercenados tanto los referidos derechos como su dignidad y su libertad desde el momento en que fue captado en el lugar en que vivía, lo cual significa que, a diferencia del punto anterior, el daño se produce en el Estado de origen del menor por no poder ejercer allí ni sus derechos ni su libertad y dignidad y, por ende, que se tenga que aplicar la ley del mismo, que para el ejemplo que hemos puesto sería la ley de Mali, lo cual es simplemente, como acabamos de decir, inaceptable. Por ello, a esta cuestión también hay que prestar toda nuestra atención puesto que de ella depende el interés superior de los menores deportistas. Y nada puede modificar lo dicho el argumento consistente de que es la ley de su propio país, su cultura y sus costumbres puesto que ello no asegura que sea satisfactoria. De hecho, lo más probable es que deje mucho que desear en comparación

con las leyes de los Estados de Europa. Por eso, ningún órgano jurisdiccional puede aplicar una ley que esté muy lejos de los estándares de calidad que en su Estado son aceptables.

Lo dicho significa que encontramos aquí un nuevo gran defecto en las previsiones que el Reglamento Roma II alberga puesto que este otro criterio de la *lex loci damni*, como hemos dicho, no sirve por no ser satisfactorio. Está claro que lo que subyace bajo dicho criterio no es el interés superior del menor. Pero es que, además, las posibilidades que tras este descarte existen son muy limitadas.

En efecto, nos estamos refiriendo a la cláusula de escape, la cual, como sabemos muy bien, se caracteriza por ser su aplicación de una excepcionalidad máxima. Y es que solo si concurre un lugar del daño que sea por entero fortuito o imprevisible para las partes y, a su vez, éstas no tienen la misma residencia habitual se puede recurrir a ella. En nuestro caso que ahora nos ocupa como es el delito de trata, si bien es cierto que en algunos casos puede suceder que ambas partes no tengan en el mismo Estado la residencia habitual, tampoco consideramos que los daños puedan ocurrir en estos casos en un lugar que sea imprevisible para las partes. En efecto, hemos dicho que todos los derechos que el menor víctima ve transgredidos son los que pretendía ejercer en su Estado de origen del cual ha sido despojado a la fuerza. Es decir, no pretendía ejercerlos ni en el Estado a que lo han trasladado ni en ningún otro. Con lo cual podemos concluir que no concurre ni un solo lugar donde se produzcan los daños que sea fortuito y, por eso, que esté justificado escapar de él para acudir a otro vinculado con el caso en cuestión. Así, la última posibilidad que nos quedaba la verdad es que no puede recurrirse a ella; ha sido prevista para otros casos que, además, tampoco en el delito de trata pueden concurrir<sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> Conviene profundizar en la explicación expresando que lo dicho es así en todo caso, es decir, no se puede recurrir a dicha cláusula ni en el caso a que hemos aludido en el caso anterior respecto al transporte para completar nuestra exposición. En efecto, el delito de trata internacional siempre es perpetrado transportando al menor deportista que sea víctima. Y, como hemos indicado, en el desarrollo de dicho transporte puede suceder que acontezca un hecho inesperado como el de que, por ejemplo, por causa de un desprendimiento de tierra sobre una carretera el autobús que está desplazándose por el norte de África, y que está trasladando al menor a un aeropuerto donde se montará en un avión que le traiga a España, se tenga que desviar y adentrarse en un tercer Estado por el cual no estaba previsto pasar. Y es que aunque dicho tercer Estado es totalmente imprevisible para las partes, por mucho que en él el menor sufra un daño por la trata no es el mismo el lugar donde sucede dicho daño; siempre lo es su Estado de origen del cual le han despojado contra su propia voluntad. En otras palabras, en el delito de trata el lugar del daño siempre es totalmente previsible, es decir, el Estado de origen del menor. De este modo, no tiene sentido el recurso

En definitiva, en la imposibilidad de recurrir a una última posibilidad como es la de la cláusula de escape también cabe apreciar un defecto grave y, por ello, es necesario corregir esta desviación de algún modo que asegure la aplicación de un criterio que sea satisfactorio y, por ende, acorde con el interés superior.

Para terminar, con lo que ya expusimos es de sobra conocido que no puede aplicarse en este caso el artículo 10.9 CC puesto que el delito de trata no ha sido excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II. De modo que nada más debemos decir del mismo ni del criterio que prevé consistente en la *lex loci damni*, en cuyo caso nos remitiríamos a lo que acabamos de decir al respecto y de su resultado plenamente insatisfactorio.

En definitiva, tras este análisis sobre el delito de trata se han observado de nuevo grandes defectos en la legislación vigente sobre la responsabilidad civil extracontractual cuando es perpetrado sobre menores deportistas en este caso. Sin duda alguna, se ha de subsanar esta situación y, para ello, en su lugar propondremos las soluciones pertinentes que se fundamenten en el interés superior correctamente.

#### *ii. A los delitos de índole sexual*

Antes de nada, como en otras ocasiones, debemos reiterar que los casos que ante todo nos interesan y que debemos prestarles especial atención en el presente análisis por ser los más graves son aquellos en los que se ve involucrado un menor procedente de algún Estado cuya legislación sobre menores no es nada satisfactoria y, a su vez, dicha legislación resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto correspondiente. Ello podrá ocurrir sobre todo cuando dicho Estado sea alguno de África, Hispanoamérica o Asia. A este respecto, conviene poner un ejemplo que nos va a servir para analizar cada criterio que el Reglamento Roma II prevé y observar si dicha gravedad se produce: un menor que procede de Arabia Saudita y que sufre al practicar su deporte favorito en España un abuso sexual, siendo el perpetrador un ciudadano español integrante de un club, Federación deportiva y cualquier otro organismo deportivo. Todo lo dicho

---

a la cláusula de escape, la cual sirve precisamente para los casos en que el lugar del daño es totalmente fortuito.

debemos tenerlo presente a lo largo de las próximas líneas, en las cuales, además, se realizarán algunos breves comentarios a este respecto en relación con los criterios correspondientes.

Una vez apuntado lo anterior, debemos hacer saber que este tipo de delitos presenta varias diferencias con el anterior de la trata en lo que a la dilucidación de su responsabilidad civil extracontractual concierne. En efecto, nos estamos refiriendo ante todo al hecho de que entendemos que en los delitos de índole sexual es posible, además de que sería más coherente, que ambas partes escojan la ley que resulte aplicable en el caso de que sean perpetrados. El motivo principal de que entendamos que esta situación es diferente es que si se tiene en cuenta respecto al delito de trata tanto que para el logro del objetivo principal que es el contrato los responsables están dispuestos a transgredir la ley, como que lo que les interesa es solo el interés económico, es claro que cuando los menores deportistas sufran los daños tras haberse dado el hecho generador de los mismos, única opción que tendrían por no ser ninguna parte comerciante como hemos indicado, no van a pensar en el interés superior del menor ni van a pretender alcanzar un acuerdo sobre la ley aplicable a dichos daños puesto que en ningún momento les ha preocupado.

En cambio, cuando el objetivo no es alcanzar un contrato de cualquier manera ni hay intención de exigir al menor esfuerzos que se extralimitan existe un mayor equilibrio entre ambas partes, lo cual implica que entre ellas haya más intercambio de pareceres y capacidad de acuerdos. De este modo, cabe esperar una actitud distinta para el caso de que se produzca el hecho generador de los daños, es decir, cualquier delito de índole sexual y, en consecuencia, que el menor o quienes le representen pueden solicitar, negociar e insistir la ley que más les convenga al respecto. Y, sin duda alguna, cualquier persona, club u otro organismo deportivo que haga bien las cosas y se tome muy en serio el interés superior del menor no pasaría por alto una cuestión como esta. Al contrario, al preocuparse seriamente sería consciente de la existencia de esta grave lacra y, en consecuencia, haría todo lo posible para que ningún menor asociado sufriera mal alguno y menos de esta índole, así como para que en caso de producirse repararlo, sancionarlo y prevenirlo adecuadamente. Por ello, en este caso, estaría muy atento a que se escogiera la mejor ley aplicable una vez que un menor sufriera un daño de este tipo.

Y, evidentemente, si no existiera la citada preocupación desde luego que sería un dato muy convincente para considerar que no se está prestando la diligencia, no ya excelente, sino mínima aceptable. Por lo demás, insistimos en que nos parecería sumamente extraño que alguien pretendiera celebrar un contrato con el objetivo latente de perpetrar un delito sexual sobre un menor, es decir, nos parece más realista que el motivo de que se quiera celebrar un contrato a cualquier precio fuera más bien económico como ocurre en el delito de trata.

Pero no solo por lo anterior. También se ha de tener en cuenta que los delitos sexuales suelen ser actos puntuales o que se suelen perpetrar en un momento que se puede determinar y por un autor concreto, mientras que el delito de trata se perpetra a lo largo del tiempo y por varias personas organizadas. En consecuencia, consideramos que a ello se puede deber tanto que el organismo deportivo, si es el responsable, esté dispuesto a negociar la ley aplicable por no ser integrante de ninguna organización, como que en el autor, en el caso de que sea considerado el responsable, existan mayores probabilidades de arrepentimiento (en el delito de trata parece menos probable por su continuidad) y, por ende, sea más proclive a acordar una ley aplicable. Pero lo más apropiado será estudiar caso por caso.

Pues bien, en el caso de que en el ejemplo que hemos puesto las partes hayan acordado la ley aplicable una vez producido el delito de índole sexual, antes no pueden por no ser comerciantes, es probable que, al ser fruto de un acuerdo en que la parte del menor ha tenido relevancia, dicha ley sea aceptable por albergar unos buenos estándares de calidad. No parece realista que teniendo capacidad de negociación la parte interesada, la del menor, haya aceptado una ley claramente deficiente como podría ser la de su propio Estado de origen, Arabia Saudi. En cualquier caso, podría darse dicha situación, bien por falta de buena fe y concurrencia de intenciones aviesas por parte de la otra parte contratante y haber engañado a la parte del menor, o bien por ignorancia de ésta. En estos casos dicha ley deficiente se ha de rechazar. En cambio, en otros casos donde la ley aplicable fuera satisfactoria habría que aceptarla. En fin, se ha de analizar cada caso en concreto para que siempre prevalezca el interés superior del menor.

Sin embargo, la casuística que alberga la realidad es muy rica y, por ello, también

puede suceder que habiéndose celebrado un contrato y habiéndose perpetrado un delito de índole sexual en su desarrollo, sin embargo, no se acuerde ninguna ley aplicable a este respecto. Del mismo modo, la ausencia de ley aplicable también puede concurrir en otros supuestos parecidos como cuando el menor es víctima de un delito sexual incluso antes de que se celebre contrato alguno y no se acuerda ninguna ley. Piénsese en el menor que sufre dicho delito cuando desarrolla el deporte de manera aficionada, o precisamente cuando está realizando en España las pruebas que, en caso de superarlas, le permiten celebrar un contrato, o en el menor que lo sufre cuando está en la casa que le ha habilitado el intermediario, también en España, hasta que finalice las citadas pruebas. En definitiva, queremos remarcar que pueden concurrir muchos casos en que no existe un acuerdo donde se haya plasmado la ley aplicable a los daños que el delito perpetrado ha causado y, por lo tanto, debemos acudir a la regla general y dentro de ella observar en primer lugar si tanto la víctima como el perpetrador tienen residencia habitual común.

A este respecto, como hemos reiterado en la advertencia inicial, los casos que nos interesan en el presente estudio realizado desde el punto de vista del Derecho internacional privado son los que respecto a los cuales la legislación nos indica que se aplique una ley nada satisfactoria. Y es que son a los que debemos prestar toda la atención por encerrar la mayor gravedad. Por eso mismo, en esta concreta ocasión y respecto a este otro criterio que hemos indicado, conviene precisar que no nos interesan los delitos de índole sexual que, pese a poseer algún elemento de internacionalidad, sin embargo se dan dentro de las fronteras de Europa. La razón de su desinterés en este estudio es que en todo caso estaríamos satisfechos por garantizar estándares de protección parejos y aceptables.

Así pues, el gran problema solo puede darse en casos como el del ejemplo que hemos apuntado al inicio del menor que procede de un Estado cuya legislación cabe presumir que es deficiente; en el ejemplo hemos hecho alusión a un menor de Arabia Saudita. Descartada la posibilidad del acuerdo sobre la ley aplicable, respecto al siguiente criterio que prevé el Reglamento Roma II, la residencia habitual común, lo primero que debemos saber para dilucidar si concurre es si el menor deportista desarrolla la actividad deportiva de manera profesional o no profesional. Así, en el

primer caso, como sabemos, su residencia habitual es, según el Reglamento Roma II, el establecimiento principal de dicho menor deportista, es decir, donde radican sus actividades centrales o su centro principal de actividad; en suma, donde despliega y dirige su actividad profesional. Lo cual significa que sí concurriría la residencia habitual común con la otra parte, es decir, el responsable de la perpetración del delito. En este caso se aplicaría la ley española, lo cual es satisfactorio y, además, no es el caso más grave a que nos referíamos. En cambio, en el segundo caso, la residencia habitual, en virtud de lo que indicamos que ha dispuesto el CC, el TS y la DGRN para las personas físicas no profesionales, se encuentra en aquel lugar donde tiene el auténtico arraigo con su concreto medio socio-jurídico, o su centro social de vida, o su ámbito privado, particular, personal o familiar. Lo cual nos lleva a su Estado de origen y, por ello, podemos concluir que no concurre la residencia habitual común y, por ende, este criterio no es válido teniendo que probar el siguiente. Es decir, este resultado alberga mayor gravedad que el anterior por carecer aún de una ley, pero podría ser peor.

El siguiente criterio consiste en la *lex loci damni*. Así, teniendo en cuenta que lo decisivo es el lugar donde se padece el daño, esto es, el Estado donde se encuentra el bien jurídico protegido y los derechos del menor, la ley aplicable es la del Estado donde el menor ha sufrido este tipo de daños. Pero hay que saber extrapolar la teoría a la realidad para identificar correctamente dicho Estado y, a este respecto, la verdad es que existen dos posibles soluciones que son distintas por entero en función de si el menor deportista ha venido a España tras decidirlo libremente o si ha sido trasladado contra su voluntad.

En el primer caso, cabe entender que la indemnidad sexual, bien jurídico del menor, junto a todos los derechos que expusimos y que son menoscabados no parece razonable circunscribirlos a su Estado de origen sino a aquél a que el menor se ha trasladado para practicar deporte. Como se observa, en el delito de trata consideramos lo contrario, esto es, que el lugar donde se producen los daños es el Estado de origen del menor por la razón fundamental de que en el mismo la voluntad del menor deportista no se tiene en cuenta y es trasladado a la fuerza. En cambio, en estos casos de delitos de índole sexual, al no tener por qué producirse dentro de un delito de trata o como consecuencia del mismo, puede suceder que dicho traslado se haya producido como



consecuencia de una decisión libre del propio menor y/o de su familia. Es por ello que ahora entendemos que nos encontramos ante un bien jurídico y de unos derechos que le acompañan en todo tiempo y lugar por haberlo consentido y, por ende, que además el daño se sufre en el mismo sitio en que se da el acto delictivo y de manera inmediata<sup>374</sup>. En definitiva, siguiendo nuestro ejemplo, en el caso de que el menor deportista haya sufrido algún delito sexual en España tras haber venido de su Estado de origen, Arabia Saudita, como consecuencia de su libre decisión, y no concurra la residencia habitual común por no ser profesional, la ley aplicable será la española debido a que es en España donde el menor ha sufrido el daño. Ley que resulta plenamente aceptable y, por ello, ningún reparo se ha de hacer a este criterio de la *lex loci damni* en este caso.

Sin embargo, en el segundo caso en el que dicho menor deportista ha sido trasladado a España contra su voluntad, al igual que en el delito de trata, se ha de entender que el bien jurídico de la indemnidad sexual y todos los derechos violados se encuentran en su Estado de origen puesto que es allí donde quería disfrutarlos y ejercerlos. Es decir, es en dicho Estado donde los daños se producen y, por lo tanto, se ha de aplicar la ley del mismo, lo cual no resulta satisfactorio. Sin duda, se ha de considerar el olvidado interés del menor para asegurar un resultado digno.

Y como quiera que este estudio también se caracteriza por abarcar y tener en cuenta todos los posibles casos en que un menor sufre daños para que sea siempre debidamente reparado, debemos indicar que los daños también son sufridos en su Estado de origen en el caso de que sea en el mismo donde sufra el delito de índole sexual. Piénsese en el caso de que dicho menor deportista sufra el delito en su propio Estado justo antes de trasladarse a España, es decir, en el tiempo que media entre la adopción de la decisión libre de trasladarse tras las conversaciones pertinentes y su llegada a España. En este otro supuesto también la ley a aplicar, en caso de existir, sería la de Arabia Saudita debido que, sí, el mismo y su familia han decidido trasladarse pero

---

<sup>374</sup> Por lo demás, conviene apuntar aquí otra cuestión muy importante como es que no debemos confundirnos con la existencia de los expuestos daños indirectos o a más largo plazo que se producen debido a que lo determinante aquí, como bien indica el considerando 17 del Reglamento Roma II, es el impacto directo del daño. O, dicho de otra forma, es un criterio fundamentado en una imputación objetiva y no de causalidad. No obstante, y para terminar, igualmente crucial es recordar que la ley aplicable sí alcanza a todos los daños, entre los cuales se encuentran los que tienen relevancia material y que son los que sobrevienen como consecuencia del acto delictivo.

en una concreta fecha y no antes. En fin, este resultado a que se llega en los supuestos indicados en el presente párrafo no se puede aceptar por incardinarse en unos parámetros de calidad muy diferentes a la ley española. Y sobre estos supuestos es sobre los que se ha de poner toda la atención a que nos referíamos puesto que estamos observando un gran defecto de la legislación en vigor por llevar a soluciones que nada o muy poco protegen al menor cuando sufre alguno de los más graves y perniciosos delitos. En suma, mientras esté en la legislación en vigor este criterio no puede aceptarse en este otro caso. Pero la mejor solución es, si no se puede interpretar las previsiones normativas de alguna manera que conduzca al resultado deseado de reparar, sancionar y prevenir, modificar la legislación para que así sea. En cualquier caso, lo que ha de subyacer es el interés superior del menor y la defensa de los Derechos fundamentales que implica.

Una vez dicho lo anterior, debemos analizar brevemente si la cláusula de escape en esta ocasión puede ser beneficiosa. Y la verdad es que lo más habitual es que la misma no se puede aplicar tampoco en estos casos puesto que su razón de ser estriba, junto a la ausencia de la residencia habitual común, en que el lugar del daño sea fortuito e imprevisible. En efecto, cuando se perpetra un delito de índole sexual según las conductas más habituales que hemos descrito no resulta ninguna sorpresa el que los daños del mismo se produzcan en el Estado a donde el menor se ha trasladado voluntariamente o en su propio Estado de origen del que ha sido despojado. Sin embargo, teniendo en cuenta los casos para los que la cláusula está pensada, consideramos que se podría recurrir a ella en el caso, por ejemplo, de que el menor deportista esté desplazándose en avión desde Arabia Saudita a España para practicar deporte de manera aficionada y voluntaria, y en lugar de hacer una escala en Grecia se tenga que realizar en Túnez como consecuencia de las malas condiciones del clima. Además, dicho menor deportista tiene la mala suerte de que es precisamente en Túnez donde sufre un abuso sexual por parte de un integrante de un club español. Pues bien, dicho lugar es totalmente fortuito y, por lo tanto, imprevisible para las partes. Es decir, no estaría justificada la aplicación de dicha ley y por eso se ve la necesidad de la cláusula que permite escapar del mismo. Así, se debería aplicar la ley española puesto que es donde el menor deportista ha elegido libremente practicar su deporte favorito de manera aficionada, lo cual es plenamente satisfactorio.

Para terminar, al igual que en los análisis precedentes, queremos hacer una breve referencia al artículo 10.9 CC, el cual tampoco resulta aplicable en esta ocasión puesto que con la promulgación del Reglamento Roma II quedó desplazado al alcanzar también a los delitos de índole sexual que ahora nos ocupan. En cualquier caso, si fuera aplicable ello significaría tener que recurrir al criterio de la *lex loci damni*, al cual nos remitimos de nuevo por haber sido ya analizado.

En definitiva, tras este análisis consideramos que la regulación actual pese a tener grandes aciertos también padece algunos defectos de gran gravedad por suponer que los menores queden desprotegidos y los responsables de los daños impunes. Si bien es cierto que no es algo que ocurre con todos los criterios, en algunas ocasiones, como hemos visto, no son aceptables por conducir a leyes que tal vez no existan y si existen no sean satisfactorias. Por ello, la conclusión que extraemos es que, por un lado, se ha de estudiar cada caso en concreto con la finalidad de interpretar las distintas previsiones de tal manera, siendo la mejor opción la de atender al interés superior, que conduzcan al resultado consistente en que el menor se ve reparado, el responsable sancionado y el daño previsto en adelante. Y si para ello es necesario, por otro lado, también se pueden realizar las reformas oportunas para que el interés superior del menor quede protegido en todos los casos. Y es que toda decisión que se tome sobre los menores ha de respetar el mentado principio. Dichas reformas las propondremos en el apartado correspondiente, una vez que hayamos analizado la responsabilidad civil extracontractual de cada tipo de daños que sufren los menores.

C. A los daños que la difamación o violencia verbal (y la violencia física) causa

*i. Primera cuestión previa: la responsabilidad por la violencia física*

Como hemos explicado, si bien en el análisis sobre todo lo concerniente a la violencia que los menores deportistas sufren al practicar deporte centramos el foco principalmente en la violencia que es de índole verbal, también es un hecho innegable que la misma suele ir acompañada siempre de violencia física. Por eso, además de que también dicha violencia física alberga una gran gravedad que no se puede dejar de conocer para que no quede sin la correspondiente y adecuada reparación, sanción y

prevención, es por lo que también se ha tenido que exponer.

Una exposición que no podía hacerse en puntos distintos debido a que ambas modalidades de violencia están íntimamente relacionadas en cuanto a su manifestación o perpetración. Ahora bien, por lo que atañe a la dilucidación de su responsabilidad civil extracontractual, en cambio, existe una diferencia entre ambas muy considerable, lo cual es la razón de que le dediquemos a la mentada responsabilidad de la violencia física el presente breve punto en particular. En efecto, se ha de ser muy consciente de que no se trata de un delito de difamación y, por ende, no está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, al igual que sucede con los anteriores delitos de trata y los de índole sexual.

Pues bien, como quiera que a la hora de analizar si la legislación en vigor que prevé la referida responsabilidad es satisfactoria o no en relación con la violencia física que los menores sufren en el deporte hay un gran parecido con el análisis realizado respecto a los delitos de índole sexual, nos remitimos a dicho último análisis por ser trasladable a este apartado *mutatis mutandis*. Ello es más que suficiente puesto que no solo se caería en una redundancia estéril sino que, además, lo que expusimos también se puede extrapolar a cualquier violencia física que un menor padezca y no solo a la que proviene de los padres y del público.

#### *ii. Segunda cuestión previa: la diversidad de responsables de la difamación o violencia verbal*

Una vez dedicada toda la atención que la responsabilidad civil extracontractual de la violencia física precisaba, es el momento de adentrarnos en lo que es la cuestión primordial de este apartado y de la violencia que los menores sufren, esto es, la referida responsabilidad concerniente a la difamación o violencia verbal.

Sin embargo, no podemos comenzar directamente su análisis sin antes advertir, o mejor dicho insistir de nuevo y con más detalle por ser decisivo, lo que ya adelantamos de que se ha de tener presente en todo momento que la difamación puede ser perpetrada por varios responsables. En efecto, si bien es cierto que con una lectura atenta de la

exposición de las conductas consistentes en violencia verbal y/o física se aprecia la existencia de esta cuestión, conviene dedicarle el presente breve punto para hacerla constar expresamente y explicarla con exhaustividad debido precisamente a su indicada trascendencia. En este sentido, debemos agregar que, evidentemente, esta cuestión la pasaríamos por alto sino fuera porque tiene una clara influencia sobre el modo de llevar a cabo los delitos y sobre los daños que producen (con matices diferentes que, en todo caso, habrá de tener en cuenta) y, por ende, sobre la responsabilidad civil extracontractual, la cual es precisamente donde centramos el foco de nuestra investigación. Por todo ello, hemos considerado que este es el lugar más apropiado (antes de analizar dicha responsabilidad) para hacer saber o remarcar que los responsables pueden ser diferentes, así como todo lo que ello supone.

En efecto, por un lado, nos podemos encontrar ante lo que podemos calificar como violencia en el campo o, lo que es igual, que los perpetradores de la violencia verbal pueden ser los progenitores de los menores deportistas u otras personas o grupo de personas que igualmente componen el público que asiste a un partido o, por último, también puede ocurrir que sean ambos a la vez. Pero, por otro lado, también podemos encontrarnos, sola o al mismo tiempo que la anterior, con este tipo de violencia cuyo origen se encuentra en la prensa o en los medios de comunicación. Y, por desgracia, a buen seguro que no nos extraña la existencia de esta violencia ni que sea cometida por alguno de todos los responsables indicados debido a que con frecuencia conocemos casos o conflictos con dichas características, los cuales siempre son graves pero más aún cuando las víctimas son niños. Es más, se puede afirmar con toda seguridad que rara es la ocasión en que en un partido deportivo no se expresa ni un insulto o acontece sin falta de respeto alguna. Así pues, con ello nuevamente atisbamos tanto la gran importancia que tiene la existencia de una buena responsabilidad civil extracontractual regulada por la legislación que esté en vigor como la justificación y necesidad de nuestro estudio para comprobar que realmente es así o, en caso negativo, realizar las propuestas oportunas para corregir todas las deficiencias.

Pues bien, teniendo en cuenta lo que acabamos de indicar, debemos ampliar nuestra explicación agregando un apunte crucial como es que desde el punto de vista de la responsabilidad el tratamiento va a ser diferente en función de quién o quiénes sean

los responsables. Con otras palabras, no es lo mismo si el responsable es algún padre, o una persona del público o un grupo de *hooligans*, o un periodista, periódico o canal de televisión. Por ello mismo, próximamente vamos a estudiar íntegramente la cuestión fundamental de esta investigación como es la responsabilidad civil extracontractual derivada de la difamación que tanto en el campo o terreno de juego como en los medios de comunicación acontece, es decir, haremos referencias a los distintos posibles responsables que corresponda con la finalidad de precisar dicha responsabilidad en cada caso. En conclusión, se trata de una cuestión nada baladí y, por ello, siempre se ha de tener muy en cuenta para determinar la referida responsabilidad de manera concreta, es decir, que el contenido de nuestra solicitud o reclamación será diferente en cada caso.

### *iii. La responsabilidad por la difamación o violencia verbal*

Como en su momento hicimos saber y posteriormente hemos ido reiterando brevemente, el estudio del delito de difamación en apartados particulares se justifica por el hecho de que el Derecho internacional privado, y el Reglamento Roma II en concreto, se ocupa de la responsabilidad civil extracontractual que origina de una manera totalmente distinta a como hace con otros delitos; por ejemplo, los ya analizados de trata y de índole sexual. En otras palabras, el desarrollo a lo largo de los años de la regulación de la referida responsabilidad del delito de difamación constituye una auténtica trayectoria propia que ha desembocado en que sean, no como ocurre respecto a otros delitos, otra disposición normativa diferente al Reglamento Roma II la que se deba tener en cuenta para intentar que la víctima quede reparada, el responsable sancionado y la conducta prevenida. De este modo, a continuación vamos a exponer brevemente el referido desarrollo o recorrido; después indicaremos el resultado o destino del mismo, es decir, la referida disposición normativa a que debemos recurrir; y, finalmente, la aplicaremos a cada caso específico en función de quién sea, entre los que hemos expuesto, el responsable. Con todo ello, alcanzaremos nuestro objetivo de saber si la responsabilidad civil extracontractual existente a día de hoy para el delito de difamación que sufren los menores deportistas es satisfactoria o no.

- Exclusión del Reglamento Roma II

Entre los hitos más importantes del recorrido que ha seguido hasta el día de hoy la regulación de la responsabilidad civil extracontractual a que da lugar la perpetración del delito de difamación se encuentran los que a continuación hacemos saber.

Evidentemente, es fundamental conocer la situación de la que se proviene, la cual se caracterizaba por el hecho de que antes de que fuera elaborado el Reglamento Roma II solo existían varias Directivas sectoriales y limitadas que no solo prestaban atención a la ley aplicable a la responsabilidad vinculada con el derecho a la intimidad y a la vida privada, sino que, además, fue uno de los ámbitos que mayor desarrollo experimentaron y que más interés despertaron a lo largo del tiempo<sup>375</sup>.

Pues bien, partiendo de esta situación y teniendo muy en cuenta el objetivo que se había consagrado en el artículo 2 del TUE consistente en desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia y que garantizase la libre circulación de personas, la Comunidad elaboró reglas sobre cooperación judicial en materia civil. De este modo, en 1999 el Consejo Europeo declaró el principio de reconocimiento mutuo como el elemento crucial de la cooperación judicial que se deseaba en la UE. Para llevarlo a cabo, la Comisión y el Consejo elaboraron un programa común en el año 2000 que albergaba medidas para implementar dicho principio respecto a las decisiones judiciales adoptadas tanto en el ámbito civil como mercantil. Y, en este sentido, se determinó que eran complementarias las medidas dirigidas a armonizar las normas de conflicto de leyes, así como que favorecen que dicho principio sea aplicado en los ámbitos señalados. Y precisamente es en esta línea en la que insistió el ya aludido Tratado de Lisboa. Por lo demás, junto a lo anterior, no está de más precisar que ya desde los años 60 se vienen desarrollando trabajos de armonización del Derecho internacional privado

---

<sup>375</sup> Para consultar en concreto lo que hemos indicado, véase: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *supra op. cit* nota 329, pp. 91 y 92.

Y, como quiera que conviene que este sector sea observado para abordar la responsabilidad a que dan lugar los medios de comunicación cuando conculcan los derechos de la personalidad, es necesario indicar que un estudio mucho más exhaustivo sobre la situación de la que se proviene, en el que se expone tanto el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1985), como la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOCE nº 281, de 23 de noviembre de 1995), se encuentra en: *Ibidem*, pp. 90–105.

en materia civil y mercantil en Europa<sup>376</sup>.

Ahora bien, debido a que la sola existencia de normas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales no garantiza en ningún caso que sea previsible la solución del fondo del litigio o, en otras palabras, a que no erradica el fenómeno *forum shopping*, es por lo que desde 1967 en adelante comenzó en la Comunidad una codificación progresiva de las normas de conflicto de leyes, lo cual en un principio alcanzaba a las obligaciones extracontractuales por su gran importancia. Sin embargo, el Convenio que fue elaborado a lo largo de los siguientes años y que entró en vigor en 1991 solo versó sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Es decir, la regulación respecto a las obligaciones extracontractuales estaba todavía pendiente y, por ello, en 1996 el Consejo de la UE indicó varios asuntos a los que había que prestar una especial atención, siendo uno de ellos precisamente realizar trabajos para elaborar un Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>377</sup>.

Tras ello, desde 1998 el Consejo inició labores con la meta indicada, las cuales, tras varios avatares y otros trabajos importantes que ahora es imposible exponer y de entre los cuales destaca la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 que comunitarizó la cooperación en materia civil, desembocaron en que el Consejo y la Comisión marcaran un plazo de dos años desde dicha entrada en vigor para que se elaborara un instrumento jurídico que determinase la ley a aplicar a las obligaciones no contractuales, al cual se denominaba ya Roma II.

De este modo, para lo que en el presente apartado se está estudiando debemos resaltar que si bien en el año 2003 se elaboró la Primera Propuesta de Reglamento a este respecto, sin embargo la misma fue sustituida por otra propuesta en la que el artículo 6 concerniente a la violación de la intimidad y del desarrollo a la personalidad quedaba excluido del ámbito de aplicación del futuro Reglamento Roma II. Y así es como quedó el texto definitivo. En definitiva, la total incapacidad de las partes para alcanzar un acuerdo supuso que quedase excluido del texto final de dicho Reglamento la responsabilidad a que da lugar los actos que contrarían la intimidad y otros derechos de

---

<sup>376</sup> Para consultar lo expuesto desde la última nota, así como una explicación más enjundiosa, véase: *Ibidem*, pp. 105–108.

<sup>377</sup> Una exposición con más detalles de éste último párrafo, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 108–110.



la personalidad<sup>378</sup>.

Por su relevancia y por completar la exposición del recorrido, también debemos saber que antes de que fuera elaborado el Reglamento Roma II también existieron diversas propuestas legislativas que versaron concretamente sobre la regulación de la responsabilidad extracontractual a que da lugar el delito de difamación. Sin duda alguna, fue un recorrido nada sencillo, cuyos protagonistas más destacados fueron la Comisión y el Parlamento Europeo y que finalmente desembocó en un gran desacuerdo. En efecto, frente a la Comisión que se había decantado por el criterio del Estado de destino y por la ley del Estado del daño directo, el Parlamento prefería claramente el Estado de origen, lo cual significaba decantarse por los medios de comunicación y la libertad de expresión en detrimento del derecho a la intimidad y a la vida privada<sup>379</sup>.

Pues bien, debido a la gran diferencia entre ambas propuestas, la Comisión finalmente concluyó que excluir del Reglamento Roma II los delitos de prensa y los asimilados era la solución más adecuada. Pero a este respecto debemos agregar algo que es fundamental para nuestro estudio. En efecto, si bien en un principio la referida exclusión no podía ir más allá de las violaciones cometidas por los medios de comunicación, sin embargo, el propio Consejo elaboró en 2006 una Posición Común<sup>380</sup> que supuso que finalmente que la exclusión del Reglamento Roma II alcanzase a todas las obligaciones extracontractuales que se derivan de los ataques a la intimidad y a los derechos de la personalidad. Por lo demás, para compensar la sustracción es por lo que fue prevista en el artículo 30.2 la cláusula de revisión<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> Lo que hemos expuesto, así como una exposición mucho más profunda del proceso, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 110–115.

<sup>379</sup> Pese a que no podemos exponer exhaustivamente dicho recorrido, si podemos completar lo dicho con lo más relevante del mismo. Así, por un lado, tras no ser aceptada una primera propuesta, la propuesta final de la Comisión consistió en un nuevo artículo 6 que se remitía al artículo 3 y, por lo tanto, con carácter general la ley del lugar del daño directo era la que se indicaba como aplicable a los menoscabos que tanto la intimidad como los derechos de la personalidad pudieran sufrir. Por su parte, el Parlamento Europeo presentó una enmienda para que el referido artículo 6 fuera modificado. A este respecto, el referido parlamento explicó que su artículo 5 propuesto se ajustaba más a lo que el TJCE había decretado con su decisión en la Sentencia de 7 de marzo de 1995, asunto C 68/93, *Fiona Shevill y otros vs. Press Alianza S.A.*, es decir, que el lugar del daño en las difamaciones de la prensa es aquel Estado contratante en el que se ha difundido la publicación y en el que la víctima alegue que su reputación ha sufrido un ataque. Esto es, se trataba un punto de conexión que satisfacía las expectativas legítimas que tenía tanto el perjudicado como las del perpetrador de la difamación.

<sup>380</sup> Posición común (CE) n° 22/2006, DO C 289 E de 28 de noviembre de 2006. En concreto, las pp. 68–83.

A lo anterior debemos apuntar que a este respecto la Comisión expresó que “consciente del bloqueo político en el Consejo, prefiere en adelante excluir esta cuestión difícil del ámbito de aplicación del Reglamento, tal como se propone en su propuesta modificada, tanto más en la medida en que existen muy pocos litigios internacionales sobre este tema”.

Llegamos al final de este punto en el que estamos estudiando el desarrollo normativo por el cual se ha llegado a la regulación actual sobre la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual que los actos atentatorios de los derechos de la personalidad acarrea. Así, debido a la referida falta de acuerdo sobre el difícil equilibrio entre el derecho a la vida privada y a la libertad de expresión, el Reglamento Roma II prevé en su artículo 1.2.g) que “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] g) las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación”<sup>382</sup>.

- La aplicación del artículo 10.9 del Código Civil a los diferentes responsables del delito de difamación

Como consecuencia tanto de la exclusión que acabamos de exponer como de que tampoco exista ningún convenio internacional vigente para España que se ocupe del mismo, es por lo que para dilucidar la responsabilidad civil extracontractual del delito

---

<sup>381</sup> Dice así: “A más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con la personalidad, teniendo en cuenta las normas sobre la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación, y las cuestiones sobre conflicto de ley relacionadas con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”.

<sup>382</sup> Como hemos indicado, lo expuesto es lo más destacable de las propuestas anteriores a la elaboración del Reglamento Roma II y del resultado final o actual. Pues bien, ello incardinado dentro de una explicación más enjundiosa se encuentra en: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *supra op. cit* nota 329, pp. 115–128.

Desgraciadamente no podemos explayarnos más explicando las muy enriquecedoras exposiciones que otros autores también han realizado. Por ello, debemos limitarnos a hacer saber dónde podemos encontrarlas. Por un lado, se aprecia muy bien el entramado de la polémica con los intereses que defendieron los *lobbies* ingleses dueños de medios de comunicación de masas en: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1403. Y, por otro lado, otra exposición muy enjundiosa por apuntar brevemente varias precisiones relevantes se encuentra en: J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *supra op. cit* nota 329, p. 713.

de difamación debemos acudir al artículo 10.9 CC<sup>383</sup>. Con ello y con lo que en su lugar expusimos acerca del precepto se observa claramente que es un sistema de cláusula general el sistema español de responsabilidad civil, donde el indicado precepto alcanza a toda reclamación indemnizatoria que no pueda subsumirse en otras categorías jurídicas<sup>384</sup>.

Nos remitimos al punto concreto en que expusimos todo lo relativo a dicho artículo 10.9 CC puesto que la labor que ahora debemos realizar es la de aplicar el artículo 10.9 CC al delito de difamación para observar si es satisfactorio o no.

*- La responsabilidad de los padres y de las personas del público*

En primer lugar, debemos analizar la aplicación de dicho precepto a aquellas difamaciones de la primera modalidad que indicamos, es decir, las que se dan en el campo o terreno de juego y cuyos responsables son los padres y/o las personas del público.

Pues bien, en las difamaciones que nos interesan y que son las que albergan algún elemento de internacionalidad, se diferencian dos situaciones muy distintas. Por un lado, la del menor deportista que procede de un Estado lejano como puede ser cualquiera de África o de Hispanoamérica y que realiza el deporte de su preferencia tras haber ejercido su libertad. En este caso todo indica que el artículo 10.9 CC sí es satisfactorio debido a que el lugar o Estado donde ocurre el daño de la difamación (por ejemplo, un insulto de un padre a un jugador del equipo contrario o el de una persona del público a cualquier menor) es, en nuestros casos, España y, por lo tanto, es la ley española la que

---

<sup>383</sup> Una muy buena explicación de la responsabilidad civil extracontractual a que da lugar la perpetración de delitos en general y la difamación en particular se encuentra en: A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *supra op. cit.* nota 303, p. 1422.

<sup>384</sup> Este apunte, con la precisión de que fue M. A. Amores Conradi quien lo expresó así, véase: *Ibidem*, p. 1346.

Aprovechamos la presente nota para hacer saber que el referido artículo 10.9 CC es para el caso de España. Y es que la exclusión de la difamación del Reglamento Roma II ha tenido la consecuencia de que existan tantas regulaciones al respecto como número de Estados miembros de la UE. Es decir, una situación nada satisfactoria debido a que es precisamente hacia la especialización de las normas de conflicto a donde tiende el Derecho internacional privado. Y pese a que resultaría muy interesante su análisis detallado, ahora solo podemos centrarnos en la regulación vigente en España. Es por ello que simplemente indicamos donde se puede encontrar dicho desarrollo: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *supra op. cit.* nota 329, pp. 129–133.

resulta aplicable. De este modo, se asegura una finalidad primordial de esta previsión como es la de aplicar la ley del Estado en que se encuentran los bienes jurídicos protegidos.

Pero, por otro lado, puede ser que el menor deportista haya sido trasladado a España contra su voluntad, lo cual puede ocurrir por ejemplo en el delito de trata, lo cual, como sabemos, significa que como no se ha tenido en cuenta su voluntad su centro de vida sigue siendo su Estado de origen del cual le han despojado. En estos otros casos, cabe entender que los daños que ha sufrido se han dado en dicho Estado de origen que es donde siguen teniendo lugar su educación, su vida, su salud, su desarrollo, su nombre, etcétera. Así, en estos casos la ley aplicable sería la ley del Estado de origen, lo cual no es nada satisfactorio puesto que a buen seguro no iba a responder adecuadamente a la responsabilidad que exigen casos como estos.

En definitiva, la rigidez extrema que caracteriza al artículo 10.9 CC por contemplar solo este criterio, si bien en los primeros casos indicados no afecta en absoluto por resultar muy satisfactorio, en cambio, en los segundos casos constituye un gran defecto puesto que no solo conduce a una ley aplicable insuficiente sino que carece de cualquier otro punto de conexión y, en consecuencia, los menores deportistas involucrados quedan desamparados ante las difamaciones. Por lo mismo, toda decisión que se tome de dicho modo no estaría respetando el interés superior del menor. Sin duda alguna, habrá que realizar las propuestas que sean necesarias para paliar esta situación y que la responsabilidad civil extracontractual sea también en estos casos como merece.

#### *- La responsabilidad de los medios de comunicación*

Como expusimos, no queda más remedio que diferenciar dos modalidades en la perpetración del delito de difamación sobre los menores deportistas debido a que hay una gran diferencia en la dilucidación de la responsabilidad civil extracontractual según quién sea el responsable. Es por ello que debemos dedicar este punto a las difamaciones que son cometidas por los medios de comunicación.

Y la diferencia decisiva es que la aplicación del artículo 10.9 CC en estos casos encierra ciertas dificultades por la propia forma en que se perpetra este delito. En efecto, el punto de conexión de la *lex loci delicti commissi*, la cual es la regla general prevista por la mayoría de los Estados miembros que no han promulgado reglas especiales a este respecto, y que al basarse en el principio del Estado de destino consiste en que la ley aplicable es la del lugar donde el ilícito se comete, resulta realmente problemático en estos casos en que la difamación es perpetrada por los medios de comunicación. Las razones son varias. La primera es que, debido a que pueden ser delitos a distancia y perpetrarse en diversos Estados, saber dónde ha sido cometido el delito muchas veces es muy difícil. La segunda es que, debido a que lo habitual es que sea en varios Estados donde los daños sobre los derechos de la personalidad tienen lugar, también será complejo saber qué ordenamiento jurídico estatal en concreto de entre los varios que concurren es el que ha de aplicarse a la responsabilidad no contractual a que ha dado lugar el autor del daño, el cual por lo general es el editor de la noticia o de la información que ha difamado. Y la tercera es la diversidad existente en torno a la interpretación que se ha de hacer, como ocurre en nuestro caso del artículo 10.9 CC y que ya expusimos y aclaramos en el lugar oportuno.

Por dicha complejidad, los Estados miembros regulan la *lex loci delicti commissi* de muy diversas maneras. Por un lado, unos prevén algunas excepciones y/o está materialmente orientada para paliar los problemas de su aplicación mientras que otros, por otro lado, la prevén en soledad o como neutral<sup>385</sup>. Pero ahora no debemos entrar en ello, sino centrarnos en nuestro caso, es decir, en el artículo 10.9 CC, el cual está regulado según la segunda forma que hemos indicado en el lugar oportuno.

Pues bien, es el momento de observar si dicho precepto es satisfactorio respecto a la responsabilidad civil extracontractual que causa un delito de difamación perpetrado por un medio de comunicación sobre un menor deportista. Para ello es necesario tener en cuenta dos cosas. Por un lado, recordar que el artículo prevé que la ley que se ha de

---

<sup>385</sup> Para lo que hemos expuesto hasta aquí, véase: *Ibidem*, pp. 133–136.

E íntimamente relacionado con ello, para quien desee profundizar en el estudio de esta cuestión y observar genialmente la gran diversidad de regulaciones, se puede encontrar una visión no ya general sino particular acerca de, por un lado, las normas de conflicto especiales sobre los daños causados por la prensa que prevén de manera diversa los Estados de Europa y, por otro lado, las excepciones a la regla general de la *lex loci delicti commissi* que también dichos Estados contemplan en: *Ibidem*, pp. 167–193.

aplicar es la del lugar donde se ha producido el daño. Y, por otro lado, que de nuevo debemos diferenciar entre los menores deportistas según estén desarrollando la actividad deportiva libremente o contra su voluntad.

En el primer caso, es decir, cuando la víctima del delito de difamación cometido por un medio de comunicación es un menor deportista que se ha trasladado libremente desde su Estado de origen, por ejemplo, Senegal y juega a su deporte favorito en España, se ha entendido que es en éste último Estado donde, además del deporte, desea ejercer sus derechos (a la educación, a la vida, a la salud, al trabajo, al desarrollo, etcétera) y se encuentran los bienes jurídicos protegidos. Ello supone que se ha de considerar que el daño se produce en España y, en consecuencia, que es la ley española la que se debe aplicar. Esto es, es un resultado muy aceptable porque se verá resarcido adecuadamente.

En cambio, el resultado es totalmente diferente en el caso de que dicho menor deportista estuviera desarrollando la actividad deportiva en España de manera forzada. En estas circunstancias es claro que el menor deseaba seguir ejerciendo sus derechos y no ver sus bienes jurídicos menoscabados en su Estado de origen, del cual le han despojado. Así, el resultado en esta ocasión es muy insatisfactorio porque consiste en que se deba aplicar, en caso de existir, la ley senegalesa que muy probablemente deje desamparado al menor<sup>386</sup>.

En conclusión, mientras que respecto al primer caso no debemos criticar nada, en cambio, al segundo se le ha de prestar una gran atención para corregir el resultado. Afortunadamente, existen varias posibles soluciones para que de nuevo un delito grave no quede impune.

#### **2. 2. 4. Conclusiones del estudio**

Pues bien, hemos llegado al final del presente **Capítulo II** que tan importante es

---

<sup>386</sup> A este respecto, resulta muy enriquecedor indicar que un muy buen análisis sobre la regulación por los Estados europeos de la excepción del orden público del foro y demás limitaciones al Derecho extranjero en relación con el delito de difamación por parte de los medios de comunicación se encuentra en: *Ibidem*, pp. 199–203.

en nuestro estudio. Y la verdad es que no por ello tiene una menor relevancia que lo anterior. En efecto, tras apuntar muy sucintamente las conclusiones que hemos extraído del análisis de la legislación en vigor sobre la responsabilidad civil extracontractual cuando es aplicada a los diversos daños que los menores deportistas sufren, se van a exponer las propuestas que hemos ideado para subsanar las graves deficiencias detectadas.

#### A. Sobre la legislación en vigor

La intención del presente punto no es exponer ninguna explicación adicional sino simplemente recordar los resultados de la aplicación de cada criterio previsto en la legislación a cada situación concreta en que puede verse un menor deportista en las conductas y daños que hemos estudiado.

En primer lugar, en relación con los daños que los menores sufren como consecuencia de la práctica deportiva, consideramos que el primer criterio consistente en la regla común o elección de la ley aplicable no entrará en juego por la falta de diligencia que es propia de estas conductas. Por ello hay que acudir a la regla general, cuyo primer criterio es el de la residencia habitual común. Al respecto, pudimos observar que mientras en el caso de que el menor practica deporte en virtud de un contrato concurre dicho criterio en España y el resultado es satisfactorio por aplicarse la ley española, en cambio, cuando el menor no es profesional habrá ocasiones en que no concurra el criterio teniendo que probar el siguiente y otras ocasiones en que sí pero en el Estado de origen del menor no siendo el resultado nada satisfactorio por tener que aplicarse la ley de dicho Estado. Es decir, esta última situación es uno de los grandes defectos de la legislación actual que, de alguna manera, hay que erradicar. Respecto a la otra situación, el siguiente criterio es el de la *lex loci damni*. Y pudimos atisbar que el resultado es diferente según el menor practique deporte libre o forzadamente. Si es libre el criterio nos satisface puesto que se ha de aplicar la ley española; si no, es plenamente insatisfactorio por remitir a la ley del Estado de origen del menor y, por lo tanto, se repite el grave defecto identificado que se ha de paliar. En cuanto a la cláusula de escape, ya vimos que en estas conductas, por su idiosincrasia, no puede entrar en juego;

ha sido creada para otros supuestos muy diferentes. Por último, el artículo 10.9 CC no es aplicable.

En segundo lugar, las observaciones que alcanzamos sobre los criterios respecto a los daños causados por la perpetración del delito de trata son las siguientes. Así, comenzamos de igual manera que en las conductas anteriores, esto es, la propia idiosincrasia del delito de trata imposibilita todo acuerdo sobre una ley a aplicar. De este modo, debemos probar la regla general. El primer criterio de ésta, la residencia habitual común, en algunos casos no puede concurrir pero en otros sí. En efecto, el menor deportista tendrá siempre la residencia habitual en su Estado de origen por haber sido despojado del mismo, pero la parte responsable del delito la puede tener, por un lado, en España si es aquí donde tiene su administración central o donde administra o dirige la sociedad con habitualidad o, por otro lado, en el Estado de origen del menor en el caso de que sea ahí donde realice la actividad principal mediante una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento. Y mientras en el primer caso no se cumple el criterio y, por lo tanto, no tenemos designada ninguna ley aplicable teniendo que probar el siguiente, en el segundo caso sí se cumple pero no podemos aceptarla por indicar una ley aplicable deficiente. Se ha de apuntar éste último caso como otro de los de mayor gravedad a subsanar. Por lo que atañe al caso en que no hay en común la residencia habitual, el siguiente criterio a analizar es el de la *lex loci damni*, la cual en el delito de trata, por ignorar por completo la voluntad del menor, es siempre la ley del Estado de origen de dicho menor y, por lo tanto, debemos concluir que apreciamos de nuevo el gran defecto de que ello no es nada positivo. Ante esta situación negativa se podría pensar en la cláusula de escape como última posibilidad, pero lo cierto es que tampoco resulta de aplicación en estos casos puesto que, pese a que las partes no tienen la misma residencia habitual, el lugar del daño siempre es previsible. Dicha cláusula está pensada para otros supuestos que no pueden darse dentro del delito de trata. En este sentido, se aprecia aquí otra carencia de la legislación puesto que de algún modo tiene que asegurar que todo menor está bien protegido. Por último, el artículo 10.9 CC también ha sido desplazado para ser aplicado a este delito.

En tercer lugar, respecto a los delitos de índole sexual atisbamos que es posible que las partes acuerden una ley aplicable, la cual cabe esperar que sea satisfactoria. Y en



el caso de que no lo fuera, no se podría aplicar. Sin embargo, es frecuente que no se acuerde ninguna ley, en cuyo caso se ha de acudir a la regla general. Así, para determinar la residencia habitual común es decisivo conocer si el menor realiza el deporte de manera profesional o no. En caso afirmativo, sí concurrirá el criterio y estaremos muy satisfechos puesto que se aplicará la ley española. En cambio, en caso negativo no concurre el criterio y aún no conocemos qué ley se ha de aplicar. Así, se ha de recurrir al criterio de la *lex loci damni*, en el cual resulta decisivo el que el menor no profesional haya venido a España de manera libre o forzada. En efecto, si ha sido libre supone que los daños han acontecido aquí y que se ha de aplicar la ley española, a lo cual no tenemos ni un reparo que poner. Pero si ha sido forzada implica que los daños han tenido lugar en su Estado de origen y, por lo tanto, vemos nuevamente el defecto grave de la legislación consistente en que se tenga que aplicar, si es que existe, una ley deficiente. Y lo mismo debemos decir si el delito se perpetra en el Estado de origen antes de la fecha en que el menor ha decidido libremente trasladarse. De nuevo, aún queda la última opción de la cláusula de escape. Y la verdad es que pese a que en esta ocasión no es imposible su aplicación, solo lo sería para casos muy concretos que no son los más habituales que hemos analizado<sup>387</sup>. Para terminar, tampoco se puede aplicar el artículo 10.9 CC.

En cuarto lugar, tras indicar que sobre la violencia física cabe decir lo mismo que en el párrafo anterior, analizamos la violencia verbal o difamación. Y la primera cuestión decisiva al respecto era la diferenciación entre los posibles responsables. De este modo, por un lado, encontramos la difamación cometida en los campos de juego bien por parte de los padres, bien por parte de personas del público o bien por ambos a la vez, y, por otro lado, la que es perpetrada por los medios de comunicación. Junto a ello, la misma gran relevancia tiene la identificación que realizamos de la previsión normativa aplicable en nuestro caso, es decir, del artículo 10.9 CC tras haber expuesto el recorrido normativo que finalmente desembocó en la exclusión de toda difamación del Reglamento Roma II. Y, como hemos aclarado, actualmente el criterio de dicho precepto es la ley del lugar del daño. Pues bien, lo cierto es que una vez más resulta

---

<sup>387</sup> En efecto, podría utilizarse en el caso de que el menor sufra un delito sexual en un tercer Estado que no había sido previsto transcurrir por él cuando se estaba desplazando voluntariamente de su Estado de origen a España para practicar deporte de manera aficionada. Sería un lugar imprevisible, y se aplicaría la ley española por su mayor vinculación, lo cual sería muy satisfactorio.

decisivo el hecho de que el menor practique el deporte libremente o forzadamente. En el caso de que sea algún padre y/o alguien del público quien difame al menor deportista, si el deporte lo realiza libremente se ha de considerar que el daño lo sufre aquí teniéndose que aplicar la ley española, lo cual es satisfactorio. Pero, en cambio, si lo hace forzadamente el daño lo sufre en su Estado de origen siendo ahora el resultado muy insatisfactorio por tenerse que aplicar una ley muy probablemente deficiente. Éste es otro grave defecto que se ha de subsanar. Y a las mismas conclusiones se llegaron respecto al delito de difamación perpetrado por un medio de comunicación.

#### B. Propuestas de mejora para paliar los graves defectos de la legislación en vigor

Es el momento de exponer las propuestas que hemos ideado o posibles vías existentes para subsanar los graves defectos que la regulación actual sobre la responsabilidad civil extracontractual alberga en relación con diversos daños que los menores sufren cuando practican deporte y que consisten en que indican como aplicable la ley del Estado de origen del menor sobre la que, en caso de existir, no es infundado sospechar que será muy insatisfactoria y, por ende, no se puede aceptar como una interpretación normativa que integra el interés superior del menor. Y, como hemos podido observar, dicho resultado se produce en dos casos: cuando en el Estado de origen del menor concurre la residencia habitual común de las partes o la *lex loci damni*.

Pues bien, un primer nuevo camino posible para paliar dichos defectos tan graves podría consistir en aplicar ambos criterios de la regla general pero albergando tanto adicionales valores y principios de carácter general como los estudiados que son particulares del deporte. Por supuesto, entre ellos nos referimos ante todo al concepto del interés superior del menor que hemos estudiado en la primera parte del presente **Capítulo II**. No otra es la finalidad de su estudio, es decir, tenerlo totalmente presente para que todo menor esté protegido como merece. De este modo, con la aplicación del Derecho sustantivo fundamentado en dicho concepto y otros de la misma índole se garantizaría que alguno de los criterios remita a una ley que realmente protege al menor. Y bien podría ser la ley española puesto que es más que clara la vinculación del menor con España. Es decir, llamaría poderosamente la atención de manera negativa que un

menor que ha sido trasladado a España sufra daños y que no puedan ser reparados. En suma, si toda decisión que afecte a menores ha de respetar el interés superior es claro que solo resultados satisfactorios son aceptables.

Una segunda posibilidad o solución podría ser la de que se aplique la norma que, por resguardar satisfactoriamente los citados principios y valores, resulte más favorable a la parte más débil que en este caso, sin lugar a dudas, son los menores. Esta opción no sería nueva, puesto que al usarse más tiene cada vez más importancia, sobre todo en dos ámbitos como son el laboral y el de consumo. Y la verdad es que es muy positivo porque supone que los Derechos fundamentales de los trabajadores y de los consumidores cada vez se respetan más o se cuentan con medios más eficaces en caso contrario. En suma, esta solución consistiría en equiparar a los menores deportistas con los trabajadores y consumidores para aplicar la ley protectora más favorable. Y, evidentemente, sino la mejor, una de las mejores justificaciones para ello sería de nuevo el interés superior del menor que, como sabemos bien, entre otras cosas supone escoger la interpretación que más beneficie al menor. Ello llevaría a que, en los casos que se han estudiado, se aplicase la satisfactoria la ley española.

Y una posible tercera solución podría consistir en elaborar una nueva norma específica que se adecúe, al igual que ocurre en los otros diversos ámbitos a que nos hemos referido con las reglas especiales, a todas las particularidades que en este caso concurren y que no son pocas. En efecto, sin duda alguna, los menores y el deporte tienen unas características propias muy peculiares que hay que atender con gran precisión si lo que se quiere es que se vean beneficiados. E igualmente, esa es la razón principal de que sería muy conveniente que las normas que los regulan estuvieran hechas también a medida, pues como hemos visto la norma general lleva en ciertos casos a desenlaces absurdos y, lo que es peor, muy dañinos. Para completar lo dicho, la referida norma específica podría consistir, por un lado, en una nueva regla especial que se añada a las que ya prevé el Reglamento Roma II o, por otro lado, en una nueva Directiva que se dedique por entero a esta cuestión. Por supuesto, en cualquiera de los dos casos el interés superior del menor sería el concepto capital en torno al que girarían las previsiones, siendo su flexibilidad fundamental para adecuarse a cada situación.

Como hemos podido observar, el hecho de que las tres posibilidades podrían subsanar los graves defectos se debe a que más allá de sus diferencias tienen un elemento decisivo en común. En efecto, dicho elemento en común es el concepto del interés superior del menor, el cual ha de estar siempre orientado hacia la dirección correcta y que es la protección integral del menor. A este respecto, debemos expresar que asegurar dicha orientación mediante alguna de las vías propuestas resulta imprescindible para los casos en que hemos apreciado los defectos tan graves.

En este sentido, uno de los mejores ejemplos que ilustra cómo podría realizarse dicha modificación positiva en la orientación lo encontramos en que a día de hoy, en España, ocurre que la regla de la *lex loci delicti commissi* no está dirigida a proteger a la víctima. Con otras palabras, es una regla neutral y que está basada en la proximidad y en la previsibilidad. Además, por las referidas dudas en torno a su interpretación, en muchas ocasiones es compleja la precisión de dicha regla general, por ejemplo cuando los daños son a distancia y cuando son plurilocalizados pudiendo remitir al lugar del hecho causal o al del daño. Pues bien, en nuestra opinión, consideramos que para erradicar los graves defectos detectados cualquier disposición normativa que regule la responsabilidad civil extracontractual de los menores deportistas ha de estar materialmente orientada a la protección de la víctima. Lo cual supone que los principios, valores y pretensiones que han de subyacer o prevalecer bajo dichas previsiones deban ser los más apropiados para que ni un solo menor quede desamparado. En este sentido, queremos precisar y subrayar enérgicamente que junto a la proximidad y la previsibilidad ha de tenerse en cuenta también el interés superior del menor. Y es que no parece que pueda existir duda alguna de que dicho interés tiene una importancia superior a los otros dos parámetros o, en otras palabras, que éstos no satisfacen en absoluto y pierden su justificación si finalmente un menor deportista se ve muy perjudicado.

Por lo demás, si bien idear soluciones mediante la reflexión puede resultar muy beneficioso, también puede serlo estudiar el Derecho comparado. Y en este caso parece que así es puesto que aunque la realidad sea que bajo dicha regla de la ley del lugar del daño no subyace ningún motivo de protección, también lo es que ciertos Estados miembros de la UE autorizan, por ejemplo, que el demandante, es decir, la víctima

pueda escoger, entre más o menos posibilidades y con más o menos requisitos, la ley que estime que más beneficie a sus intereses. Lo cual significa que la víctima se ve reforzada ante el perpetrador del daño, que en nuestros casos se verificaría en la aplicación de la ley española. Consideramos que esta posibilidad de elección puede favorecer la aplicación del interés superior del menor<sup>388</sup>.

En definitiva, a modo de conclusión final se ha de expresar que la finalidad principal del estudio del concepto del interés superior del menor es que cualquier menor, todos en general y el que es deportista en particular, vea garantizados sus Derechos fundamentales. En este sentido, como hemos visto, se trata de un concepto decisivo para que ningún menor deportista sufra daños, así como para que en caso de que los sufra sea cuanto antes y satisfactoriamente reparado e indemnizado, el responsable sancionado y el aseguramiento de la no repetición de la conducta nociva. Esto es, es el concepto fundamental que ha de prevalecer en la aplicación de las previsiones de Derecho internacional privado sobre protección de menores y que el órgano jurisdiccional que sea competente debe aplicar y nunca pasar por alto.

En suma, el deporte es una actividad que si se practica correctamente proporciona a toda persona muy diversos beneficios: diversión, salud, educación, valores, etcétera. Por ello, cualquier acto que perjudique dichas aportaciones ha de ser corregido ya que en caso contrario perderíamos una actividad de gran importancia. Entre dichos actos, que desgraciadamente a día de hoy son muchos y diferentes los que se producen en el mundo del deporte, están los que causan los daños a los menores y que, por lo tanto, se han de erradicar o, en su caso, reparar por el bien de todos.

---

<sup>388</sup> A este respecto destacan los ordenamientos jurídicos de Eslovenia, Bélgica, Alemania, Hungría, Lituania, Rumanía y Bulgaria. Y la verdad es que es de destacar la regulación existente en Lituania que pese a ser respecto a los daños sobre los derechos de la personalidad consideramos que cabe tenerlo en cuenta para todo tipo de daños. Así, en dicho Estado el perjudicado puede elegir la ley del Estado donde el mismo tenga la residencia o su negocio, o la ley del Estado donde ha tenido lugar la infracción, la ley del Estado donde el causante del daño tiene la residencia o su negocio. Como se ve es, con tantas opciones la víctima ve garantizada su protección. [Para un estudio más exhaustivo donde no solo aparece gran parte de lo que hemos expuesto las últimas líneas de este punto y en la presente nota sino también una indagación interesante en cada uno de los Estados miembros referidos, véase: J. J. Álvarez Rubio, C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *supra op. cit* nota 329, pp. 193–199].



### **CAPÍTULO III.**

#### **EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO / THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT / LE TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT**





El **Capítulo III** de la presente Tesis Doctoral es necesario comenzar realizando en un apartado introductorio la exposición de diversas cuestiones acerca de la institución capital del arbitraje deportivo que es el TAD/CAS/TAS. De este modo, vamos a poder familiarizarnos con el mismo por conocer su origen, evolución posterior, regulación, organización, composición, alcance de su competencia, arbitrabilidad de la responsabilidad civil extracontractual, el convenio arbitral y el Derecho aplicable.

Sin embargo, lo anterior no es sino la preparación para adentrarnos de lleno y en la mejor situación en las cuestiones del TAD/CAS/TAS que resultan fundamentales en el presente estudio, es decir, las que nos van a permitir dilucidar posteriormente si es o no a día de hoy una institución adecuada para los menores. Dichas cuestiones no son otras que las ventajas, las desventajas, el grado de aplicación de los Derechos fundamentales y los procedimientos del TAD/CAS/TAS. Y es que después en el **Capítulo IV** se realizará un balance sobre todas ellas resaltándose o llamando la atención sobre los defectos que el TAD/CAS/TAS tiene. Y conviene adelantar que dicho balance también implica que, en particular, se vaya comprobando si a día de hoy tanto la representación legal como la asistencia que recibe el menor en el TAD/CAS/TAS es satisfactoria o no. Más concretamente, se va a dilucidar si el tutor que siempre acompaña al menor es suficiente o si de manera inaceptable se prescinde de un necesario órgano que complementa a dicho tutor como es el Ministerio Fiscal o su sustituto. Con ello se habrá dado un gran paso para hacer del TAD/CAS/TAS una institución idónea para los menores, pero se agregarán otros métodos igualmente imprescindibles para que el logro sea total.

Pero volviendo al presente **Capítulo III**, para terminarlo, se expondrán diferentes apuntes sobre distintas cuestiones en torno al muy importante laudo arbitral. En concreto, el reconocimiento, la ejecución y la anulación de los laudos en general y proyectándolo también a dicha institución arbitral.

## **1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS**

### **1. 1. ORIGEN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR**

Los motivos de que el TAD/CAS/TAS fuera creado en 1983 son que en los albores de dicha década el deporte profesional experimentó un notable desarrollo y que los conflictos vinculados con las competiciones internacionales aumentaron considerablemente. En efecto, se hizo imprescindible la posibilidad de acudir a una autoridad que se caracterizase tanto por su independencia como por su especialización o buen conocimiento del deporte. En este sentido, se ha de precisar que la vocación de su creación fue y es que una actividad global como es el deporte reciba respuestas jurídicas igualmente globales. Es decir, si bien el deporte es el escenario común en que actúan todos los participantes y organismos, también concurren muy diversos ordenamientos jurídicos estatales y, por ello, era más que necesario crear una instancia que garantizase y satisficiera la necesidad de soluciones homogéneas, lo cual no quiere decir que no se deba considerar cada caso en cuestión para darle una solución concreta sino que ello se hará conforme a criterios comunes para todos y no dependientes de los criterios diferentes de cada Estado<sup>389</sup>.

Concretamente, todo comenzó con la elección de J. A. Samaranch como presidente del COI en 1981, siendo al año siguiente cuando se escogió al Juez del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, Kéba Mbaye, como presidente de un Grupo de Trabajo al que se le había adjudicado la misión de elaborar unos Estatutos que poco tiempo después dieron lugar al TAD/CAS/TAS y cumplir así el objetivo de crear un gran Tribunal arbitral accesible tanto para las personas físicas como jurídicas para resolver los conflictos deportivos no resueltos por los Tribunales arbitrales locales. Los mentados Estatutos fueron ratificados por el COI en 1983 entrando en vigor en 1984<sup>390</sup>.

En estos momentos iniciales, el TAD/CAS/TAS se componía de 60 miembros, era el COI quien soportaba todos los gastos y, salvo en los conflictos financieros, el único tipo de procedimiento que existía era gratuito. Pero no se puede olvidar que también existió hasta 2012 un procedimiento de consulta que podía ser accionado por toda organización deportiva para que el TAD/CAS/TAS emitiera su opinión jurídica sobre las actividades relacionadas con el deporte. Por lo demás, el TAD/CAS/TAS publicó en

---

<sup>389</sup> La precisión apuntada se encuentra en una obra citada al comienzo de este estudio: O. Suárez, *supra op. cit.* nota 5, Ed. Reus, Madrid, 2019, p. 43.

<sup>390</sup> Para consultar lo expuesto sobre el origen, véase: J. R. Liébana Ortiz, *Justicia deportiva internacional. El procedimiento ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2021, p. 51.

1991 una Guía de buenas prácticas del arbitraje que incluía varios modelos de cláusulas arbitrales, estando una de ellas dirigida a las Federaciones deportivas y clubes con la finalidad de que tuviera que ser resuelto por un Tribunal respetuoso de los Estatutos y Reglamentos del TAD/CAS/TAS cualquier conflicto no dirimido amistosamente, quedando excluida la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia, surgieron los procedimientos de apelación con reglas específicas y aumentó el trabajo del TAD/CAS/TAS<sup>391</sup>.

Asimismo, una grave deficiencia que acompañó al TAD/CAS/TAS en sus inicios fue la falta de independencia. La misma fue puesta de manifiesto por el Tribunal Federal de Suiza (en adelante TFS) con ocasión de la resolución del caso del jinete alemán *E. Gundel*, el cual había acudido al mentado órgano jurisdiccional suizo por entender que el laudo previo del TAD/CAS/TAS de 15 de octubre de 1992 (*E. Gundel vs. Federación Ecuestre Internacional*, en adelante *FEI*, 92/63), para solucionar su caso carecía de validez por adolecer dicha instancia arbitral de parcialidad y dependencia y, por lo tanto, que no era una Corte Arbitral. En efecto, pese a que el TFS en su Sentencia de 15 de marzo de 1993 reconociera al TAD/CAS/TAS como una verdadera Corte Arbitral, criticó sus claras y decisivas vinculaciones con el COI, donde éste no solo financiaba al TAD/CAS/TAS, sino que también tenía tanto competencia para cambiar sus Estatutos como poder para elegir sus miembros. Por todo ello, la conclusión final fue que era necesario que el TAD/CAS/TAS fuera más independiente respecto del COI en su organización y financiación. Y ello se logró como mostró otra Sentencia del TFS de 27 de mayo de 2003 dictada en el asunto *Larissa Lazutina y Olga Danilova vs. COI, Federación Internacional de Esquí* (en adelante *FIS*) y *TAS* en la que se subrayó que la referida instancia arbitral ya no estaba sometida al COI y que gozaba de una clara independencia siendo, por tanto, sus laudos totalmente aceptables. Además, aprovechó para admitir el reconocimiento del TAD/CAS/TAS y de su jurisdicción por gran parte de

---

<sup>391</sup> En cuanto al mentado procedimiento único, al demandante le correspondía presentar ante el TAD/CAS/TAS tanto su escrito de solicitud como el convenio arbitral. Posteriormente, el Comité de Solicitudes estudiaba la demanda para decidir si la petición era admisible, aunque era el Comité de Árbitros quien debía pronunciar la decisión definitiva, los cuales se convocaban después para la audiencia y resolución del litigio. Por lo demás, en el caso de que el Comité de Solicitudes rechazara la petición de las partes, éstas tenían la posibilidad de seguir su pretensión. Por último, intentar la conciliación instada por las partes o la decisión del Presidente del TAD/CAS/TAS si apreciaba la eficacia de la conciliación previa eran las dos maneras con que el procedimiento podía ponerse en marcha. Y si dicha conciliación no era fructífera, se iniciaba el procedimiento arbitral. [Para lo expuesto en el texto principal y en esta nota, véase: *Ibidem*, p. 52].

todo el mundo del deporte y, por ende, su imprescindibilidad. Y, junto a todo ello, también fue relevante la reforma realizada mediante la promulgación del Código del TAD/CAS/TAS de 1994 que creó dos Cámaras de arbitraje, esto es, la ordinaria para los conflictos de única instancia y la de apelaciones para los conflictos provenientes de una decisión de un órgano deportivo<sup>392</sup>.

Por lo demás, no conviene desconocer que años después de que fuera creado el TAD/CAS/TAS, en 1994 concretamente, además de dotar a éste con una nueva estructura, también se creó otro órgano de gran importancia como es el Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte (en adelante ICAS) mediante la celebración del Acuerdo de París. La finalidad de ello no fue otra que garantizar la total independencia del TAD/CAS/TAS y los derechos de las partes en el mismo. Así, el mismo quedó bajo su tutela, es decir, es el órgano de su gobierno y se encarga de su administración y financiación. Asimismo, entre sus funciones destaca la designación de los 350 árbitros juristas de reconocida competencia que componen el colegio arbitral. Dicha competencia, eso sí en el arbitraje y en el Derecho del deporte, se exige de los 20 miembros que componen el ICAS, los cuales no pueden participar en ningún procedimiento ante el TAD/CAS/TAS por exigirle así su objetividad e independencia<sup>393</sup>.

## **1. 2. ORGANIZACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO**

Los Tribunales arbitrales creados por el TAD/CAS/TAS para dar solución a los conflictos deportivos mediante arbitraje o mediación tienen encomendadas funciones relevantes como son decidir: a través del arbitraje y en procedimiento ordinario los litigios que les lleguen; en primera o en única instancia los asuntos concernientes al dopaje; los conflictos originados en las decisiones y resoluciones de las Federaciones, asociaciones y demás órganos deportivos en procedimiento de apelación y a través de arbitraje si los Estatutos y reglas de los órganos citados o un convenio arbitral lo establece; y mediante mediación los litigios que conozcan.

---

<sup>392</sup> La referencia de la Sentencia del TFS de 15 de marzo de 1993 es: 4P.217/1992; ATF 119 II 271.

Para lo expuesto desde la última nota al pie, consultar: *Ibidem*, pp. 52 y 53.

También puede encontrarse una exposición del caso *E. Gundel vs. FEI* en: O. Suárez, *supra op. cit.* 5, p. 46.

<sup>393</sup> Véase: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 54 y 55.

En cuanto a la composición de dichos Tribunales, son 349 los árbitros acreditados, los cuales son nombrados por el ICAS por 4 años renovables. Un quinto de ellos es propuesto por los CON, otro quinto son personas elegidas atendiendo a la protección de los derechos de los deportistas, y otro quinto son personas independientes procedentes de los órganos que proponen árbitros.

Por su parte, en la organización del TAD/CAS/TAS se aprecian tres Cámaras en las que se crean Tribunales formados por uno o tres árbitros. En primer lugar, la de arbitraje ordinario para llevar a cabo la ejecución eficiente de los procedimientos ordinarios. Además, en la misma los conflictos son conocidos en primera y única instancia, y como consecuencia de un acuerdo arbitral alcanzado después de surgir el conflicto o en una cláusula arbitral consagrada en un contrato o en los Estatutos de una Federación deportiva nacional o internacional. Y conviene añadir que en el arbitraje comercial de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), la Asociación de Arbitraje Americana y demás instituciones de arbitraje mercantil se desarrolla un procedimiento muy parecido. En segundo lugar, la de arbitraje en apelaciones que conoce los conflictos provenientes de las resoluciones y decisiones adoptadas por las Federaciones, asociaciones y otros órganos deportivos, si así lo permite sus Estatutos, normas de procedimiento o un convenio arbitral. De este modo, el TAD/CAS/TAS proporciona una solución a los recursos presentados frente a las decisiones que los órganos de una Federación deportiva nacional o internacional han tomado y, por ello, se exige haber agotado antes las vías internas. Ahora bien, también es un procedimiento que se desarrolla en primera y única instancia y, por ende, los conflictos pueden ser estudiados *ex novo*. Y, en tercer lugar, la de arbitraje antidopaje. Por lo demás, también se ha de conocer la existencia de las Cámaras *ad hoc* para todo tipo de conflictos o para el dopaje que se crean expresamente para la celebración de unos Juegos Olímpicos. En relación con ello, es a la Secretaría del TAD/CAS/TAS a quien corresponde hacer llegar a la Cámara correspondiente las solicitudes de arbitraje que le presentan<sup>394</sup>.

---

<sup>394</sup> Para lo expuesto, junto a una profundización, ver: *Ibidem*, pp. 56–58.

### **1. 3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO: EXTENSIÓN Y LÍMITES. ARBITRABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.**

#### **1. 3. 1. Del arbitraje en general**

Antes de nada, lo primero que debemos dilucidar son los casos en los que está permitido acudir a un arbitraje para alcanzar una solución. Esto es, no todas las materias, ni mucho menos, son susceptibles de conocimiento por parte de la institución arbitral. Por eso, un paso que debemos dar, antes de estudiar las cuestiones fundamentales para los menores por ser éstas posteriores, es analizar esta cuestión para saber si mediante el arbitraje los menores pueden ver satisfecha la responsabilidad civil extracontractual por los diversos daños que pueden sufrir en tanto que faceta primordial de su interés superior. Y es que en caso de que la respuesta sea negativa habrá que buscar otro medio para alcanzar el objetivo.

La verdad es que no es una cuestión sencilla, característica que se une a otra como es la de su trascendencia y que se manifiesta en las consecuencias decisivas que acarrea puesto que si la materia no era arbitrable el laudo habrá de ser anulado. En este sentido, las materias que se pueden someter a arbitraje han evolucionado a lo largo del tiempo. En efecto, de la concepción privatista que consagraba la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulaban los arbitrajes de Derecho privado<sup>395</sup> solo autorizando la solución de los conflictos jurídico-privados, se pasó a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje<sup>396</sup> que preveía como arbitrables todas aquellas materias de libre disposición de las partes conforme a Derecho, así como un listado de las materias que quedaban excluidas. Pero el camino no terminó ahí sino que en la actualidad está en vigor la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>397</sup>, la cual solo dedica su artículo 2 a esta cuestión y que se parece a la previsión de su antecedente en el sentido de que indica igualmente que las materias que se pueden someter a arbitraje son las que son de libre disposición de las partes conforme a Derecho. En cambio, la relación de materias excluidas ya no existe debido a que el objetivo es ajustarse a la tendencia internacional de que la arbitrabilidad alcance al mayor número de materias posible<sup>398</sup>.

<sup>395</sup> BOE nº 358, de 24 de diciembre de 1953.

<sup>396</sup> BOE nº 293, de 7 de diciembre de 1988.

<sup>397</sup> BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003.

<sup>398</sup> Una estupenda exposición de estos primeros apuntes, completados con alguna que otra explicación adicional enjundiosa, se puede estudiar en: A. Montesinos García, «Supuestos en los que se puede acudir

Apuntado lo anterior, debemos profundizar en la regulación actual de la cuestión para conocer qué materias en concreto son arbitrales y cuáles no, y así saber si podemos recurrir al arbitraje cuando un menor deportista sufra alguno o varios de los daños que hemos descrito. En otras palabras, se ha de conocer el alcance de la libre disposición de las partes, lo cual es complejo debido a que, al no existir ninguna norma general al respecto, el operador jurídico no puede elaborar las listas de materias arbitrables y las que no lo son porque se ve obligado a una labor casi imposible como es la de analizar todo el Derecho privado<sup>399</sup>. En este sentido, para comenzar a aclarar la cuestión, en la doctrina destaca el autor a que acabamos de hacer referencia por indicar que ante las materias de índole patrimonial la posibilidad del arbitraje se debe ver favorecida por la razón de que el propio arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad, así como que ésta predomina cuando las relaciones jurídicas versan sobre intereses económicos; y, por lo mismo, lo contrario sucederá respecto a las materias de personas<sup>400</sup>. De lo dicho

---

al arbitraje», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 3, 2008, pp. 465 y 466.

<sup>399</sup> En este sentido, resultan de gran interés las reflexiones de J. Montero Aroca sobre dicha dificultad inmensa que, además, la extiende a todos los sectores del ordenamiento jurídico e indica que es una consecuencia de una de las inexactitudes de que adolece la Ley de Arbitraje al vincular la arbitrabilidad con conflictos sobre materias de libre disposición. En concreto, dicha inexactitud es que, al no poderse predicar la disponibilidad o no de las materias (verbigracia arrendamientos, Derecho societario...), en éstas no puede versar la libre disponibilidad de los titulares. Pero es que además agregó que la realidad es que no existen sectores donde todo es disponible y otros en que nada lo es. Junto a lo anterior, las otras dos inexactitudes apreciadas por el autor son, por un lado, que la arbitrabilidad no puede referirse a las controversias debido a que, como vamos a explicar a continuación, es una pretensión la que constituye el objeto del arbitraje. Y, por otro lado, que en el arbitraje también sería peligrosa e inútil la vinculación de la disponibilidad con los derechos y obligaciones subjetivos que se hace en la mediación. La razón es que así conceptualizado supone ir dilucidando cada derecho subjetivo, esto es, establece una inaceptable distinción entre los derechos subjetivos. En efecto, derecho subjetivo y disponibilidad son dos conceptos siempre inseparables [Se puede estudiar esta tan sugerente profundización en la cuestión en: J. Montero Aroca, «Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación», en V. Pardo Iranzo (Coord.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 54 y 55].

<sup>400</sup> Para esta breve indicación en concreto ver: J. Montero Aroca, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, p. 25.

Pero, además, a este respecto el mismo autor en otra ocasión explicó que la autonomía de la voluntad y la libertad constituyen la base del arbitraje, así como que nada puede obstaculizar la decisión de los titulares de derechos subjetivos privados de resolver los conflictos por otros órganos que no sean los jurisdiccionales. Tras ello, agregó que, por lo que al derecho material atañe, la existencia de tanto la referida autonomía de la voluntad como de la libertad se debe a una concepción liberal de la sociedad, la cual se aprecia sobre todo en el ámbito económico y, en concreto, en la diferenciación de intereses públicos y privados. En éstos últimos, continuó, es donde el individuo prevalece sobre la sociedad al poseer a su plena disposición derechos subjetivos privados. Asimismo, precisó que dichos intereses privados y derechos subjetivos también privados están íntimamente relacionados con el régimen económico que la CE consagra. Así, el artículo 33 CE contempla el derecho a la propiedad privada, clave de tanto la citada autonomía como de la libertad económica. Por su parte, el artículo 38 CE garantiza la libertad de empresa y la economía de mercado, lo cual implica que los particulares tienen iniciativa económica y que pueden decidir qué relaciones jurídicas quieren crear, qué contenido van a tener y su fin si lo estiman oportuno. [Una exposición más profunda de ello se encuentra en: J. Montero Aroca, *supra op. cit.* nota 399, pp. 47–50].

también se concluye que es el criterio de la generalidad de la norma el que prevalece y que consiste en la remisión a tanto la práctica arbitral como a la jurisprudencia para determinar la arbitrabilidad o no de las materias. Es decir, lo más conveniente es analizar cada caso en concreto, más si se tiene en cuenta que las circunstancias sociales y la moral de cada época tienen una influencia decisiva en la determinación de la arbitrabilidad o no de cada materia.

En esta misma línea, se ha de profundizar más explicando que para saber si la materia de un caso concreto es arbitrable resulta decisivo apreciar si la consecuencia jurídica que se solicita en el objeto del arbitraje que es la pretensión<sup>401</sup> puede ser alcanzada por los particulares con solo acuerdos o pactos sin ser necesario acudir a órgano jurisdiccional ni proceso alguno. Y es que si la respuesta es afirmativa la materia es arbitrable; en cambio, si una sentencia es ineludible para hacer efectiva la referida consecuencia la materia no es de libre disposición. Es por ello que el autor que hemos mencionado en la última nota al pie concluyera que muchas dudas se hubieran evitado de haber sido claro el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje vigente previendo que “No son susceptibles de arbitraje las consecuencias jurídicas previstas en las leyes que pueden

---

<sup>401</sup> Para evitar una confusión muy habitual, conviene advertir que el objeto del arbitraje no es el conflicto de intereses jurídicos en una concreta materia entre las partes. Efectivamente, la raíz jurídica del objeto es en realidad la pretensión; tan es así que puede haber varias cuyo origen sea el mismo conflicto. Y es que el conflicto por sí solo no requiere que los órganos jurisdiccionales intervengan ni que se desarrolle un proceso. El comienzo de éste último tendrá lugar tras la correspondiente pretensión de una persona frente a otra. De este modo, la pretensión es una petición fundada sobre un bien que se dirige a otra persona o, con otras palabras, es una declaración de voluntad petitoria que necesariamente tiene que estar fundada. Por lo demás, también es muy importante indicar que dicha pretensión está formada por dos elementos fundamentales. Por un lado, la petición o *petitum* que consiste en el bien jurídico que la norma correspondiente prevé como consecuencia jurídica. Además, existen varias modalidades: una prestación de hacer, dar o no dar en las pretensiones de condena; una declaración de existencia o no de una relación o situación jurídica o algún elemento de ellas, o de un negocio o acto jurídico o elemento de ellos, en las pretensiones de declaración; y una creación, variación o finalización de una relación o situación jurídica o algún elemento de ellas, o de un negocio o acto jurídico o algún elemento de ellos, en las pretensiones constitutivas. Por otro lado, el segundo elemento es la causa de pedir o *causa petendi* que consiste en los hechos que son el supuesto de una norma a los cuales vincula una consecuencia jurídica. Para finalizar, no es baladí hacer saber que, con carácter general, la pretensión solo procede cuando es realizada por quien afirma ser el titular de un derecho propio, lo cual supone que solo él pueda solicitar la consecuencia jurídica. Sin embargo, existen excepciones donde para realizar la pretensión no es necesario poseer la titularidad señalada sino la legitimidad otorgada por la ley, es decir, no es un derecho. En este sentido, el paradigma del primer caso son las relaciones económicas donde la consecuencia jurídica beneficia al demandante (todo apunta a que las indemnizaciones cabe calificarlas aquí), mientras que un ejemplo del segundo caso es la declaración de incapacidad de una persona para lo cual la LEC legitima a varias personas sin suponer ello, reiteramos, derecho alguno. Pues bien, en este segundo caso se ha de tener presente tanto que no hay disponibilidad por no ser un derecho, como que no cabe su sometimiento al arbitraje. En definitiva, al arbitraje cabe recurrir cuando en las pretensiones existentes la titularidad de auténticos derechos subjetivos es afirmada. [Esta advertencia decisiva junto a los apuntes que la completan pueden estudiarse algo más exhaustivamente en: *Ibidem*, pp. 52–56].



ser aplicadas en los casos concretos únicamente por medio de sentencia”, o también que “pueden ser objeto de arbitraje las consecuencias jurídicas previstas en las leyes que pueden ser aplicadas por los titulares de las relaciones jurídicas”<sup>402</sup>. Y al respecto conviene precisar, como muy bien manifestó la AP de Barcelona en su Sentencia de 16 de marzo de 2005<sup>403</sup>, que no se puede inferir que no sean arbitrables los conflictos que surjan en torno a un derecho regulado por normas imperativas, pues solo significa que los árbitros tengan que respetarlas en sus laudos<sup>404</sup>.

Dicho lo anterior, llegamos, por lo que interesa en el presente estudio, a otro punto crucial de la exposición de esta cuestión. En efecto, es el Ordenamiento jurídico español el que dispone cuándo acudir a un proceso judicial es ineludible. Así pues, destaca en primer lugar el artículo 3 CP que excluye de la disponibilidad de los particulares el *ius puniendi* del Estado por entero al exigir que toda pena y medida de seguridad ha de ser ejecutada en virtud de sentencia firme dictada por un juez o un tribunal con competencia y respetando las leyes procesales. En fin, no son de libre disposición las materias penales<sup>405</sup>. Sin duda alguna, esto tiene una gran importancia para el estudio realizado en

---

<sup>402</sup> Estas geniales precisiones se pueden encontrar concretamente en: J. Montero Aroca y C. Esplugues Mota, «Materias objeto de arbitraje», en VV. AA. (Coord. S. Barona Vilar), *Comentarios a la Ley de arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2011, p. 122.

Asimismo, resulta muy beneficioso recordar aquí la explicación de este mismo autor de por qué ello es así. En efecto, la autonomía de la voluntad y la libertad no solo se refieren al Derecho material sino también al Derecho procesal, lo cual se manifiesta en el principio de oportunidad propio de la prevalencia del interés individual, en detrimento del principio de necesidad que impera cuando prevalece el interés colectivo. Y dicho principio de oportunidad no solo implica lo que en el texto principal hemos señalado sobre las consecuencias jurídicas sino también, previamente, que cuando el supuesto fáctico de la norma surge no necesita ser actuada, es decir, queda a la discrecionalidad de las partes teniendo que ser pretendida. Por lo demás, también supone que la posibilidad que un particular tiene de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales para hacer valer su interés privado no significa que sea la única vía ni obligatoria, esto es, que puede recurrir al arbitraje. Asimismo, conviene apuntar que cuando es el interés colectivo el que claramente predomina en cuanto se produce el supuesto de hecho previsto en una norma su consecuencia jurídica ha de ser impuesta y, por ello, como veremos, el Ministerio Fiscal cuenta con legitimación activa para realizar su pretensión; este es el caso del *ius puniendi* del Estado, así como de algunos asuntos del ámbito civil como el de la incapacidad personal. Tras todo lo dicho, se ha de tener totalmente claro que debe fijarse la atención en la petición de la pretensión que se quiere someter a arbitraje y, por su parte, la posibilidad de dicho arbitraje ha de atender a si la consecuencia jurídica de la pretensión puede alcanzarse por los particulares o solo judicialmente; en este último caso la materia no es de libre disposición. Y en lo anterior la causa de pedir no influye en absoluto. [Para esta precisión y los apuntes con la que la hemos completado, véase: J. Montero Aroca, *supra op. cit.* nota 399, pp. 48, 50, 51, 60 y 61].

<sup>403</sup> EDJ 125545.

<sup>404</sup> Todo lo que hemos expuesto desde la nota al pie nº 398, salvo lo que hemos completado con lo expresado por el otro autor, puede encontrarse muy bien expuesto en: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, pp. 468–469, 488 y 489.

<sup>405</sup> En este sentido, lo cierto es que cuando estamos ante actos delictivos y la imposición de penas, no podemos hablar de auténticas pretensiones. Ello se debe a que en todo caso es inexistente la posibilidad

el **Capítulo II** de las diversas conductas nocivas que causan daños a los menores deportistas puesto que no pocas de ellas consisten en la perpetración de delitos. Pero más importancia tiene tener muy claro que si bien dichas infracciones penales jamás pueden someterse a arbitraje, no cabe decir lo mismo respecto de la responsabilidad civil extracontractual a que dan lugar y cuya satisfacción plena a los referidos menores es el objetivo primordial de la presente Tesis Doctoral. En efecto, ninguna razón existe para oponerse o impedir que sea arbitrable la acción civil que del delito se deriva. En concreto, lo dicho está previsto de manera expresa en el artículo 1813 CC al expresar que “Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal”. En este sentido, no se puede dejar de apuntar que dicho precepto queda completado con otros como son el 106, 107 y 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>406</sup> (en adelante LECRIM), los cuales, en relación con los artículos 130, 201 y 267 CP, posibilitan que la acción civil derivada de la acción penal pueda reservarse o incluso renunciarse, es decir, que es transigible. La razón de que sea así es que los principios por los que se rige la acción civil son diferentes de los de la acción penal a que se acumula<sup>407</sup>.

Además, lo que acabamos de exponer queda más que corroborado con una modalidad de las cuestiones que la ley anterior de arbitraje de 1988 excluía de manera expresa del arbitraje y que, pese a no estar prevista en la ley actual, resulta extrapolable. En concreto, dicha modalidad de cuestiones se preveía en el artículo 2.1.a) y consistía en aquellas sobre las que hubiera recaído una resolución judicial firme debido a que se trata de cosa juzgada (esta es una ocasión inmejorable para observar que la disponibilidad no solo hace referencia a las materias sino también al ámbito jurisdiccional) . Ahora bien, lo que más interesa y que corrobora lo dicho es que añadía una excepción relativa a los aspectos derivados de la ejecución relativos a cuestiones de índole declarativa que pueden o deben ser intercaladas, es decir, que éstos si eran arbitrables en caso de que ninguna norma lo prohibiera. Y, por si fuera poco, los casos

---

de otras soluciones heterocompositivas distintas a los órganos jurisdiccionales, es decir, que siempre o se ha de dictar una sentencia o, en su caso, tener el juez correspondiente la última palabra [Véase: J. Montero Aroca, *supra op. cit.* nota 399, p. 58].

<sup>406</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Gaceta de Madrid nº 260, de 17 de septiembre de 1882.

<sup>407</sup> Por ser crucial en nuestro estudio esta explicación, debemos indicar que su exposición puede encontrarse en: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, pp. 469, 470 y 489.

más simples de declaración son precisamente los de liquidación del importe o de resarcimiento de daños y perjuicios. Eso sí, se ha de recalcar que la finalidad de ello es solo determinar el importe exacto de la condena correspondiente; es decir, a partir de entonces es cuando se puede iniciar su ejecución real que siempre será judicial<sup>408</sup>.

En segundo lugar, se ha de traer a colación el artículo 748 LEC por indicar las materias concernientes al estado civil de las personas que quedan excluidas del arbitraje. Se trata de la capacidad, la filiación, el matrimonio salvo su régimen económico, y los menores. Es decir, todas las demás materias civiles, junto con las mercantiles, son arbitrables en principio. El motivo es que no se puede disponer de las cuestiones que influyen decisivamente en el estatuto personal, el cual no está fuera del alcance ni del interés social ni del orden público<sup>409</sup>. En este sentido, lo mismo se deduce tanto de lo que preveía el artículo 2.1.c) de la anterior Ley de Arbitraje de 1988 como de lo previsto en el artículo 749.1 LEC, es decir, que no pueden someterse a arbitraje las cuestiones indicadas por la razón de que son cuestiones respecto a las que, en cumplimiento de las leyes, el Ministerio Fiscal ha de intervenir para defender y representar a quienes no pueden actuar por sí mismos por no disponer de capacidad de obrar o de representación legal. De este modo, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>410</sup> (en adelante, LEOMF) prevé en su artículo 3.6 que uno de sus deberes es “Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley”<sup>411</sup>. Por lo demás, también se han de mencionar varias previsiones más a este

---

<sup>408</sup> Una estupenda exposición de todo lo que acabamos de indicar en este párrafo se encuentra en: *Ibidem*, pp. 472 y 473.

Asimismo, aunque la autora anterior lo cita en su texto, se estima muy conveniente por su gran relevancia hacer saber que los pormenores que precisan con detalle lo expuesto se encuentran en: J. Montero Aroca, *supra op. cit.* nota 400, p. 28.

<sup>409</sup> Véase a este último respecto la STS de 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9295).

<sup>410</sup> BOE nº 11, de 13 de enero de 1982.

<sup>411</sup> Otra excelente exposición a este respecto sobre el Ministerio Fiscal y el mentado artículo 749 LEC, donde se concluye que algunos procesos matrimoniales, los juicios de incapacitación y de reintegración de la capacidad, y la remoción del tutor son los únicos casos en que la consecuencia jurídica es imperativa cuando concurre el supuesto de hecho de la norma y, por ello, el Ministerio Fiscal está legitimado y el arbitraje excluido, se puede encontrar en: J. Montero Aroca, *supra op. cit.* nota 399, pp. 57–59.

Y parece este el lugar más apropiado para indicar que en otros pocos casos si bien la consecuencia jurídica solo puede decretarla un juez con una sentencia tras un proceso, sin embargo, todo depende de la discrecionalidad del particular que ha de interponer la pretensión. Al respecto, el Ministerio Fiscal también tiene, no en todos los casos aunque sí en la mayoría, legitimidad, bien que pasiva, es decir, ha de ser parte en el proceso y pretender una sentencia. El mejor ejemplo donde carece de dicha legitimidad son los procesos matrimoniales de separación o divorcio, aunque más complejidad encierran los de filiación matrimonial. [Esta segunda explicación puede analizarse en: *Ibidem*, pp. 59 y 60].

respecto como son el artículo 1814 CC; el artículo 751 LEC que contempla una excepción en relación con las materias del estado civil no arbitrables y que consiste en que sí lo son las pretensiones que en dichos procesos se formulen de manera accesoria y cuyo objeto sean materias respecto a las que la legislación civil autoriza a las partes a que dispongan de ellas en libertad; el artículo 19 LEC que indica que una materia en principio arbitrable no lo será cuando así lo prevea una ley por razones de interés general o en beneficio de tercero (tampoco es arbitrable la renuncia que perjudique a un tercero); y el artículo 1271 CC por disponer que no son arbitrables las materias que están fuera del comercio de los hombres y las que consistan en servicios atentatorios de las leyes o de las buenas costumbres<sup>412</sup>.

Pero debemos aclarar en qué consiste la referencia que se hace a los menores para saber si afecta a la arbitrabilidad de la responsabilidad civil extracontractual que corresponde a los menores deportistas cuando sufren los daños estudiados. Así, el citado artículo 748 LEC en concreto se refiere en el nº 4º a los procesos que en exclusiva versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos que son reclamados en nombre de los hijos menores por parte de un progenitor frente a otro. Después, en el nº 6º a los que tengan por objeto las medidas concernientes a la restitución de los menores en los casos de sustracción internacional. Por último, en el nº 7º a los que se centren en la oposición a las resoluciones administrativas relativas a la protección de los menores. Por su parte, el artículo 749.1 LEC sobre el Ministerio Fiscal también se refiere a los casos de sustracción internacional cuando menciona a los menores, además de disponer que dicho órgano velará por el interés superior del menor durante todo el procedimiento. Asimismo, otra previsión decisiva a este respecto es el artículo 3.7 de la mentada LEOMF por prescribir que otro de los deberes del Ministerio Fiscal es “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley [...] cuando puedan afectar a personas menores [...] en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”<sup>413</sup>. En otras palabras, el Ministerio Fiscal debe intervenir solo si un menor está desprovisto de representación legal, y, si así es, el conflicto no puede resolverse mediante arbitraje. En cambio, si el menor está representado, dicha intervención es prescindible y, por ende, se puede recurrir al arbitraje siempre y cuando

---

<sup>412</sup> Para lo expuesto en este último párrafo, véase: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, pp. 470, 471, 474 y 475.

<sup>413</sup> Ver STS de 9 de julio de 1992 (JUR 1992/6273).

la materia lo posibilite y se respete la vía prevista. Al respecto de este último precepto, se puede concluir que no son arbitrables la mayor parte de las materias sobre las que dicho órgano ha de intervenir, no por la razón de esta intervención sino por la no disponibilidad por la parte interesada de sus derechos, esto es, porque las materias son indisponibles. Es decir, la no disponibilidad no es una consecuencia de la intervención, sino que es así en varias cuestiones como las concernientes al estado civil o cuando la parte no puede disponer de la materia por circunstancias de índole personal como, por ejemplo, ser menor<sup>414</sup>.

En definitiva, de todo lo expuesto en el párrafo anterior se extrae la conclusión de que la referencia que se hace a los menores en los casos indicados no alcanza a la responsabilidad civil extracontractual de los menores siendo materia susceptible de arbitraje, lo cual guarda coherencia con lo que en primer lugar expresamos. Además, dicha conclusión queda reforzada con el hecho de que, como se puede observar de lo expuesto, la razón de que sean muy diversas las materias que no pueden someterse a arbitraje es su índole extrapatrimonial (exclusión que no es absoluta pues pueden ser arbitrables en caso de que el conflicto verse sobre cuestiones patrimoniales)<sup>415</sup>, mientras que con gran frecuencia la función reparadora de la responsabilidad civil extracontractual es de índole patrimonial al consistir en una indemnización.

En tercer lugar, debido a que algunos de los daños que sufren los menores conculcan los derechos de la personalidad, resulta de un interés decisivo hacer saber su indisponibilidad tanto en el ámbito civil como en el procesal. Concretamente, la ya citada LOPHII dispone en su artículo 1.3 que dicho derecho “es irrenunciable, inalienable e imprescriptible”. Y matiza a continuación que “La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley”. También debemos traer a colación el apartado anterior de dicho precepto, el 1.2, por disponer tanto que el recurso

---

<sup>414</sup> La exposición que hemos hecho del último precepto, así como lo que tras él hemos apuntado, se encuentra en: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, p. 475.

Y la misma última puntualización expresada de otra manera como es que no se puede considerar lo mismo el que un proceso y una sentencia sean necesarios con la intervención del Ministerio Fiscal y que, por ello, la exclusión del arbitraje se debe dicha necesidad y nunca a la intervención, se puede ver en: J. Montero Aroca, *supra op. cit.* nota 399, p. 60.

<sup>415</sup> Una lista no exhaustiva de las diversas materias no arbitrables y la indicación del expuesto hecho puede encontrarse en: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, p. 471.

al procedimiento de tutela judicial del artículo 9 no se verá obstaculizado por la índole delictiva del acto, como que para concretizar la responsabilidad civil que se derive los criterios de esta ley se tendrán siempre en cuenta. Otro artículo que debemos hacer mención en este estudio es el artículo 9.2.c) debido a que establece que la mentada tutela judicial supone adoptar medidas que, entre otras cosas, logren la indemnización de los daños y perjuicios. Además, el apartado tercero de éste último artículo señalado precisa que la indemnización comprenderá el daño moral. Para terminar con la regulación de esta cuestión, debemos hacer alusión a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona<sup>416</sup>, la cual dispone en su disposición transitoria que los procedimientos que versan sobre los Derechos fundamentales corresponde conocerlos a la jurisdicción ordinaria y, por lo tanto, toda autoridad ha de inhibirse a favor de ella. Previsión que también contempla el artículo 249 LEC<sup>417</sup>. Dicho lo anterior, si bien los órganos jurisdiccionales han de cumplir una función primordial en estos casos, otra cuestión distinta es la que concierne a la declaración de la responsabilidad civil extracontractual. Del estudio realizado hasta aquí parece que se puede inferir que para éste último aspecto se puede recurrir al arbitraje para declarar la mentada responsabilidad; eso sí, teniendo también que realizarse la ejecución en sede jurisdiccional.

Por lo demás, para completar y finalizar esta decisiva parte del **Capítulo III**, se han de añadir unas explicaciones adicionales. Así, tampoco se podrán dirimir mediante arbitraje las materias que estén unidas de manera inseparable a otras que están fuera del alcance del poder de disposición de las partes<sup>418</sup>. Igualmente se ha de saber que el artículo 1.4 de la vigente Ley de 2003, al igual que hacía su antecesora de 1988, deja fuera de su alcance los arbitrajes laborales<sup>419</sup>.

Un apunte final que arroja luz para todo lo que hemos expuesto y que es tan importante en el presente estudio por prestar plenamente la atención en conflictos con

---

<sup>416</sup> BOE nº 3, de 3 de enero de 1979.

<sup>417</sup> Para una parte de esta tercera cuestión, véase: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, p. 471.

<sup>418</sup> Quien desee estudiar más a fondo esta exclusión, un inmejorable punto de partida por ser expuesto con numerosos detalles, ampliado con notas enjundiosas y con alguna referencia a la jurisprudencia más relevante al respecto, lo encontrará en: *Ibidem*, p. 474.

<sup>419</sup> Más información sobre esta otra exclusión en: *Ibidem*, p. 476.

elementos de internacionalidad consiste en que mientras en varios Estados, entre los que se encuentra el nuestro, disponibilidad y arbitrabilidad son términos sinónimos, en cambio, en otros Estados, como el tan relevante en esta cuestión que es Suiza, el término sinónimo de arbitrabilidad es el de patrimonialidad<sup>420</sup> y, por ende, es más fácil de identificar.

### **1. 3. 2. Del arbitraje deportivo y del Tribunal de Arbitraje Deportivo en particular**

Si bien lo que hemos expuesto en el punto anterior es decisivo para saber qué materias son arbitrables y, por ende, si podemos recurrir al arbitraje y en qué medida en relación con la responsabilidad civil extracontractual que corresponde a los menores que sufren daños cuando practican deporte, aún se ha de tener en cuenta una cuestión más cuya relevancia también es fundamental. En efecto, no se puede dejar de saber que además del sistema general de arbitraje contemplado en la vigente Ley de 2003, el Ordenamiento jurídico español también prevé otros arbitrajes de índole sectorial o sistemas arbitrales especializados. Y, respecto a la cuestión que ahora estamos dilucidando de la competencia, resulta imprescindible acudir a las normas que los regulan. Por lo mismo, la citada Ley de Arbitraje tiene carácter supletorio en relación con los arbitrajes sectoriales que otras leyes contemplan como es el deportivo y también, entre otros muchos, el de transportes terrestres, el de seguros, el de diseño industrial, el de consumo, el de marcas, el de propiedad horizontal, y el propiedad intelectual<sup>421</sup>.

Es por ello que, teniendo en cuenta el objetivo primordial del presente estudio, debemos analizar en particular el arbitraje sectorial deportivo. Pues bien, al respecto se han de tener en cuenta dos ámbitos. Por un lado, en el ámbito nacional destaca, primero, la Ley del Deporte, de cuyos artículos 87 y 88.1 se infiere que, de acuerdo con la legislación estatal sobre esta materia, al arbitraje puede someterse para su resolución cualquier conflicto de índole jurídico-deportivo que consista en que las reglas deportivas que se aplican no están incluidas en dicha ley ni en las disposiciones que la

---

<sup>420</sup> Para esta matización: *Ibidem*, pp. 471 y 472.

<sup>421</sup> Para consultar estos apuntes iniciales de este punto, junto a una buena exposición de la mayoría de los arbitrajes sectoriales existentes que hemos indicado, véase: *Ibidem*, pp. 477-480.

desarrollan, así como que se produzca o pueda producirse entre Federaciones Deportivas españolas, ligas profesionales, asociados, clubes deportivos, técnicos, deportistas, árbitros o jueces y demás partes interesadas.

De este modo, según el artículo 35 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, no pueden someterse a arbitraje, junto a las materias indicadas que la Ley de Arbitraje excluye, los conflictos deportivos relacionados con las siguientes materias: a) las que se susciten en las relaciones con el CSD relativas a las funciones que tiene encomendadas; b) las que tengan que ver con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva; y c) las relativas a las subvenciones que otorgue el CSD y, en general, las relacionadas con fondos públicos<sup>422</sup>.

En definitiva, estas exclusiones suponen que no puedan someterse a arbitraje las cuestiones de las que pueda conocer la jurisdicción contencioso-administrativa, penal y laboral. De modo que solo pueden someterse a arbitraje aquellas cuestiones que sean civiles, mercantiles o aquellas atinentes a las reglas de juego y competición cuya índole sea administrativa, electoral o disciplinaria. Lo que acabamos de indicar es sumamente importante para nuestro estudio puesto que la responsabilidad extracontractual que concierne a los menores cuando sufren los daños analizados es de índole civil. En este sentido, sin duda alguna si el arbitraje permite una más rápida y mejor satisfacción de ella se trata de la vía más apropiada que existe y, por tanto, no se puede pasar por alto.

Además, lo dicho queda corroborado por el hecho de que al tener naturaleza de norma pactada de origen contractual los estatutos de una Federación deportiva, mientras una parte de los mismos reproducen las normas públicas que regulan las Federaciones deportivas, en cambio, en el resto los asociados tienen libertad para acordar lo que consideren oportuno y así ajustarse a las especificidades de cada modalidad deportiva. Es precisamente en estas cuestiones donde las Federaciones deportivas pueden acordar someter a arbitraje los conflictos que surjan en torno a esos aspectos privados.

Pero, segundo, lo concerniente al ámbito nacional no estaría para nada completo si

---

<sup>422</sup> Lo expuesto hasta aquí acerca del ámbito nacional, puede encontrarse en: *Ibidem*, pp. 479 y 480.



no se trae a colación la legislación autonómica. En nuestro caso, concretamente se trata de la nueva Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco. La misma se ocupa de muchas facetas del deporte: organización administrativa; promoción; buena gobernanza; entidades deportivas; competiciones y licencias; edad escolar, universidad y formación profesional; investigación, innovación, formación y voluntariado; asistencia y protección; alto nivel; espacios, equipamientos y servicios; prevención de la violencia, intolerancia y discriminación; régimen disciplinario; inspección y régimen sancionador; y justicia deportiva.

Pues bien, es en ésta última donde el arbitraje se encuentra regulado de manera expresa y, por lo tanto, lo concerniente a las conflictos arbitrables. En efecto, el artículo 153 adelanta tanto que tienen índole privada los conflictos sobre la organización y funcionamiento de las Federaciones deportivas, como que éstas han de prever en sus estatutos y reglamentos el arbitraje y la mediación para solucionar extrajudicialmente los conflictos privados. Tras ello, entra a regular a fondo el arbitraje (y la mediación). De este modo, en el artículo 159 se precisa lo adelantado sobre dicha previsión del arbitraje indicando que han de resolver todas las diferencias que entre los miembros de las Federaciones deportivas surjan, a lo cual se añade que han de verificarse las mentadas fórmulas de acuerdo con la legislación general sobre arbitraje y la legislación de mediación civil mercantil. Por lo que atañe a la competencia del arbitraje, en es en el apartado 2 del citado precepto donde se establece que son los estatutos y reglamentos federativos los que han de aclarar las cuestiones arbitrables. En definitiva, debido a la privacidad de los conflictos arbitrables, a la condición de los menores como miembros de las Federaciones deportivas y a la verificación conforme a la legislación general, se puede concluir que en principio esta nueva ley tampoco impide que la responsabilidad civil extracontractual que corresponde a un menor pueda solicitarse también mediante arbitraje<sup>423</sup>. Lo contrario desentonaría claramente con el resto de la legislación nacional

---

<sup>423</sup> La referida Ley fue publicada en: BOPV nº 73, de 18 de abril de 2023. Y BOE nº 105, de 3 de mayo de 2023.

Se consiera oportuno y beneficioso indicar algunas cuestiones más que dicha ley regula sobre el arbitraje. Así, además de las cuestiones arbitrales, los estatutos y reglamentos federativos también han de aclarar las formas en que las personas afectadas pueden aceptar el arbitraje; el procedimiento con el que se ha de aplicar; las personas u órganos que han de resolver el arbitraje y el procedimiento para designarlos; y las fórmulas para ejecutar los laudos. Junto a ello, es muy importante el artículo 160 porque subraya que la sumisión al arbitraje, ya sea de derecho o ya de equidad, ha de ser voluntaria. Para ello, deja muy claro que está totalmente prohibido elaborar toda norma o acuerdo que obligue a resolver los conflictos mediante el arbitraje. Por su parte, el artículo 161 ordena a los poderes públicos vascos tanto la

y, por lo tanto, no sería adecuado.

Por otro lado, en el ámbito internacional, en cuanto a la normativa española, debemos comenzar trayendo a colación el artículo 3 de la vigente Ley de Arbitraje. Dicho precepto dispone que se considera que un arbitraje es internacional cuando albergue al menos una de las varias circunstancias que prevé y que son, la primera, que las partes no tengan en el mismo Estado sus domicilios en el instante en que el convenio arbitral es celebrado; o, la segunda, que sea en un Estado distinto al de los domicilios de las partes donde se encuentre el lugar del arbitraje según el convenio arbitral, o el lugar de cumplimiento de una porción sustancial de las obligaciones que contiene la relación jurídica de donde proviene el conflicto, o el lugar con que el concreto conflicto está más vinculado; o, la última, que intereses del comercio internacional se vean influidos como consecuencia de la relación jurídica que ha dado lugar al conflicto. Y junto a dicho precepto, también conviene recordar el artículo 46 por la razón de que, tras aclarar que un laudo extranjero es el que ha sido pronunciado fuera del territorio español, prescribe que, sin perjuicio de lo que otros convenios internacionales que resulten más favorables a la concesión dispongan, será de acuerdo a lo previsto en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958<sup>424</sup> (en adelante CNY) como se lleve a cabo el exequátur. También finaliza precisando que dicho exequátur habrá de respetar el procedimiento que el ordenamiento procesal civil establece para las sentencias que órganos jurisdiccionales extranjeros dictan. Por lo demás, la Exposición de motivos de la Ley termina precisamene aclarando que España no ha formulado ninguna reserva a la CNY y, por lo tanto, se ha de aplicar sin que tenga importancia alguna tanto el que el conflicto sea de índole comercial o no, como el Estado donde el laudo del caso ha sido emitido. Por lo mismo, añade, no es necesario en España un régimen legal interno de exequátur, sin perjuicio de otros convenios internacionales más favorables.

Pues bien, dicho lo anterior debemos continuar con la exposición del ámbito internacional indicando que, por lo que al presente estudio interesa, destaca ante todo el famoso TAD/CAS/TAS y, por ello, conocer muy bien sus competencias es otra de las

---

promoción de la creación de entidades que lleven a cabo funciones de arbitraje, como la divulgación de la cultura del arbitraje como medio idóneo de resolución de conflictos entre todo el movimiento deportivo.

<sup>424</sup> BOE nº 249, de 17 de octubre de 1986, pp. 35271 a 35271.

cuestiones ineludibles en el presente estudio, pues solo así sabremos si puede emitir un laudo acerca de la responsabilidad civil extracontractual que corresponde a un menor deportista.

Así pues, lo cierto es que el TAD/CAS/TAS tiene competencia para resolver cualquier conflicto deportivo de naturaleza privada. En otras palabras, dicho órgano puede conocer cualquier litigio que tenga su causa en cualquier modalidad de relación que entre las partes exista. Eso sí, siempre y cuando lo hayan previsto así en una cláusula arbitral<sup>425</sup>. Pero conviene profundizar en esta cuestión por su gran interés. Así, se ha de saber que la competencia se divide en tres categorías: *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione materiae*. Para el presente estudio debemos resaltar al respecto algunas cuestiones. En cuanto a la primera categoría, en concreto es muy importante que para plantear ante el TAD/CAS/TAS un arbitraje tienen legitimidad no solo quienes sean aludidos en el contrato entre las partes sino también quienes tengan intereses directos en juego en el conflicto. Por su parte, respecto a la tercera categoría versa sobre si los litigios que son sometidos al TAD/CAS/TAS son alcanzados por el ámbito en que el convenio arbitral puede ser aplicado. En este sentido, debemos subrayar y tener siempre presente el artículo R27 del Código de la mentada institución arbitral por prever que una competencia de dicho órgano es el de conocer “de toda actividad o problema relativa o conectada con el deporte”. Precisamente a ello se debe el que sea calificado como deportivo cualquier conflicto sometido al TAD/CAS/TAS. Pero igual de relevante es saber que dicha previsión no ha de interpretarse restrictivamente, sino todo lo contrario. En efecto, el objeto del litigio puede no estar conectado con el mundo del deporte de manera cercana; verbigracia, puede ser un asunto puramente mercantil donde el objeto es diseñar un producto al que se le va a dar un uso deportivo. Todo ello hace ver que la esencia del arbitraje consiste en la voluntad de las partes de recurrir al mismo. Ahora bien, también es cierto que no se debe abusar en demasía puesto que el artículo 4 del Código del TAD/CAS/TAS dispone que dicho órgano, al haber sido creado para facilitar la solución de los conflictos deportivos, puede rechazar aquellos asuntos que considere que carecen de toda vinculación con el deporte<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> Lo que hemos indicado y que es lo que nos interesa en nuestro estudio, así como su incardinación en una exposición completa sobre el ámbito de aplicación del TAD/CAS/TAS se encuentra en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 73–75.

<sup>426</sup> Un desarrollo completo de la competencia del TAD/CAS/TAS donde se explican las cuestiones que en el presente estudio más interesan se encuentra en: *Ibidem*, pp. 82–84.

E íntimamente relacionado con lo que acabamos de exponer está la previsión que el artículo 186.1 de la Ley Federal Suiza sobre el Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (en adelante LFSDIP) dispone, es decir, que, sobre el conflicto que concurra, las cortes de arbitraje gozan de prioridad para estimar si albergan o no competencia para conocerlo. Se trata del reconocido internacionalmente principio *kompetenz-kompetenz*, el cual es aplicado habitualmente por el TAD/CAS/TAS. Y conviene explayarse indicando que dicho principio se concreta en que el Tribunal arbitral ha de observar tanto si la correspondiente cláusula arbitral prevé una imposición a la persona que ha sido citada como si tiene competencia para resolver el conflicto. En suma, es el Tribunal arbitral quien ha de ponderar su propia competencia, lo cual se debe a que el principio mentado sea la consecuencia de otro principio como es el de la autonomía del acuerdo de arbitraje<sup>427</sup>.

### **1. 3. 3. Conclusión sobre la arbitrabilidad de la responsabilidad civil extracontractual**

Tras el estudio de qué conflictos pueden resolverse mediante arbitraje y cuáles no, se extrae la clara conclusión de que cualquier menor deportista que sufra, como consecuencia de las conductas nocivas de que suelen ser objeto, varios de los daños que hemos descrito puede recurrir a un arbitraje para que su responsabilidad civil extracontractual se vea satisfecha. En efecto, entre las materias de libre disposición conforme a Derecho, que son las que se pueden someter a arbitraje según la ley vigente que regula esta institución, destacan ante todo, debido a la autonomía de la voluntad, las de índole patrimonial como es la indemnización que corresponde al menor afectado. Es decir, es precisamente la cuestión más propicia para ser resuelta por arbitraje.

Junto a ello, también hemos podido observar cómo otro de los requisitos claves como es el de que la consecuencia jurídica prevista en la norma pueda ser alcanzada por los particulares se cumple en los casos objeto de nuestro estudio. Así es, pese a que muchas conductas estudiadas consisten en la perpetración de delitos, no podemos concluir que queden excluidas por el hecho de que el *ius puniendi* del Estado solo pueda ejercerse por los órganos jurisdiccionales debido a que nuestro objeto es la

---

<sup>427</sup> Para este inciso decisivo, véase: *Ibidem*, p. 76.

responsabilidad de índole civil que de ello se deriva. Como se subrayó, sobre la acción civil de los delitos se puede transigir.

A este respecto, se vio que lo anterior tampoco quedaba perjudicado por las cuestiones civiles que no se pueden resolver mediante arbitraje. En efecto, ni siquiera entre las concernientes a los menores se encontraba la de la responsabilidad civil extracontractual, lo cual es coherente puesto que nada tiene que ver con el estado civil o estatuto personal.

La claridad que hasta este momento existía quedó en entredicho al estudiar qué es lo que ocurre cuando lo que sufren los menores deportistas es una difamación. Y es que el Ordenamiento jurídico español, como no podía ser de otra manera debido a su trascendencia, lo regula estrictamente, es decir, protege los derechos de la personalidad con gran vehemencia teniendo los órganos jurisdiccionales un amplio protagonismo. De este modo, todo parece apuntar a que en dichos casos no se puede prescindir de dichos órganos, quedando la posibilidad del arbitraje restringida a una mera pronunciación declarativa, es decir, la posterior ejecución también concierne a la sede jurisdiccional.

Por lo demás, también se pudo observar el gran interés de otro apunte realizado consistente en que si bien un asunto que es cosa juzgada por haber recaído una resolución judicial firme no puede someterse a arbitraje, lo contrario se ha de considerar respecto a sus aspectos que provienen de la ejecución y versan en cuestiones declarativas. Y, en este sentido, se precisó que los supuestos más simples de este tipo son los de liquidación del importe o de resarcimiento de daños y perjuicios; y, concretamente, solo fijar el importe de la condena, pues su ejecución será siempre judicial.

Por último, si alguna materia pudiera estar unida de forma inseparable a otra no arbitrable habría que tenerlo muy en cuenta puesto que aquélla no se podría resolver mediante arbitraje.

En definitiva, en principio, la responsabilidad civil extracontractual de los menores deportistas puede ser dirimida, o al menos en parte, a través de la institución

arbitral.

#### **1. 4. EL CONVENIO ARBITRAL Y EL DERECHO APLICABLE**

Una vez que sabemos qué clase de conflictos, entre los cuales se encuentran los que consisten en los daños analizados que sufren los menores deportistas, pueden resolver los Tribunales arbitrales, en general, y los deportivos y el TAD/CAS/TAS, en particular, y que el recurso a dicha institución está más que justificado por las ventajas que proporciona aunque se haya de tener cuidado con algunas desventajas para que así siga siendo, es el momento propicio para realizar nuevos apuntes sobre una cuestión que está directamente relacionada como es la concerniente al convenio arbitral. Y es que por mucho que el conflicto se pueda dirimir mediante arbitraje y de que sus ventajas sean notorias, si no se cumplen varios requisitos formales, evidentemente, no se puede progresar.

Uno de dichos requisitos es el del convenio arbitral. A este respecto, se estima que es conveniente indicar que aunque a día de hoy exista en soledad, no ha sido así siempre. En efecto, para ser exactos antes de la Ley de Arbitraje de 1988 existían, por un lado, el contrato de compromiso relativo a conflictos que ya habían surgido y, por otro lado, el contrato preliminar o cláusula compromisoria que se ocupaban de los conflictos que en el porvenir podían surgir. Con la mentada Ley el concepto de convenio arbitral englobó a ambas, lo cual ha sido mantenido por la vigente Ley de 2003. En definitiva, no se pueden tener dudas acerca de que con el convenio arbitral se hace referencia a todas las declaraciones de voluntad de que tanto los conflictos que ya existen como los que pueden advenir sean resueltos mediante arbitraje<sup>428</sup>.

De este modo, no basta con que, en nuestro caso concreto, el TAD/CAS/TAS tenga competencia para resolver un conflicto, sino que es indispensable que entre las partes exista un acuerdo que disponga que cualquier litigio que surja será sometido al órgano indicado. Igual relevancia tiene la precisión de que el referido acuerdo puede consistir tanto en una cláusula arbitral prevista en un contrato o reglamento como en un

---

<sup>428</sup> A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, p. 488.

acuerdo que unos estatutos o reglamentos de un organismo deportivo contienen o no. Aunque también cabe la opción de alcanzar un convenio arbitral más tarde; hasta el inicio del procedimiento concretamente. Y la verdad es que se ha de tener muy en cuenta esta última precisión puesto que muchas de las conductas que causan daños a los menores como el delito de trata o las difamaciones de la prensa es probable que no estén contempladas en ningún contrato, reglamento o estatuto y, por tanto, teniéndose que celebrar el convenio arbitral después, es decir, una vez que está en marcha el procedimiento jurisprudencial correspondiente.

Por lo demás, tampoco se puede olvidar el contenido formal que ha de respetar el acuerdo arbitral. A este respecto, se podrían decir bastantes cosas de gran enjundia, pero ahora solo queremos llamar la atención sobre una cuestión particular. La misma está relacionada con lo que dispone el artículo 178.1 de la LFSDIP, esto es, con que, entre otras formas, si está por escrito el convenio arbitral es válido. Y consiste en que, debido a que el Ordenamiento jurídico suizo interpreta de manera muy amplia cuándo un documento está escrito, considera que el que el Tribunal arbitral reconozca que una parte sea federada por estar asociada a una Federación nacional y, por ende, sometida a los Estatutos y reglamentos de la correspondiente Federación internacional sea suficiente para ello. Así, un menor que esté federado se entiende que es parte de un convenio en el que se ha plasmado acudir al TAD/CAS/TAS. En el caso de que no esté federado, en cambio, habrá que atender a los demás requisitos de formalidad.

Pero sobre los que estén federados, lo cual será lo más habitual en los casos que los daños sufridos provengan de la actividad deportiva desarrollada en virtud de un contrato, de los delitos de índole sexual, y de la violencia física y verbal por los padres y el público, es fundamental ser consciente de que aunque el referido artículo 178 tenga por objetivo que las partes no estén desamparadas mediante, por ejemplo, conociendo que están sometidas a un convenio de arbitraje, los problemas que suscitan dichos convenios radican en el consentimiento más que en cuestiones formales. De ahí se deriva la relevancia decisiva que ha adquirido el principio de confianza en virtud del cual es válido y vinculante cuando haya consciencia de su existencia aunque sea a través de referencias genéricas y no dé lugar a ninguna objeción. Y lo dicho supone que aquel deportista que haya otorgado su consentimiento correctamente con las correspondientes

firmas de un acuerdo tipo y del formulario con el que queda inscrito en una competición de su propia Federación deportiva conlleva que se entienda que ha aceptado someterse a un convenio arbitral.

Y la verdad es que se aprecia una gran similitud entre lo que acabamos de indicar y los acuerdos arbitrales tácitos. En efecto, éstos consisten en que cabe entender que se cumple la condición básica para que se realice un arbitraje con que las partes lo hayan acordado en una cláusula que contenga una oferta para la resolución de los conflictos mediante el mismo y que haya sido aceptada, en el caso de que el deportista firme la inscripción en la competición en que va a participar, o por simplemente poseer la licencia federativa puesto que se entiende que de cualquier manera ha aceptado el ofrecimiento que es la previsión de los Estatutos o reglamentos de las Federaciones internacionales de que cualquier conflicto se resuelva a través del arbitraje<sup>429</sup>.

Junto a esta modalidad de acuerdos encontramos otra como son los acuerdos por referencia. Lo cierto es que es bastante habitual que el acuerdo arbitral se encuentre en un texto normativo al que se hace referencia. En este sentido, cuando una parte ha aceptado una cláusula arbitral por referencia con conocimiento de causa y sin ninguna reserva se entiende que ha aceptado dicha referencia. Por lo demás, el supuesto de cláusula arbitral por referencia global que es válida consiste en que es el club o Federación nacional a la que pertenece el deportista en cuestión quienes mediante sus estatutos se refieren a las obligaciones que emanan de los estatutos de la correspondiente Federación internacional. Para terminar, debemos indicar que en todo ello subyace la idea de que se supone que el deportista, en el momento en que presenta una solicitud para ser autorizado en la participación de una competición internacional, es consciente de toda la regulación en vigor de la Federación internacional<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> Conviene desarrollar el apunte realizado indicando que se ha de estimar que el punto en que se inicia un procedimiento arbitral es precisamente la cláusula arbitral que una Federación deportiva contiene en sus estatutos o en el reglamento. La razón es que puede considerarse como una oferta unilateral realizada por parte del organismo deportivo con la finalidad de que varias modalidades de conflictos sean arbitrados. Y lo habitual es que cuando un deportista se federa en dicho organismo o cuando realiza una declaración expresa se entiende que ha aceptado la oferta de arbitraje. No se consideraría así si la mentada cláusula no existiera en la normativa del organismo deportivo. A todo ello se ha de agregar que si no es interpuesta una objeción procesal frente a la oferta arbitral con la presentación de una excepción de falta de jurisdicción, se ha de entender que hay en favor del TAD/CAS/TAS una tácita cláusula arbitral. [Para consultar lo expuesto en esta nota y la mayor parte del texto principal desde la última nota, véase: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, p. 80].

<sup>430</sup> Una exposición más detallada en: *Ibidem*, pp. 81 y 82.



En conclusión, de lo dicho se deduce que es imprescindible estudiar o analizar cada caso concreto en que un menor deportista ha sufrido daños. Cada caso es único con unas circunstancias muy concretas, de modo que lo que se ha expuesto sobre el convenio arbitral se deberá extrapolar al caso que concurra de aquella manera que mejor convenga al menor o, lo que es igual, de nuevo su interés superior ha de ser la referencia.

En otro orden de cosas, otra cuestión que es decisiva es la concerniente al Derecho aplicable. Por eso debemos realizar, al menos, los apuntes más sustanciales. Así, el TAD/CAS/TAS ha de ofrecer una solución a los conflictos de que conozca en base a la Carta Olímpica, las disposiciones normativas que sean de aplicación, los principios generales del Derecho y aquellas otras previsiones que estime oportunas. E interesa mucho en el presente estudio el Asunto Dodô<sup>431</sup> puesto que fue resuelto en base a los principios de Derecho internacional público. La razón de dicho interés, como puede sospecharse, es que igualmente puede el TAD/CAS/TAS resolver un conflicto en que un menor deportista ha sufrido alguno o algunos de los daños sufridos aplicando los principios del Derecho internacional privado, entre los cuales encontramos el tan relevante concepto del interés superior del menor.

Por lo demás, no debemos confundir nunca el Derecho sustantivo que es aplicable al fondo del asunto con otro distinto como es el Derecho procesal que regula los referidos procedimientos arbitrales. Para ello, se ha de añadir a lo anterior que dicho Derecho sustantivo consiste, por un lado, en el procedimiento ordinario en la ley que las partes hayan escogido libremente. A este respecto, es ineludible exponer una aclaración decisiva consistente en que las partes no tienen la obligación de tener que decantarse por un ordenamiento jurídico estatal concreto, sino que pueden elegir tanto una batería de normas jurídicas y reglas que no están contempladas en ningún ordenamiento jurídico estatal, entre las cuales por cierto se encuentran los principios generales del Derecho y que son tan decisivos en el presente estudio, como los Estatutos y Reglamentos de las Federaciones deportivas internacionales. Asimismo, por no ser baladí, no se puede ignorar la importante posibilidad de que la elección pueda hacerse de manera expresa o

---

<sup>431</sup> Laudo de 11 de septiembre de 2008, asunto *FIFA vs. STJD y CBF y R. Dodô*, y *Agencia Mundial Antidopaje (en adelante AMA) vs. STJD y CBF y R. Dodô*, CAS 2007/A/1370 y 1376.

tácita. Y una gran atención se ha de prestar a esta cuestión puesto que son totalmente distintas<sup>432</sup>. Por lo demás, en defecto de la citada elección, en su lugar se aplicará la ley suiza<sup>433</sup>. Aunque también cabe la posibilidad de que el TAD/CAS/TAS se vea autorizado por las partes a resolver los conflictos en equidad<sup>434</sup>. Por otro lado, en el procedimiento de apelación, en cambio, consistirá en los Estatutos y reglamentos de las Federaciones, asociaciones y organizaciones deportivas<sup>435</sup>; si no existen, las reglas que las partes hayan elegido<sup>436</sup>; en su defecto, la ley del Estado donde tenga su sede el organismo deportivo

---

<sup>432</sup> En cuanto a la primera posibilidad se han de saber algunas cuestiones. La primera es que las reglas escogidas por las partes no han de transgredir la necesidad de racionalidad, la seguridad y la previsibilidad. La segunda es que la elección consiste en una referencia a una norma sustantiva de un ordenamiento jurídico concreto y, por lo tanto, no alcanza a sus normas de conflicto pues la complejidad aumentaría de manera decisiva. En tercer lugar, es muy importante conocer que la mentada referencia puede dirigirse a toda fuente del Derecho, es decir, a una norma específica, a una costumbre jurídica concreta, a la jurisprudencia o a la doctrina. Por último, la elección hecha por las partes no es válida si conculca el orden público negativo en vigor a nivel internacional, ni tampoco si el Tribunal arbitral invoca de oficio las normas de orden público positivo. Por lo que atañe a la segunda posibilidad, conviene señalar que se da cuando las circunstancias son claras y, por ello, para comprobarlo se han de valorar la declaración de intenciones de las partes. Y, como quiera que los ejemplos son muy representativos, un escenario en que el acuerdo tácito es apreciado es cuando se aprecia una actitud común por parte de las partes en el procedimiento y que consiste en que en sus escritos hacen referencia al mismo ordenamiento jurídico. Pero también se puede inferir dicho acuerdo de otras particularidades del caso como son el común estatus personal de las partes, su domicilio, el objeto del litigio y su relación con un determinado Estado, la lengua del contrato y demás vínculos con un Estado. Y cabe otra posibilidad más si se da una condición: en caso de que se haga referencia a un conjunto de normas arbitrales que prevean un método o normas de conflicto para que el Derecho aplicable sea identificado. Una última precisión es que si concurre tanto una elección expresa como una tácita, prevalecerá la primera. [Se puede consultar la ineludible aclaración, así como los apuntes agregados en la presente nota en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 173–176].

<sup>433</sup> Las ventajas que tiene son varias: con su aplicación sistemática la coherencia y la consistencia quedan aseguradas, además de que algunos problemas de Derecho internacional privado quedan mitigados o incluso solventados. Por lo demás, también es interesante saber que se pretende evitar que se aplique con demasiada facilidad, así como que no se aplican aquellas normas específicas que excluyan el conflicto del ámbito de aplicación. [Para estas precisiones de esta nota, véase: *Ibidem*, pp. 176 y 177].

<sup>434</sup> Para ello es necesaria la autorización de las partes. Y la verdad es que no sobra indicar que el arbitraje en equidad se opone al que es en Derecho, pues el árbitro en equidad puede decidir fundamentándose solo en las circunstancias concretas del caso sin recurrir a ninguna norma jurídica. Es decir, no se inspira en ordenamiento jurídico alguno pudiendo, además, contrariar las normas jurídicas. A ello se debe también el que el Tribunal pueda aplicar los principios generales del Derecho al margen de que estén previstos en los reglamentos correspondientes. Por lo demás, la verdad es que, a pesar de lo que hemos indicado, el resultado puede ser el mismo o muy parecido que el que se pueda obtener en un arbitraje de Derecho. Por eso extraña menos el que el arbitraje en equidad no sea muy frecuente. [Una exposición más detallada de este tipo de arbitraje se encuentra en: *Ibidem*, pp. 177 y 178].

<sup>435</sup> A este respecto debemos indicar que el TAD/CAS/TAS a veces aplica dichas normativas, cuando las partes lo han acordado tácita o expresamente. [*Ibidem*, p. 223].

<sup>436</sup> Dicha elección no está restringida a un ordenamiento jurídico estatal concreto sino que pueden decidir aplicar normas jurídicas que no son estatales como, por ejemplo, los principios generales del Derecho, la *lex sportiva*, la *lex mercatoria* o los estatutos o reglamentos de las Federaciones Deportivas. Asimismo, conviene saber que en este procedimiento la elección también puede ser tácita o expresa. En cuanto a la primera opción, consiste en que la elección se atisba en las propias circunstancias del conflicto; por ejemplo, cuando en el contrato las partes hacen referencia a las normas de un concreto ordenamiento jurídico. Es decir, no existe el requisito de cumplir con una determinada formalidad, sino que la actitud en el procedimiento de las partes es suficiente. Eso sí, la mera intención no sirve puesto que

en concreto de entre los indicados y que sea el titular de la decisión que ha sido apelada<sup>437</sup>; por último, subsidiariamente, las reglas que el TAD/CAS/TAS estime apropiadas<sup>438</sup>. A todo ello se ha de añadir una importante precisión como es que el TAD/CAS/TAS también puede recurrir a la jurisprudencia elaborada por los órganos jurisdiccionales para redactar y argumentar sus laudos y, en consecuencia, cumplir algunas pretensiones relevantes como, por ejemplo, que las partes estén protegidas.

En suma, la verdad es que los árbitros del TAD/CAS/TAS gozan de una flexibilidad considerable a la hora de escoger el Derecho que han de aplicar para resolver los conflictos que les sean planteados. Y así lo reconoce el artículo 187.1 de la LFS DIP al prever que los árbitros deben decidir “de acuerdo con las normas jurídicas con las que el litigio presente los vínculos más cercanos”<sup>439</sup>. Y ello es inmensamente positivo debido a que, teniendo en cuenta los análisis que en el **Capítulo II** se hicieron

---

no es la actitud de las partes de la cual se puede inferir lo que se ha acordado sobre la ley a aplicar en el momento en que la relación contractual fue suscrita. Por lo demás, esta elección tácita también existe cuando se hace referencia a un reglamento de arbitraje que albergue previsiones de Derecho internacional privado que determinen el Derecho aplicable. Pero para lo que aquí interesa, mucha relevancia tiene el hecho de que el TAD/CAS/TAS no analizará los motivos de las partes en los que se fundamenta la elección tácita, ni se planteará si ésta es la más apropiada. Tampoco puede rechazarla por estimarla injusta o incompleta, salvo tanto por el orden público nacional e internacional de Suiza como por el ámbito en que es aplicable *ratione materiae* el Derecho a aplicar al fondo del asunto. Por último, se ha de saber que también se aprecia una elección tácita en el compromiso adoptado por los deportistas profesionales y los clubes consistente en no transgredir las normas de sus Federaciones nacionales, por la razón de que éstas hacen referencia a las normas de las Federaciones internacionales. Por su parte, en relación con la elección expresa simplemente queremos subrayar que, al consistir en una cláusula del acuerdo arbitral, son casos mucho más sencillos. Y para dar fin a la presente nota es beneficioso indicar que la voluntad de las partes para elegir el Derecho a aplicar no es ilimitada. En efecto, no debe ir más allá de las normas sustantivas sin poder versar en las normas de conflicto de leyes pues se incurriría en una gran complejidad. Igualmente, la referencia puede no hacerse respecto a un Derecho nacional, sino que puede hacerse respecto a un Derecho consuetudinario, una jurisprudencia determinada o una doctrina jurídica. Tampoco se puede escoger una normativa que es inaplicable al conflicto, ni la que conculque el orden público suizo [Para consultar la ampliación de la explicación en que esta nota consiste, así como un desarrollo más detallado, véase: *Ibidem*, pp. 219–223].

<sup>437</sup> El que destaca a este respecto es el artículo R58 del Código TAD/CAS/TAS al prever como aplicable el ordenamiento jurídico del Estado donde la federación, asociación u organismo deportivo que ha elaborado la resolución que en apelación se ha recurrido tiene su domicilio. La razón de ello es, por un lado, el principio de conexión más próxima. Y, por otro lado, la evitación de una obligación inaceptable como sería la de que se tuvieran que atender a todos los ordenamientos jurídicos por parte de una Federación internacional. Con ésto último no se padece un trato desigual entre las Federaciones nacionales, ni una solución compleja [Se puede consultar esta precisión, así como un examen más extenso de la cuestión, en: *Ibidem*, pp. 223–225]

<sup>438</sup> Esta opción es diferente a la que se prevé para el procedimiento ordinario consistente en el arbitraje en equidad. La diferencia es que en el procedimiento de apelación el Tribunal arbitral tiene la posibilidad de aplicar el Derecho que estime adecuado siempre y cuando su decisión quede justificada. [Para más información, acceder a: *Ibidem*, pp. 225 y 226].

<sup>439</sup> Para una genial explicación de esta cuestión del Derecho aplicable salvo las ampliaciones o precisiones que hemos añadido, consúltense: *Ibidem*, pp. 91–93.

sobre la beneficencia o no de la ley que el Reglamento Roma II o el artículo 10.9 CC designaban como aplicables, el TAD/CAS/TAS cuenta con un amplio margen de maniobra para hacer justicia, esto es, para que ni un solo menor quede desprotegido cuando practica deporte. Así, si se prevé que en caso de aplicarse una ley concreta el menor involucrado en el conflicto que se dirime no va a verse reparado o, incluso, sus daños van a aumentar, el propio TAD/CAS/TAS podrá evitarlo reflexionando sobre qué ley es la que más le conviene al menor.

## **2. CUESTIONES FUNDAMENTALES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO PARA LOS MENORES**

El presente punto que ahora comenzamos tiene por objetivo exponer, respecto del TAD/CAS/TAS, sus ventajas, sus desventajas, el grado en que aplica los Derechos fundamentales y los diversos procedimientos. Y es que es el paso previo para después realizar, en el siguiente y último **Capítulo IV**, el balance fundamental que nos permitirá lograr la deseada meta consistente en dilucidar si el arbitraje deportivo, y más concretamente el TAD/CAS/TAS, que tan beneficioso es para los deportistas y para todos los participantes del mundo del deporte cuando se trata de adultos, sigue siendo así cuando en los conflictos hay involucrados menores, o si, por el contrario, las pérdidas, daños y desventajas que los menores sufren son mayores que los réditos de todo tipo que puedan obtener. Y, como se adelantó, la realización de dicho balance también incluye vislumbrar si es suficiente el tutor que siempre acompaña al menor o si se prescinde incomprensiblemente del crucial Ministerio Fiscal u órgano que le sustituya.

En relación con lo anterior, se ha de recalcar que un criterio fundamental a tener en cuenta es que un beneficio o ventaja solo es aceptable por justificado cuando las desventajas no son comparables por su considerable menor levedad. Dicho de otra forma, solo resulta coherente acudir al arbitraje si proporciona claros beneficios y si éstos son mayores que los que se consiguen con otras vías. Y no solo por lo que atañe al objeto del litigio sino también por las consecuencias que pueda tener en los diversos ámbitos de la vida de la persona involucrada en un conflicto, que al ser un menor en

nuestro caso adquiere más importancia. Así, la elección del arbitraje ha de estar justificada, lo cual en el objeto del presente estudio se concreta, primero, en una aceptable y digna satisfacción de la responsabilidad civil extracontractual que se manifiesta en la cantidad correspondiente de indemnización, sanciones que hagan que la causación de daños no sea beneficiosa para el responsable por indiferente o por menos lesiva, y en una prevención que garantice su erradicación. Segundo, en que el menor pueda realmente disfrutar de su deporte favorito y le reporte todos los beneficios de que es capaz si se practica correctamente, lo cual implica que también pueda disfrutar de todos sus demás derechos tan cruciales y que hasta entonces se estaban conculcando. Y tercero, lograr lo anterior mediante procedimientos arbitrales sin defectos o deficiencias inaceptables para los menores, lo cual incluye una apropiada representación legal y asistencia mediante el tutor y el Ministerio Fiscal referidos.

Pues bien, no cabe duda alguna de que conjugar todo lo anterior no es nada sencillo y, por lo tanto, no puede hacerlo cualquier órgano sino que el que de ello se encargue habrá de ser asistido o incluso ser un órgano especializado. En este sentido, se ha de tener muy claro que si el órgano que conoce de estos asuntos no se ajusta a las particularidades que caracterizan a la actividad deportiva la mentada conjugación será imposible. En este sentido, se puede decir que precisamente el arbitraje del TAD/CAS/TAS es la institución más apropiada para conseguir todo lo apuntado, pero es necesario corregir antes todos los defectos y deficiencias que se detecten.

Así puse, a continuación comenzamos el primer punto en el que vamos a exponer con total claridad las ventajas del TAS/CAS/TAS, que será seguido de un segundo punto concerniente a las desventajas, tras el cual en un tercero se va a tratar una cuestión capital como es la relación de dicha institución arbitral con los Derechos fundamentales, es decir, en qué grado los aplica, y, por último, se expondrán los rasgos fundamentales de los procedimientos más destacables que se pueden seguir ante el mismo y que son la mediación, el ordinario y la apelación. Una vez que se conozca muy bien lo anterior, se extrapolará todo ello a los conflictos o situaciones en que haya menores para así lograr el objetivo principal del siguiente **Capítulo IV** que es, como se ha dicho, dilucidar si el TAD/CAS/TAS es a día de hoy idóneo para los menores y, en caso negativo, implementar los métodos oportunos para corregir todas las deficiencias y realmente

beneficie a los menores. Dicho de otra forma, se atisbará si cuando hay menores las ventajas, las desventajas, la aplicación de los Derechos fundamentales y los satisfactorios procedimientos se mantienen, potencian, reducen o eliminan. Y, como se sabe, ello incluye lo concerniente al tutor y al Ministerio Fiscal. En definitiva, no cabe duda de que el análisis es insoslayable puesto que se ha de tener plena certeza sobre si los menores están en buenas manos; y es que carecer simplemente de dicha certeza es ya inaceptable puesto que se está en una situación grave en que no se sabe si el desenlace va a ser positivo o negativo para los menores. Debe existir la garantía total de que van a obtener lo más beneficioso en todos los ámbitos.

## **2. 1. LAS VENTAJAS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO**

Antes de desarrollar cada una, se considera conveniente indicar cuáles son las ventajas más destacables. Son las que siguen: es satisfactorio para resolver conflictos internacionales; una de sus metas es que lograr acuerdos sea más sencillo; la simpleza, la agilidad y la flexibilidad caracterizan sus procedimientos; una única instancia puede ser suficiente; la garantía de confidencialidad; y el bajo coste.

En primer lugar, en la faceta temporal se ha de atender al veloz desenvolvimiento de las competiciones, al corto periodo de tiempo de la vida que se le puede dedicar, a los diversos intereses económicos y sociales que hay en juego, y a la atención y aplicación de las posibles modificaciones de los reglamentos de las Federaciones deportivas. Dicho con otras palabras, no cabe duda de que si un procedimiento y su correspondiente resolución se dilatan en el tiempo en demasía, como suele ser habitual en los órganos jurisdiccionales saturados por su alta carga de trabajo y los insuficientes medios con que cuentan, además de aumentar el coste, todas las mentadas particularidades se ven totalmente mermadas acarreando consecuencias de un inmenso perjuicio irreversible. De este modo, debe quedar subrayado que la celeridad es un principio esencial de la justicia, lo cual se observa muy claramente en el artículo 6 CEDH, el artículo 29.1 de la Constitución de Suiza de 1948 y el conocido artículo 24 CE que prevén, los dos primeros textos, un plazo razonable como elemento característico del juicio justo, y el segundo texto la no concurrencia de dilaciones indebidas propia del proceso público. Y

en el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina, esto es, que una dilación de la justicia o, incluso, una auténtica denegación de ella se produce cuando los procedimientos duran demasiado, lo cual es, además, plenamente rechazable. Como se ha podido observar, cuando ocurre se trata de algo de gran gravedad y, por eso, no extraña que en multitud de ocasiones se decida no acudir a los órganos jurisdiccionales por su lentitud, pese a que proporcionen otras ventajas como la obtención de una interpretación más favorable<sup>440</sup>.

Pues bien, en relación con ello, se ha de saber que el arbitraje en general y el TAD/CAS/TAS en particular responden satisfactoriamente a dicho principio gracias a diversas particularidades. Así, un procedimiento arbitral se inicia y los árbitros adquieren competencia con la sola existencia de una breve cláusula; ofrecen procedimientos que se caracterizan por su simplicidad, flexibilidad y celeridad debido a que las normas procesales del TAD/CAS/TAS soslayan todo formalismo que sea baladí para no obstaculizar el acceso al arbitraje bastando con una solicitud breve en el procedimiento ordinario o con una declaración en la apelación para que las partes se dirijan al TAD/CAS/TAS; el tiempo empleado para resolver un conflicto es reducido; se permite que las partes acuerden un idioma concreto diferente a los tres más habituales, con lo que ya no se padecen los inconvenientes de la traducción; las partes tienen la posibilidad de presentarse solas o representadas por una persona que no sea abogada; la pretensión de alcanzar una solución flexible y amigable concretándose muchas veces en un acuerdo; y que basta y sobra con una sola instancia para resolver un conflicto, lo cual supone, además, tanto que los laudos arbitrales son definitivos y de inmediato ejecutables como que las posibilidades de recurrir sean muy reducidas. En este último sentido, se ha de precisar que es habitual que los laudos sean ejecutados voluntariamente, así como que en el caso de que sea forzosa la ejecución en el extranjero es más sencilla que cuando se trata de una sentencia de las muy diversas instancias de los órganos jurisdiccionales estatales, lo cual, además, se une al hecho de

---

<sup>440</sup> Un genial ejemplo el caso del futbolista brasileño Neymar, pues la cláusula de rescisión que tuvo que abonar al Fútbol Club Barcelona de 222.000.000 euros se pudo haber visto reducida en un 20% de haber acudido a los órganos jurisdiccionales del orden laboral. Lo que ocurrió es que descartó esa opción para no demorarse respecto a su oportunidad de fichar por el París Saint Germain F.C..

Otro texto en el que se advierte de la lentitud de los órganos jurisdiccionales y se subraya la flexibilidad y rapidez del arbitraje es: S. González García y S. F. Ross, *Derecho del deporte global*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 197.

que los procedimientos suelen dilatarse en demasía en el tiempo por tardar mucho más una resolución en adquirir firmeza debido a la existencia de diversos recursos e incidentes. En definitiva, todo ello es lo que se necesita para que en el deporte haya satisfacción en los problemas que surgen.

En segundo lugar, otra faceta es la jurídica donde destaca tanto la concurrencia de elementos internacionales como que las cuestiones de los conflictos que resultan arbitrables pueden tener relación con una o varias ramas del Derecho. Por lo que atañe a la internacionalidad, el arbitraje y más concretamente el TAD/CAS/TAS es muy útil para resolver estos conflictos en los que, si las partes no tienen en el mismo Estado su domicilio, se han de afrontar dos problemas considerables de Derecho internacional privado. Uno es determinar qué órganos jurisdiccionales tienen competencia para resolver el conflicto; y el otro es elegir qué Derecho se ha de aplicar. Por si fuera poco, a ello se añaden otras dificultades que el arbitraje también posibilita afrontar mejor. Nos referimos al hecho muy habitual que las partes no conozcan la lengua de otros Estados, a que en todo caso es otro Derecho procesal al que se ven sometidas y a que no son de extrañar mayores reticencias respecto a la objetividad de los órganos jurisdiccionales de un Estado ajeno. En este sentido, debemos expresar que la razón de que el arbitraje sea la institución que mejor responde a dichas cuestiones es la igualdad de recursos que asegura entre las partes. Por supuesto, dicha igualdad deriva de lo que el arbitraje es capaz de ofrecer, esto es, una única jurisdicción en el TAD/CAS/TAS; la autonomía de la voluntad de las partes para escoger el Derecho que se ha de aplicar al fondo del asunto como regla general; normas procesales propias y universales previstas en el Código de Arbitraje Deportivo que regulan el procedimiento ante dicha institución arbitral; lenguas concretas como son, en general, el español, el inglés y el francés; y, a diferencia de las sentencias de los órganos jurisdiccionales estatales, la mayor efectividad a nivel internacional que los acuerdos internacionales reconocen a los laudos. En suma, se ha de afirmar que la superación de las fronteras entre los Estados queda garantizada con el arbitraje y, con ello, se evita que los conflictos tengan que ser conocidos en todo caso por los órganos jurisdiccionales de algún Estado, así como lo que conlleva y que se concreta en la sensación de inferioridad de la parte que se encuentra en un Estado ajeno donde el idioma, las normas procesales y los abogados asesores son otros. Por todo eso, junto a la libertad que proporciona su falta de sujeción



a un territorio, se estima idóneo el arbitraje para resolver los conflictos que surgen en las relaciones jurídicas internacionales.

Por su parte, respecto a la diversidad de conflictos deportivos, se ha de saber que el TAD/CAS/TAS ha sido creado precisamente para posibilitar soluciones a todos ellos. Lo dicho era necesario puesto que las personas encargadas de conocer los asuntos han de poseer conocimientos jurídicos específicos al respecto, es decir, los que no se pueden encontrar en los órganos jurisdiccionales estatales. En suma, como quiera que los conflictos deportivos se caracterizan por albergar cierta complejidad que a lo largo del tiempo ha aumentado por la profesionalización y mercantilización de la actividad deportiva, solo personas con una cualificación particular podrán hacer frente a ellos. Así es como se explica que el TAD/CAS/TAS, además de ir adquiriendo cada vez más respaldo, se componga por juristas que junto a su competencia reconocida conocen también con gran detalle los problemas que suscita el deporte. En este sentido, no cabe duda de que los conflictos se resuelven más fácilmente cuando de ellos se ocupan especialistas tanto en un Derecho deportivo que cada vez es más complejo como en las relaciones internacionales y, por eso, junto a la ausencia de rigidez, complejidad, alto coste y lentitud propios de los órganos jurisdiccionales estatales, el TAD/CAS/TAS resulta una herramienta esencial para que los conflictos deportivos sean resueltos. Así, no extraña nada que las diversas organizaciones deportivas internacionales, como por ejemplo el COI o la FIBA, hayan promovido el arbitraje deportivo internacional que se adecúe a su independencia respecto de los poderes estatales y a los intereses comunes de todos sus miembros<sup>441</sup>. Y en relación con lo dicho, se deriva otra ventaja como es que las partes tienen la posibilidad de elegir. En efecto, quiere decir ahora que puede ser elegida por las partes la ya referida persona, árbitro, que desean que resuelva su conflicto y que, por lo tanto, puede ser un experto en Derecho deportivo o un jurista con un prestigio reconocido, con una avalada imparcialidad, y con capacidad de proponer soluciones flexibles para que las particularidades de cada caso sean tenidas en cuenta.

---

<sup>441</sup> No está de más recordar que pese a lo dicho, el origen del arbitraje deportivo se encuentra en las ligas americanas de deportes profesionales. Asimismo, se aprovecha para insistir en la mentada independencia en el sentido de que constituye toda una tradición en el deporte cuyo objetivo es poseer una justicia propia. Sin duda, como ya se verá con más detalle más adelante, el arbitraje es la institución clave de la pretensión que las Federaciones deportivas internacionales y demás organismos deportivos han tenido desde hace mucho tiempo consistente en soslayar los órganos jurisdiccionales para la resolución de los conflictos surgidos al aplicar sus normas privadas.

Es por ello que las soluciones realmente satisfactorias por y para el deporte están fuera del alcance de los órganos jurisdiccionales estatales<sup>442</sup>.

De este modo, con las dos últimas ventajas ahora indicadas, es decir, que el TAD/CAS/TAS es un Tribunal arbitral único internacional y especializado, es como precisamente es más sencillo alcanzar otras ventajas como son tanto una mayor uniformidad procesal como una seguridad jurídica más satisfactoria. Y como quiera que sus laudos solo son recurribles ante el TS de solo un Estado que resuelve de manera definitiva, el suizo TFS, lo dicho queda más que reforzado. En relación con ello, también es muy interesante apuntar e insistir en que si cualquier tribunal del mundo es competente para conocer las impugnaciones frente a las decisiones emitidas por las Federaciones internacionales y, por ende, pudiéndose aplicar muy diversos ordenamientos jurídicos estatales, entonces que en todo el mundo una regulación uniforme y estable se configure es prácticamente imposible. Así, es el arbitraje el que es capaz de que la uniformidad sea una característica, o al menos la favorece, de las interpretaciones que se realicen tanto de la regulación de las organizaciones deportivas internacionales como de los contratos<sup>443</sup>.

Para terminar, otras facetas se ven también beneficiadas o garantizadas con la institución arbitral. Por un lado, se garantiza la confidencialidad en varios aspectos muy importantes: los árbitros tienen que guardar reserva; el arbitraje es totalmente privado al realizarse a puerta cerrada, sin público y sin que los medios de comunicación tengan acceso; y solo las partes reciben una copia del laudo. Además, sin duda que de este modo se facilitan los compromisos mutuos, la aquiescencia y los acuerdos amigables<sup>444</sup>. Por otro lado, también es de resaltar el bajo coste del arbitraje, lo cual es crucial para los menores deportistas y para el resto de la inmensa mayoría de las personas que se dedican al deporte y que no forman la llamada élite. Para que así sea, por un lado, en el

---

<sup>442</sup> Para ampliar la información sobre esta ventaja de la elegibilidad: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, p. 198.

<sup>443</sup> Para esta precisión: *Ibidem*, pp. 195 y 198.

<sup>444</sup> Respecto a la confidencialidad, y para completar lo dicho, hay que tener presente que sobre la privacidad de los jugadores, sus datos confidenciales y su historial médico es habitual que los aficionados sientan considerable interés. Y este suele ser el motivo principal de que se difunda información sobre dichas cuestiones y otras como las conductas de los jugadores o la situación económica de los clubes y demás organizaciones deportivas. Esto es, están fuera del alcance del derecho a saber que está justificado para otros casos. Pues bien, gracias al arbitraje la confidencialidad queda garantizada. [Ver: *Ibidem*, pp. 198 y 199].

procedimiento ordinario existen unas tablas que fijan los honorarios de los árbitros que las partes han de abonar junto a los gastos, así como una limitación consistente en que dichas partes solo han de pagar una parte de los costes del TAD/CAS/TAS, testigos, peritos e intérpretes. Y, por otro lado, en el procedimiento de apelación tanto los gastos y honorarios de los árbitros como los costes de funcionamiento corresponden al propio TAD/CAS/TAS. Por último, no menos importante es la flexibilidad y amplitud de los medios de prueba y que, por ello, van más allá de las diversas normas y tradiciones jurídicas<sup>445</sup>.

Por todo ello, no extraña que la doctrina jurídico-deportiva con más autoridad haya declarado, al observar la especialización, la agilidad y el bajo coste del TAD/CAS/TAS, que constituye una auténtica necesidad que se aprecia tanto en que la propia dinámica del deporte exige eficacia y celeridad en la resolución de sus conflictos, lo cual puede ser proporcionado por el arbitraje, como en otras razones más específicas donde destaca la complejidad de las normas deportivas, la dificultad que supone la coexistencia de normas cuyo origen es distinto como el ámbito deportivo y el estatal, y el ser necesario que la regulación jurisdiccional de los litigios mejore<sup>446</sup>.

## **2. 2. LAS DESVENTAJAS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO**

Tras apuntar tanto las necesidades y particularidades del deporte como las importantes ventajas que solo la institución arbitral puede ofrecer para adecuarse a aquéllas, sin embargo, a continuación se han de indicar una serie de desventajas no menos importantes puesto que si son desmesuradas las ventajas quedan en inferioridad y no resulta entonces un método adecuado para resolver conflictos deportivos. Dicho esto, se recuerda que el objetivo de este apartado es extrapolar las ventajas, las desventajas, la

---

<sup>445</sup> Una exposición algo más detallada de lo que se ha expuesto de las ventajas del arbitraje deportivo en este apartado se encuentra en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 58–61.

Pero no solo eso, sino que ha sido notablemente completado con otro texto de gran enjundia: A. García Montes, «Ventajas y desventajas del sistema judicial y del sistema arbitral para resolver conflictos deportivos. El caso del Tribunal Arbitral de Baloncesto (BAT)», en M. Marcos Cardona y V. Selma Penalva (Dirs.) y N. Miras Marín (Coord.), *Derecho del deporte y del entretenimiento*, Editorial Aranzadi S.A.U., 2020, pp. 325–330.

<sup>446</sup> Dichas reflexiones se encuentran en: A. Camps i Povill, «La resolución extrajudicial de litigios deportivos en el contexto internacional. El Tribunal Arbitral del Deporte (TAS-CAS)», *Abogacía*, nº 7, 2011, pp. 121 y ss.

relación real con los Derechos fundamentales y los procedimientos del TAD/CAS/TAS a los conflictos en que hay menores para apreciar si les beneficia o les perjudica y, en éste último caso, proponer las medidas más idóneas para que su interés superior y todos sus derechos sean potenciados al máximo; si no es así, no convendrá que un menor esté sometido a dicha institución arbitral. Dicho de otra manera, como todo, el TAD/CAS/TAS no es una institución perfecta y carente de riesgos. Evidentemente, más aún cuando hay menores de por medio y, por tanto, se ha de tener muy en cuenta para cerciorarse de que el arbitraje sigue siendo el mejor instrumento para resolver conflictos deportivos cuando en ellos haya involucrados menores.

De este modo, un buen comienzo es hacer saber que las serias desventajas que se aprecian en el TAD/CAS/TAS se caracterizan por ser de gran gravedad, su globalización, su influencia en la vida profesional de los deportistas, y la importancia de los conflictos en que se dirimen cuestiones de un inmenso volumen económico que también pueden involucrar a menores.

Y más concretamente, dos modalidades de desventajas se derivan de la idiosincrasia del propio TAD/CAS/TAS. En efecto, las organizaciones deportivas internacionales se caracterizan por su homogeneidad y su estructura piramidal, así como a que promulgan regulaciones coactivas que someten tanto a las relaciones internacionales que se producen entre los deportistas, clubes y árbitros participantes en las competiciones internacionales que organizan, como a las Federaciones deportivas nacionales que son miembros. En este sentido, se ha de recordar que, por un lado, si bien es privado y ajeno a todo Estado el origen del deporte, que debido a la autonomía de la voluntad se organiza mediante diversas asociaciones, que el autogobierno y la autorregulación son dos de sus principios esenciales, y que las Federaciones deportivas internacionales pretenden regir sus disciplinas respectivas a nivel mundial y de forma exclusiva, autónoma y excluyente, por otro lado, cuando están en liza Derechos fundamentales y/o el interés general, el Estado de Derecho se ha impuesto interviniendo en la regulación del deporte. Lo cual ha tenido como consecuencia que fueran los órganos jurisdiccionales quienes conocieran los conflictos con origen en las relaciones jurídicas reguladas por la ley de los Estados. A este respecto, conviene recordar que incluso tras la sentencia del ya expuesto caso *Bosman*, la FIFA y la UEFA perturbaron

las Libertades fundamentales de circulación y establecimiento de la UE. Y ello no puede aceptarse puesto que, como muy bien ha hecho la mentada UE, la aplicación del Derecho europeo no puede verse desplazado por mucho que se reconozca el monopolio de las Federaciones deportivas. Y se ha de precisar que el referido sometimiento al ordenamiento jurídico no tiene excepción alguna, ni siquiera el hecho de que el poder judicial carezca de eficacia, puesto que ni la objetividad ni la independencia suficiente se puede predicar de los órganos de las Federaciones deportivas encargados de resolver conflictos.

Continuando lo anterior, se desemboca en la apreciación de las dos primeras modalidades de desventajas del arbitraje en general y del TAD/CAS/TAS en particular. En efecto, el citado monopolio de las Federaciones deportivas internacionales no puede suponer que puedan solucionar conflictos de índole distinta a la competitiva y, por ende, no pueden regular ni la contratación laboral ni la mercantil de la vertiente económica que posee una competición que es un espectáculo. Y si bien es cierto que más de una vez es muy difícil no confundir los conflictos deportivos de índole administrativa con los económicos, en ningún caso es admisible el impedimento por parte de las Federaciones deportivas de que los órganos jurisdiccionales estatales conozcan los conflictos que versen sobre la privacidad económica de las personas. Y lo dicho no implica que dichas Federaciones no puedan fomentar arbitrajes que se adecúen a su especificidad ni que los afiliados decidan someterse a ellos libremente. Ahora bien, y aquí están las dos primeras modalidades de desventajas que se pueden sufrir, en varias ocasiones el referido fomento ha sido forzoso y, por ende, se ha dudado tanto de su independencia como de la presencia de las muy diversas garantías<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> Para no caer en confusión, se estima oportuno indicar brevemente en la presente nota al pie las particularidades de otra cosa distinta a las organizaciones deportivas internacionales como es lo que se puede denominar sociedad internacional de los hombres de negocio. En ésta la voluntad privada impera por completo debido a que se trata de una mera reunión de personas que realizan negocios internacionales, es decir, no es una organización. Además, y por eso mismo, las partes gozan de libertad para, si lo desean, utilizar normas y recomendaciones, sin que estén sometidas a normas imperativas. Así, la autonomía de la voluntad prevalece en todo caso en las relaciones entre sus miembros, así como en la gestión del arbitraje. Por lo demás, los árbitros carecen de *lex fori*, es decir, de ordenamiento jurídico al que estén sometidos y, por ende, no están sujetos *prima facie* a un ordenamiento jurídico porque no existe. En otras palabras, los árbitros son independientes y, en consecuencia, se limitan a prestarle simplemente un apoyo a su trabajo las instituciones que administran el arbitraje. Esto último también significa que los elementos de que se compone también pueden ser ordenados libremente por las partes; por ejemplo, la sede del mismo. [La aclaración de esta nota, junto a lo expuesto en el texto principal para apreciar el origen de las primeras desventajas, en: A. García Montes, *supra op. cit.* nota 445, pp. 330–333].

En cuanto a la independencia, lo cierto es que ha sido algo muy habitual dudar acerca de su existencia, sobre todo por la más que clara vinculación financiera y dependencia orgánica del TAD/CAS/TAS con el COI. Pero no solo por eso, sino también es decisiva tanto su insistencia en constituirse en el tribunal independiente del deporte como estar formado por tres divisiones que son el arbitraje ordinario, de apelación y antidopaje. En efecto, sin duda que ambas pueden propiciar más fácilmente su dependencia. Tan es así que la creación del ICAS en 1994 con la finalidad de que el TAD/CAS/TAS pasara a depender de él<sup>448</sup> y la elaboración del Código TAD/CAS/TAS han tenido menos efecto del que es deseable. Por si fuera poco, la confianza en la institución arbitral que nos ocupa también se ha visto altamente mermada como consecuencia de otros pormenores: ser, mediante cláusulas arbitrales imperativas, la institución de apelación de la FIFA, la UEFA y el COI; ser el Vicepresidente del COI el propio Presidente del TAD/CAS/TAS; y el que la lista de árbitros sea cerrada. De este modo, no se puede sino concluir que la naturaleza de la institución arbitral se ve atentada frontalmente como consecuencia de la vinculación forzosa expuesta y, por ello, no extraña que los órganos jurisdiccionales estatales hayan declarado nulo de pleno derecho más de un convenio de sometimiento al TAD/CAS/TAS y sin que afecte los pronunciamientos contrarios del TFS<sup>449</sup>. Una vez expuesta esta primera desventaja, se ha de subrayar que, sin duda alguna, la imparcialidad es imprescindible para que toda persona que se dedique al deporte obtenga la justicia que merece, sobre todo en los casos tan graves de los menores que hemos estudiado. En efecto, que un menor tenga que agregar a sus daños una incorrecta deliberación por parte de esta institución arbitral sería aumentar la injusticia y el dolor<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> Fue a partir de entonces cuando el TAD/CAS/TAS fue reconocido e introducida una sumisión al mismo en los Estatutos por parte de las Federaciones Internacionales Olímpicas y gran parte de los CON. [Para esta precisión y para el párrafo que se está exponiendo, ver: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, p. 61].

<sup>449</sup> Se estima beneficioso completar lo dicho indicando que en la doctrina es muy habitual encontrar la advertencia de este peligro. Así, se ha señalado que mientras el arbitraje que es fruto de un acuerdo voluntario no da lugar a problemas, en cambio, cuando el arbitraje es imperativo para los deportistas profesionales como requisito insoslayable para participar en competiciones, entonces, las dudas aparecen. A este respecto, se ha llamado la atención de que los Tribunales y árbitros especializados propios del arbitraje, además, aumentan el desequilibrio y, por ende, la ventaja que las organizaciones y personas más poderosas ya tenían. De ahí las dudas sobre la imparcialidad de los árbitros, así como de las incompatibilidades y garantías que han de cumplir. [Ver: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, p. 199].

<sup>450</sup> Se considera muy interesante indicar brevemente el caso del Tribunal Arbitral de Baloncesto (en adelante TAB) para completar y comprender mejor esta primera ventaja. Así, tanto que conflictos relativos a la FIBA, sus Zonas o divisiones pueda conocerlos, como que un arbitraje forzoso sea institucionalizado, se evita para que su imparcialidad e independencia sea predicada. No obstante, como

Por lo que atañe a la ausencia de garantías durante los procedimientos arbitrales, lo cierto es que en el TAD/CAS/TAS se aprecia, en primer lugar, una cierta restricción de la libre voluntad de las partes. Más concretamente, se quiere indicar que la sede del arbitraje coincide con la de la organización que lo promueve, el TAD/CAS/TAS y el COI en Lausana, sin que las partes puedan cambiarla (lo mismo ocurre respecto al TAB, y la FIBA, pero en Ginebra). Junto a ello, también llama la atención que ambos, el TAD/CAS/TAS y el TAB, se ven informados por dos principios favorecedores de su regulación como consecuencia de su sujeción a la LFSDIP: por un lado, que a la parte que algo afirma le corresponde la absoluta carga de la prueba y, por otro lado, la restrictiva interpretación del orden público como causa para que el laudo sea anulado. Pues bien, ello acarrea como corolario algo que no se puede pasar por alto en ningún momento, mucho menos si hay menores, es decir, que cualquier recurso de nulidad que se interponga frente a sus laudos tiene muy pocas posibilidades de tener éxito. Además, en el caso del TAB, conviene advertir que, debido a que está integrado en la FIBA, sus laudos son sencillos de ejecutar puesto que el auxilio judicial en el domicilio del obligado es prescindible pudiendo soslayar el control que el artículo V.2.b. CNY prevé. Por eso mismo, antes de que un contrato se celebre se han de sopesar muy bien las circunstancias concurrentes para apreciar si el sometimiento al TAB va a beneficiar o perjudicar a las partes; sobre todo cuando haya menores. Y si lo dicho es grave, más aún lo es que el propio TAB, por pretender garantizar la eficiencia y la agilidad, conculque los derechos de las partes viendo su autonomía de la voluntad restringida solo para la contemplación por parte de los contratos de cláusulas arbitrales estándar<sup>451</sup>.

Pero la desventaja relativa a una disminución o eliminación de las garantías no se limita a lo dicho, sino que otra cuestión crucial es la atinente al irrenunciable Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que los deportistas tienen. Esta cuestión es muy conocida por la gran polémica que provoca, la cual se aprecia en los distintos pareceres

---

quiera que su Presidente y Vicepresidente son nombrados por su Comité Central y que es financiado por la FIBA, son grandes las críticas que recibe su integración estatutaria. Además, dicho Presidente, o el Vicepresidente cuando proceda, es quien controla el funcionamiento y gestiona el TAB, para lo cual constituye la lista cerrada de árbitros y los concreta para cada uno de los arbitrajes. [Esta nota, así como lo expuesto en último párrafo del texto principal: A. García Montes, *supra op. cit.* nota 445, pp. 333 y 334].

<sup>451</sup> Acerca del TAB, conviene precisar que en sus Reglas de arbitraje se aprecia una clara índole coercitiva y que se manifiesta en que la celebración de la audiencia, la determinación de la sede arbitral y la elección de la lengua son solo algunas de las cuestiones ajenas a la autonomía de la voluntad. Sin duda este caso es más grave que el del TAD/CAS/TAS, pues en éste dichas cuestiones son menos. [Para esta precisión, así como para el texto principal que completa, ver: *Ibidem*, pp. 334–336 y 342].

que se defienden. Así, por un lado, entre la doctrina española la verdad es que es una cuestión de gran claridad por la unanimidad al respecto. Esto es, se defiende que el Ordenamiento jurídico español no permite en ningún caso que los órganos jurisdiccionales estatales no puedan conocer los conflictos deportivos como consecuencia de que los deportistas, al solicitar la licencia deportiva, no hayan tenido más remedio que aceptar los Estatutos de una Federación deportiva donde se prevé su sumisión al citado TAD/CAS/TAS. La razón principal es que no existe un consentimiento prestado con libertad. Pero por otro lado no se puede pasar por alto que frente a dicha posición resalta la del TEDH, el cual no ha manifestado nunca que dichas previsiones estatutarias sean nulas y, al mismo tiempo, ha señalado que concurren las condiciones exigidas por el artículo 6 CEDH. Ahora bien, es decisiva la precisión que la Sentencia del citado TEDH de 1 de marzo de 2016<sup>452</sup> realizó y que consistió en que si el referido sometimiento es impuesto, en cambio, por la ley es entonces cuando es inválido sin duda<sup>453</sup>. Respecto a todo lo dicho, debemos expresar que por mucho que el arbitraje proporcione una resolución satisfactoria y repare la conculcación de Derechos fundamentales, ello no se puede hacer a expensas de conculcar otros Derechos fundamentales. En efecto, si así ocurriera se perdería toda la legitimidad. Y la verdad es que guarda gran similitud con la doctrina de los frutos del árbol envenenado donde una prueba nula por haberse obtenido ilegalmente no solo supone que no se tenga que descartar por ilegítima sino que lo mismo se ha de considerar de todas con las que esté vinculada. Por lo tanto, a la hora de decantarse claramente por el arbitraje se ha de prestar toda la atención necesaria para respetar también este Derecho fundamental.

---

<sup>452</sup> STEDH de 1 de marzo de 2016, asunto *Tabbane vs. Suiza*, solicitud nº 41069/12.

<sup>453</sup> A lo dicho, conviene añadir que gracias a otra STEDH de 2 de octubre de 2018, del asunto *Mutu y Pechstein vs. Suiza*, se dio un paso decisivo para que el arbitraje deportivo se convirtiera en un auténtico sistema global. Y es que dicha resolución judicial expresó que el TAD/CAS/TAS es un Tribunal que la ley establece y destacó que su independencia e imparcialidad eran bastantes para que el proceso sea justo y cuente con todas las garantías de los apartados primero y segundo del artículo 6 CEDH. Asimismo, se atrevió a afirmar que existen buenos fundamentos post-consensuales para que cuando el arbitraje del TAD/CAS/TAS sea forzado no encuentre inconveniente alguno. La razón de ello es, señaló, que es de gran interés que sean conocidos y dirimidos por una jurisdicción especializada, rápida y económicamente asequible como es el TAD/CAS/TAS sobre todo los conflictos deportivos internacionales. Es decir, solo así puede garantizarse una uniformidad procesal y una seguridad jurídica más firme. En suma, el TEDH con dicha sentencia lo que hizo fue confirmar en Europa tanto la legitimidad del TAD/CAS/TAS como su necesidad para la uniformidad. Ello, evidentemente, supone que tenga también su persistencia en el futuro garantizada. [Para más información sobre esta nota y sobre lo expuesto sobre la tutela judicial efectiva, véase: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 61, 62 y 67-68].



Pero la verdad es que hay más garantías que se suelen conculcar en el arbitraje. En efecto, lo mismo puede ocurrir respecto al resto de garantías procesales. En este sentido, no parece aceptable todo arbitraje en que concurra lo dicho, por mucho que se proporcione celeridad o cualquier otra ventaja. Ello es así porque los intereses en juego no son solo económicos, sino otros más que son más importantes como la dignidad. Para observar mejor las desventajas a que se está haciendo referencia, conviene traer nuevamente a colación el TAB que, como consecuencia de que el procedimiento arbitral para conflictos de bajo coste es muy rápido, solo se centra tanto en las alegaciones iniciales del demandante y del demandado como en la prueba documental escrita. Es decir, la práctica de otras pruebas queda excluida, las cuales, en su caso y al igual que respecto a la obtención de un laudo motivado, conllevan provisiones de fondos adicionales. En definitiva, si bien la rapidez es imprescindible para que se pueda considerar que existe justicia, no menos cabe decir respecto a la práctica de todas las pruebas que se propongan, su motivación y un coste apropiado<sup>454</sup>.

---

<sup>454</sup> En definitiva, si el Tribunal arbitral correspondiente y las normas por las que se rige no cuentan con las garantías suficientes, entonces solo puede considerarse la celeridad del procedimiento como una gran desventaja. En este sentido, para que se sepa muy bien qué situaciones debemos rechazar por completo por acarrear grandes daños, sobre todo cuando hay menores, conviene traer a colación el laudo emitido el 13 de agosto de 2019 por el TAB, 1368/19. La sociedad de representantes y agentes deportivos abonó 1.500 euros para que pudiera ser tramitado el escrito de solicitud de arbitraje presentado. Junto a ello se fijó para costear el arbitraje una provisión de fondos de 2.750 euros por cada parte. El club demandado no aceptó la reclamación y pidió una audiencia para practicar en ella su prueba testifical, y abonó la referida provisión de fondos. Hay que hacer saber que al club se le demandaba el pago de 12.500 euros. Tras sus alegaciones, el TAB admitió la audiencia para practicar la prueba, pero al mismo tiempo exigió al demandante 2.000 euros adicionales como nueva provisión. Y, por si fuera poco, también al demandado se exigió 5.000 euros más para poder dictar un laudo motivado. Ninguna de las dos exigencias fue cumplida. Es por ello que el TAB denegó la audiencia y consideró suficiente la documental ya aportada. Así, dictó un laudo estimando lo alegado por el demandante y desestimando todo lo del demandado; todo ello sin motivación alguna. De este modo, el club tenía que pagar 12.500 euros, un interés de demora al tipo 5%, 5.500 euros por costes arbitrales y otros 4.500 euros en concepto de costas. Dicho con otras palabras, el club demandado fue condenado a pagar en un laudo sin motivación emitido, además, en un procedimiento que castigaba la práctica de otras pruebas distintas a la documental. En cuanto al interés de demora y los costes arbitrales referidos, supusieron el 80% del importe reclamado. Un porcentaje que habría sido del 136% si también hubiera abonado los 7.000 euros de la provisión, es decir, el coste del arbitraje se habría disparado hasta los 17.000 euros. En definitiva, es claro el desequilibrio de los costes en laudos que carecen de motivación. Y, por ende, no parece que se respetara el principio de juicio justo que prevé el artículo 6 CEDH en el que tanto ha insistido el TEDH; ni tampoco los principios de audiencia, igualdad y contradicción que han de estar presentes en todo arbitraje tal y como exige el Ordenamiento jurídico español y el internacional; y, por supuesto, tampoco el principio de costes moderados que la CNY prevé. En virtud de todo lo indicado, bien se podría considerar que este laudo conculca las normas de orden público y, en consecuencia, podría ser anulado. Y es que por mucha autonomía de la voluntad que gocen las partes en ningún caso es aceptable que renuncien al derecho que tienen a un juicio justo (ver de nuevo la citada en la nota anterior STEDH de 2 de octubre de 2018). Dicho derecho permite proponer cualquier prueba, así como conocer el resultado del fallo. Por eso, no es aceptable la exigencia de cantidades que los perturban. La celeridad es otra cosa muy distinta. [Más detalles sobre este caso, en: A. García Montes, *supra op. cit.* nota 445, pp. 336–340].

Por lo demás, aunque una tercera modalidad de desventaja no hace referencia a los casos que en el presente estudio se están analizando, consideramos que se ha de exponer brevemente por varias razones como son que está fuera de duda la conveniencia de su conocimiento, su gravedad máxima y su posible repercusión en los menores deportistas ya sea directamente o como consecuencia de otras prácticas con idénticos o muy parecidos rasgos. Así, por desgracia, en muchas ocasiones, sobre todo en los conflictos sobre dopaje, no es que no se respete el derecho a la presunción de inocencia sino que se invierte por completo. A este respecto destaca el sistema de responsabilidad objetiva consagrado por el Código Mundial Antidopaje, con entrada en vigor el 1 de enero de 2021, donde la presencia de una sustancia prohibida o el rechazo o resistencia sin motivo a que sean recogidas muestras supone la anulación inmediata de los resultados de la competición. Junto a ello, los deportistas son responsables de la presencia en su cuerpo de cualquier sustancia prohibida, de sus metabolitos y marcadores, es decir, no se exige que se demuestre la intención, ya sea culpable o negligente, ni la consciencia respecto al uso de la sustancia. En suma, en el arbitraje deportivo el principio *in dubio pro reo* está muy mermado y, en consecuencia, no se respetan el artículo 11.1 DUDH y el artículo 24.2 CE reconocedores de dicho principio. Y es que, como hemos apuntado, lo que realmente sucede es que la carga de la prueba ha sido invertida y, por ello, lo que se presume es la culpabilidad del deportista teniendo que probar su inocencia y viéndose sometido a una *probatio diabolica* puesto que es muy difícil que, siendo inocente, sepa o sospeche no cómo ha entrado en su organismo la sustancia prohibida sino su propia existencia<sup>455</sup>. Sin duda, es una desventaja muy grave que hace ver que este tipo de trato tan estrecho y radical y, se puede decir porque parece que se deduce, basado en una desconfianza total hacia el deportista no es adecuado. De este modo, el apunte de esta última desventaja nos sirve para afirmar que el trato del TAD/CAS/TAS, al igual que el de cualquier otro órgano, no ha de ser suspicaz. Con ello tampoco se dice que dicha institución arbitral deba tener confianza en las partes, sino simplemente limitarse a que cualquier posibilidad puede ser cierta hasta que se demuestre con pruebas. Este es el trato que merece toda persona, pero sobre todo si es un menor.

---

<sup>455</sup> Se puede consultar una exposición algo más exhaustiva sobre las desventajas del arbitraje deportivo relativas a la inversión de la presunción de inocencia, en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 62 y 63.

En cuarto lugar, si bien el arbitraje, como se ha dicho, es un instrumento muy valioso para que las resoluciones sean uniformes y no dispares como cuando son los órganos jurisdiccionales estatales las que las emiten, también es verdad que los árbitros no tienen la obligación de pronunciarse en el mismo sentido que laudos previos como que la apelación con gran habitualidad no existe. Y ambas cosas dan lugar a otra desventaja como es que la inconsistencia caracteriza a las resoluciones del TAD/CAS/TAS. En concreto, se ha apreciado nítidamente en los casos en que ha aplicado el RETJ, sobre todo por lo que a los incumplimientos contractuales atañe.

En adición, no menos importante es que la protección del interés general, el cual es el que guía a los jueces a la hora de aplicar tanto el Derecho privado como el público, sufre el riesgo de ser soslayada por el arbitraje. En efecto, como viene ocurriendo en determinados tribunales como son los del *common law* desde el pasado siglo los jueces ya no han de cumplir los acuerdos alcanzados por las partes siendo indiferente su propio sentido de justicia. Es por ello que, salvo en los casos en que el orden público se contraría donde es posible la anulación de los laudos, en general tienen una tolerancia mayor para con los acuerdos de arbitraje que en la contratación mercantil. Dicho lo anterior, no se puede olvidar nunca que en ningún arbitraje pueden ser erradicados por las partes ni las normas ni los principios generales del Derecho vigentes en cada Estado. O, lo que es igual, al ordenamiento jurídico y al orden público estatal están sometidos tanto el acuerdo arbitral y su validez como el laudo y su validez y ejecutividad. Y es que el principio *pacta sunt servanda* propio de los sistemas de Derecho civil que hace que lo acordado en un contrato tenga fuerza de ley entre las partes, tiene como límite el respeto de la ley, de la moral y del orden público como prevé el artículo 1255 CC. Una última advertencia es que la referida erradicación es más probable que acontezca cuando en el conflicto hay en juego principios de Derecho contractual que son indisponibles. Cuando se esté ante dicha situación, el Derecho público asegurará que los acuerdos que puedan alcanzar las partes no transgreden el interés general.

Por último, se ha de advertir que la confidencialidad solo resulta beneficiosa si no se abusa de ella en los laudos, puesto que en caso contrario de una gran ventaja se pasa a una desventaja dañosa consistente en que la transparencia de las resoluciones deportivas con interés general queda altamente atentada. A ello se debe también el que

entre las críticas que el TAD/CAS/TAS recibe destaque la de que sus sesiones no sean públicas. A este respecto, de nuevo es muy ilustrativo el caso ya citado *Mutu y Pechstein vs. Suiza* de 2018<sup>456</sup>.

A modo de colofón, ha de subrayarse que pese a que el TAD/CAS/TAS y el TAB han realizado importantes modificaciones para paliar su falta de independencia y por mucho que el arbitraje sea satisfactorio para alcanzar soluciones adecuadas y rápidas, aún es difícil en más casos de los que son deseables afirmar que se está ante un juicio justo. Así debería ser en todos los casos, ya sean adultos o menores. En este sentido, se ha de agregar que el TAD/CAS/TAS y el TAB son conscientes de las desventajas que tienen y, por eso, es habitual que cada cierto tiempo se revisen el Código TAD/CAS/TAS y las Reglas de arbitraje del TAB respectivamente. Más concretamente, con las reformas de dicho Código se procura que el procedimiento arbitral que regula cuente con una técnica mejor. En este sentido, no hay duda de que fue importante la modificación operada en 2019 con la que prácticas que resultaban anacrónicas fueron suprimidas y, gracias a ello, nuevas tecnologías se hicieron accesibles y generalizadas, destacando el sistema e-filing para gestionar el procedimiento y el correo electrónico. Aún así, destaca más aún otra medida adoptada con dicha modificación consistente en que, por la razón de que el desmedido encarecimiento del arbitraje y la obligatoriedad de la cláusula arbitral no tenían popularidad, crear y afianzar un sistema de ayudas cuya finalidad es que se asignen a los atletas abogado de oficio *ad hoc* o que no tengan que soportar ciertos costes arbitrales<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Para las desventajas indicadas en los tres últimos párrafos, véase: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 200 y 201.

<sup>457</sup> Tanto por no ser el objeto de nuestro estudio como por resultar de gran interés por su vinculación y por ayudarnos a identificar mejor cuando un menor está en un arbitraje peligroso o no, conviene apuntar brevemente las mejoras que el TAB también ha ido adoptando en vista de sus desventajas. De este modo, también en 2019 decidió afrontar su gran carencia que hemos resaltado relativa a la ausencia de motivación en sus laudos. Y se ha visto que era posible fundamentar los laudos y, al mismo tiempo, no renunciar a ninguno de sus Principios fundamentales. En este sentido, quizás lo más importante que se va a explicar en esta nota, se ha de subrayar que el TAD/CAS/TAS no ha implantado estas medidas del TAB. En efecto, en las Reglas 44.4 y 46 del Código por el que se rige la motivación es descartada y solo si las partes han prestado de manera expresa su consentimiento es posible el procedimiento abreviado. Dicho esto que no podemos olvidar para nuestro objeto de estudio, se vuelve al TAB y sus modificaciones para terminar con la no poca preocupación que las partes ante dicho Tribunal arbitral sentían, pese a la celeridad en la resolución, por no conocer las razones que llevaban al fallo, es decir, por ver que todo el mundo del deporte quedaba privado de la jurisprudencia del TAB. De esta forma, el pilar clave sobre el que se sustenta esta reforma es el equilibrio entre diferentes cuestiones importantes como son los costes de las partes, el plazo para solucionar los conflictos y, por supuesto, la motivación del laudo. Y para lograrlo decidió que la cuantía a partir de la cual el laudo ha de motivarse fuera la mitad, 50.000 euros; que los costes de dicho laudo se reduzcan hasta asuntos de 50.000 euros; que, aunque no sea un laudo

### **2. 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO**

Sin duda alguna, conocer la relación real del TAD/CAS/TAS con los Derechos fundamentales y, por ende, en qué grado los aplica o tiene en cuenta, es decisivo para estimar dicha institución apropiada o no para los menores. Y es que si respecto a los adultos un grado deficiente constituye un más que notable motivo para decretar la no idoneidad de este Tribunal arbitral, en cambio, cuando se trata de menores mucho más. En efecto, se deduce claramente que si una institución pasa por alto los Derechos fundamentales en la resolución de los conflictos que le sean planteados no va a ser capaz de reparar, sancionar e indemnizar daños consistentes precisamente en conculcaciones de Derechos fundamentales, ni ningún otro. De este modo, lo que en las próximas líneas se expone es realmente crucial.

En este sentido, se debe comenzar indicando que esta cuestión tiene su origen en el momento en que fue necesario combinar correctamente el Derecho público y el Derecho privado como consecuencia de la conversión del deporte en un inmenso fenómeno de masas que desplegó un gran efecto invasivo y acarreó la imperativa sujeción de los diversos organismos deportivos a la legislación del Estado en que tienen su sede. De ahí no solo que los laudos del TAD/CAS/TAS, por estar sometido al Derecho de Suiza, sean recurribles únicamente ante el TFS, sino también que son las partes las que intentan acordar qué Derecho se aplica a su conflicto, es decir, privado o público y, si no lo logran, entra en juego el mentado Derecho de Suiza. Pues bien, la resaltada dualidad es el elemento decisivo a considerar para apreciar con total claridad el grado en que el TAD/CAS/TAS está relacionado con los Derechos fundamentales y los aplica.

A este respecto, pese a indicarse en otras partes del estudio, conviene recordar que en no pocas ocasiones la propia regulación de los organismos deportivos no respetan los

---

obligatorio de motivar, el Presidente del TAB así lo considere por su especial valor jurisprudencial; y, para que los costos de motivación sean más fácilmente satisfechos, creó el Fondo TAB donde por cada laudo se ingresarán 300 euros. Y si bien lo expuesto significa un paso importante, no ha sido suficiente puesto que, por un lado, los derechos de defensa del demandado aún se ven restringidos en demasía por el proceso acelerado y, por otro lado, en las reclamaciones de menor cuantía aún persiste la ausencia de motivación y, por tanto, no es un juicio justo. [Para esta nota y el último párrafo, véase: A. García Montes, *supra op. cit.* nota 445, pp. 340–342].

Derechos fundamentales con la más que dudosa aceptable pretensión de contribuir a que el deporte sea gobernable<sup>458</sup>. Asimismo, otra realidad innegable que demuestra claramente la gravedad en que se suelen encontrar los Derechos fundamentales y que a buen seguro se puede afirmar que se agrava por lo que atañe al deporte, es que con gran frecuencia los Estados los han menoscabado, siendo la mejor prueba de ello la necesidad de crear la ONU para desempeñar la correspondiente tutela de su respeto.

Pero centrandó la exposición en el objetivo de este epígrafe, se ha de señalar que el contenido que los Derechos fundamentales han de proteger es bien conocido por parte de los árbitros del TAD/CAS/TAS. La razón es que, además de ser especialistas en Derecho del deporte, también son juristas prestigiosos y procedentes de diversos Estados (más de 80). Y lo dicho es lo que precisamente hace del TAD/CAS/TAS un verdadero *think tank* en el que se puede dialogar sobre la mejor formación del deporte. A este último respecto, es clave la jurisprudencia elaborada por el propio TAD/CAS/TAS, pues no otros pronunciamientos ni previsiones normativas se adecúan a las particularidades de una actividad privada basada en el derecho de asociación y que, al mismo tiempo, se ha de tener en cuenta también el Derecho público por su más que relevante trascendencia social. Pues bien, al haber contribuido el desarrollo de la referida jurisprudencia al origen y formación de la ya estudiada *lex sportiva*, no puede estar al margen de los Derechos fundamentales, sobre todo porque tanto están vinculados con los principios éticos de carácter universal que la Carta Olímpica prevé, como se adaptan a los Derechos que las constituciones democráticas consagran. Así, se ha de insistir en que la democracia es irrenunciable en el funcionamiento interno del Movimiento Olímpico. En definitiva, una conclusión relevante que se extrae es que el TAD/CAS/TAS no se ha limitado a aplicar, junto al Derecho privado, el Derecho

<sup>458</sup> Un buen ejemplo es que es habitual que se solucionen los conflictos de que conocen las organizaciones deportivas aplicando normas que suelen ser ambiguas. Y llama la atención que esta sea la realidad si se tiene en cuenta que el que las organizaciones deportivas han de tener procedimientos justos ha sido exigido por diversos Tribunales, lo cual implica que tengan por necesidad fundamentarse en reglas externas, en las Constituciones o en las normas sobre interpretación del Derecho privado y de los contratos. A este respecto, conviene consultar los casos: *C. Pechstein vs. Unión Internacional de Patinaje* (en adelante *UIP*), con laudo de 25 de noviembre de 2009, 2009/A/1912, donde se indicó que el sometimiento al arbitraje es aceptable si garantiza que los derechos de los deportistas están protegidos; y *AMA vs. Federación Mexicana de Fútbol* y *J. S. Carmona Alvarez*, con laudo de 16 de mayo 2007, 2006/A/1149 y 2007/A/1211. Por lo demás, se afirmó que un proceso no dejaba ser justo por elegir de una lista cerrada a los árbitros. Y, para terminar esta nota, se agrega que es de las normas que los órganos jurisdiccionales del orden civil o los árbitros aplican de donde provienen los Derechos fundamentales de índole procesal. [Para más información, consultar esta genial obra: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 186–187].

público, sino que éste ha resultado capital en su reconstrucción y en el aumento de su credibilidad. Y es precisamente el Derecho público y su trascendencia en las sociedades, que es donde la actividad deportiva se desarrolla y se regula, el que supone que se deban considerar plenamente los Derechos fundamentales<sup>459</sup>.

Si bien lo que acabamos de exponer es de gran relevancia, más aún es lo que en las siguientes páginas se va a aclarar por entrar de lleno en el fondo de la cuestión que ahora nos ocupa. Concretamente, versa sobre el Derecho aplicado y la aplicación mediata de un texto normativo que ya se ha citado abundantemente a lo largo del estudio, la CEDH. En este sentido, para el objetivo de este epígrafe no se puede olvidar que ni los convenios ni los tratados internacionales sobre protección de Derechos fundamentales a que están sujetos los Estados aparecen en el Derecho que los laudos del TAD/CAS/TAS aplican. Ello se debe a que el Derecho público queda restringido a las cuestiones relativas a la localización de las partes del conflicto y al lugar en que ha acontecido la acción que ha producido el desencuentro. Por su parte, el Derecho privado se centra en las diferentes interpretaciones de los reglamentos y estatutos de los organismos deportivos. En cuanto al Derecho de Suiza, entra en juego si hay desacuerdo. En suma, mientras que está con la soberanía de los Estados relacionada la mentada elección, en cuanto al objeto de estudio ahora, los Derechos fundamentales, en cambio, se regulan a través de fórmulas supranacionales o tratados, en los cuales, aunque estén firmados por los Estados, la vinculación jurídica es indirecta. De este modo, en el Derecho que se aplica no aparecen los convenios y los tratados internacionales, ni en los recursos respecto a los Derechos fundamentales más básicos como, por ejemplo, la libertad de expresión.

Al igual que lo anterior, también es verdad que la CEDH es frecuentemente alegada por los apelantes, así como que el TAD/CAS/TAS no la niega por un motivo de índole jurisdiccional sino que la suele interpretar aunque aprecie que no debe aplicarse. Un buen ejemplo de lo que se ha dicho es el laudo de 8 de marzo de 2012 emitido en el asunto *A. Diakité vs. FIFA*, 2011/A/2433. Del mismo ahora solo se puede y debe resaltar que se ventiló si, como alegó *Diakité*, unos periodistas habían obtenido las pruebas

---

<sup>459</sup> Lo expuesto desde el comienzo de este punto, se puede consultar en: O. Suárez, *supra op. cit.* nota 5, pp. 43-47.

consistentes en grabaciones de forma ilegal y, por lo tanto, si la garantía procedimental del derecho a un proceso justo del artículo 6.1 CEDH había sido violado. Lo cierto es que es el derecho de dicho texto normativo el que más ha sido alegado por los apelantes ante el TAD/CAS/TAS. Y de sumo interés es traer a colación lo que el citado Tribunal arbitral expresó respecto a la admisión de pruebas que, por lo que a la CEDH atañe, subrayaba que por principio en los litigios privados entre particulares no resultan de aplicación directa ni los Derechos fundamentales ni las garantías de procedimiento que prevean los tratados internacionales de protección de los Derechos fundamentales<sup>460</sup>. Lo cual, concluyó, hacía que en los asuntos de índole disciplinaria juzgados por asociaciones privadas no fueran aplicables. Además, conviene indicar que el TFS también ha seguido esta línea. Ahora bien, a continuación realizó una precisión que también se ha de tener muy en cuenta. En efecto, señaló que poseía una gran consciencia de que del mentado precepto de la CEDH se derivan determinadas garantías procedimentales, en los conflictos y obligaciones civiles, que resultan de aplicación indirecta cuando un Tribunal arbitral conoce cuestiones de disciplina. Es por ello que el

---

<sup>460</sup> Otro asunto de interés en que el TAD/CAS/TAS, con su laudo de 11 de enero de 2013, no aplicó el CEDH por no regir las relaciones privadas fue *Girondins de Bourdeaux vs. FIFA*, 2012/A/2862. Pero además y a diferencia de ello, que el orden público de Suiza no se vea contrariado con la aplicación de la regulación deportiva también queda garantizado por el TAD/CAS/TAS, como se puede apreciar en el laudo de 12 de julio de 2006 que resolvió el asunto *Club Atlético Peñarol vs. C. C. Heber Suárez, C. G. Rodríguez Barroti y Paris Saint-Germain*, 2005/A/983 y 984. Esto último se debe a que aunque de los documentos con mayor relevancia y con un ámbito de aplicación que suele ser internacional (piénsese, por ejemplo, en la Carta Olímpica con su declaración de principios o en las convenciones de la ONU) se pueden derivar leyes vinculantes, por sí solos no suponen para las organizaciones deportivas ninguna obligación. Por lo mismo, se puede afirmar que es en doctrinas y en textos no vinculantes jurídicamente sobre los que se fundamentan las reclamaciones de Derechos fundamentales.

A lo anterior se ha de agregar que en función de que el infractor tenga una naturaleza privada o pública la regulación de los Derechos fundamentales, respectivamente, se rechazará o aplicará. De este modo, en los últimos años se han producido varios casos en el ámbito público que ilustran muy bien lo dicho. En primer lugar, al no ser público, estatal, el organismo que en EEUU regula el deporte universitario, el TS declaró que no tenía por qué cumplir los requisitos que la garantía de un proceso adecuado requiere. Es decir, que solo ante los actos de la administración es aplicable el derecho a dicho proceso y a un trato igual ante la ley previstos en la 14ª enmienda de la Constitución de dicho Estado. En segundo lugar, en Canadá, el COI, debido a que es privado, no fue sometido a la Constitución vigente en virtud de declaración del TS, siendo totalmente indiferentes el apoyo recibido por el gobierno y la participación activa del CON de Canadá. Así es que no se aplicó la proscripción de discriminación por género y, en consecuencia, el COI no vio recriminado el trato desigual dado a hombres y a mujeres por ser éstas excluidas de la modalidad de salto de esquí. Y no menos interesante es el tercer caso, en el que la Comisión Reguladora de la Asociación Inglesa de Fútbol, más conocida por las siglas FA, en el asunto *Asociación Inglesa de Fútbol (FA) vs. Stretford* de 2008, estimó que no había que aplicar la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido (Human Rights Act o HRA) porque es privada la naturaleza de la Federación deportiva, es decir, no constituye una entidad pública a quienes solo alcanza el ámbito de aplicación de la ley.

Un último apunte de gran interés es que cuando las muy conocidas funciones públicas son atribuidas, asumidas y ejercidas por las organizaciones deportivas, entonces, sí se ven afectadas por las regulaciones sobre Derechos fundamentales. [Para consultar todo lo expresado en esta muy interesante nota, ver: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 179 y 178].



Estado Suizo, al ser parte de la citada CEDH, ha de vigilar que en los laudos que se elaboren las partes hayan tenido un procedimiento que se pueda calificar de equitativo, lo cual implica un plazo razonable y un tribunal imparcial e independiente. Dicho todo lo anterior, se extrae una conclusión clara: que en los laudos se aprecia una dualidad consistente, por un lado, en la cobertura legal con la que el Derecho privado del deporte queda justificado y, por otro lado, en la necesidad de no aislarse del entorno en esta materia tan relevante por ser parte de la base del sistema jurídico en el que el deporte moderno acontece y por ser donde las organizaciones más importantes se encuentran. Por lo mismo, hay una pretensión de una mayor convergencia jurídica.

Pero en el caso que se está exponiendo, el TAD/CAS/TAS fue más lejos al fundamentar uno de los motivos del rechazo al recurso de *Diakité* en la propia CEDH. Concretamente, hizo alusión al derecho a la información, indicando que para determinar cuando son aceptables las injerencias en la vida privada de los particulares por parte de los medios de comunicación es clave el criterio de que la prensa tiene atribuida una función fundamental como es la de garantizar al público el acceso a la información. Dicho de otra forma, no solo la prensa tiene la finalidad de transmitir ideas e informaciones que son de interés público, sino que también el público tiene derecho a recibirlas. Y ello fue completado trayendo a colación una manifestación importante del Tribunal de Estrasburgo que sigue la misma línea y que dejó claro que la referida función de la prensa posibilita ciertas restricciones en la libertad de expresión, sobre todo respecto a las informaciones sensacionalistas que quieren provocar o divertir y que versan sobre la vida privada de determinadas personas y, por lo tanto, carecen de un interés público que pueda justificar las mentadas injerencias. De este modo, extrapolando lo dicho al asunto que estaba dirimiendo, el TAD/CAS/TAS decidió que las grabaciones indicadas no eran sensacionalistas ni versaban sobre la vida estrictamente privada del apelante, sino que el objetivo era precisamente denunciar la corrupción perpetrada en la adjudicación de la Copa del Mundo de la FIFA, lo cual es sin lugar a dudas información de interés público. En suma, que esta actitud de los periodistas sí cumplió con la ley. Para terminar con esta cuestión, se ha de recalcar que entre los pilares en que las sociedades democráticas se asientan se encuentran el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, así como que los arbitrajes, a diferencia de las regulaciones de los organismos deportivos que los limitan, se han

mostrado frente a ellas inequívocamente<sup>461</sup>.

En relación con lo anterior, para el análisis que se está realizando es fundamental tener claro que, pese a que la CEDH puede entenderse por los Tribunales arbitrales como no aplicable a un caso concreto, incluso en estos casos analizan jurídicamente si un Derecho fundamental ha sido violado a partir tanto de la mencionada CEDH como de los principios y Derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales y en los instrumentos *ad hoc* regionales. Lo dicho fue corroborado por dos juristas que con habitualidad asesoran a las organizaciones deportivas. En efecto, G. Kaufmann-Kohler y A. Rigozzi han expresado que pese a que el TAD/CAS/TAS, al ser privado, no está obligado a aplicar los mentados textos internacionales de protección de Derechos fundamentales, en cambio, sí ha de tener la precaución de aplicar, mediante la analogía, las garantías de dichos instrumentos<sup>462</sup>.

---

<sup>461</sup> A este último respecto, destaca otro caso como es el resuelto con laudo de 6 de octubre de 2014, *G. Yerolimpos vs. World Karate Federation*, 2014/A/3516. Del mismo ahora solo podemos rescatar, por un lado, que en el laudo se manifestó que era relevante que tanto la libertad de expresión como el derecho a criticar de buena fe a quienes tienen autoridad quedasen protegidos, y, por otro lado, el reconocimiento del testimonio de personas con un posible interés en sus denuncias. Y la misma tendencia siguió el TAD/CAS/TAS para dar solución al recurso interpuesto por el expresidente de la Federación Española de Baloncesto J. L. Sáez contra el COE que le sancionó por las críticas vertidas contra su presidente A. Blanco. En este caso el TAD/CAS/TAS dio un paso más al dar prevalencia a la libertad de expresión sobre el derecho al honor. Además, se citaron las STS 78/2009, de 11 de febrero; 470/2011, de 15 de junio; y del TC 77/2009, de 23 de marzo. Es decir, en este caso la prevalencia de la libertad de expresión no es solo ante otros derechos sino también ante las restricciones que acarrea el Derecho privado que regula el COE y demás asociaciones deportivas. Dicho de otra forma, la protección de los Derechos fundamentales no tiene por qué verse perturbada por la pertenencia a una asociación. Por todo ello, el TAD/CAS/TAS sentenció que las críticas del señor Sáez estaban amparadas por la libertad de expresión y que no conculcaban la dignidad del COE. [Para no perder el hilo, conviene señalar que lo indicado en esta nota, así como lo expuesto en el texto principal desde la última nota al pie, puede consultarse con más detalles en: O. Suárez, *supra op. cit.* nota 5, pp. 47–53].

Imposible ahora tratar más profundamente la libertad de expresión. Por eso, simplemente se indica donde encontrar otras reflexiones de gran interés sobre ella y otras cuestiones de alta importancia como la dignidad humana, la igualdad de derechos y la intimidad: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 188–190.

<sup>462</sup> A este respecto, resulta muy interesante agregar o decir de otra forma que si bien no están sometidas directamente a la regulación de Derechos fundamentales las organizaciones deportivas, ello no supone que deban abandonar una función capital en las decisiones que adoptan en el ámbito deportivo como es la de que los mentados Derechos fundamentales han de quedar garantizados con la interpretación de las previsiones de tanto sus normas y reglamentos privados como de la legislación estatal general que sea de aplicación. Sobre ello, el propio TAD/CAS/TAS varias veces ha remarcado que los principios generales del Derecho no pueden ser transgredidos por ninguna organización deportiva en general ni por las Federaciones deportivas internacionales en particular. Y más concretamente, por lo que a la interpretación de contratos atañe, parte de la doctrina ha insistido en que, junto a las normas de dicha interpretación, varios principios, como el de proporcionalidad, se han de implementar necesariamente. Dicho lo anterior, se ha de subrayar que también el TAD/CAS/TAS en más de una decisión ha hecho constar expresamente que ha de ser conforme con los Derechos fundamentales previstos en la CEDH como deben interpretarse las normas. Pero no solo eso, sino que es una realidad el que durante más de 100 años tanto los Tribunales arbitrales como los órganos jurisdiccionales de los Estados están indicando

A este respecto, el caso que mejor ilustra lo dicho es el laudo emitido por el TAD/CAS/TAS el 6 de marzo de 2009 en el asunto *FC Midtjylland vs. FIFA*, 2008/A/1485. El club danés recurrió frente a la sanción que la FIFA impuso por haber conculcado el artículo 19 RETJ tras incorporar tres jugadores nigerianos menores de edad, alegando que era la FIFA la que con el mentado precepto violaba otro artículo como es el 11 CEDH relativo al derecho de reunión y asociación. Ante ello, de lo manifestado por el TAD/CAS/TAS se ha de resaltar aquí que indicó que la CEDH no tenía efectos por el sometimiento del club a la FIFA. Asimismo, que al no proteger el artículo 11 CEDH la inscripción con un club, los jugadores no ven obstaculizada su práctica del fútbol por la previsión contenida en el artículo 19 RETJ. Pero además de ello, de gran interés para todo el estudio de la presente Tesis Doctoral es lo que después expresó consistente en que si unas normas tienen un objetivo legítimo entonces los derechos pueden verse restringidos. Y trajo a colación otro importante laudo del TAD/CAS/TAS de 30 de diciembre de 2005 que resolvió el asunto *Cádiz C.F., SAD y C. J. Acuña Caballero vs. FIFA y Asociación Paraguaya de Fútbol*, 2005/A/955 y 2005/A/956 para determinar que ninguna restricción inadmisibles de Derechos fundamentales ni ninguna conculcación de algún principio público se deriva de la regulación de la transferencia de menores de edad por parte de la FIFA. Así, y aquí está la altísima trascendencia para el presente estudio, más allá del caso indicado, los Derechos fundamentales podrían verse limitados por ser el objetivo legítimo la protección de los menores, de acuerdo con la que ya conocemos muy bien CDN, la cual desarrolla y complementa los tratados que protegen los mentados derechos. Por su indudable trascendencia, no sobra agregar y/o recordar que la interpretación de la CDN involucra tanto a las instituciones públicas como a las organizaciones privadas, lo cual es lo que el ya estudiado artículo 3 prevé como un principio para que todas las instituciones privadas y autoridades consideren primordial el interés superior del menor. Por lo demás, ya se vio que se ha debatido y se sigue debatiendo acerca del referido interés, así como que la CDN lo relaciona con la formación, educación y equilibrio emocional de los menores. Y lo mismo se ha de indicar respecto a la edad que marca el límite de ser niño, puesto que los 18 años que fijan la mayoría de edad no se corresponde con todos los ordenamientos jurídicos que establecen la edad mínima para

---

que es necesario aplicar los textos normativos internacionales sobre Derechos fundamentales para realizar las interpretaciones oportunas. [Para esta nota, véase: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, p. 180].

trabajar<sup>463</sup>.

Ahora bien, no es pacífica la doctrina puesto que sobre lo dicho se han realizado advertencias para evitar peligros, es decir, se tiene un parecer totalmente opuesto. En concreto, se avisa de que puede surgir un problema de que la regulación sobre menores de la FIFA, concretamente el RETJ, pretenda protegerlos limitando sus derechos, lo cual, por ello, es calificado como una instrumentalización de las organizaciones deportivas de los Derechos fundamentales. En sintonía, se recuerda que la FIFA prohíbe la transferencia internacional de menores de 18 años con la excepción de pocos casos, para a continuación señalar que se trata de restricciones que solo sirven para que los clubes formadores que operan fuera de la UE vean garantizados sus derechos. Y se aclara explicando que la formación de los jugadores se “monetariza” por el RETJ. Así,

---

<sup>463</sup> Para profundizar en todo lo expuesto en las últimas líneas, se pueden encontrar más detalles enjundiosos al respecto en: O. Suárez, *supra op. cit.* nota 5, pp. 53–55.

Y como quiera que hemos expuesto un caso concreto del TAD/CAS/TAS, también resulta muy interesante comentar brevemente otros casos que ilustran interpretaciones realizadas con la aplicación de los textos internacionales sobre Derechos fundamentales. Un primer asunto, resuelto por la Corte Suprema de Nueva York en 1914, es el *American League Baseball Club of Chicago vs. Chase* surgido como consecuencia de que uno de los mejores jugadores del club deportivo *Chicago White Sox* en el transcurso de la temporada incumplió el contrato y se trasladó a otro club, los Buffalo Buffeds, de otra competición rival, la Federal League. La resolución del tribunal fue no estimar la indemnización que el primer club mentado reclamó. Y la razón fue que cuando la capacidad de los jugadores para celebrar un contrato nuevo se ve restringida, entonces, se ha de considerar conculcado su derecho a trabajar por parte del monopolio que soportan y que es ejercido por las ligas consolidadas. Con otras palabras, el tribunal apreció en el primer club referenciado que contrariaba el espíritu de las instituciones y de la Constitución de EEUU por la cuasi servidumbre sobre los deportistas. Una resolución en idéntico sentido se produjo en el asunto *Messersmith vs. McNally*, resuelto por el Tribunal de Distrito para el Oeste de Missouri en EEUU el 3 de febrero de 1976, al estimar que los derechos de los jugadores se violaban porque los contratos que los clubes de la Major League Baseball (MLB) celebraba incorporaban una cláusula en virtud de la cual estaban autorizados para renovar por un año el vínculo con los deportistas y con las mismas condiciones salariales, así como porque con ello los clubes controlaban ininterrumpidamente las relaciones laborales. Es por ello que el sindicato de jugadores, en el asunto *Flood vs. Kuhn*, resuelto por la Corte Suprema de EEUU el 19 de junio de 1972, interpuso una demanda alegando que el Derecho *antitrust* fue conculcado. Pero volviendo al asunto que ahora nos ocupa, el árbitro erradicó de toda obligación a los demandantes con su club una vez transcurrido el primer año de prórroga argumentando que, como se producía la referida conculcación de Derechos fundamentales, era ineludible que de forma expresa y clara constaran las renovaciones indefinidas. Y, en tercer lugar, algo similar ha ocurrido en Japón donde en los clubes de la liga de béisbol se aprecian derechos de reserva que generan dudas puesto que si su club no lo autoriza los deportistas solo pueden cambiar de competición si son 9 las temporadas en la primera plantilla. De ahí que los clubes intentan vender los derechos de reserva cuando los 9 años se acercan para tratar de lograr algún beneficio. Pero es que además, este sistema hacía sufrir varios problemas que acarreaban que con los jugadores de más calidad se quedan precisamente los clubes más ricos. Por eso desde 2013 los jugadores se han visto beneficiados con el cambio introducido consistente en que si a los clubes de la liga japonesa les hacen ofertas de 20 millones de dólares están obligados a liberar a los mentados jugadores. Ahora bien, este cambio no puede volvernos ciegos para ver que los Derechos fundamentales de los jugadores siguen mermando, así como también la restricción de la competencia nacional debido a la reserva y al *draft*. [Para los casos expuestos en la presente nota, consultar: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 180–182].

la actividad de los clubes que han invertido en su formación para tratar de en el futuro obtener beneficios se desincentiva en el caso de que salgan prematuramente los referidos jugadores. Y no es único el autor que ha seguido esta otra línea, sino también otros con gran relevancia en el Derecho deportivo como es A. Palomar Olmeda, el cual ha manifestado claramente que mientras la regulación pública abre posibilidades, en cambio, la regulación federativa se caracteriza por prohibir y limitar los Derechos fundamentales de los menores, esto es, que es algo negativo. A este respecto, aunque se dice tácitamente, se observa claramente que es la trayectoria deportiva de Messi a la que se hace referencia para advertir de que con la regulación vigente la misma no habría sido posible o, en el mejor de los casos, muy difícil. Y todo lo dicho es entendido así por los referidos autores pese a que en la teoría la finalidad de la regulación deportiva no es otra que el menor siga viviendo en su propio país de origen que es donde se encuentra su entorno social y familiar y, de este modo, que se pueda beneficiar de la educación y desarrollo cultural y físico para que su etapa formativa sea estable. Tampoco afecta el que como fundamento de ello se encuentre la CDN, la DNUDN y la Carta Europea de los Derechos del Niño<sup>464</sup>.

En adición, igualmente importante para el presente análisis es conocer que la protección de los menores no es la única cuestión que puede conllevar una restricción de los Derechos fundamentales. En efecto, ello también podría ocurrir para tratar de acabar con otros graves problemas que en el deporte se vienen sufriendo desde antiguo como la violencia, el racismo y el dopaje. Ahora bien, se ha de advertir que lo dicho no queda asegurado con los laudos. En este sentido, del mismo modo que en los casos anteriores, se trae a colación otro laudo como fue el dictado por el TAD/CAS/TAS el 5 de diciembre de 2013 para resolver el asunto *Fenerbahçe SK vs. UEFA*, 2013/A/3139. El mismo tuvo su origen en el recurso que el club turco interpuso ante dicho Tribunal arbitral contra la sanción que la UEFA le impuso consistente en el cierre de su estadio por la violencia perpetrada por sus aficionados. El motivo del recurso esgrimido fue claro: el club entendía que el artículo 6 (1) CEDH era transgredido por el artículo 6 del Reglamento Disciplinario de la UEFA que preveía el principio de responsabilidad

---

<sup>464</sup> Respecto a éste último texto normativo, se añade: DOCE nº C 241, de 21 de septiembre de 1992.

Para este otro parecer de la doctrina al respecto, ver: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 190–191. En ésta segunda página también se encontrara unos interesantes apuntes sobre la discapacidad.

objetiva y, en consecuencia, el sujeto de la sanción que era el club quedaba vinculado directamente con la acción. Para el club éste último no era aceptable pues entendía que no se le podía culpar por el comportamiento de unas personas individuales. En fin, todo se resume en que el club invocó el principio *nulla poena sine lege*. Y si bien tiene su importancia la postura defendida por la *UEFA* según la cual estaba justificado y era necesario utilizar el principio de responsabilidad objetiva debido a que, al no recaer sobre los aficionados una directa autoridad disciplinaria sino sobre los clubs y asociaciones, no podría luchar contra aficionados violentos cuyos clubes nada les recriminan en el caso de no tener la posibilidad de imponer sanciones indirectas, lo que ahora resulta decisivo es que el TAD/CAS/TAS no negó que la CEDH fuera aplicable sino que solo se limitó a no apreciar entre el principio de responsabilidad objetiva y las garantías jurídicas del artículo 6 (1) relación alguna. Efectivamente, a pesar de estimar que la validez del mentado principio no podía discutirse por la previsión del precepto, sí que recalcó que con éste el derecho del club a un juicio justo quedaba garantizado. De ahí que analizara si realmente el club se vio privado de dicho juicio justo por la aplicación del principio referido, llegando a la conclusión de que para la validez del principio no tenían una importancia decisiva el plazo razonable, la imparcialidad e independencia de un tribunal legal, la audiencia pública y la publicidad de la sentencia que caracterizan al artículo 6 (1). Por todo lo dicho, el TAD/CAS/TAS sentenció que la responsabilidad de los comportamientos de los aficionados recaía sobre el club de Turquía. En conclusión, la mentada institución arbitral indicó que el principio de responsabilidad objetiva no viola el derecho a un juicio justo y que la *UEFA* no conculcó el principio *nulla poena sine lege* en relación con la CEDH y el Derecho suizo. A modo de colofón, conviene mucho llamar la atención sobre la necesidad de dar pasos sustanciales desde el punto de vista jurídico para que aficionados individuales reciban sanciones más fácilmente en este ámbito privado de la regulación del deporte<sup>465</sup>.

---

<sup>465</sup> Pero el laudo expuesto no fue el primero que dictaminó en este sentido. Antes que él destacan los que resolvieron los casos, por un lado, con laudo de 3 de junio de 2003, *PSV Eindhoven vs. UEFA*, 2002/A/423, y, por otro lado, con laudo de 20 de abril de 2007, *Feyenoord Rotterdam vs. UEFA*, 2007/A/1217, en los que se precisó que “Miembros, asociaciones y clubs son responsables de la conducta de sus jugadores, oficiales, miembros y aficionados y otras personas que ejerzan funciones en los partidos bajo petición de la asociación o club”. Esto es, no se puede dudar de que los actos de terceras partes, incluso aunque no sean identificadas, acarrearán responsabilidades para los clubs y demás asociaciones siendo totalmente indiferente que no hayan cometido falta alguna. [Esta nota, así como el caso expuesto en el texto principal que ilustra muy bien como hay más ámbitos que el de la protección de menores que pueden llevar a limitar Derechos fundamentales, se puede consultar para conocer más detalles en: O. Suárez, *supra op. cit.* nota 5, pp. 55–57].

Tras exponer todo lo concerniente al Derecho que se aplica y a la indirecta aplicación de la CEDH, se encara el final de este crucial epígrafe acerca del TAD/CAS/TAS y los Derechos fundamentales. En concreto, no se pueden dejar de advertir unos apuntes adicionales sobre la institución arbitral y su vinculación con los tratados que protegen los mentados derechos y entre los cuales se encuentra la CEDH. Pues bien, del hecho de que dichos tratados constituyen instrumentos para defenderse de los abusos que los Estados perpetren, se deriva la pregunta crucial a responder ahora y que es si han de aplicarlos también terceros de naturaleza privada como son los Tribunales arbitrales y, más concretamente, el TAD/CAS/TAS. No ya acerca de esta cuestión, sino ni tan siquiera del arbitraje en general no se encuentra ninguna previsión en la CEDH. En cambio, determinada jurisprudencia sí ha sentenciado que en los conflictos surgidos entre particulares, privados, el referido texto normativo no ha de aplicarse<sup>466</sup>. En cuanto al TFS, en ocasiones ha seguido esta tendencia, mientras que en otras no. En efecto, si en 1986 defendía que en un arbitraje no se podía aplicar la CEDH, tan solo 5 años después, en 1991, pasó a defender lo opuesto, es decir, que no solo los órganos jurisdiccionales estatales sino también los Tribunales arbitrales resultaban afectados por dicho texto normativo y, en concreto, por las garantías consagradas en su artículo 6. Y como quiera que es más que probable encontrar nuevas contradicciones en el caso de estudiar más jurisprudencia del TFS, cuando se está ante conflictos deportivos resulta imprescindible conocer qué interpretación se ha seguido en el arbitraje deportivo en general y en el TAD/CAS/TAS en particular.

Pues bien, debido a que cada Tribunal arbitral depende del ordenamiento jurídico en que se encuentra su sede (el TAD/CAS/TAS del Derecho de Suiza), los pronunciamientos al respecto no han sido determinantes. Aún así, la tendencia seguida ha consistido en considerar que sí hay una sumisión a la CEDH indirecta y, por ende, ni sus principios ni decisiones pueden contrariarse. Al respecto, conviene transcribir las

---

<sup>466</sup> Conviene señalar en la presente nota al pie que destacan los pronunciamientos, primero, de la Corte de Apelación de París de 15 de septiembre de 1998 y, segundo, de ratificación de la Corte Francesa de Casación de 20 de febrero de 2001. En este caso, el recurrente consideró que en un arbitraje había sido despojado de un juicio justo y, por eso, invocó el artículo 6 (1) CEDH, a lo cual respondió la segunda instancia que solo a los Estados y sus órganos jurisdiccionales atañe dicho texto normativo. Por lo demás, no se puede dejar de apuntar que esta misma línea han solido seguir los órganos jurisdiccionales estatales, así como el tribunal de la CEDH. A éste último respecto, en 2001 manifestó con total claridad que “La Corte no considera deseable, ni necesario, elaborar una teoría concerniente a extender aquello que la Convención protege a las relaciones entre privados *inter se*”.

propias palabras del TAD/CAS/TAS en su laudo de 22 de agosto de 2011 en el asunto *Stichting Anti-Doping Autoriteit Nederland (NADO) y the Koninklijke Nederlandsche Schaatsenrijders Bond (KNSB) vs. W.*, 2010/A/2311 y 2312: “Suiza es una parte contratante de la CEDH [...] Sin embargo, si la CEDH es o no aplicable al arbitraje, en general, o al específico, es una cuestión abierta. [...] Este panel no tiene necesidad, pues, de pronunciarse al respecto, porque sea o no aplicable, el arbitraje llevado a cabo entre particulares no será contrario a la CEDH”. En relación con ello, se ha de recordar unas palabras del TFS que también son decisivas en este análisis por hacer saber que para que se eviten decisiones contrarias al orden público que con un recurso podrían quedar sin efectos es necesaria la referida afectación indirecta. De ahí que afirmara que el orden público está formado por un sistema de valores entre los que se encuentra la CEDH, así como que dicho orden ha de vigilarse no solo por los órganos jurisdiccionales de los Estados sino también, y esto ha de subrayarse, por los sistemas de justicia que se encuentran entre lo público y lo privado. Parece que esta aplicabilidad indirecta del referido texto normativo es razonable y, por ello, no extraña apreciarla en los laudos del TAD/CAS/TAS, sobre todo por lo que atañe al ya citado artículo 6 y sus garantías procesales respecto a lo cual de manera expresa se ha indicado, en su laudo de 6 de febrero de 2012 sobre en los asuntos, por un lado, *UCI vs. A. Contador Velasco y Real Federación Española de Ciclismo (en adelante RFEC)*, 2011/A/2384 y, por otro lado, *AMA vs. A. Contador Velasco y RFEC*, 2011/A/2386, que sus principios han de estar presentes, sí, en los procedimientos criminales, pero también en los civiles<sup>467</sup>.

Se ha de dar fin a todo este punto completando lo anterior advirtiendo que, sea cual sea la naturaleza que tengan y pese a que la disciplina deportiva internacional no puede quedar identificada con los principios que informan el Derecho penal, hay varios principios jurídicos que no puede rechazar el TAD/CAS/TAS: de culpabilidad, el

---

<sup>467</sup> A este último respecto, se ha de precisar y recalcar su importancia debido a que, como la doctrina y la jurisprudencia del TAD/CAS/TAS y el TFS han señalado, las regulaciones deportivas de índole disciplinaria poseen una naturaleza civil puesto que los deportistas no ven mermada su libertad física. Asimismo, dichos Tribunales también han indicado que no son las de índole civil sino las criminales las cuestiones que protege la CEDH. En concreto, el TAD/CAS/TAS, en abundantes laudos, ha sentenciado tanto que son civiles los procedimientos de disciplina dirigidos contra un deportista por una Federación deportiva, como que el TAD/CAS/TAS no constituye una corte criminal y que, por eso, no puede pronunciarse ni aplicar penas de índole penal. En caso contrario, precisó, si tomara decisiones penales significaría que el Derecho público de un Estado se estaría confundiendo con el Derecho privado de una asociación.



respeto a los derechos morales que poseen los ofendidos, de trato igualitario, de no retroactividad de la norma desfavorable, y la posibilidad del juez o tribunal de limitar la sanción<sup>468</sup>. Y también el principio de proporcionalidad que lo citamos ahora no porque sea menos importante, al contrario, sino porque respecto al mismo debemos agregar, primero, que la idoneidad del arbitraje deportivo encuentra un firme argumento en la doctrina del propio TAD/CAS/TAS por ser meridiana en relación con los Derechos fundamentales. Un caso paradigmático de dicha doctrina es *Squizzato vs. Federación Internacional de Natación (en adelante FINA)*, 2005/A/830, con laudo de 15 de julio 2005 en el que se remarcó que en ningún caso una valoración de los mentados Derechos quedaba excluida por el Código Antidopaje de la AMA. Y precisó que, por mucho que éste texto normativo sea proporcionado, sigue siendo la misma la naturaleza de la reglamentación de una Federación deportiva que se deriva de aquél. Es decir, siguen siendo normas de una asociación que tienen imposibilitado en todo caso sustituir *ex ante* principios jurídicos de índole general y fundamental. Pues bien, entre dichos principios jurídicos se encuentra el de la proporcionalidad. Y lo segundo que se quiere agregar es que precisamente dicha proporcionalidad ha sido señalada por el TAD/CAS/TAS como exigencia consecuencia de su sometimiento al Derecho de Suiza. De ahí que los conflictos directos se intenten soslayar por dicho Tribunal arbitral. En el laudo de 12 de julio de 2006 que resolvió el asunto *M. Puerta vs. Federación Internacional de Tenis (en adelante FIT)*, 2006/A/1025, se proclamó que las sanciones han de ser proporcionadas y justas, así como que pueden recurrirse si no es así para subsanar la laguna o vacío legal que se padece. Es por ello que el deportista argentino *M. Puerta* vio reducida la sanción que la AMA le había impuesto por dopaje. Sobre la legalidad del Código de la AMA, en cambio, nada se sentenció. Por último, tras este caso el TAD/CAS/TAS resolvió otros en que se afirmó que es cuando concurren circunstancias inusuales y raras en extremo cuando tienen lugar las aminoraciones de las sanciones con el objetivo de que la proporcionalidad se garantice. En relación con ello, y a modo de colofón, el laudo de 30 de abril de 2019 que resolvió los asuntos *M. C. Semenya vs. IAAF*, 2018/O/5794, y *Athletics South Africa vs. IAAF*, 2018/O/5798, es otro estupendo caso para apreciar el proceder del TAD/CAS/TAS<sup>469</sup>.

<sup>468</sup> Se puede encontrar no solo lo expuesto en las últimas páginas del texto principal y en las notas sucesivas hasta la presente, sino información adicional de gran interés que lo completa con más apuntes, precisiones de datos y referencias bibliográficas, en: O. Suárez, *supra op. cit.* nota 5, pp. 57–60.

<sup>469</sup> Para consultar y profundizar lo estudiado sobre el tan importante principio de proporcionalidad, accédase a: S. González García y S. F. Ross, *supra op. cit.* nota 440, pp. 182 y 183.

## 2. 4. LOS PROCEDIMIENTOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO

En el presente epígrafe no se trata de exponer todo lo concerniente a cada procedimiento con todos sus detalles, sino de describir los rasgos fundamentales de cada uno para ir resaltando aquellos aspectos que son decisivos desde el punto de vista de la protección del menor. Dicho de otra forma, se van a estudiar y analizar los procedimientos ante el TAD/CAS/TAS para vislumbrar claramente qué aportan o qué suponen cuando en los conflictos a dirimir están involucrados menores; si son aceptables o albergan puntos débiles rechazables y cuya subsanación es ineludible. Sin duda alguna, dicha labor es fundamental para alcanzar nuestro objetivo primordial de observar si recurrir al TAD/CAS/TAS sigue estando justificado respecto de los menores.

---

Y como quiera que se pretende que este estudio sea abarcador pudiendo abrir otros caminos interesantes de estudio, respecto al caso *Semenya* queremos resaltar lo más sustancial. Siendo en la disciplina de media distancia una de las mejores del mundo, la *IAAF* decidió excluirla en 2019 de las competiciones internacionales en virtud del nuevo reglamento entrado en vigor en 2018 que exigía tomar medicamentos a los deportistas con trastornos específicos en el desarrollo sexual para reducir la testosterona. Tanto *Semenya* como la *Athletic South Africa* recurrieron, pero primero el TAD/CAS/TAS y después el TFS dieron la razón a la *IAAF*. Los argumentos de aquéllas se resumían en considerar que el mentado reglamento era, sin justificación alguna, arbitrario, discriminatorio y desproporcionado y, por ende, que conculcaban diversos textos normativos de importancia como los que consagran Derechos fundamentales reconocidos universalmente, la Carta Olímpica, las reglas de los Estados en que tienen lugar competiciones de atletismo internacionales, las leyes de Mónaco en tanto que sede de la *IAAF* y la Constitución de ésta. Pues bien, ante ello el citado Tribunal arbitral sentenció que pese a que consideraba que el reglamento discriminaba, no obstante, estaba justificado. Y la explicación fue que la *IAAF* tiene la necesidad de crear una ‘categoría protegida’ para que las mujeres de élite puedan competir beneficiosa y exitosamente, para lo cual resulta imprescindible establecer las condiciones que determinen quién puede participar y quién no. Y, agregó, como quiera que la diferenciación entre hombre y mujer que se da en las competiciones deportivas no encuentra similitud con la existente en la naturaleza humana, subrayó la necesidad de hallar un equilibrio entre el derecho a competir de todo deportista y el derecho a competir en condiciones iguales de las mujeres en desventaja. Esto es lo que ocurría con *Semenya* en la competición por tener tanta testosterona que le proporcionaba una ventaja decisiva. De ahí que el TAD/CAS/TAS aceptase el reglamento por ser necesario, razonable y proporcionado, sin que a ello nada afectara el requerimiento de condiciones y limitara a mujeres como *Semenya*. Junto a ello, es muy importante para este estudio indicar que en este caso también se aplicó el criterio de proporcionalidad que habitualmente se utiliza para ponderar los Derechos fundamentales conforme tanto al Derecho europeo como al Derecho constitucional de diversos Estados, lo cual llevó al TAD/CAS/TAS a afirmar que un legítimo objetivo de la *IAAF* ha de ser que en la élite de las competiciones deportivas femeninas exista una justa competencia y no desleal. En adición, conviene hacer saber que la aplicación de las reglas de Derecho constitucional garantizadoras en el procedimiento de los Derechos fundamentales no se cuestionó en ningún momento. Por último, destacó el consenso de que no sería legal un reglamento discriminatorio por mermar las normas de Mónaco sobre Derechos fundamentales y/o cuando no se ajusta a los principios sobre Derechos fundamentales que imperan en el mundo. En 2021 *Semenya* acudió al TEDH alegando que la CEDH había sido violada. [Para consultar más información sobre esta nota como, por ejemplo, la controversia que se puede generar al ponerse en duda la legitimidad de un tribunal que no aplica a todos igualmente el objetivo legítimo que tiene, consúltese: *Ibidem*, pp. 183–186].

## **2. 4. 1. El procedimiento de mediación**

### **A. Definición y ámbito de aplicación**

En este primer punto sin duda existen varios aspectos a tener en cuenta para la protección de los menores. Así, se ha de tener muy en cuenta que el procedimiento de mediación, el cual no es un arbitraje pero puede resultar muy interesante recurrir a él en algún momento dado, consiste en que las partes pretenden encontrar, con la ayuda de un tercero como es el mediador, una solución amistosa al conflicto en que están involucradas. O, con otras palabras, el objetivo es, una vez que las partes han acordado someterse a la mediación, intentar negociar con la otra parte de buena fe para encontrar la mentada solución.

Asimismo, la mediación también se caracteriza por ser tanto informal como no vinculante. El rasgo de que es informal supone que son las partes las que pueden decidir cómo se va a desarrollar la mediación, pudiendo hacerlo el mediador sólo en su defecto. Por su parte, del rasgo de que no es vinculante se deriva la posibilidad con que cuenta tanto el mediador como cada una de las partes de recurrir a un arbitraje definitivo del TAD/CAS/TAS en el caso de que aprecien que la mediación no es satisfactoria.

Junto a ello, otras particularidades que identifican a la mediación son, por un lado, que las partes están asistidas por un mediador no siendo necesario que posean asistencia letrada. Ahora bien, el representante que hayan escogido las partes para la mediación ha de estar autorizado por escrito para poder obligarse y alcanzar acuerdos, sin necesitar consultar a su representado. Y si una parte pretende recurrir a la mediación con un representante, ha de hacer saber al mediador, a la otra parte y al TAD/CAS/TAS la identidad de éste. En suma, con lo dicho se aprecia que la mediación se caracteriza por su no formalismo, por su control por las partes y porque no existe un mecanismo mediante el que los acuerdos de mediación sean ejecutados.

Pero aún no hemos terminado; se han de indicar otras cuestiones importantes. Por lo que atañe a su ámbito de aplicación, la mediación sirve para resolver los conflictos de índole contractual y deportiva (verbigracia, problemas de interpretación o aplicación de los contratos de patrocinio o la falta del deportista al desempeño contractual). Esto es,

quedan excluidos con carácter general los conflictos que se deriven tanto de la materia disciplinaria (dopaje, amaños, corrupción) si las circunstancias no aconsejan lo contrario y las partes lo acuerdan, como de las decisiones que las autoridades deportivas hayan adoptado. No obstante, también es cierto que su objeto se ha ampliado con el tiempo alcanzando a los conflictos administrativos y tributarios vinculados con el deporte. Como se ve, nada se dice acerca de la responsabilidad civil extracontractual, lo cual consideramos que no es óbice para analizar este procedimiento porque la protección y el bienestar de los menores es una cuestión tan crucial que no merece dejar de tratarse en plenitud, así como porque como el ámbito de aplicación es variable puede ser que termine por alcanzar también al objeto de estudio de la presente Tesis Doctoral.

Por lo demás, en toda mediación es necesario que con anterioridad las partes hayan firmado el correspondiente acuerdo para los conflictos presentes o futuros, el cual puede aparecer en un contrato como una cláusula de sujeción al TAD/CAS/TAS o firmarse por separado para cuando el conflicto haya surgido. Ello, como ya se ha manifestado, es muy positivo puesto que se amolda a cualquier conflicto de un menor deportista que se presente.

Profundizando en la exposición, resulta fundamental para diferenciarlo de los demás procedimientos señalar las ventajas que la mediación proporciona. Se ajusta satisfactoriamente a las particularidades que el deporte reclama, lo cual supone una innovación consistente en la extensión de las normas reguladoras del juego limpio, el espíritu de entendimiento y la deportividad; la especialización de los mediadores; su celeridad en un plazo de 90 días desde la solicitud y su evitación de retrasos indebidos; su menor coste; la confidencialidad de todas las partes que no pueden dar información sobre el procedimiento; y su sencillez y flexibilidad que se manifiesta en que las partes tienen una participación decisiva en el desarrollo del procedimiento<sup>470</sup>.

## B. Principios del procedimiento de mediación

---

<sup>470</sup> Un muy buen estudio más amplio al respecto donde se encuentra lo que hemos resaltado se encuentra en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 141–143.

En relación con ello, es imprescindible conocer que el procedimiento de mediación está informado por varios principios, así como que los mismos tienen una especial incidencia en el caso de que concurren menores.

En primer lugar, el de voluntariedad, en virtud del cual, si no quieren, nadie tiene la obligación de recurrir, ni a celebrar un acuerdo, ni continuar en un procedimiento de mediación. Pero pese a ello, no resta nada de responsabilidad a las partes respecto al deber de cumplir el pacto previo de mediación, sin perjuicio de las variaciones de la voluntad.

En segundo lugar, el principio de libre disposición, el cual no supone que todos los sujetos puedan en todos los casos acudir a la mediación, sino que al ponerse en relación con la disponibilidad libre de acudir a la misma pone de manifiesto su ámbito material, es decir, los conflictos deportivos de las relaciones jurídicas de índole tanto civil como mercantil. Asimismo, de la unión de este principio con el anterior se deriva que es inevitable que los derechos y obligaciones afectados de las partes les sean disponibles para acudir a la mediación del TAD/CAS/TAS.

En tercer lugar, el principio de igualdad de recursos equivale a decir que las partes han de tener las mismas oportunidades, es decir, que exista equilibrio entre ellas por contar con iguales derechos, posibilidades y cargas procesales, así como respeto a las posturas que defienden. De este modo, se conservan las garantías del principio de igualdad de actuación quedando erradicado todo privilegio y, por ende, es posible la característica más intrínseca de la mediación como es el consenso libre entre las partes gracias al ejercicio de su voluntad. Por todo ello, el mediador es clave para que la desigualdad que pueda existir no degenera en un empoderamiento de una de las partes que le permita dominar dando al traste con la mediación.

En cuarto lugar, se encuentra la imparcialidad y la neutralidad. De ambos principios depende la calidad de la mediación y, por ello, desde el comienzo el TAD/CAS/TAS ha otorgado gran importancia al desarrollo y adhesión a códigos de conducta voluntarios por los mediadores que los incluyan. Con ellos se garantiza que el mediador no va a ir en contra de una de las partes ni a favorecer los intereses

particulares de éstas. O, lo que es igual, no puede existir ninguna relación con las partes de índole personal, empresarial o contractual, ni tampoco puede tener cualquier tipo de interés con la resolución final. Y si bien lo anterior concierne a la imparcialidad, respecto a la neutralidad se ha de indicar que implica que el mediador ha de cerciorarse de que las partes tienen una información y asesoramiento aceptables. Pero no solo eso, sino que también su conducta ha de tener como meta el acercamiento de las partes para que puedan lograr un acuerdo de mediación. Es decir, el mediador no puede imponer ni una solución ni ninguna medida y, por lo mismo, debe limitarse a otorgar información jurídica, quedando excluido el consejo jurídico. Para terminar, con lo anterior se aprecia la diferencia entre ambos principios, donde mientras la imparcialidad no se puede aprender por ser decisivas las circunstancias personales, la neutralidad sí puede adquirirse si se guarda la misma distancia respecto de las partes, ofreciéndoles iguales posibilidades y el mismo tiempo, entre otras cuestiones.

Y en quinto lugar, el principio de confidencialidad que es una de las mayores virtudes del contenido de la mediación, pues afecta a todos los participantes suprimiendo la obligación de que en un arbitraje ante el TAD/CAS/TAS o en un proceso ante el TFS tengan que hacer una declaración o entregar documentación que contenga información de la mediación. En este sentido, todos sin excepción, mediador, partes, sus representantes y cualquier otra persona presente en las reuniones, deben firmar el correspondiente acuerdo de confidencialidad para quedar comprometidos a no hacer llegar a terceros informaciones que han logrado con la mediación, salvo que el ordenamiento jurídico lo requiera. Por lo demás, el mediador no puede verse obligado por ninguna parte a transmitir informes, archivos y demás documentación, ni a dar testimonio en un arbitraje o procedimiento jurisdiccional de lo acontecido en la mediación; excepto que exista un acuerdo en contrario o la ley lo obligue. Y en el caso de que una parte haya dado información al mediador, éste solo podrá hacerla llegar a la otra parte con el consentimiento previo de aquélla. En coherencia con todo ello, tanto la grabación en audio y en imágenes como la transcripción de las intervenciones de las partes queda totalmente proscrito. Por último, también con la excepción de que una ley lo imponga o de que no exista un acuerdo en sentido contrario, las partes no pueden basarse ni proporcionar como prueba en los procesos arbitrales y judiciales las opiniones y sugerencias de una parte sobre un posible acuerdo para solucionar el

conflicto; los hechos o confesiones que alguna parte en la mediación ha reconocido; notas, documentos y demás información lograda en la mediación; opiniones o propuestas del mediador; y la manifestación de una parte de estar dispuesta o no a que una propuesta sea aceptada. Por ello, cuando no lo ha cumplido una parte, solo puede aportarse como prueba en el arbitraje o en sede judicial el acuerdo de mediación<sup>471</sup>.

### C. Requisitos del mediador y desarrollo del procedimiento de mediación

En otro orden de cosas, otra cuestión importante en la mediación son los requisitos que se han de reunir para ser mediador. Será elegido, bien por el Presidente del TAD/CAS/TAS tras consultarlo con las partes o bien por las partes si lo han acordado en su solicitud con posterior ratificación del referido Presidente, de entre las personas que figuren en la lista compuesta por el ICAS, los cuales no serán miembros de éste, han de conocer bien la lengua del arbitraje y comprometerse por escrito a estar disponible para que la mediación se lleve a cabo en sus plazos. Asimismo, entre el mediador y las partes debe haber una total independencia y, por ello, de inmediato ha de comunicar cualquier circunstancia que la comprometa, aunque las partes pueden posibilitar su continuación. Pero si lo que sucede es que alguna objeción ha sido expresada por las partes respecto al mediador designado o si el mismo mediador estima que no puede desarrollar su labor satisfactoriamente, dicho mediador ha de descartar su designación e informar sin más demora al Presidente del TAD/CAS/TAS para que lo reemplace cuanto antes volviendo a consultar a las partes y ofrecerles designar otro mediador del TAD/CAS/TAS con acuerdo. Por último, basta con que todos los árbitros posean tanto habilidades, experiencia de negociación y conocer el deporte del conflicto, es decir, la formación jurídica no les es exigida.

Por lo que al procedimiento de mediación atañe, ha de acudir a la Oficina del TAD/CAS/TAS sita en Lausana para presentar en ella la correspondiente solicitud escrita quien pretenda resolver un conflicto mediante mediación. La referida solicitud ha de estar escrita en español, inglés o francés y contener diversas cuestiones como el nombre, dirección, correo electrónico, teléfono y fax de las partes y sus representantes;

---

<sup>471</sup> Para los principios de la mediación expuestos, consúltese: *Ibidem*, pp. 143–146.

una copia del acuerdo de sometimiento a la mediación del TAD/CAS/TAS; y el objeto del litigio descrito brevemente. Asimismo, se ha de acompañar del justificante de pago de las tasas administrativas del coste de la mediación. Por lo demás, la fecha de recibimiento de la solicitud es importante porque se considera como la fecha en que la mediación comienza, no pudiendo alargarse más de 90 días, salvo que una parte o el mediador presenten una solicitud de ampliación justificada y el Presidente del TAD/CAS/TAS la acepte. Presentada la solicitud, se comprueba la concurrencia de los requisitos y, en caso afirmativo, la Oficina del TAD/CAS/TAS informa de la fecha de comienzo de la mediación a todas las partes y, además, fija el plazo para que las mentadas tasas sean abonadas por las partes en la proporción que les corresponda. En el caso de que no se abonen, la mediación se archiva.

Por lo que al desenvolvimiento del procedimiento concierne, debido al principio dispositivo, las partes pueden escoger de mutuo acuerdo las normas que regirán el procedimiento, y en su ausencia será el mediador quién lo concretará consultando a las partes antes. A este último respecto, el mediador determinará los términos y plazos para que las partes le hagan llegar una descripción breve de su postura en el conflicto, lo cual incluirá la indicación de los hechos y fundamentos de Derecho, junto a su opinión, las cuestiones donde se centra la desavenencia, las reclamaciones, la disposición o no a alcanzar un acuerdo, y una copia del acuerdo de mediación. No obstante, cuando se haya llegado a la mediación por un acuerdo de las partes para cambiarlo por un proceso arbitral en que estaban, el mediador puede considerar la solicitud arbitral en el procedimiento ordinario y el recurso de apelación arbitral en el de apelación como la declaración de la postura en el litigio de una parte y, por ello, limitarse a invitar a la otra parte a que le envíe su correspondiente declaración. Ahora bien, lo que es común a todos los casos de mediación es que el mediador ha de verse asistido con la cooperación de las partes y gozar de libertad para ejecutar su mandato adecuadamente y desarrollar el procedimiento con la mayor diligencia. Así, el mediador puede realizar todas las sugerencias que considere, así como comunicarse individualmente con cada parte.

Pero lo anterior no puede hacer que olvidemos que la participación de las partes en la mediación es muy alta, siendo la función del mediador acercar a aquéllas para tratar de lograr un acuerdo que ponga fin al conflicto de manera que las cuestiones



conflictivas se aprecien claramente, entre las partes exista un debate positivo, y con propuestas de solución para que las mentadas partes concreten la definitiva.

En cuanto a la terminación del procedimiento de mediación, puede reconocerse en cualquier momento por las partes o el mediador si vaticinan el fracaso de las negociaciones o cuando hayan transcurrido los mentados 90 días. Sin embargo, la finalización correcta es la firma del acuerdo de mediación. Pero antes de exponerlo, se ha de saber que también puede finalizar el procedimiento anticipadamente cuando el mediador declare por escrito que ya se han hecho todos los esfuerzos posibles para lograr un acuerdo que no ha llegado, o cuando una o las dos partes realicen una declaración escrita donde se expresa que se considera finalizada la mediación, o cuando dichas partes no abonan las tasas referidas. Pues bien, sea cual sea el final anticipado, las partes pueden recurrir al arbitraje del TAD/CAS/TAS si así lo acuerdan o existe una cláusula al respecto, la cual puede estar incluida con anterioridad en el acuerdo de mediación y, por lo tanto, puede ser ejecutado el arbitraje acelerado que prevé el artículo R44.4 del Código de dicha institución arbitral. Además, también en todos estos casos el mediador no ha de aceptar ser designado como árbitro para un arbitraje con las mismas partes y con el mismo conflicto, excepto que las partes así lo hayan acordado, dicho mediador esté en la lista de árbitros del TAD/CAS/TAS y emita un laudo mediante el procedimiento de mediación-arbitraje<sup>472</sup>.

#### D. El acuerdo de mediación

Ahora sí, en cuanto al acuerdo de mediación, lo redacta el mediador y lo firma él y las partes. En el mismo han de plasmarse lo que las partes han reclamado, así como los acuerdos alcanzados y el tiempo de su cumplimiento. Como quiera que el acuerdo de mediación se centra en el conflicto, es fundamental que exprese los puntos de fricción originados en la relación jurídica deportiva entre las partes. Por lo demás, se ha de indicar claramente si el acuerdo o acuerdos logrados son totales o parciales. A este último respecto, igualmente se ha de señalar la posibilidad de otros medios para dar solución a las cuestiones que han quedado pendientes. Para terminar, el acuerdo también

---

<sup>472</sup> Una genial exposición de lo expresado desde la última nota al pie se encuentra en: *Ibidem*, pp. 146–149.

ha de reflejar las obligaciones que cada parte ha asumido y el plazo para cumplirlas.

Respecto a los aspectos formales, el acuerdo de mediación debe ser sumamente claro para que su cumplimiento pueda ser satisfactorio. Y la mentada claridad no se limita a las cuestiones conflictivas y a los acuerdos logrados, sino que igualmente ha de alcanzar a la forma de presentar los componentes necesarios y los eventuales para la formulación del acuerdo. De este modo, en el acuerdo de mediación se ha de apreciar la identidad, el domicilio de las partes, así como los asesores de las partes, el nombre del mediador, y la fecha y el lugar de suscripción. Si es una persona jurídica, se ha de saber la razón o domicilio social, de las personas representantes y el poder de representación. Por lo demás, el acuerdo de mediación ha de estar firmado por las partes o representantes que demuestre su conformidad.

Para finalizar, se ha de saber que una copia del acuerdo de mediación será trasladada por el mediador a cada parte y a la Secretaría del TAD/CAS/TAS una vez finalizada la mediación y la suscripción del acuerdo; así, podrán acreditar el resultado alcanzado. Y debido a su índole negocial donde las partes lo han adoptado con libertad, debe ser ejecutado con fundamento también en la libre voluntad de las partes. Y si no se cumple, las partes pueden recurrir a los órganos jurisdiccionales, excepto que hubieran acordado el sometimiento al arbitraje del TAD/CAS/TAS<sup>473</sup>.

#### **2. 4. 2. El procedimiento ordinario**

Respecto al procedimiento ordinario también debemos realizar varios apuntes fundamentales en el mismo sentido que en el procedimiento anterior. Esto es, se va a ir describiendo lo más sustancial del mismo porque es imprescindible conocer sus rasgos principales, pero sobre todo para resaltar aquellos puntos que se han de considerar plenamente para la protección de todos los menores.

Antes de nada, se ha de saber que a través de este procedimiento el TAD/CAS/TAS conoce conflictos deportivos en primera y única instancia, al cual puede

---

<sup>473</sup> Para esta exposición final de la mediación, ver: *Ibidem*, pp. 149 y 150.

llegarse debido a la previsión contenida, por un lado, en una cláusula arbitral incluida en los estatutos de una Federación deportiva nacional o internacional o en un contrato o, por otro lado, en un acuerdo celebrado una vez que el conflicto ha surgido<sup>474</sup>.

#### A. Comienzo del procedimiento ordinario

El procedimiento ordinario se inicia cuando es presentada ante la Secretaría del TAD/CAS/TAS el correspondiente escrito de solicitud de arbitraje con las exigencias previstas del artículo R31 del Código que regula el Tribunal arbitral, es decir, enviarse en papel o mediante medios digitales como el correo electrónico. Por lo que a su contenido concierne, en primer lugar, deben constar los datos necesarios para que el demandado sea identificado, esto es, nombre, número de teléfono y de fax, dirección para postas, correo electrónico y los datos de contacto de los representantes. Junto a ello, en segundo lugar, un resumen sucinto de los hechos y fundamentos de Derecho en que basa su solicitud, las cuestiones que se pretenden resolver en el TAD/CAS/TAS, la petición de medidas cautelares e información sobre las actividades de la otra parte para que se dilucide su independencia. Asimismo, también se ha de adjuntar una copia del contrato que contiene el convenio arbitral o, en su caso, el documento en el que consta que las partes se han sometido al arbitraje. Pero no solo lo anterior, sino que también se han de presentar diversas propuestas sobre el número de árbitros, el lenguaje del procedimiento y del Derecho a aplicar al fondo del asunto. Y en el caso de que el convenio arbitral dispone que serán tres los árbitros, el demandante ha de señalar el nombre de los mismos por ser un elemento crucial de la solicitud de arbitraje. Para terminar, se ha de acreditar el pago de las tasas administrativas del TAD/CAS/TAS. Y no está de más recordar que el demandante puede realizar cambios o añadir nuevas pretensiones inéditas hasta la presentación de la demanda.

Una vez recibida la solicitud, la Secretaría del TAD/CAS/TAS se cerciorará de que se cumplen todos los requisitos que exige el artículo R38 del Código que regula el Tribunal arbitral. Si no se cumplen, concederá un plazo no mayor a diez días para subsanar las deficiencias. Y si se cumplen, realizará un control de índole formal donde

---

<sup>474</sup> Para estas primeras indicaciones, ver: *Ibidem*, p. 151.

analizará el convenio arbitral para asegurarse de su existencia y de que la cláusula arbitral somete al TAD/CAS/TAS el contrario. Debido a la citada índole, el procedimiento continúa aunque surjan dudas sobre la validez de la cláusula. Así, el control material, por parte del Tribunal arbitral o por el Presidente de la Cámara, se realizará cuando se pidan las medidas provisionales y el Tribunal arbitral aún no se haya formado. De este modo, se puede decir que solo cuando la falta de competencia sea muy clara el TAD/CAS/TAS no mostrará resistencia para conservar su competencia. O lo que es igual, cuando ninguna referencia exista a dicho Tribunal arbitral por parte de alguna cláusula arbitral, cuando las partes no estén vinculadas contractualmente con el mismo, o cuando las partes han plasmado en un contrato o en los Estatutos de la Federación deportiva otros mecanismos de resolución de conflictos distintos.

Tras la verificación de la competencia del TAD/CAS/TAS, su Secretaría traslada al demandado la solicitud y le ofrece un plazo de 20 días desde la recepción de la notificación de la demanda para que envíe su contestación pudiendo versar tanto sobre el número y designación de los árbitros como sobre el Derecho que al fondo del asunto se ha de aplicar. Sin embargo, el TAD/CAS/TAS puede seguir tramitando el expediente si el demandado no contesta o lo hace fuera de plazo. Además, en éste segundo caso, solo si el demandante de manera expresa lo acepta se tendrá en cuenta en el expediente. Respecto al contenido de la contestación, es idéntico al de la solicitud y ha de ser sucinta sin ser necesario desarrollar los argumentos, con lo que ya se entiende que rechaza la solicitud. Sin embargo, si lo desea la contestación puede ser muy detallada, acompañarla de las pruebas que estime oportunas, indicar que el TAD/CAS/TAS carece de competencia e, incluso, presentar una reconvencción.

Por lo demás, es necesario advertir que es posible acumular procedimientos cuando éstos están relacionados, es decir, cuando los hechos y el convenio arbitral se parezcan por ser idénticas las partes, el Derecho aplicable, la relación jurídica, el objeto del litigio, el número de árbitros, y los propios árbitros si el Tribunal está constituido. La razón es para tener una más alta eficiencia y menores gastos.

Para dar fin a la exposición del comienzo del procedimiento ordinario, se debe hacer una breve mención a la posible intervención de terceros. Es decir, éstos pueden

convertirse en parte, para lo cual primero ha de ser solicitado por el demandado cuando conteste la demanda (por eso, el plazo es igual), y si es después será necesario que todas las partes estén de acuerdo. Y más concretamente, si un deportista pretende que sea involucrada una Federación deportiva nacional, en la solicitud de arbitraje ha de demandarla y acompañarla de la cláusula arbitral que relaciona con el procedimiento a dicha federación. Tras ello, la Secretaría del TAD/CAS/TAS traslada la contestación a la demanda y la solicitud de intervención al demandante para que en máximo 20 días exprese lo que considere oportuno. Por último, la decisión al respecto se concibe como una cuestión preliminar<sup>475</sup>.

## B. Formación del Tribunal arbitral y arbitrajes multipartitos

Debemos comenzar trayendo a colación el artículo R40 del Código TAD/CAS/TAS, el cual, al regular dicha formación estableciendo el procedimiento de designación de los árbitros, promueve la autonomía de la voluntad de las partes otorgándoles incluso libertad para controlar la mentada designación. En efecto, participan claramente en la constitución del Tribunal arbitral debiendo de acordarse por las partes las designaciones, las remociones y las sustituciones. Como se ve, la participación de las partes es indudable, debiendo prestar una gran atención cuando sean menores puesto que es mucho más fácil manipularlos hasta erradicar su voluntad. Por lo demás, si las partes no han alcanzado un acuerdo, el precepto también prevé las normas para subsanarlo.

Uno o tres árbitros formarán el Tribunal arbitral según lo determinen con libertad las partes pero, en todo caso, éstas los escogerán de la lista imperativa de aproximadamente 350 árbitros especialistas en arbitraje y conflictos deportivos elaborada por el ICAS. En cuanto a que así se deba realizar la designación, gracias a ello está garantizada una eficiencia satisfactoria y una congruencia entre los laudos que se emitan. Y si las partes son incapaces de lograr un acuerdo sobre el número, éste lo concretará el Presidente de la Cámara en función de la relevancia del conflicto. Por otra parte, no suele ser muy frecuente, pero puede darse el caso de que sea rechazada la

---

<sup>475</sup> Lo que se ha expuesto sobre el comienzo del procedimiento ordinario, se puede encontrar completado con todos los detalles al respecto en: *Ibidem*, pp. 151–157.

designación por el Presidente de Cámara del TAD/CAS/TAS. Ante ello, las partes pueden recurrir a los órganos jurisdiccionales de Suiza, los cuales solo podrán soslayar la designación si aprecian que entre las partes no existe acuerdo arbitral alguno.

Por lo demás, en todo caso, en el caso de que sea 3 el número de árbitros, entonces el demandante se encargará de nombrar a uno, lo cual está muy lejos de ser baladí sino un elemento crucial en el comienzo del procedimiento ordinario. Por su parte, en cuanto al nombramiento de los árbitros por el mentado Presidente, ha de respetar ineludiblemente varios criterios de índole general como son los siguientes: cerciorarse de que los árbitros, además de ser imparciales e independientes, cuentan con disponibilidad para que no retrasen el final del procedimiento como en casos anteriores; considerar las circunstancias de cada uno de los conflictos para, por ejemplo, dilucidar si son más convenientes árbitros del *common law* o los de Derecho civil, lo cual tiene su relevancia porque siempre es una ventaja conocer el Derecho que se ha de aplicar al fondo del asunto; la apropiada experiencia en asuntos similares o los conocimientos jurídicos del árbitro; la comprensión por parte del árbitro de la lengua del procedimiento y de las demás lenguas de interés; y si la coincidencia de la nacionalidad de un árbitro o del Presidente del colegio arbitral con la que posee alguna de las partes plantea problemas, lo cual, al no estar prohibido, nunca planteará los mentados problemas si hay acuerdo entre las partes en cuestión; acuerdo respecto al que, por supuesto, habrá que comprobar que se ha alcanzado no transgrediendo la auténtica voluntad del menor si es el caso<sup>476</sup>.

Una vez terminado de exponer lo concerniente a la formación, se considera oportuno antes de iniciar el siguiente punto realizar unos muy breves apuntes sobre una cuestión que no se puede dejar de desconocer como es que el arbitraje puede ser multipartito. El mismo concurrirá, por un lado, cuando los demandantes y/o los demandados son varios o, por otro lado, cuando son llamados a intervenir terceros. Por fortuna, su complejidad es menor precisamente en los conflictos deportivos debido a que tanto la manera de constituir el Tribunal arbitral como las condiciones para cuando un tercero es instado a participar están reguladas minuciosamente en el Código

---

<sup>476</sup> Quien desee profundizar en el conocimiento sobre la formación expuesta, puede acudir a: *Ibidem*, pp. 157–160.

TAD/CAS/TAS; a que con gran habitualidad los reglamentos deportivos que contienen cláusulas arbitrales ponen en relación a todas las partes; y a que el hecho de que sea una Federación deportiva, sobre todo si es internacional, designada demandada por parte del demandante es frecuente en los procedimientos de apelación para hacer frente a decisiones de cortes arbitrales de dicha Federación. A este respecto, el Tribunal arbitral ha de cerciorarse de que ésta tiene capacidad para ocupar la parte de demandada.

Pero profundizando más en esta cuestión, se ha de saber que en el litisconsorcio, que puede ser activo y/o pasivo, lo decisivo es determinar cómo alcanzar un acuerdo sobre la elección de los árbitros. Y es que, a pesar de que el principio de igualdad supondría que las partes tendrían la misma participación al respecto, no resulta sencillo y, por ello, se ha previsto en el artículo R41.1 de su Código que ha de ser el propio TAD/CAS/TAS quien forme el Tribunal arbitral teniendo en cuenta el número de árbitros y la manera de designarlos que las partes han acordado. Y si no existe acuerdo alguno, es el Presidente de la Cámara quien concretará el mentado número en función de cuales sean las circunstancias de cada caso. Por lo demás, cuando los intereses de tres o más partes sean muy dispares, será en base al acuerdo de ellas como se designen los dos árbitros; pero también puede ocurrir que el referido acuerdo no exista y, por ende, también le corresponderá al Presidente de la Cámara designar a los árbitros. Un rasgo común a todos los casos es que el Presidente del Tribunal lo escogerán los árbitros.

Por lo que atañe a la citación e intervención de terceros, en su respuesta ha de hacerlo constar el demandado cuando lo pretenda, exponiendo los motivos que lo hacen necesario y adjuntando una copia más de la contestación. Dicha copia será remitida por la Secretaría del TAD/CAS/TAS a la persona que se quiere involucrar como tercero, la cual, al igual que el demandante sobre este respecto, tendrá un plazo para expresar lo que estime oportuno. Pero puede ocurrir que sea el tercero quien voluntariamente quiera participar, para lo cual, antes de que transcurran 10 días desde que conozca la existencia del arbitraje y en todo caso antes de la audiencia o del fin de la fase escrita si aún no ha habido audiencias, habrá de presentar una solicitud al TAD/CAS/TAS que, junto al respeto de los requisitos exigidos para una solicitud de arbitraje, indique los motivos concurrentes. Una vez recibida, la referida Secretaría hará llegar a las partes la mentada

solicitud que tendrán unos días para responder. Por lo demás, no solo si existen reales y suficientes motivos o intereses, sino también si está vinculado por el acuerdo arbitral o autorizado por escrito por él mismo y las otras partes, puede entonces el tercero participar en un arbitraje del TAD/CAS/TAS. Transcurridos los plazos referidos, el Presidente de la Cámara o, si está formado el Tribunal arbitral, el Presidente de éste emitirá su resolución, la cual no será vinculante para el acuerdo final del Tribunal. Si la resolución del primer Presidente referido es positiva, el Tribunal arbitral procede a formar el Tribunal teniendo en cuenta el número de árbitros y forma de designación acordado por las partes; si no existe dicho acuerdo, será el propio Presidente quien concrete el número.

El análisis de los arbitrajes multipartitos no estaría todavía completo si se olvidan los relevantes informes del *amicus curiae* con los que tanto el estatus como los derechos en el proceso de los terceros han de concretarse por el Tribunal arbitral. No se trata de una parte, sino que su función consiste precisamente en elaborar informes para aportar sus argumentos, punto de vista y opinión de experto sobre un conflicto que ayuden al mentado Tribunal; para advertir de la existencia también de cuestiones importantes que las partes han pasado por alto; y para que la transparencia y la calidad técnico-jurídica del laudo definitivo sean de mayor satisfacción. Por lo demás, si se aprecia que sus efectos positivos prevalecen sobre los negativos, el Tribunal arbitral aceptará los informes, en cuyo caso, como en todos los demás que sean aceptados, han de considerarse para emitir el laudo final indicando también en qué se está conforme y en qué no<sup>477</sup>.

### C. Desarrollo del procedimiento ordinario en el Tribunal arbitral

Esta fase del procedimiento es muy importante, pero antes se ha de hacer unas breves referencias a la posible conciliación previa. En efecto, el Presidente de la Cámara puede, incluso antes de remitir al Tribunal arbitral el expediente, tratar de solucionar un conflicto con una conciliación previa. Pero también es posible que en cualquier momento antes de la emisión del laudo definitivo el Tribunal arbitral intente encontrar

---

<sup>477</sup> Un estudio más exhaustivo sobre todo del *amicus curiae* pero también de lo demás que se ha expuesto sobre los arbitrajes multipartitos puede consultarse en: *Ibidem*, pp. 160–164.



dicha conciliación entre las partes. En cuanto a su naturaleza, no se ha de confundir ni con el arbitraje, ni con la parecida mediación respecto de la cual la diferencia reside en que la conciliación previa se produce dentro del procedimiento arbitral ordinario. Además, con ella no se emite un laudo vinculante que obliga a una solución, sino que su misión es que, con las propuestas del Tribunal arbitral, las partes logren un acuerdo. Si así sucede, se emitirá un laudo conciliatorio, el cual despliega el efecto de cosa juzgada. Siendo aplicable la CNY. Por lo demás, que la conciliación previa sea un requisito previo insoslayable antes de recurrir al arbitraje es algo que en ocasiones prevén los reglamentos de las Federaciones deportivas. Ahora bien, la verdad es que los laudos conciliatorios no abundan, ni mucho menos. Junto a lo anterior, tiene gran relevancia saber que solo a partir del año 2000 en cuanto existe un acuerdo de conciliación el TAD/CAS/TAS emite sistemáticamente laudos conciliatorios. Sin embargo, el Tribunal arbitral también puede emitir al mismo tiempo órdenes de terminación parciales relativas a las partes del arbitraje que no alcanzaron el mentado acuerdo o no es objeto del referido laudo su implicación en el procedimiento. Para ir terminando, se ha de agregar que será solicitado al Tribunal arbitral por las partes en los procedimientos ordinarios que conste en el laudo el acuerdo de conciliación sobre todas las cuestiones del conflicto que hayan alcanzado. Pero puede suceder que dicho acuerdo no llegue a existir y, por tanto, el intento de conciliación habrá llegado a su fin debiéndose seguir con el procedimiento hasta el laudo final<sup>478</sup>.

Ahora sí, en cuanto al procedimiento ante el Tribunal arbitral, consta de una fase escrita y de una potestativa audiencia oral. Es el artículo R44.1 del citado Código TAD/CAS/TAS quien establece cómo se han de intercambiar los escritos, así como el contenido de cada uno. También fija el mentado texto normativo que la función principal del Presidente del Tribunal es determinar los criterios que el procedimiento ha de respetar, lo cual supone que deba concretar el procedimiento y plazo no superior a treinta días, salvo ampliación justificada, para que las partes presenten su documentación. Otra cuestión relevante es que nada se dice sobre los diversos modos de organización del procedimiento arbitral y, por ello, lo habitual será que la solicitud sea presentada por el demandante y a la que el demandado podrá responder. Pero también es habitual que, si las partes lo piden, el referido Presidente posibilite tanto una réplica del

---

<sup>478</sup> Más detalles al respecto en: *Ibidem*, pp. 164–166.

demandante como una contra réplica del demandado. En cuanto al contenido, los escritos reflejarán pretensiones inéditas y las pruebas documentales correspondientes. Más concretamente, en la prueba escrita se ha de indicar quiénes son los testigos, un resumen de sus testimonios y quiénes son los expertos cuyos testimonios se han pedido y su materia de especialización. Por lo demás, es en el escrito de demanda o, como última opción, en su contestación donde se formularán las pretensiones. Y es que después no puede hacerse ni en la réplica ni en la contra réplica, y solo si las partes lo acuerdan o el Tribunal arbitral aprecia circunstancias extraordinarias. Para terminar, la Secretaría del TAD/CAS/TAS ofrecerá al demandante un plazo para que responda a la reconversión o excepción de competencia que en su caso incluya la contestación a la demanda. A este respecto, el Tribunal arbitral dilucidará si dicta un laudo que verse sobre su competencia o si el procedimiento sigue.

Por su parte, tras la fase escrita es muy habitual en los arbitrajes que se desarrolle la fase oral con su correspondiente audiencia para, entre otras cosas, escuchar a los peritos y testigos, discutir sobre aspectos procedimentales e interrogar a las partes. Sin duda, lo dicho puede ser clave para que los derechos de las partes estén garantizados, lo cual es el motivo de que el Tribunal arbitral suela decidir celebrar una audiencia pese a que las partes no la hayan acordado. En cuanto a su fecha, ha de concretarse lo antes posible, es decir, puede ser antes del fin de la fase escrita, y se notificará a las partes. Por lo que atañe al desarrollo de la audiencia, es el Presidente del Tribunal arbitral el responsable de que sea adecuado y, por ello, debe intervenir frente a las múltiples actuaciones que pueden perturbarlo. Por lo demás, pueden serlo, pero casi no se han realizado audiencias públicas. Y tampoco se levantan actas con carácter general. Por último, cuando la deliberación del Tribunal arbitral pone punto final a la audiencia, solo cuando el mismo lo autorice excepcionalmente podrán presentarse pruebas o escritos adicionales<sup>479</sup>.

#### D. La práctica de la prueba

---

<sup>479</sup> Un estudio más profundo de lo expuesto acerca de las dos fases del procedimiento ante el Tribunal arbitral con explicaciones adicionales de gran interés sobre la audiencia como lo concerniente a los intérpretes, videoconferencia y sus fases, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 166–169.

Para empezar, conviene indicar que son diversos los tipos de pruebas que se pueden presentar por las partes para justificar sus alegaciones. En efecto, pueden ser documentales consistentes en comunicaciones escritas que las partes presentan, o declaraciones de peritos y testigos que además de escritas pueden aportarse oralmente. Otra cuestión a resaltar es la de la valoración de las pruebas, para lo que el TAD/CAS/TAS suele respetar las reglas al respecto de la Asociación Internacional de Abogados y, por eso, el Tribunal arbitral solo no exige recibir aquellos documentos relevantes y relativos a los hechos litigiosos que estén protegidos por la confidencialidad. Igualmente conveniente es subrayar que han de concebirse como cuestiones propias del proceso las que versen sobre las reglas de la prueba, su valoración y el derecho de las partes a pedir varias formas de prueba. Y, es más, el TAD/CAS/TAS con su jurisprudencia ha reconocido que es de índole procedimental la admisibilidad de una prueba y, en consecuencia, será conforme a las reglas procedimentales que el Tribunal arbitral aplique como se dilucidará la admisión. Por lo demás, dicho Tribunal tiene un amplio margen de apreciación debido a que también ha de dirigir la práctica de la prueba.

Y la verdad es que, por ser diferente a lo que ocurre en los órganos jurisdiccionales, al menos en España, el TFS no prohíbe en todo caso la validez de pruebas obtenidas ilegalmente, sino que se aceptarán si las circunstancias y los intereses así lo exigen. Pero esta no es la única particularidad; también se encuentra la amplia flexibilidad de los Tribunales arbitrales para practicar las pruebas, pudiendo incluso valorar las circunstancias concretas de cada caso, y que se debe a que el Código TAD/CAS/TAS no concreta si ha de ser conforme al *common law* o a la tradición del Derecho civil como se deba ejecutar el procedimiento. Y se ha de prestar gran atención puesto que si elige uno u otro será distinta la función de los árbitros. En este sentido, conviene advertir que predomina el *common law*, de modo que la libertad de las partes para presentar sus pretensiones y pruebas es notable, y es habitual que los árbitros se abstengan de indicar las pruebas y argumentos decisivos.

En cuanto a la prueba testifical, el Tribunal arbitral no prevé en su reglamento nada sobre su preparación, además de que la Corte de Arbitraje está facultada para concretar el modo en que será practicada. Y si bien ello es importante, más aún lo es

saber que las partes pueden proponer las pruebas que consideren oportunas, siempre que sean relevantes y se respete el plazo y la forma. Otros derechos de las partes son ser informadas de las pruebas que las otras partes han propuesto y poder enviar sus observaciones. En cualquier caso, corresponde al Tribunal arbitral dilucidar la admisión de las pruebas. A este último respecto, es muy interesante conocer que el derecho de audiencia de las partes no se conculca cuando la valoración de la prueba ha sido errónea, pero sí podría conculcarlo la no admisión de una prueba por haberse visto privada de esgrimir sus argumentos y de reclamar sus derechos.

Para ir terminando, otras cuestiones a tener en cuenta son que, antes de la prueba testifical, el Presidente del Tribunal arbitral advierte a los peritos o testigos que están obligados a decir la verdad, así como que en caso contrario incurrirían en un delito de perjurio que acarrea pena de prisión de hasta 5 años. Asimismo, corresponde a las partes cerciorarse de que en la audiencia están presentes los peritos y los testigos, lo cual no es nada baladí puesto que si la ausencia concurre la prueba no será tenida en cuenta. Y si las partes han acordado que ya ha sido presentado antes el informe o testimonio de un perito o testigo, el mencionado Presidente podrá exonerar a éstos de asistir a la audiencia. Por lo demás, dicho Presidente también puede decidir que se celebre una audiencia *ad hoc* para el caso de que no hubiera aparecido un testigo propuesto por una parte y que es relevante para el caso. Por último, en la práctica de las pruebas el Tribunal arbitral se basará en las pruebas que le han sido presentadas, sobre todo cuando no planteen problemas<sup>480</sup>.

#### E. El Derecho aplicable al fondo del asunto

El artículo fundamental es el R45 del Código TAD/CAS/TAS. Consagra la *lex voluntatis* como regla general que supone la libre autonomía de las partes para escoger el Derecho sustantivo. Pero puede suceder que dicha libertad no sea ejercida y, por ello, agrega que entonces el Derecho aplicable se determinará en base a los criterios objetivos que prevé. Conviene resaltar que si se da el caso de que carece de validez por ser nulo el acuerdo arbitral del que se ha derivado la elección del Derecho aplicable,

---

<sup>480</sup> Para lo expuesto sobre la práctica de la prueba junto a más detalles enjundiosos, ver: *Ibidem*, pp. 169–172.

dicha elección seguirá siendo válida por ser cuestiones independientes. Asimismo, otra consideración que es imprescindible hacer es que la elección del Derecho aplicable no queda restringida a tener que ser un ordenamiento jurídico estatal concreto sino que perfectamente pueden acordar la aplicación de varias reglas y normas previstas en otros textos normativos; verbigracia, la *lex mercatoria*, principios generales del Derecho, o los Estatutos, Reglamentos y demás regulaciones de las Federaciones deportivas internacionales. Por lo demás, la elección puede realizarse sin ningún problema en pleno desenvolvimiento del procedimiento, así como que se elijan varias normas para aplicar cada una o más a una parte concreta del convenio arbitral (es lo que se denomina fraccionamiento legislativo).

Tras estos apuntes introductorios, es necesario profundizar explicando que la elección puede ejecutarse de dos formas. Por un lado, puede ser expresa por las partes, en cuyo caso el TAD/CAS/TAS la confirmará si satisfacen la racionalidad, seguridad y previsibilidad. En adición, no se puede ignorar que la elección solo se permite respecto a normas sustantivas y nunca de normas de conflicto por implicar un aumento de la complejidad. Eso sí, entre dichas normas sustantivas no solo se encuentran normas específicas de un ordenamiento jurídico, sino que las partes también pueden escoger una jurisprudencia, costumbre jurídica o doctrina concreta. En cualquier caso, la elección ha de aplicarse al concreto conflicto *ratione materiae*. Por lo demás, no se acepta como una elección válida la mera exclusión de un ordenamiento jurídico o norma concreta y, por ende, no se puede entender que las partes se han decantado por unas supuestas normas ajenas a todo Estado. Pero junto a ello la elección está limitada tanto por la comprobación de oficio por el Tribunal arbitral de que se respeta el orden público negativo internacional, como por la posible invocación por dicho Tribunal de las normas de orden público positivo.

Por otro lado, la elección puede ser tácita o mediata con, por ejemplo, una referencia a unas normas arbitrales que se remitan a una designación concreta siempre y cuando contengan normas de conflicto relativas a la concreción de la elección, o una referencia a una corte arbitral, o la actitud concreta y común que las partes tienen en el procedimiento refiriéndose en sus escritos a idéntico ordenamiento jurídico. Esto es, cuando en las circunstancias se aprecia claramente la elección o, mejor dicho, cuando

un precepto concreto de un ordenamiento jurídico identificado es considerado por las partes y, por ello, es fundamental observar las intenciones de éstas. En relación con lo anterior, se ha de tener gran diligencia para no confundir las cuestiones de las que se puede deducir la elección de aquellas de las que no es posible. Entre las primeras, se encuentran el estatus personal común a las partes y los elementos de que el caso se compone (lengua del contrato, domicilio de las partes, objeto del litigio y otros vínculos con concretos Estados). Mientras que dentro de las segundas se incardinan, entre otras, el lugar de residencia y arbitraje, la elección del Derecho para el procedimiento y la nacionalidad de las partes. Pero cabe un grado intermedio, que es el que corresponde a la supuesta intención de las partes puesto que pese a no ser suficiente para considerar que concurre una elección, el Tribunal arbitral la puede tener en cuenta para concretar el ordenamiento jurídico más propicio. Por lo demás, prevalece la elección expresa sobre la tácita en el caso de que ambas concurren a la vez.

Sin embargo, como se ha adelantado, puede ocurrir que las partes no hayan escogido ningún Derecho aplicable, debiendo entrar en juego el Derecho suizo por diversas razones como son tanto la conservación de la coherencia y consistencia como la resolución o eliminación de los problemas que el Derecho internacional privado puede plantear. Pero pese a ello, no se puede descartar la elección tácita y recurrir al Derecho suizo con gran facilidad puesto que éste puede no estar relacionado con el conflicto de ninguna manera. Y en caso de que se recurra al mismo, se ha saber que no tiene por qué implicar la aplicación de una norma específica si no alcanza al conflicto concreto. De ahí que deba ser considerable la diligencia con que ha de analizar antes el caso el Tribunal arbitral para después decidir aplicar o no el Derecho suizo.

Por su parte, otra cuestión nada baladí es que, si las partes lo autorizan, el Tribunal arbitral puede resolver los conflictos decidiendo *ex aequo et bono*, es decir, mediante equidad y no en Derecho. Más concretamente supone que el árbitro decidirá en justicia sin atender ningún precepto jurídico sino a las circunstancias concretas de cada caso. Por eso mismo, el árbitro solo está sujeto a sus consideraciones de índole jurídica acerca de lo que es equitativo o justo en el conflicto de que conoce (siendo imprescindible tener en cuenta principios generales del Derecho privado como el *bona fide* y el *pacta sunt servanda*); el orden público vuelve a aparecer como límite. En este caso, también

pueden considerarse aplicables los principios generales del Derecho. Sin embargo, el resultado final será el mismo o muy parecido al que se lograría con la resolución en base a Derecho. Además, la verdad es que el arbitraje en equidad no es muy habitual en el TAD/CAS/TAS<sup>481</sup>.

#### F. El laudo arbitral

Es el artículo R46 del Código del TAD/CAS/TAS el que dispone las condiciones que todo laudo ha de respetar para que sea válido, así como los efectos que despliegan. Pero antes de entrar plenamente en la explicación del laudo, debemos indicar que es necesario que con anterioridad se produzca la deliberación por parte del Tribunal arbitral. Ello se debe a que así lo exige el derecho de audiencia perteneciente a las partes y a que es requisito del orden público internacional, haciendo que sea necesaria la deliberación en todas las decisiones que sean relevantes. En cuanto al procedimiento de deliberación, los árbitros tienen libertad para concretarlo si no se obstaculiza a ninguno que pueda expresar su opinión. A este respecto, también conviene indicar que en dicha deliberación es fundamental el que los argumentos de las partes sean conocidos por los árbitros y que muestren su conformidad con la decisión. También es importante saber que ante el caso de que en la deliberación un árbitro no participe o que haya rechazado sin justificación votar, el resto de árbitros no ven obstaculizada ni su deliberación ni la emisión del laudo, aunque también pueden optar, si a aquél árbitro se le ha ofrecido la oportunidad de participación en el procedimiento, pedir su sustitución.

Una realidad sobre esta cuestión es que las decisiones se toman por unanimidad en casi todos los casos en que los laudos son emitidos por un Tribunal arbitral integrado por tres miembros. Pero puede ocurrir que quede en minoría un árbitro porque tenga objeciones respecto al laudo o a parte de él, en cuyo caso puede no firmar el laudo. A este respecto, conviene añadir que es sobre todo cuando los árbitros son nombrados por las partes cuando concurren las opiniones disidentes, las cuales ni son parte fundamental del laudo ni son publicadas ni notificadas. Y no se pueden confundir con las opiniones concurrentes en las que el árbitro está conforme, no con la motivación, sino con la parte

---

<sup>481</sup> Para un estudio algo más profundo sobre la cuestión del Derecho aplicable al fondo del asunto, véase: *Ibidem*, pp. 172–178.

dispositiva del laudo<sup>482</sup>.

En cuanto a las condiciones formales del laudo arbitral, se ha de comenzar señalando que su emisión ha de ajustarse al procedimiento y a la forma que las partes hayan acordado; también se ajustarán las diligencias de ordenación procedimental si tienen todas las características de un laudo provisional. Además, deben ser emitidos por la mayoría o por solo el Presidente, la decisión ha de estar fundamentada, y han de realizarse por escrito y haciendo constar la fecha y la firma. Ésta última equivale a las deliberaciones de los árbitros e implica el reconocimiento de éstos de la finalidad del propio laudo. Y, con carácter general, las firmas han de ser las de los árbitros que han tomado parte tanto en las deliberaciones como en la redacción del laudo, aunque puede firmarlos solo el Presidente del Tribunal arbitral o dos co-árbitros si el Presidente no lo hace por estar en minoría. Por lo demás, hay que subrayar que el laudo se puede ejecutar y despliega sus efectos de que su parte dispositiva ha sido notificada. Y si en el laudo no aparece la fecha y/o alguna de las firmas correspondientes no podrá notificarse al incumplir las exigencias formales. En este sentido, las consecuencias serán distintas en función de cuál sea el defecto formal. Y no menos importantes son los requisitos materiales, destacando la exigencia de que la decisión que conste en el laudo ha de estar motivada, excepto que las partes hayan acordado lo contrario. Pero con ello no basta, sino que hay que concretar en qué consiste la motivación: ha de constar la composición del Tribunal arbitral, los datos tanto de las partes como de sus consejeros, los hechos más importantes, las pretensiones de cada parte, un resumen de las alegaciones de cada parte, y una descripción breve del procedimiento, de las conclusiones del Tribunal en torno a la aceptación de la solicitud, de la jurisdicción y del Derecho que al fondo del asunto se ha de aplicar. Pero no solo eso sino que también en el laudo ha de expresarse tanto la motivación concisa de los acuerdos que el Tribunal ha adoptado sobre las pretensiones de las partes, como los argumentos de las partes para cumplir con el derecho de audiencia. En su caso, también se realizarán las correspondientes indicaciones sobre las costas. Para terminar con las condiciones formales, conviene subrayar que el Tribunal arbitral ha de analizar las pretensiones de las partes, lo cual en ningún caso puede consistir en una declaración general de que aquéllas han sido atendidas puesto que el objetivo es que dichas partes puedan saber en qué se

---

<sup>482</sup> Para lo expresado en este comienzo de este epígrafe, ver: *Ibidem*, pp. 178–179.



fundamenta la decisión<sup>483</sup>. Por lo demás, no es causa de nulidad del laudo que adolezca de motivación porque el mentado derecho de audiencia no alcanza a todo los supuestos. Así, la motivación es necesaria para la validez de un laudo, pero si no concurre puede ser devuelto al Tribunal arbitral para que lo motive.

Los apuntes sobre el laudo arbitral no están completos si no se realizan varias referencias sobre sus efectos. Y es muy importante ser conscientes que solo desde que las partes han recibido el laudo entero y fundamentado comienza el plazo de que disponen para reclamar su nulidad. Ahora bien, las partes pueden renunciar a su derecho a recurrir si lo acuerdan y no está en Suiza su residencia habitual, domicilio o sucursal. Por lo demás, desde que es comunicado a las partes es ejecutable y goza del efecto de cosa juzgada. Además, una ventaja del TAD/CAS/TAS es que no existen problemas considerables tanto para reconocer como ejecutar sus laudos debido a que es satisfactorio el funcionamiento de los mecanismos de cumplimiento con que cuentan las Federaciones deportivas. Para terminar, también se ha de saber que el que los laudos emitidos sean definitivos y vinculantes desde que es realizada la notificación no significa que desplieguen el efecto de *stare decisis*. En efecto, los Tribunales arbitrales no tienen la obligación de adoptar la misma decisión que ya adoptaron antes otros árbitros en un asunto muy similar con el mismo objeto, lo cual no obsta a que sí tengan en cuenta dicha jurisprudencia. En éste último sentido, el TAD/CAS/TAS intentará que las soluciones que vaya emitiendo se ajusten lo más posible a la resolución de casos anteriores. Y es que solo de este modo puede constituirse una jurisprudencia capaz de asegurar que el Derecho del deporte internacional goce de certeza jurídica. En otras palabras, los laudos que dicte han de servir para que los organismos deportivos y todos sus integrantes posean expectativas legítimas, siendo necesario para modificar la jurisprudencia aportar pruebas contundentes<sup>484</sup>.

#### **2. 4. 3. El procedimiento de apelación**

---

<sup>483</sup> Una explicación más exhaustiva donde se encuentra lo que hemos resaltado se encuentra en: *Ibidem*, pp. 179–181.

<sup>484</sup> Lo que hemos expuesto sobre los efectos del laudo, así como la exposición más exhaustiva en la que se incardina y en que se hace referencia a otras cuestiones importantes como la renuncia al derecho al recurso de nulidad, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 181–183.

## A. Introducción: admisibilidad y competencia

Al igual que en los dos procedimientos anteriores, también se van a abordar los rasgos principales de la última modalidad de procedimiento ante el TAD/CAS/TAS que es la apelación y, al mismo tiempo, se irán identificando aquellos puntos o cuestiones que son insoslayables de tratar para la mejor protección de los menores con la finalidad de que sea posible después apreciar si el mentado Tribunal arbitral sigue siendo una institución idónea para el deporte practicado por menores.

A modo de introducción, se ha de indicar que si bien la regulación en el Código por el que se regula es muy parecida a la del procedimiento ordinario, evidentemente, posee ciertas particularidades. En efecto, son diferentes los requisitos que se exigen para solicitar un recurso de apelación; proporciona más celeridad al tener que realizarse no más allá de unos plazos concretos todas las etapas del procedimiento; su gratuidad si concurren una circunstancias determinadas; y la no confidencialidad del laudo. En cambio, la característica común es que solo es aceptable la jurisdicción del TAD/CAS/TAS en el caso de que exista un acuerdo arbitral al respecto o una válida cláusula arbitral.

Junto a lo anterior, también es decisiva la siguiente advertencia para que el nombre de este procedimiento no nos confunda. Es decir, que mediante el mismo el TAD/CAS/TAS no se limita a la revisión de la legalidad de la decisión que la Federación deportiva correspondiente haya tomado, sino que igualmente puede analizar tanto los hechos como los fundamentos de derecho. Además, consiste en un procedimiento arbitral de primera instancia independiente, al igual que ocurre en los órganos jurisdiccionales estatales.

Igualmente esencial es conocer que el Código TAD/CAS/TAS, en su artículo 47, exige de forma cumulativa varios requisitos sin los que la demanda no puede ser admitida ni la competencia adquirida por el Tribunal arbitral. Además, éste ha de analizarlos de oficio. Más concretamente, su Secretaría ha de verificar la existencia de una decisión, que ésta contenga elementos del proceso de toma de decisión y que parezca que es definitiva. Y no se puede dejar de advertir que los requisitos para una y

otra cuestión se diferencian notablemente en un aspecto como es que los de admisibilidad no pueden alegarse en un posible posterior recurso del laudo ante el TFS mientras que los de competencia sí son alegables. Pero volviendo a la apelación, en todo caso el TAD/CAS/TAS carecerá de competencia si aún no se han ejercido todos los recursos judiciales previos. E igualmente crucial para la existencia de dicha competencia es conocer en qué consiste la decisión que se ha de aportar ineludiblemente en la solicitud de apelación. La verdad es que no se quiere minar las posibilidades de defensa y, por ello, es un concepto amplio. En este sentido, lo fundamental es el contenido, lo cual implica que solo si la situación jurídica del destinatario o de terceras partes se ve afectada se puede entender que una comunicación es una decisión y, por lo tanto, apelable ante el dicho Tribunal arbitral; más aún si quien resulta afectado es un menor pues las consecuencias serán más contundentes. A este respecto, conviene precisar que dicha afección a la situación jurídica se debe a que la decisión constituye un acto normativo y pone fin a una dilucidación creando o eliminando un derecho. Por ello, una decisión sigue siéndolo a pesar de ser deficiente su motivación. Teniendo en cuenta lo dicho, cabe precisar que una decisión de una Federación deportiva es apelable cuando la posibilidad de que después sea tramitado el litigio queda excluida. Por su parte, la forma de una comunicación no es decisiva para la existencia de una decisión, lo cual no impide la posibilidad de apreciar en ella la intención del órgano que la ha emitido. En adición, la denegación de justicia, que se produce tanto cuando un órgano judicial no ha resuelto un conflicto que le compete en un tiempo aceptable como cuando su resolución es arbitraria o no se ajusta a equidad o Derecho, es otro aspecto clave en la determinación de si una decisión es apelable. En virtud de todo lo expuesto, se concluye que es la índole vinculante y el *animus decidendi* lo que constituye el criterio clave para que se aprecie la existencia de una decisión y, por ende, apelable ante el TAD/CAS/TAS. En otras palabras, cuando el órgano deportivo emisor de la comunicación tiene por objetivo decidir imperativamente un asunto afectando al destinatario. Una última precisión es que también es apelable la ausencia de una decisión puesto que se concibe precisamente como decisión en tanto conlleva la referida afección del estatus jurídico<sup>485</sup>.

---

<sup>485</sup> Para consultar un estudio más exhaustivo de lo expresado en lo que llevamos de esta breve introducción, con tanto ejemplos de decisiones apelables y no apelables como la concreción de casos en que se deniega la justicia, véase: *Ibidem*, pp. 185–190.

Pero aún se han de hacer algunos breves apuntes introductorios más. Así, al igual que en el procedimiento ordinario, en el de apelación también es imprescindible para que el TAD/CAS/TAS se reconozca competente que concurra bien un convenio de arbitraje entre las partes o bien que los reglamentos de una Federación deportiva prevean una cláusula compromisoria válida, así como el análisis de si alcanzan al conflicto concreto. Respecto a éste último, es fundamental que el Tribunal arbitral sea reconocido como una Corte arbitral de apelación por la normativa del organismo deportivo que haya dictado la decisión que quiere apelar.

Por su parte, por lo que al agotamiento de los recursos judiciales internos atañe, constituye una norma fundamental del Derecho procesal internacional debido a que es preferible una solución interna a un complejo proceso internacional y, por ello, si aún quedan por agotar dichos recursos el TAD/CAS/TAS rechaza su apelación. Eso sí, no se puede ignorar que dichos recursos internos son solo los concernientes a aquellas instancias judiciales efectivas y no ilusorias que la Federación deportiva correspondiente prevea en sus reglamentos, y además, los ordinarios. Es decir, no los extraordinarios, como es el caso, por un lado, del recurso discrecional que surge tras ejercer el derecho, pues no es una obligación, que una Federación deportiva reconoce para que el apelante decida acudir o no a una segunda instancia ante otra comisión interna y, por otro lado, la reapertura del procedimiento por el descubrimiento de nuevas circunstancias excepcionales o más pruebas; en ambos casos se puede recurrir a la apelación del TAD/CAS/TAS directamente. En suma, los recursos internos tienen que consistir en posibilidades reales dando un efectivo acceso a un procedimiento definido y específico.

Sin embargo, pese a lo que se acaba de indicar, como quiera que es una condición sobre la competencia del citado Tribunal arbitral, las partes tienen la posibilidad de renunciar a dicha obligación de agotar los recursos previos y, por ende, someterse a aquél directamente. Asimismo, también hay que precisar que dicha obligación no es total, de modo que en algunos casos, como los relativos al dopaje, las Federaciones deportivas pueden prever excepciones en que no se han de agotar recursos internos.

Por último, no sobra hacer saber que el TAD/CAS/TAS, pese a que no se exige

que se analicen de oficio las cuestiones competenciales, por lo general se cerciora de si los recursos previos se han agotado, si las partes lo han objetado o si se aprecia claramente que es prematura la solicitud de apelación. Y la no admisión por aquél de dicha solicitud debido a que la vía judicial previa no ha sido agotada no supone que cuando se agoten no pueda acudir al referido Tribunal arbitral para dirimir el conflicto.

Para dar fin a esta introducción al procedimiento de apelación, conviene tener presente que el artículo R47 de su Código posibilita que una apelación frente a un laudo emitido por el propio TAD/CAS/TAS cuando actúe como un tribunal de primera instancia o, lo que es igual, el laudo que sea fruto de un procedimiento ordinario, puede ser solicitada al mismo en el caso de que la normativa del organismo deportivo o de la Federación deportiva concurrentes prevén la doble instancia de jurisdicción. Pero, a diferencia de lo dicho, si un laudo ha sido emitido en apelación, entonces no cabe que el mentado recurso de apelación sea solicitado<sup>486</sup>.

## B. Solicitud de la apelación y contestación a la demanda

### *i. Cuestiones introductorias sobre la solicitud de apelación*

En primer lugar, por lo que a la solicitud de la apelación atañe, el escrito al respecto da comienzo al procedimiento arbitral ante el TAD/CAS/TAS. Además, desde que termina el plazo para presentarlo junto con el escrito de apelación se cuenta con 10 días para completar aquél. Lo dicho supone que el demandante goza de una garantía procesal, pues primero puede anunciar un arbitraje y después agregar los correspondientes fundamentos jurídicos. Por lo demás, el referido primer escrito ha de ser presentado en la Secretaría del TAD/CAS/TAS, la cual, si cumple los requisitos, remitirá el conflicto a un Tribunal arbitral para que se ocupe del procedimiento. Y hay varias cuestiones que el demandante puede concretar en su solicitud como son la lengua a utilizar, la petición del procedimiento acelerado y la solicitud de la asistencia jurídica gratuita. En cualquier caso, si en dicho momento procesal el acuerdo arbitral nada dice sobre la lengua, el demandante puede expresar su opinión al respecto. También puede

---

<sup>486</sup> Quien desee consultar lo expuesto en esta introducción, así como profundizar en su conocimiento, se recomienda acceder a: *Ibidem*, pp. 190–194.

hacerlo en el escrito de solicitud respecto al Derecho aplicable al fondo del asunto cuando tampoco está previsto en dicho acuerdo. Y si el demandante elabora su escrito de solicitud en alguna de las tres lenguas oficiales se entiende que dicha lengua la está solicitando explícitamente.

Una vez recibida la decisión apelada, se cuenta con 21 días para que el recurso de apelación sea interpuesto, a no ser que otro plazo sea previsto por las asociaciones, Federaciones deportivas o demás organismos deportivos. No es baladí puesto que el arbitraje no tiene lugar si se presenta fuera de plazo el escrito de solicitud de apelación. En caso de que se presente adecuadamente, pasará a ser analizado, junto a la documentación que le acompañe, por la citada Secretaría para verificar el respeto de todos los requisitos. En caso negativo, el demandante tiene 3 o 4 días para que subsane lo que corresponda; si no lo hace, la solicitud será archivada por la Secretaría<sup>487</sup>.

## *ii. Contenido del escrito de solicitud de apelación*

Otra cuestión fundamental del escrito de solicitud de apelación es la concerniente a su contenido. Dicho escrito, respecto al cual las copias a presentar han de ser tantas como partes haya junto con las de los árbitros y la del TAD/CAS/TAS, estará formado, primero, por el nombre y la dirección completa del demandado. Sin poder ser exhaustivos, al menos ahora se ha de expresar que sin dichos datos el demandado no podría recibir las notificaciones y comunicaciones. En este sentido, además de identificarlo correctamente, asegura la celeridad y eficacia en el intercambio de la correspondencia; de ahí que no sean prescindibles la dirección postal y de correo electrónico, ni los números de fax y teléfono. Así pues, como quiera que es una condición preliminar, el conflicto se queda sin resolver si el demandante no identifica al demandado, salvo que la pretensión de revocar una resolución concrete claramente el objeto litigioso, es decir, la ilegalidad o validez de la resolución apelada. La apelación también se rechaza si el demandante no puede identificar al demandado y no se subsana en los tiempos previstos. Por lo demás, una particularidad a tener en cuenta es que no puede ser la única parte demandada una Federación deportiva que simplemente ha

---

<sup>487</sup> Más información sobre estos apuntes iniciales sobre la solicitud de apelación en: *Ibidem*, pp. 195 y 196.

actuado como una Corte arbitral al emitir una resolución dirigida solo contra dicha Federación en los frecuentes escritos de solicitud de apelación que al respecto se interponen. De este modo, se ha de demandar a la contraparte que en este momento tenga el demandante de apelación en el procedimiento de instancias inferiores. En cuanto al demandante, conviene apuntar que con el escrito de solicitud ha de entregar el apoderamiento de su abogado con el que ha decidido asistirse.

Conviene profundizar indicando que mientras la Secretaría del TAD/CAS/TAS analiza la legitimación activa de quien solicita la apelación, en cambio, la legitimación pasiva se aprecia en aquellos que en el conflicto tienen interés. En adición, existe un punto en común en ambas legitimaciones como es que el TFS ha indicado que se refieren al fondo del asunto y, por ende, la solicitud de apelación es rechazada, pero no inadmitida, si son incumplidas. Así, la valoración a realizar después por el Tribunal arbitral sobre la legitimidad de las partes no puede verse sustituida por el control del comienzo por parte de la mentada Secretaría. Para terminar, para que no surja ningún problema se ha de advertir que a veces se complica que las partes sean identificadas desde el comienzo del procedimiento como, por ejemplo, en la dependencia del fondo del asunto el que la FIFA pueda ser designada demandada por el propio demandante en apelación cuando de un conflicto de traspaso de un jugador de fútbol se trata<sup>488</sup>.

Junto a lo anterior, el escrito que ahora nos ocupa también ha de contener otras cuestiones. Es el caso de una copia de la resolución frente a la que se interpone la apelación, cuyo objetivo es doble al posibilitar que pueda cerciorarse la Secretaría del TAD/CAS/TAS, por un lado, de que es una auténtica decisión de una asociación, federación u organismo deportivo y, por otro lado, de que el demandado fue parte en el

---

<sup>488</sup> Lo expuesto sobre la identificación del demandado, así como otros apuntes de gran interés al respecto como, primero, que están legitimadas las Federaciones deportivas nacionales para interponer un recurso de apelación ante el TAD/CAS/TAS si una resolución ha sido emitida por un organismo interno que es inferior, los recursos y procedimientos internos se han intentado, y es definitiva la mentada resolución. Segundo, que mientras que están legitimados activamente los miembros de una Federación deportiva para recurrir una resolución de ésta última, por su parte, la legitimación pasiva solo corresponde a mentada Federación, siendo las decisiones definitivas de los organismos de la Federación el objeto de la apelación. Es por ello que una resolución emitida por una corte arbitral que es independiente, que no es una Federación, no es recurrible ante el TAD/CAS/TAS. Y tercero, una explicación del último apunte sobre la complejidad de la identificación donde se indica que si la FIFA no regula quién tiene legitimidad pasiva cuando se hace frente a una resolución de un árbitro único de dicha Federación, será conforme al artículo 75 del Código Civil de Suiza como se aclare siendo la demandada la propia FIFA. Todo ello en: *Ibidem*, pp. 196–200.

procedimiento inicial. Y gracias a la fecha de dicha copia también podrá la Secretaría atisbar si el escrito ha sido presentado en plazo. En relación con ello, se ha de agregar que al TAD/CAS/TAS le alcanza la mentada ocupación de aportar la copia debido a que la resolución apelada es un acto normativo que suspende o reconoce un derecho tras estudiar el caso concreto los órganos deportivos competentes. Lo cual no significa que se deba adjuntar el expediente completo; solo la copia de la resolución. Y se ha de tener muy claro que es en la concreta resolución identificada y adjuntada en el escrito en la que se individualiza el objeto de la apelación ante el TAD/CAS/TAS. Por lo demás, la resolución ha de presentarse en español, inglés o francés, o en otro idioma pero con la aportación por el demandante de una traducción jurada en alguno de los mentados tres idiomas.

Por lo demás, en el escrito se han de poder leer también las pretensiones del demandante, así como su reclamación. Si lo estima oportuno, puede modificar todo ello dentro de 10 días desde la presentación del escrito. Igualmente, si en el acuerdo arbitral no se ha estipulado un solo árbitro, el demandante ha de proponer el árbitro que haya elegido de la lista del TAD/CAS/TAS. Una posible quinta cuestión que el escrito puede incluir es la solicitud de suspensión provisional de la resolución por parte del demandante si justifica que si no se suspende existe un gran riesgo de sufrir un daño irreparable, que es posible que el litigio tenga éxito, y la concurrencia de equilibrio en los intereses entre la parte a la que se reconoce la mentada suspensión y el resto de las partes. Y si la solicitud de la suspensión se realiza después de presentado el escrito, el solicitante ha de fundamentar la tardanza. Por su parte, a diferencia de lo anterior, no es potestativo sino imperativo que se adjunte en el escrito la copia de la cláusula compromisoria o del acuerdo arbitral, y es que se trata de un elemento clave a examinar de inmediato por la Secretaría del TAD/CAS/TAS para iniciar o rechazar el procedimiento. Para terminar, otro requisito formal a cumplir con la presentación del escrito es el abono de las tasas administrativas, es decir, 1000 francos suizos; el demandante ha de aportar una copia del justificante de pago. Si no se realiza el pago, el procedimiento no comenzará. Y conviene advertir que se abonan a fondo perdido, así como que se tienen en cuenta cuando los costes del arbitraje son calculados<sup>489</sup>.

---

<sup>489</sup> Para consultar el resto de cuestiones que han de integrar y las que pueden completar el escrito de solicitud de apelación, con la posibilidad de profundizar en su estudio por describirse con más detalles, conviene consultar: *Ibidem*, pp. 200–202.



### *iii. Plazo de presentación del escrito de solicitud de apelación*

No cabe duda de que tener en cuenta los plazos concernientes al escrito que se está haciendo referencia son fundamentales para que produzca los efectos que se desean. Así, no se puede desconocer el artículo R49 del Código TAD/CAS/TAS por prever un plazo general y, al mismo tiempo, subsidiario cuando la normativa de las Federaciones deportivas internacionales y demás organismos deportivos o el acuerdo arbitral de las partes no determinan plazo alguno. Pero pese a lo dicho, es habitual que bastantes Federaciones y organismos deportivos (FIFA, AMA, Federación Internacional de Volleyball) fijen el mismo plazo que el TAD/CAS/TAS, es decir, 21 días. En cambio, una cuestión que difiere más es la forma en que se ha de realizar el cómputo. Por lo demás, es la Secretaría citada quien recibe los escritos de solicitud para después asignarlos a un Consejero del propio TAD/CAS/TAS. Y si el escrito no se presenta dentro del plazo establecido, el Presidente de la Cámara otorga unos días para que el demandante explique el retraso.

Igualmente, se ha de subrayar que la cuestión de los plazos puede dar lugar al surgimiento de diversos problemas relativos al cómputo y a su naturaleza jurídica. Para evitar perjuicios, se ha de expresar que el artículo R32 del Código TAD/CAS/TAS dispone que es en el día posterior al recibo de la notificación de dicha institución arbitral cuando comienza el plazo. Y el artículo R49 precisa para la apelación que el plazo se inicia cuando la resolución frente a la que se apela se recibe, es decir, también cuando la notificación se recibe. Por su parte, el día de vencimiento es fijado por el mentado artículo R32 al prever que antes de la medianoche del último día en que el plazo venza han de realizarse las comunicaciones. Por lo que atañe a las fiestas oficiales y días no laborales, se computan, excepto si coinciden con el día de vencimiento, pasando éste al día laboral siguiente. Pero puede ocurrir que las Federaciones deportivas nada prevean en sus normativas sobre el cómputo, en cuyo caso el TAD/CAS/TAS interpretará los plazos en garantía de la seguridad jurídica y, además, puede llegar a aplicarse el Derecho suizo. Por lo demás, en el caso de que una Federación deportiva regule que solo la parte dispositiva de la resolución se ha de publicar y, al mismo tiempo, las partes pueden pedir en los diez días siguientes los fundamentos jurídicos, el plazo de la apelación se iniciará tras dichos días. Y si no hacen la referida petición, la

resolución se convierte en definitiva y vinculante no siendo posible la apelación.

Si lo anterior es muy importante, también es trascendental saber y tener en cuenta que el incumplimiento de los plazos acarrea graves consecuencias. En efecto, al poseer el plazo una naturaleza preclusiva, si el demandante no lo respeta ya no tiene derecho a solicitar la apelación. Para el TFS también acarrea la mentada caducidad de modo que posteriormente no puede ser controlado por los órganos jurisdiccionales el conflicto. Y no es posible que una ampliación del plazo sea acordada por las partes debido a que los intereses y derechos de terceros pueden perjudicarse y, en consecuencia, la seguridad jurídica puede mermarse.

Ahora bien, también es posible que aunque haya finalizado el plazo el mismo pueda reanudarse cuando concurren circunstancias excepcionales como son las causas que no dependen de la voluntad del demandante y por las cuales no pudo cumplir el plazo. El demandante deberá aportar las pruebas que lo demuestren con la solicitud de reanudación, la cual solo puede presentarse si han desaparecido las causas. Pero también puede solicitarse por otros motivos; por ejemplo, cuando ante un órgano jurisdiccional estatal sin competencia se ha presentado una demanda. A todo ello resulta oportuno agregar que también puede darse una cuestión parecida como es la solicitud para que el plazo sea ampliado cuando ante la instancia previa se reconsidere el conflicto tras solicitarlo el demandante. Y es que cuando éste solicite la reconsideración el plazo de solicitud de apelación no queda afectado. Tampoco se restaura el plazo de prescripción si la Federación deportiva rechaza reconsiderar su resolución. Por su parte, en el caso de que el perjudicado haya solicitado la reconsideración respecto a una resolución incompleta, ésta no se tiene en cuenta comenzando el plazo de apelación cuando la resolución definitiva sea notificada.

Para terminar con lo concerniente al plazo, resulta positivo saber que, por tener prioridad, ni el artículo R49 del Código TAD/CAS/TAS ni las regulaciones de las Federaciones deportivas internacionales colisionan con el artículo 75 del Código Civil Suizo que fija en 30 días desde que el perjudicado conoció la resolución el plazo obligatorio y subsidiario para que la apelación frente a una decisión de una Federación deportiva o asociación sea solicitada. Y conviene también advertir que no supone una

violación del orden público el plazo de 21 días para presentar el escrito de solicitud de la apelación más los 10 días adicionales para el escrito de apelación y, por ende, no se puede interponer un recurso para que el laudo se anule<sup>490</sup>.

#### *iv. El escrito de apelación*

Al igual que se acaba de expresar, en lo que sigue también los menores que concurren en un conflicto habrán de ser asistidos para que todo lo concerniente al escrito de apelación se realice satisfactoriamente. Dicho esto, sobre el mentado escrito de apelación se debe comenzar indicando que no podemos confundirlo con el escrito de solicitud de la apelación, pues aquél es realmente el escrito de demanda y en el que el demandante expresará todos los hechos, los fundamentos jurídicos, la solicitud de la compensación correspondiente por los daños que la resolución apelada ha causado, y añadirá los documentos y demás pruebas relevantes. En cuanto a los fundamentos jurídicos, más concretamente han de alcanzar a la jurisdicción del TAD/CAS/TAS, a la admisibilidad de la apelación y a la defensa de sus pretensiones para ser compensado. En adición, las partes no solo cuentan con el derecho a proponer pruebas testificales y periciales, sino también a conocer las pruebas que las demás partes han propuesto y a expresar su parecer al respecto. En cuanto a las pruebas periciales, conviene indicar que están íntimamente relacionadas con el derecho de audiencia debido a que suelen basar su defensa en ellas. En cualquier caso, será el Tribunal arbitral quien admita o no cada una de las pruebas propuestas, lo cual no evita que pueda conculcar el derecho de audiencia si no tiene en cuenta una alegación un hecho. También incurrirán en una transgresión del Derecho con consecuencias perniciosas los peritos, testigos traductores o intérpretes que mientan, es decir, que perpetren el perjurio previsto en el Código Penal de Suiza.

Por lo demás, también puede el demandante pedir en el escrito de apelación tanto que la otra parte aporte los documentos y pruebas trascendentes que posea, como que la Federación deportiva emisora de la resolución recurrida envíe al TAD/CAS/TAS las reglas aplicables y demás documentación de interés. También, si el demandado ha

---

<sup>490</sup> Lo expuesto sobre los plazos, junto a una mayor información, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 202–208.

aportado su contestación a la demanda ya no puede cambiar la pretensión procesal, excepto que las partes lo acuerden y el Presidente del Tribunal arbitral lo permita por apreciar circunstancias excepcionales. Y si bien lo dicho es importante, también lo es que es de 10 días el plazo que el demandante tiene para presentar el escrito de apelación; un plazo que comienza cuando han transcurrido los 21 días del plazo para presentar el escrito de solicitud de apelación. Además, el demandado ha de indicar claramente a la Secretaría a la que se está haciendo referencia si es un escrito de apelaciones definitivo su escrito de solicitud de apelación, pues si no lo hace se acepta que el recurso de apelación ha sido retirado por el demandante si no presenta en plazo el escrito de apelación. Por último, por vincular a las partes, se puede interponer ante el TFS un recurso de anulación de la orden que concluya el procedimiento de apelación si concurren los motivos que la legislación suiza prevé<sup>491</sup>.

#### *v. La contestación a la demanda*

Una vez expuesto todo sobre la solicitud de apelación, es el momento de realizar unos breves apuntes sobre la cuestión que en el epígrafe se ha indicado. Así, una vez que el demandado recibe el escrito de apelación tiene 20 días para presentar su contestación a la demanda y sea tenida en cuenta. Ahora bien, el plazo puede ampliarse en algunos casos como son, por un lado, que el Presidente del Tribunal arbitral o la Secretaría General añadan máximo 10 días más o, por otro lado, que se solicite que el plazo comience cuando el demandante abone los costes arbitrales, evitando así demandas abusivas para el demandado. Sabido lo anterior, también es crucial contar bien el plazo, esto es, comienza el día posterior en que se ha recibido la notificación del TAD/CAS/TAS con el escrito de apelación. Por su parte, el demandado no puede contestar a la demanda más allá de las 0:00 horas del día de finalización del plazo; ha de ser antes de la hora indicada. Y si dicho último día es fiesta oficial o día no laboral en el país del demandado, el plazo termina en el siguiente día laboral. Por lo demás, todo lo dicho también se aplica tanto cuando el demandado desea que un tercero sea parte como cuando es el propio tercero el que quiere convertirse en parte. No se puede desconocer que el contenido de la contestación a la demanda, al ser igual que el del escrito de

---

<sup>491</sup> Para más información sobre el escrito de apelación, véase: *Ibidem*, pp. 208–210.

apelación, ha de incluir nombre, dirección y todos los datos para contactar con el demandado, expresar su parecer sobre la lengua de procedimiento, esgrimir los Fundamentos de hecho y de Derecho, hacer saber si tiene objeciones respecto a la jurisdicción y competencia del TAD/CAS/TAS, y aportar sus pruebas. Por lo demás, la contestación ha de ser enviada por correo ordinario por correo certificado, y con tantas copias como partes y árbitros haya, más otra para la mentada Secretaría del TAD/CAS/TAS. Además, ésta no consulta sobre el Derecho aplicable al fondo del asunto a las partes, como sí ocurre en el procedimiento ordinario. La razón es que en la apelación se suele aplicar la regulación de la Federación deportiva que emitió la resolución de la que ha surgido el conflicto. Por último, el demandado tampoco puede presentar una reconversión y, por ello, tiene la opción de pedir al TAD/CAS/TAS un procedimiento de apelación nuevo<sup>492</sup>.

### C. Formación del Tribunal arbitral

Tras la solicitud de apelación y de la contestación a la demanda, en su caso, tiene lugar la formación del Tribunal arbitral. Como quiera que el Código TAD/CAS/TAS apuesta por la autonomía de la voluntad de las partes, los Tribunales en apelación pueden integrarse de uno o tres árbitros. Si es uno, que proporciona mayor celeridad y ahorra costes, puede ser acordado tanto antes de que exista algún conflicto en el acuerdo arbitral como tras surgir un conflicto. En defecto de acuerdo, el Presidente de la Cámara tiene que justificar su elección de designar un árbitro, pudiendo las partes expresar objeciones. Y se ha de precisar que no se debe confundir lo dicho con otro acuerdo diferente como es el que versa sobre una persona concreta para que sea el único árbitro. Pese a todo, lo más habitual es que sean tres, sobre todo si ninguna objeción ha sido alegada por las partes, excepto si se acuerda que sea uno por el Presidente del Tribunal o por las partes. Si finalmente son 3, tanto el demandante como el demandado propondrán su árbitro; aquél en el escrito de solicitud de apelación y éste tiene diez días desde que ha recibido dicho escrito para hacerlo. Dicha designación tiene tanta importancia que si el demandante no la hace su referido escrito no estará completo pudiendo subsanarlo en tres o cuatro días. Y si tampoco lo hace, entonces finaliza la tramitación del

---

<sup>492</sup> Ver: *Ibidem*, pp. 210 y 211.

procedimiento al considerarse que el demandante ha retirado la apelación. Por su parte, si es el demandado quien no designa árbitro o no ha pagado los costes que le corresponden (en este último caso, el demandante puede pedir que sea con solo un árbitro como se desenvuelva y resuelva el procedimiento), el árbitro será designado por el Presidente de la Cámara.

Junto a lo anterior, se ha realizar una advertencia consistente en que si el TAD/CAS/TAS comete el error de desatender el acuerdo de las partes sobre el número de árbitros, las partes no han de dejar pasar tiempo teniendo que presentar sus objeciones inmediatamente, pues, en caso contrario, no tienen después la posibilidad de alegarlo en un recurso de nulidad contra el laudo. Lo mismo les ocurrirá si tampoco en el momento de la designación o en el procedimiento arbitral hacen saber sus objeciones acerca de la jurisdicción del árbitro único. En cuanto a la imparcialidad y a la recusación, se ha de tener en cuenta las condiciones que son comunes a ambos procedimientos. En concreto, en la recusación también es clave la mentada autonomía de la voluntad y, por ello, cualquier parte puede recusar un árbitro si estima que carece de imparcialidad e independencia. Para terminar, aunque no es objeto de demanda junto al laudo definitivo, en cambio, un recurso de nulidad independiente sí puede ser interpuesto contra la resolución del TAD/CAS/TAS acerca de la cantidad de árbitros<sup>493</sup>.

#### D. La conciliación previa y la audiencia

Una vez formado el Tribunal arbitral, el procedimiento se dirige a la resolución del conflicto, siendo una opción que se logre con una conciliación como fruto del intento por parte solo del Presidente del mentado Tribunal; a diferencia del procedimiento ordinario, el Presidente de la Cámara no puede intentarlo aquí. De este modo, los árbitros, en cualquier momento del procedimiento y aunque lo más apropiado es que sea en la audiencia, pueden detectar una posibilidad para que un acuerdo sea alcanzado por las partes. Si dicha dicha posibilidad de conciliación es identificada, permitirá conversar a las partes para que realicen una propuesta de acuerdo. De estar

---

<sup>493</sup> Lo expuesto sobre la formación del Tribunal arbitral, así como un estudio más exhaustivo donde se profundiza con otras cuestiones como la designación de árbitros en caso de litisconsorcio pasivo o las diferentes recusaciones, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 211–213.

conformes las partes, los pormenores del acuerdo de conciliación constarán en el laudo dictado por el Tribunal arbitral. Y conviene remarcar que dicho Tribunal también se verificará que ni el orden público ni las reglas de *ius cogens* aplicables resultan conculcados por el referido acuerdo. Así, si éste le parece correcto al Tribunal arbitral, dictará un laudo conciliatorio llegando a su fin el arbitraje sobre la cuestión ya conciliada<sup>494</sup>.

Como se ha podido observar con lo anterior, no es imperativa la celebración de una audiencia en el procedimiento de apelación. Pero pese a ello, resulta extraño que la misma no tenga lugar. Y es que no solo las partes sino también el Tribunal arbitral tienen razones para ello como son, entre otras, escuchar a los peritos y testigos, interrogar a las partes y advertir de los defectos procesales. En relación con ello, conviene saber que el Tribunal arbitral tiene un amplio margen de actuación puesto que lo mismo puede decidir, por un lado, que se celebre aunque ninguna parte se haya mostrado partidaria de ello pero estima que es imprescindible para que el derecho de audiencia de las partes esté garantizado o, por otro lado, consultando antes a las partes, rechazar su celebración si considera que ya tiene información suficiente. En este sentido, se ha de agregar que si las partes no expresan que están a favor de su celebración o si el Tribunal la considera inadecuada tanto por inexistir peritos y testigos como por carecer de preguntas, es probable que finalmente la audiencia no acontezca. Tampoco se celebrará cuando así lo decida el Tribunal arbitral aunque alguna parte lo haya solicitado, en cuyo caso aquél no está obligado a explicar los pormenores de su decisión. A este respecto, se ha de subrayar que el derecho de las partes a ser oídas (expresar antes del laudo sus argumentos de hecho y de Derecho, para lo cual es imprescindible acceder al expediente) no se viola en todo caso con la no celebración de la audiencia.

Por su parte, en caso de que sí se celebre, por no ser un proceso estatal, será de manera privada si las partes no acuerdan que sea pública. Empero, si solicita la publicidad una parte llamaría negativamente la atención que fuera privada. En cualquier

---

<sup>494</sup> Para un mayor conocimiento sobre la conciliación previa, con la explicación de las particularidades y complejidades que plantean los asuntos disciplinarios y de dopaje en los que se puede poner en tela de juicio la igualdad de trato y la armonización al eludirse la normativa común, acceder a: *Ibidem*, pp. 214 y 215.

caso, no se elabora ningún acta, y si el Tribunal decide enviar a las partes una transcripción tiene que consultárselo antes por sus elevados costes. Ahora bien, la grabación de las audiencias no es potestativa; sí lo es, en cambio, el que una parte quiera escuchar la grabación, para lo cual ha de solicitar al TAD/CAS/TAS una copia y alegar un motivo suficiente como es su pretensión de interponer frente al laudo final un recurso de nulidad. Otra cuestión que se ha de tener en cuenta es la de la fecha de la audiencia. Se concretará lo antes posible, incluso aunque aún se esté en el procedimiento escrito. Cuando se concreté, será notificada a las partes dentro de un tiempo aceptable.

Una vez que la audiencia ha comenzado, de su correcto desarrollo y del cumplimiento de los plazos es responsable el Presidente del Tribunal arbitral. Por ello, puede intervenir si concurren determinadas circunstancias como cuando no es aceptable la conducta de las partes, peritos y testigos; cuando todos los mencionados no respetan los plazos; cuando insisten en los testimonios y/o alegaciones; o cuando entre una parte y sus testigos hay interacción. Pero no finaliza en lo dicho su responsabilidad sino que también ha de supervisar que el comportamiento de sus co-árbitros es aceptable. Por lo demás, también le corresponde decidir al Tribunal arbitral a lo largo de la audiencia, consultando antes a las partes, si, para que un testigo en su interrogación no se vea influenciado por el testimonio de otros testigos, éstos han de salir de la sala de audiencias. Tampoco podrá soslayar decidir si autoriza o no que la audiencia se desarrolle mediante videoconferencia, la cual es beneficiosa sobre todo cuando los peritos y testigos viven lejos, por reducir los costes, por ser más rápido, por no mermar la confidencialidad y por no perjudicar el testimonio. Y aunque sea hoy ya residual su uso por la videoconferencia (prácticamente total tras la enfermedad por coronavirus COVID-19) y por las circunstancias para las que está pensada, también posible una conferencia con teléfono.

Evidentemente, no se podían dejar sin mencionar las 11 fases de que la audiencia se compone. Así, en primer lugar acontece la apertura de la audiencia durante 15 minutos, para después pasar tanto al alegato inicial del demandante como al del demandado que durarán otros 15 minutos cada uno. Tras ello, se practica la prueba testifical, donde el interrogatorio directo solo dura 5 minutos si en el expediente consta por escrito la declaración testifical. Además, primero intervendrán los testigos del



demandante y luego los del demandado. Y en cuanto al interrogatorio de los testigos, el orden será la parte que propuso al testigo, la contraparte, la réplica de la parte que acabamos de indicar, y el Tribunal arbitral. Una vez practicada esta prueba, se practica otra como es la pericial que se rige por las mismas normas. A continuación, a lo largo de 25 minutos más otros 5 para repreguntas se desarrolla el interrogatorio de las partes, con el cual, una vez finalizado, se entra en la parte final del proceso. En efecto, el demandante y el demandado realizan sus propios alegatos finales, teniendo 45 minutos cada uno. Y, en penúltimo lugar, también hay 15 minutos para que, si es necesaria, el demandante realice su impugnación, y otros 15, también si es necesaria, para que el demandado realice su re-impugnación. De este modo es como se llega al final de la audiencia.

Para terminar con la audiencia, debemos agregar unos breves apuntes más. Así, que es posible que la audiencia acontezca aún en el caso de rebeldía por faltar alguna parte o testigo, siempre y cuando a las partes le hayan notificado la fecha de la audiencia y que el Tribunal arbitral compruebe su correcta citación. De este modo, no es imperativo el conocimiento de las pretensiones y alegaciones de la contraparte por parte de quien esté en rebeldía. Tampoco tiene derecho a pedir que el procedimiento se repita. En cuanto al laudo, seguirá conservando el mismo reconocimiento y se ejecutará del mismo modo que todos los laudos emitidos en un procedimiento adversarial. Por último, con el fin de la audiencia ninguna prueba más puede ser pedida, excepto si el Tribunal arbitral lo permite. Éste, además, puede requerir a las partes unas conclusiones orales, o invitarlas a que sobre un documento entregado en la audiencia viertan sus comentarios<sup>495</sup>.

#### E. El Derecho aplicable al fondo del asunto

Además de apreciarse desde el primer momento sin necesidad de fijarse demasiado, no se puede dudar de que la cuestión que en este punto vamos a estudiar es trascendental, decisiva, para la resolución de un conflicto y, por tanto, para los intereses y derechos de las partes, pero sobre todo cuando son menores.

---

<sup>495</sup> Una genial exposición de la audiencia de la que se ha extraído lo más fundamental para el presente estudio, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 215–218.

Advertido lo anterior, en cuanto a la referida cuestión, el conflicto de que conozca el TAD/CAS/TAS en el procedimiento de apelación será resuelto aplicando, en primer lugar, el Derecho que resulte aplicable. Pero puede ocurrir que éste no concurra, en cuyo caso habrá que aplicar el Derecho que las partes hayan escogido. Si esta elección tampoco existe, entonces se ha de acudir a la legislación del Estado en que la Federación, asociación u organismo deportivo cuya resolución ha sido apelada tenga su domicilio. O, por último, con aquellas normas jurídicas que sean estimadas apropiadas por el Tribunal arbitral, a lo cual agregará su fundamentación. Todo lo dicho debe ser precisado haciendo saber que en la apelación, a diferencia del procedimiento ordinario, con carácter general el TAD/CAS/TAS no puede actuar *ex aequo et bono*.

Pues bien, el objetivo de las próximas páginas es describir cada uno de los criterios del Derecho aplicable indicados.

#### *i. Elección de las partes*

En cuanto a la elección por las partes del Derecho aplicable, no implica necesariamente que tenga que ser un concreto ordenamiento jurídico estatal, sino que pueden ser normas jurídicas ajenas a todo Estado. En efecto, las partes pueden elegir que se apliquen los principios generales del Derecho, la *lex sportiva*, la *lex mercatoria* y/o los Estatutos y Reglamentos de las Federaciones deportivas. Asimismo, otra posibilidad con que cuentan las partes es la de aplicar a distintas partes del contrato diversas normas.

Igualmente imprescindible es saber que la elección puede llevarse a cabo de dos formas. Por un lado, puede ser tácita bastando, por ejemplo, que a una institución arbitral o a unas normas arbitrales sobre determinación del Derecho aplicable se les haya hecho referencia, o que unas reglas de un identificable ordenamiento jurídico hayan sido incorporadas al contrato. En suma, la elección es tácita cuando de las circunstancias del conflicto puede ser evidente. Además, nada obsta a que pueda tener lugar incluso en el desarrollo del procedimiento arbitral. De todo lo dicho se puede deducir que, cuando la elección automática de un concreto Derecho aplicable no se

produce como consecuencia del lugar del arbitraje, del lugar de residencia, de la nacionalidad de las partes o del Derecho procesal escogido, no se exige ninguna formalidad, pues la actitud de las partes, es decir, su referencia a idénticas reglas es suficiente. Y, viceversa, la indicada elección tácita se puede producir si el status personal de las partes es el mismo.

Ahora bien, una cosa muy distinta de lo anterior es la mera hipotética intención de las partes, la cual no constituye ninguna elección. Aún así, el Tribunal arbitral puede tenerla presente para la concreción final del Derecho aplicable. Y es que solo si en los actos concluyentes de las partes se aprecia lo acordado sobre la ley aplicable al celebrar el vínculo contractual que ha dado lugar al conflicto, para el Tribunal arbitral serán equiparables la conducta de las partes y la elección tácita. Por lo demás, otra precisión relevante en el mismo sentido es que, salvo alguna excepción relativa a la FIFA, tampoco se puede considerar una elección tácita la sola elección del Código TAD/CAS/TAS; en efecto, éste no constituye Derecho sustantivo. En cambio, sí se ha de aceptar que se ha elegido tácitamente el Derecho aplicable cuando existe una referencia a un reglamento arbitral que, además, contenga previsiones de Derecho internacional privado sobre el mentado Derecho aplicable. Pero se ha de advertir que si la mentada elección tácita mediante referencia concurre en el mismo acuerdo arbitral con una elección expresa, aunque desplieguen iguales efectos, será ésta la que prevalezca. Junto al anterior, otro caso en que también se acepta que existe elección tácita es cuando las partes son clubes o deportistas profesionales pertenecientes a una Federación deportiva internacional, puesto que se han comprometido a respetar la regulación de su Federación deportiva nacional, la cual, como es muy bien sabido, está sometida a la regulación de la correspondiente Federación deportiva internacional. Así, el TAD/CAS/TAS aplicará el ordenamiento jurídico del Estado en que tenga su domicilio la asociación, federación u organismo deportivo que emitió la resolución apelada. Y no está de más añadir que lo mismo sucede cuando el conflicto versa sobre dopaje y los análisis se han obtenido a lo largo del desarrollo de un evento deportivo internacional.

En cualquier caso, cuando se tenga certidumbre sobre la voluntad real de las partes, el Tribunal arbitral aplicará el Derecho que tácitamente ha sido elegido, siendo

indiferentes tanto los motivos de las partes como si es o no la elección más apropiada. Y esto se ha de tener muy en cuenta para cuando extrapolemos esto a los conflictos sobre menores debido a que es un gran defecto que consiste, dicho de otra forma, en que ni en el caso de que estime que es incompleto e incluso injusto el Derecho que las partes han elegido puede dicho Tribunal descartar su aplicación, salvo que se transgreda el orden público nacional e internacional de Suiza y del ámbito de aplicación por razón de materia<sup>496</sup>.

Por otro lado, la elección también puede hacerse expresamente, en cuyo caso una cláusula del acuerdo arbitral es aplicada de inmediato por el Tribunal arbitral. Por eso mismo resulta bastante más sencilla. Y puede ocurrir, aunque en sea en contadas ocasiones, que en virtud de una cláusula incluida en un contrato se aplique un concreto ordenamiento jurídico estatal en los arbitrajes del TAD/CAS/TAS. Además, puede perfectamente producirse a lo largo del procedimiento la elección de éste ordenamiento jurídico estatal si el Tribunal arbitral aprecia puntos de conexión con el ordenamiento elegido por las partes. Pero los citados no son los únicos casos que pueden darse. También en un contrato laboral suscrito entre las partes puede preverse la aplicación del Derecho de un Estado. Asimismo, conviene hacer saber que es habitual considerar que existe elección expresa cuando se ha elegido un forum como puede ser, por ejemplo, la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA. Por lo demás, nada obsta a que un Derecho de un Estado se aplique solo a una cuestión del conflicto. Ahora bien, la elección puede complicarse si no puede identificarse el Derecho extranjero a aplicar, teniendo que aplicar la *lex sportiva* y el Derecho suizo el Tribunal arbitral<sup>497</sup>.

Una vez que se conocen ambas formas en que las partes pueden elegir el Derecho a aplicar al fondo del asunto, otra particularidad que se ha de tener muy en cuenta es que la voluntad presente en ellas no es absoluta ni mucho menos. En efecto, un primer límite es la exclusión del alcance de la elección de las normas de conflicto de un Derecho estatal, pudiéndose solo elegirse las normas sustantivas de éste para evitar

---

<sup>496</sup> El estudio de todo cuanto llevamos expuesto desde el inicio de este epígrafe acerca del Derecho aplicable al fondo del asunto, se puede profundizar en: *Ibidem*, pp. 218–221.

<sup>497</sup> Para no perder el hilo de la explicación, se indica que algo más de información sobre lo expuesto acerca de la elección expresa puede conseguirse en: *Ibidem*, p. 221.

complejidades<sup>498</sup>. Y no se debe confundir lo dicho con otro supuesto como es el de la exclusión de un Derecho estatal, la cual, por lo demás, no constituye una elección válida y, por ende, no se puede entender que las partes pretenden aplicar en su lugar una normativa para-nacional. Lo mismo se ha de decir en el caso de inexistencia de elección de algún Derecho. Un segundo límite es que el Derecho elegido no se pueda aplicar *ratione personae* o *materiae*, es decir, por no ser importante para que un conflicto sea resuelto o no le alcanza. Por último, el respeto del orden público suizo nacional e internacional es el tercer límite; si se transgrede, ha de rechazarse la elección<sup>499</sup>.

## *ii. Normas deportivas vinculadas con el conflicto*

En esta ocasión, no se va a centrar la exposición en el Derecho de las Federaciones deportivas, asociaciones y demás órganos deportivos que el TAD/CAS/TAS a veces aplica tras elección de las partes, sino también, por el principio de conexión más próxima, al ordenamiento jurídico del Estado en que todos los órganos citados tengan su domicilio y cuya resolución está siendo apelada. Si dicho ordenamiento no se pudiera aplicar conllevaría un escenario nada aceptable por su inconveniencia en el que las Federaciones deportivas internacionales tuvieran que aplicar o tener en cuenta el ordenamiento de cada uno de sus miembros produciéndose, en consecuencia, un trato diferente entre ellos y una mayor complicación. Por lo demás, también se ha de indicar que si dicho ordenamiento no es aplicado al fondo del conflicto, en cambio, sí ha de aplicarse para que se respeten los principios generales de la *lex sportiva* del deporte concreto de que se trate. Para terminar, no se puede dejar de apuntar que es en el instante en que la solicitud es presentada cuando se concreta la jurisdicción, lo cual conlleva que es el Derecho en vigor cuando la apelación fue

---

<sup>498</sup> En relación con ello, conviene precisar que es posible no referirse a un Derecho de un Estado, sino a una doctrina jurídica, a un Derecho consuetudinario o a una determinada jurisprudencia.

<sup>499</sup> Y la verdad es que este último límite tiene su intrínquis puesto que, para empezar, no se puede dudar de que la *lex fori* es el Derecho suizo. La razón es que en Lausana tiene una permanente corte arbitral el TAD/CAS/TAS, siendo totalmente indiferente a ello el que no se pueda hablar en sentido estricto de *lex fori* por no ser jueces nacionales los árbitros internacionales. De ahí que el artículo relevante de la citada LFS DIP sea el 190.2.e, el cual permite al TAD/CAS/TAS valerse del orden público tanto negativo como positivo para rechazar la aplicación de un Derecho estatal concreto. Un último apunte de interés es que, si resulta obligatorio en virtud del artículo 19 de la mentada ley, también el Derecho europeo ha de ser aplicado por dicha institución arbitral. [Para la ampliación de esta nota, así como para los límites expuestos, resulta beneficioso consultar la misma obra que se viene citando a lo largo de las últimas páginas: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 222 y 223].

solicitada el que se ha de aplicar<sup>500</sup>.

### *iii. Elección del Tribunal Arbitral del Deporte*

Como ya se ha apuntado, en el procedimiento de apelación no puede darse el arbitraje *ex aequo et bono* o en equidad, salvo que lo acuerden las partes y teniendo en cuenta que el Tribunal arbitral puede elegir las normas que estime oportunas y aplicarlas, para lo cual habrá de expresar en qué se fundamenta. En este caso, el TAD/CAS/TAS puede aplicar el principio general de no emitir resoluciones con efectos retroactivos, el cual puede alcanzar a las Federaciones deportivas al no limitarse a un solo Estado y al poderse equiparar las mentadas Federaciones con los legisladores estatales cuando actúan, como es habitual, en monopolio. En suma, el TAD/CAS/TAS, aunque el Derecho de Suiza se aplicaría al fondo del conflicto como consecuencia del Derecho donde la Federación deportiva tiene su sede, puede decidir, si las partes no han elegido ningún Derecho, aplicar otro ordenamiento jurídico si lo justifica suficientemente como, por ejemplo, que se trata del Derecho con el que se resolvió en primera instancia. Para terminar, una última posibilidad de decidir *ex aequo et bono* es que sea indirectamente con la aplicación de la regulación de una Federación deportiva junto al cumplimiento de la obligación de que sean aplicadas también las normas de un ordenamiento jurídico concreto, incluso paraestatal<sup>501</sup>.

Llegados a este punto, se han expuesto todos los criterios relativos al Derecho aplicable al fondo del asunto. Sin embargo, antes de dar fin a la exposición de todo el procedimiento de apelación con la también muy relevante parte final concerniente al laudo arbitral, se han de expresar unos breves apuntes para completar los mentados criterios. Más concretamente, por un lado, se trata de ser conscientes de que la conculcación del artículo R58 Código TAD/CAS/TAS acarrea, como es esperable, consecuencias. En este sentido, hay que saber que solo por ciertos motivos puede impugnarse un laudo de la referida institución arbitral. En efecto, cuando el colegio arbitral se ha formado irregularmente, la jurisdicción falta, se ha concretado la

---

<sup>500</sup> Para lo expuesto en este punto, junto a la explicación de tanto las particularidades que tiene a este respecto la resolución particular de los conflictos en el fútbol como de unos apuntes finales relativos al dopaje, ver: *Ibidem*, pp. 223–225.

<sup>501</sup> Para este punto, véase: *Ibidem*, pp. 225 y 226.

competencia erróneamente, el derecho de audiencia de las partes se ha transgredido, el laudo ha sido emitido conculcando los principios *ultra petita* o *infra petita*, o el laudo no respeta el orden público de Suiza. Como se observa, no es posible acudir al TFS alegando que un ordenamiento jurídico ha sido aplicado indebidamente por el Tribunal arbitral, es decir, no es alegable el citado precepto del Código TAD/CAS/TAS para fundamentar un recurso de anulación. Eso sí, ello no es óbice para que sí pueda ser un argumento del recurso de índole incidental que, por socavar el derecho de audiencia, anule el laudo. Y no solo no es posible acudir al TFS por no ser uno de los motivos previstos, sino también porque tanto dicho Tribunal puede ponderar sus propios argumentos basándose en el Derecho estatal que prefiera como no está sometido a los argumentos de las partes. En adición, si se da el caso de que el Derecho elegido por las partes ha sido mal aplicado u olvidado por el Tribunal arbitral, aquéllas, para que el menoscabo del derecho de audiencia sea reconocido por el TFS, han de hacer constar que de haberse tenido en cuenta su elección el resultado habría sido muy diferente a lo que en el laudo se ha acordado<sup>502</sup>.

#### F. El laudo arbitral

Sin poder estudiarlo en profundidad, debemos exponer a continuación algunos apuntes fundamentales sobre el laudo arbitral. Éste ha de ser dictado por la mayoría o, en caso de que no sea posible, por el Presidente del Tribunal arbitral. En cuanto a los requisitos formales, ha de realizarse por escrito y ha de constar tanto la fecha como la firma de dicho Presidente o, si se niega, de los dos restantes árbitros. Por su parte, en lo atinente a las exigencias de índole material, la resolución que se haya adoptado ha de estar motivada. Igualmente relevante es saber que desde que la notificación de la parte dispositiva es recibida, por correo, fax o correo electrónico, se puede ejecutar el laudo. Y dicha comunicación ha de realizarse a las partes, con carácter general, antes de que transcurran tres meses desde que el Tribunal arbitral tuvo a su disposición el expediente. Al respecto del laudo definitivo, que es notificado por la Secretaría del TAD/CAS/TAS, se ha de saber que para las partes es vinculante. Y si las partes no tienen en Suiza su domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial, o si en el convenio de

---

<sup>502</sup> Para estos apuntes finales: *Ibidem*, p. 226.

arbitraje o en la cláusula arbitral se han excluido los procedimientos de anulación, el laudo definitivo no puede ser objeto de una impugnación llevada a cabo mediante una acción de anulación. Por lo demás, también es importante resaltar que el TAD/CAS/TAS está obligado, a excepción de que las partes hayan acordado lo contrario, a publicar el laudo, una nota de prensa con el resultado y/o un resumen; lo demás ha de ser secreto. En suma, las únicas diferencias del contenido del laudo en el procedimiento de apelación frente al del ordinario son tanto la mentada publicidad como la concreción de un plazo para emitir el laudo<sup>503</sup>. Por lo demás, se remite a lo que expusimos sobre el laudo arbitral del procedimiento ordinario o, en su caso, a la bibliografía citada al respecto para no volver a repetir lo concerniente al concepto de laudo, sus requisitos formales y materiales, el análisis de la Secretaría del TAD/CAS/TAS, la opción de descartar el recurso de anulación y el objetivo del laudo.

Tras lo dicho, por su trascendencia conviene enfocar la cuestión relativa a los plazos para que el laudo sea emitido. En este sentido, resulta de gran interés indicar que el motivo de la previsión de dicho plazo es que el procedimiento se caracterice por poseer una rapidez que le permita alcanzar objetivos muy claros. En primer lugar, que el arbitraje esté dotado con una mayor eficiencia que se concreta en que tanto el Tribunal arbitral como las partes involucradas no padezcan ningún olvido de lo ocurrido a lo largo de todo el procedimiento, sobre todo la audiencia, por causa del transcurso de demasiado tiempo. Y, en segundo lugar, que la resolución de los conflictos sea rápida para ajustarse a las particularidades del deporte consistentes tanto en contextos cambiantes como en los daños que pueden sufrir las carreras profesionales de los deportistas por ser demasiado cortas. Por lo demás, el tiempo del plazo para dictar el laudo concretamente es de 3 meses desde que al Tribunal arbitral le ha sido remitido el expediente. Dicho tiempo se ha de considerar apropiado puesto que lo más normal es que sea a las tres semanas desde que el escrito de solicitud de la apelación ha sido presentado cuando se formen los Tribunales arbitrales; en cuanto a la contestación a la demanda, aún no habrá tenido lugar. De este modo, el Tribunal arbitral tiene dos meses poco más o menos para que la audiencia se celebre y, en su caso, emitir el laudo<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> Un buen desarrollo de este párrafo del texto principal, en: *Ibidem*, p. 227.

<sup>504</sup> Para consultar lo concerniente al plazo, véase: *Ibidem*, pp. 227 y 228.



Y para dar fin no solo a este punto sino a toda la exposición del procedimiento de apelación, se ha de hacer una breve referencia a la confidencialidad del laudo. Al respecto, hay que tener muy en cuenta que la regla general del Código TAD/CAS/TAS es que dicho laudo sea publicado si las partes no acuerdan otra cosa. Que así sea, y no como en el procedimiento ordinario donde la publicidad no es necesaria<sup>505</sup>, se debe a que el objeto de la apelación suele ser una resolución que una Federación u otro organismo deportivo internacional ha dictado, las cuales suelen ser ya públicas y, por ende, los aficionados suelen tener interés en su resolución. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la sanción a un deportista o su transferencia. Ahora bien, pese a ser ello así, no se ha de entender que el procedimiento de apelación carece de confidencialidad; al contrario, el expediente no puede llegar a partes terceras. Por último, conviene precisar que la publicación no solo alcanza al texto del laudo definitivo, sino también a los documentos anejos, a las notas de prensa emitidas por el TAD/CAS/TAS, a las noticias que en su propia web han sido publicadas, a las entrevistas que se hayan podido hacer al Director General de la mentada institución arbitral donde realice explicaciones sobre los fundamentos jurídicos del laudo, etcétera. Con ello, además, se garantiza que las posibilidades de que se realicen tanto declaraciones e interpretaciones contradictorias como tergiversaciones del laudo sean menores<sup>506</sup>.

### **3. EL LAUDO ARBITRAL**

Para finalizar el **Capítulo III** es necesario exponer diversas cuestiones de carácter general sobre el laudo arbitral para completar el estudio del TAD/CAS/TAS. Más concretamente, en las próximas páginas se va a abordar una precisión sobre el reconocimiento y la ejecución; la CNY; otros convenios internacionales; el reconocimiento y ejecución en España de los laudos del TAD/CAS/TAS; y la acción de anulación contra los laudos de también ésta institución arbitral suiza.

---

<sup>505</sup> El procedimiento ordinario es el clásico procedimiento arbitral comercial donde, por el desconocimiento de los conflictos por el público y por los medios de comunicación, rara es la ocasión en que es necesario publicar el laudo.

<sup>506</sup> Para este párrafo final: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 228 y 229.

### **3. 1. PRECISIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES**

Las presentes explicaciones se centran tanto en el reconocimiento como en la ejecución de aquellos laudos arbitrales que son definitivos, vinculantes y ejecutables directamente. Esto es, de los que no pueden ser ni anulados ni rectificadas.

De este modo, en este primer punto también se ha de subrayar, por un lado, que debemos tener en cuenta que, por fortuna, en el deporte no suelen haber grandes obstáculos a la hora de que un laudo sea ejecutado, sobre todo cuando los afectados son una Federación deportiva internacional o nacional, un club, un deportista o cualquier otra persona que esté sometida a la regulación de los organismos deportivos. Las razones de la indicada facilidad son, por un lado, que han sido aceptadas tanto la jurisdicción como la eficacia de las resoluciones del TAD/CAS/TAS y, por otro lado, la existencia de los métodos adecuados para hacer cumplir un fallo que no es aceptado.

Sin embargo, y por otro lado, lo anterior no significa que la existencia de los obstáculos sea imposible. Efectivamente, ante la resolución de un conflicto podemos encontrarnos en una situación donde una parte no está dispuesta a que el laudo sea ejecutado. Ante ello, claro está, existen medios para corregir la situación, siendo uno de ellos que la otra parte acuda a los órganos jurisdiccionales del Estado donde se desea que el laudo sea ejecutado y solicite el procedimiento de exequátur. Pues bien, como quiera que es la citada anteriormente CNY la herramienta decisiva que existe para llevar a cabo el reconocimiento y la ejecución del laudo debido a que éste constituye una sentencia arbitral, a continuación comenzamos su exposición<sup>507</sup>.

### **3. 2. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

La CNY es un texto normativo que se caracteriza por su carácter *erga omnes*, por la efectividad con que dota a la validez de los laudos arbitrales, por el prestigio internacional de que goza y por la exclusividad con que regula el exequátur (no su ejecución material). Pero no solo se ha de tener en cuenta lo dicho, sino también que de

---

<sup>507</sup> Una buena exposición de lo que hemos adelantado se encuentra en: Y. Romero Matute, *Régimen jurídico del deporte en el Derecho internacional privado de la Unión Europea*, (Tesis doctoral), Universidad de Murcia, 2022, pp. 387 y 388.

ello se derivan otras particularidades decisivas. Así, que son totalmente indiferentes tanto el Estado donde el laudo ha sido dictado como el Estado donde se hace la solicitud (aunque los Estados no sean parte puesto que España no se acogió al derecho de reserva de reciprocidad) a la hora de aplicarlo; que solo si concurre alguno de los motivos concretos que están previstos puede denegarse el exequátur; que, al presumirse que la cláusula arbitral y la ejecutoriedad del laudo son válidas, ha de probar el motivo correspondiente la persona que impugne el exequátur; y que éste tiene una gran efectividad internacional.

Como hemos dicho, la CNY no regula la ejecución material y, por ello, se ha de acudir a las normas internas del Estado donde se ha realizado la solicitud de la medida. Así, en nuestro caso debemos acudir al artículo 46 de la Ley de Arbitraje. Dicho precepto prevé que se regirá por la propia CNY el exequátur de los laudos extranjeros, procedimiento que se ajustará al que se sigue con las sentencias civiles que los órganos jurisdiccionales de otros Estados han emitido.

Junto a ello, tampoco se puede dejar de mencionar que son las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia los órganos jurisdiccionales competentes para expedir el exequátur en España de tanto las resoluciones como de los laudos extranjeros. Sin embargo, la ejecución no corresponde a dichas Salas sino a los Juzgados de Primera Instancia.

Sin poder analizar profundamente en el presente estudio las cuestiones de índole formal<sup>508</sup>, sí que debemos exponer una última cuestión introductoria que alberga una

---

<sup>508</sup> Las cuestiones formales más destacables son las siguientes. Que por sentencia arbitral no solo ha de entenderse las resoluciones elaboradas por árbitros escogidos para un determinado conflicto sino también las que emanan de órganos arbitrales permanentes. Asimismo, llama la atención un ligero apartamiento de las normas nacionales, cuyo objetivo es precisar los criterios de aplicación para que no perturben el arbitraje y la eficacia de la CNY con una exigencia mayor. Junto a ello, se ha de indicar la existencia del segundo artículo del referido Convenio y que se centra en el convenio arbitral. En efecto, un acuerdo arbitral debe respetar varios requisitos para considerarlo válido y que son: debe ser escrito; estar firmado por las partes; ser realizado por algún medio técnico y/o informático que haga constar su existencia; y ser aceptado de manera explícita, terminante, clara e inequívoca si es parte de un contrato de adhesión. Pero también es relevante el cuarto precepto al indicar que a la solicitud debe acompañarse varios documentos como el laudo original refrendado o una copia que demuestre su autenticidad, y el acuerdo arbitral o una copia con las mismas exigencias. Además, han de estar traducidos a la lengua del Estado donde se pretende la homologación. [Una genial exposición más detallada con todos los pormenores de estas cuestiones que hemos apuntado y alguna que otra adicional como la concerniente a la citación de la otra parte y su posible oposición se encuentra en: *Ibidem*, pp. 391–396].

importancia notable como es que el artículo V CNY dispone, en sus apartados 1 y 2 respectivamente, los motivos por los que bien las partes o bien el órgano jurisdiccional de oficio pueden dejar sin efecto alguno el reconocimiento y la ejecución del laudo.

Respecto a los primeros, la parte ha de alegar su incapacidad o la de la otra parte en el instante del acuerdo arbitral<sup>509</sup>, o que el acuerdo arbitral es inválido o inexistente<sup>510</sup>, o que la parte ante la que la resolución es invocada se ha visto despojada en el procedimiento de sus derechos de defensa<sup>511</sup>, o que el laudo es incongruente por hacerse alusión a una causa imprevista y/o por extralimitarse en lo estipulado en la cláusula o en el acuerdo arbitral<sup>512</sup>, o que la formación arbitral no ha respetado el

---

<sup>509</sup> Sobre este primer motivo, con carácter general, debemos hacer saber que tiene en común con todos los demás que no posibilita que las partes puedan revisar el fondo del laudo debido al imperio de la presunción de legalidad y que el juez competente en España tiene la obligación de rechazar el exequátur si concurre cualquier motivo puesto que si fuera una facultad se estaría mermando el principio de seguridad jurídica con altas probabilidades de resoluciones arbitrarias. Además, con carácter particular debemos precisar que, como los órganos jurisdiccionales españoles ya han abordado, la CNY no prevé nada al respecto y, por ello, para subsanar el vacío legal es necesario recurrir a las normas de Derecho internacional privado del Estado donde tiene lugar la controversia. Así, en España son los apartados 1 y 11 del artículo 9 CC los que se han de tener en cuenta por versar, respectivamente sobre las personas físicas y las jurídicas. Pero en este caso también con habitualidad se ha de hacer frente a otro problema vinculado con los representantes o intermediarios de una sociedad que han suscrito el acuerdo. Al respecto, el TS ha estimado que sí existe el acuerdo arbitral, siendo indiferente que una parte haya alegado la autorización indebida o el exceso en los poderes otorgados. [Para todo lo que hemos precisado en la presente nota, consúltese: *Ibidem*, pp. 396–400].

<sup>510</sup> A este respecto, el órgano jurisdiccional que corresponda tiene que realizar un análisis sobre varias cuestiones como son: si existe la cláusula de arbitraje, si afecta a las dos partes, si el fondo y la forma no impiden su validez. [Esta precisión, así como un desarrollo enriquecedor, se puede ver en: *Ibidem*, pp. 400–401].

<sup>511</sup> Lo cierto es que se trata de uno de los motivos que más se alegan, además de que lo más frecuente es que se concreta en que algunas cuestiones del procedimiento se han comunicado incorrectamente o en que los derechos de defensa han sido obstaculizados. Pero también se caracteriza porque, en primera instancia, los órganos jurisdiccionales de España no suelen rechazar el exequátur aunque concurra alguna irregularidad; es necesaria la comprobación de que la supuesta parte afectada no ha podido gozar de una defensa material, concreta y real. Por lo demás, estas irregularidades suelen tener su causa en la forma en que se realizan las notificaciones y, por ello, han de analizarse a la luz de las normas escogidas por las partes y, en su defecto, por la ley del Estado donde el arbitraje tiene lugar. Por su parte, en segunda instancia suele acontecer que los apartados 1.b) y 2.b) del artículo V CNY quedan vinculados y, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales de España entienden que el orden público queda violado cuando alguna cuestión del procedimiento no ha sido notificado a las partes, o cuando han visto mermados sus derechos de defensa. La clara conclusión que de ello se extrae es que el exequátur ha de quedar rechazado si a lo largo del procedimiento no se han observado varios principios como son el de igualdad, el contradicción y el de audiencia. Dicho de otra forma, las partes han de contar con las mismas posibilidades para poder acceder con igualdad y equidistancia a las notificaciones y demás pormenores del procedimiento. [Para poder aumentar los conocimientos sobre esta cuestión, es muy conveniente consultar: *Ibidem*, pp. 402–405].

<sup>512</sup> La razón de la existencia de este motivo es que no se puede confundir la libre decisión o acuerdo de someterse a un arbitraje con que éste no tiene límites. En efecto, ha de ajustarse a las cuestiones que las partes han decidido resolver mediante arbitraje o, lo que es igual, no puede haber una resolución que no verse sobre el *petitum*. En este sentido, el órgano jurisdiccional que este conociendo de la solicitud de exequátur puede rechazarla si observa alguna incongruencia, la cual puede consistir, por un lado, en que

acuerdo o la ley del Estado donde el arbitraje se ha desarrollado<sup>513</sup>, o que no es imperativa la resolución arbitral<sup>514</sup> y/o que la autoridad correspondiente, el TFS en el caso del deporte, la ha dejado en suspenso o anulada<sup>515</sup>.

Por su parte, los motivos de oficio a que puede acogerse el órgano jurisdiccional competente son que no podía verse sometida al arbitraje la materia que es objeto del

---

dicho órgano jurisdiccional o el árbitro han emitido un pronunciamiento que versa sobre materias diferentes a las que el acuerdo arbitral o la cláusula correspondiente prevén, o, por otro lado, en que también los referidos dos órganos han dictado una resolución que afecta a cuestiones a que el convenio o la cláusula arbitral no hacen referencia. A éste último respecto, debemos agregar que la jurisprudencia ha dictaminado que es posible reconocer un laudo aunque sea de manera parcial, eso sí, siempre y cuando la ponderación de otras materias o cuestiones a las previstas no implican que la resolución final verse sobre una materia que sí está sometida a arbitraje. [Véase: *Ibidem*, pp. 405 y 406].

<sup>513</sup> Lo cierto es que a este otro motivo se recurre con mucha menos frecuencia. Pero no solo eso sino que por lo general los órganos jurisdiccionales no descartan el exequátur debido a que no suelen ser meridianos los argumentos esgrimidos o, con otras palabras, adolecen de lagunas jurídicas. Es por ello que la irregularidad procedimental correspondiente deba ser alegada fehacientemente para que la impugnación del exequátur tenga éxito. Y en todo ello, en el caso de que el órgano jurisdiccional decida realizarla, resulta decisiva la labor consistente en analizar tanto las actuaciones como el comportamiento de la parte que desea la anulación del exequátur. La razón es que dicha impugnación se rechazaría en el caso de que se apreciara que a lo largo del desarrollo del procedimiento dicha parte no fue contra lo que después en el exequátur alega. Solo después de dicha labor convendría que el órgano jurisdiccional valorase otras cuestiones como la competencia, el idioma, la constitución y la composición del Tribunal arbitral. Por todo lo anterior, se ha de concluir que únicamente se podrá verificar la concurrencia de un defecto en el procedimiento y/o en la constitución del Tribunal arbitral que suponga el rechazo del exequátur mediante concretos elementos como son el análisis del pacto celebrado entre las partes; en ausencia de pacto, lo previsto en la ley del Estado donde se desarrolla el arbitraje; lo que los árbitros hayan estimado; o lo que el reglamento del Tribunal arbitral disponga. Para terminar, el autor agregó un ejemplo muy interesante puesto que muestra como se manifiesta lo indicado en el deporte. Así, nos hizo saber que si la *lex sportiva* fuera aplicada en un procedimiento por un árbitro, solo si se aplican incorrectamente las normas arbitrales deportivas como, por ejemplo, los Reglamentos del TAD/CAS/TAS, el exequátur puede ser rechazado debido a que la autonomía de la voluntad de las partes ha sido totalmente ignorada. Y es que las consecuencias jurídicas en dicho caso y las que advendrían en caso de haber aplicado la ley que las partes han elegido son totalmente distintas. [Este ejemplo tan iluminador, así como una descripción más profunda de la ampliación contenida en la presente nota, se encuentran en: *Ibidem*, pp. 406–409].

<sup>514</sup> Este motivo es uno de los dos muy distintos que prevé la última letra e) del artículo V. 1. CNY. Y la verdad es que alberga una considerable complejidad que ha dado lugar a una polémica siendo necesario que la doctrina haya tenido que estudiarla. Al respecto, se puede considerar que la causa es el término que dicho texto normativo contempla de sentencia o laudo arbitral no obligatorio. En este sentido, es decisivo aclarar qué se entiende tanto por no obligatoriedad como por obligatoriedad de la resolución arbitral. En nuestro caso, en virtud del artículo 41.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante LCJIMC; BOE nº 182 de 31 de julio de 2015), entre las resoluciones judiciales que pueden desplegar efector jurídicos se encuentran aquellas dictadas en el extranjero y que han adquirido en un procedimiento contencioso firmeza. Ahora bien, también es cierto que para que se den dichos efectos, así como para que sea aceptado el reconocimiento y la ejecución, han de cumplir varios requisitos como son que la resolución sea auténtica, tenga firmeza, haya sido fruto de un procedimiento contencioso, verse sobre materias de Derecho privado, y ser extranjera. Pero es precisamente en este último requisito donde se encuentra el *quid* de la cuestión, y más concretamente en el artículo 43.a) de la ley mencionada pues prevé que resolución extranjera es la que un órganos jurisdiccional estatal emite o, lo que es igual, que quedan fuera del ámbito de aplicación las resoluciones

conflicto<sup>516</sup>, o que se conculcaría el orden público del Estado en el caso de que el exequátur despliegue sus efectos como consecuencia de la autorización de su reconocimiento y ejecución<sup>517 518</sup>.

### 3. 3. OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES

Si bien es muy cierto que la CNY es un instrumento decisivo respecto al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, también lo es que en España

---

de un Tribunal arbitral extranjero como es el TAD/CAS/TAS siendo necesario recurrir a la CNY. Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, se ha de atender a la naturaleza de los laudos para tener claro que un laudo obligatorio es definitivo y pone fin al procedimiento [véase Auto del Tribunal Superior de Justicia (en adelante ATSJ), de Cataluña de 17 de noviembre de 2011, ECLI:ES:TSJCAT:2011:525A] y no confundirlo con uno que sea firme ni con uno que tenga fuerza de cosa juzgada. De este modo, se concluye que las resoluciones que sean estrictamente laudos no se beneficiarán del exequátur; que la carga de la prueba respecto a la no obligatoriedad corresponde a la parte demandada; y que la referida obligatoriedad se ha de analizar a la luz de la ley del Estado donde fue dictado el laudo o a la luz del que se dictó. En definitiva, este motivo puede ser alegado cuando el laudo no sea obligatorio y las partes no queden relacionadas con el resultado. [Para más información, consúltese: *Ibidem*, pp. 409–412].

<sup>515</sup> Este es el otro motivo tan diferente del anterior que la última letra del artículo V.1. CNY dispone. Y la verdad es que también suscita varias cuestiones a aclarar. La primera de ellas es que no precisa qué ha de entenderse por laudo anulado y/o suspendido, pero cabe inferir que se refiere a laudos cuyos efectos jurídicos han sido eliminados. Una segunda cuestión es determinar cuándo la alegación de este motivo es suficiente para que no se lleve a cabo el exequátur. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en algunos Estados la anulación o suspensión ha advenido como consecuencia de ordenamientos jurídicos muy exigentes; por ejemplo, el de Arabia Saudita exige que los árbitros tengan por religión el islam y que el presidente del colegio conozca la *sharia*, o el de Siria donde ninguna de las partes puede ser una empresa con dominio público. E igualmente se ha de tener presente que en el Estado donde el laudo ha sido emitido no es necesario un exequátur para que despliegue efectos vinculantes, esto es, que la CNY se deshizo del doble exequátur que la Convención para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Ginebra de 24 de septiembre de 1927 preveía. En España, la jurisprudencia ha estimado que el laudo es vinculante para las partes si se emite de manera correcta y respeta las formalidades. Por lo demás, también conviene saber que la CNY reviste al órgano jurisdiccional ante el que el exequátur se solicita de una potestad considerable que se concreta en poder comprobar el estatus del laudo anulado o suspendido. Ello es relevante puesto que supone que es indiferente que el laudo esté anulado o suspendido en el Estado de origen y, por ende, que el órgano jurisdiccional no está obligado a rechazar el exequátur. En suma, los órganos jurisdiccionales españoles gozan de un amplio margen de actuación para no denegar el exequátur de un laudo emitido y anulado o suspendido en el extranjero y, por ello, puede acabar reconociéndose. Junto a ello, conviene apuntar que un laudo puede ser denegado si, a pesar de que las partes hubieran acordado que no fuera impugnado, después hubiera sido anulado; que, para que no concurran en el mismo Estado dos resoluciones de exequátur que se contradicen, no se puede reconocer después la sentencia que ha estimado que el laudo es nulo cuando respecto a un laudo extranjero nulo haya sido aceptado el exequátur; y que puede demorar su pronunciamiento sobre el exequátur el Estado al que ha sido solicitado cuando aún está pendiente el procedimiento de anulación o suspensión. Para terminar, debemos agregar que en un principio se considera que el arbitraje y el laudo se ajustan al ordenamiento jurídico de un Estado concreto. De ahí el criterio territorial consistente en que es la misma ley la que regula el arbitraje y su emisión del laudo. Sin embargo, puede ocurrir que al procedimiento de arbitraje desarrollado en un Estado se le haya aplicado la ley de otro Estado. En este caso, el laudo solo puede ser anulado por los órganos jurisdiccionales del Estado donde se ha emitido o en base a la ley del procedimiento. Es por ello que no puede constituir un motivo de impugnación el argumento de que un laudo ha sido anulado o suspendido en un Estado en que el arbitraje no ha tenido lugar y, por ende, se ha de aceptar el exequátur. [Esta exposición tan enriquecedora, precisada además con más detalles, puede encontrarse en: *Ibidem*, pp. 412–415].

igualmente tienen gran relevancia otros convenios bilaterales que solventan las particularidades que el exequátur plantea. Además, se pueden dividir en tres modalidades; por un lado, los convenios bilaterales celebrados entre Estados parte cuya mayor ventaja es que en la contribución que realizan al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales entre los referidos Estados se incluyen los laudos y resoluciones arbitrales emitidas en el extranjero. En cambio, la desventaja más notable es que las partes involucradas no se ven tan favorecidas con la aplicación de los laudos

---

<sup>516</sup> Este es otro de los motivos que más alegan las partes frente al exequátur, es decir, que la ley del Estado donde éste se ha solicitado no permite que la materia del conflicto sea arbitrable. Y dicho exequátur ha de ser rechazado por el órgano jurisdiccional competente a pesar de que entre las partes exista un acuerdo de sometimiento de la materia. A este respecto, conviene recordar que la arbitrabilidad de una materia implica que el conflicto en cuestión pueda encontrar una solución a través de un medio alternativo como suele ser el arbitraje. Pero para ello la materia indicada ha de estar a disposición de las partes, lo cual, se ha de subrayar, no consiste en las cuestiones que las partes tienen a su alcance sino en las que son parte del orden público y en las que son objeto de regulación por normas imperativas. En fin, que arbitrabilidad y orden público son dos conceptos inseparables. Así pues, en primera instancia la CNY impone que sea susceptible de someter a arbitraje la materia del conflicto de acuerdo con la ley reguladora del acuerdo arbitral y, en segundo lugar, en virtud de la ley estatal donde se solicita el exequátur. De este modo, el órgano jurisdiccional al que se le ha solicitado el exequátur ha de ponderar si dicha materia es arbitrable tanto a instancia de parte como de oficio. Sin embargo, una cuestión que en el presente estudio interesa inmensamente es aclarar que en España no se puede resolver mediante arbitraje, junto a las cuestiones que versan sobre la capacidad de las personas físicas, los matrimonios y de índole laborales, aquellas cuestiones versen sobre menores, excepto en los aspectos patrimoniales como es el caso tanto de las materias contractuales como de las de responsabilidad por daños y perjuicios. En dichos aspectos, entre los que se incardina la responsabilidad civil extracontractual, las partes pueden acordar el arbitraje. Para terminar, se ha de hacer constar la flexibilidad que caracteriza a la Ley 60/2003 para con los conflictos con una clara dimensión internacional sometidos a arbitraje. Más concretamente, su artículo 9.6 consagra el principio *in favorem arbitratis* y prevé que o bien la ley elegida por las partes, o bien la ley que regula el fondo del conflicto, o bien la ley de España no ha de prever la proscripción correspondiente para que el arbitraje pueda solucionar un conflicto concreto. Y para cerrar la exposición conviene advertir que puede ocurrir que la segunda y la tercera ley indicadas sean distintas y, por ello, que se podrían obtener un laudo claudicante por ser válido en el extranjero pero no en España. Así, teniendo en cuenta lo dicho, se intenta soslayar que las partes recurran a un arbitraje permitido en un Estado para después querer obtener el exequátur en otro Estado donde dicho arbitraje no está permitido. [Una muy buena exposición de esta nota, además de ser más exhaustiva, se puede encontrar en: *Ibidem*, pp. 415–417].

<sup>517</sup> Ahora bien, este motivo no es tan sencillo debido a que la CNY no prevé ninguna definición del orden público. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales de los Estados tiene un margen de discrecionalidad para interpretarlo; en el caso de España, la interpretación es estricta y restrictiva y, por ende, se favorece el reconocimiento de los laudos. Pero no solo lo anterior caracteriza a los órganos jurisdiccionales españoles en relación con el filtro para aceptar o rechazar el exequátur que es el orden público. En efecto, de éste se han diferenciado dos modalidades: el nacional y el internacional. Y la verdad es que suelen utilizar el segundo por la razón de que es más restrictivo, el cual está formado tanto por los principios jurídicos y las normas sustanciales a proteger por el Estado en favor de sus intereses, como por las obligaciones a las que se ha comprometido con otros Estados y organizaciones internacionales. Pero también es cierto que dichos órganos jurisdiccionales españoles han de tener la precaución precisa para que los principios jurídicos elementales del Estado y la autonomía del arbitraje internacional no sean conculcados. En este sentido, es conveniente indicar que el orden público internacional del Estado al que el exequátur ha sido solicitado cuando el Tribunal arbitral ha incurrido en parcialidad y/o arbitrariedad, o cuando ninguna parte ha intervenido en la designación de dicho Tribunal, o cuando el Derecho europeo no se ha respetado, o cuando una parte para soslayar el reconocimiento insta fraudulentamente un caso de litispendencia internacional, o cuando un laudo que demanda a trabajadores

como es deseable debido a que los referidos convenios no se amoldan satisfactoriamente a las exigencias de los mentados laudos. En segundo lugar, se encuentran otros convenios bilaterales firmados por España pero que versan sobre la protección de inversiones y los arbitrajes y reconocimientos de laudos al respecto. Por último, hay también convenios que se caracterizan por ser multilaterales y por recoger reglas específicas sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos; por ejemplo, en inversiones y en transporte internacional.

A ello se ha de agregar otra precisión importante como es la de que la propia CNY respeta el principio de la eficacia máxima y, por ende, no obstaculiza que otro convenio de los que hemos expuesto sea aplicado. En efecto, en virtud del artículo 46.2 de la Ley 60/2003 no se puede prohibir a las partes decidir aplicar otro convenio si estiman que así tienen más satisfacción en cuanto al exequátur.

Así pues, de lo dicho, del Ordenamiento jurídico español y del principio de

---

o consumidores que no pueden ser objeto de demanda ante los órganos jurisdiccionales estatales, o cuando el arbitraje ha versado sobre materias reservadas, o cuando una resolución emitida en España es contrariada por el laudo, o cuando el laudo carece de motivación adecuada e incurre en irregularidades legales. Pero junto a ello, también existe otra diferenciación respecto al orden público, el cual posee tanto un ámbito material como uno procesal. A este respecto, se ha de saber que no se puede recurrir a esta excepción en el caso de que los principios de un procedimiento justo hubieran sido respetados y, por lo tanto, ninguna parte haya sufrido indefensión. También es beneficioso precisar que las alegaciones que versen sobre las cuestiones que las letras b) y d) del artículo V.1 CNY y que se concretan en las notificaciones, los medios de defensa y la constitución del Tribunal arbitral, pueden considerarse como conculcaciones indirectas del ámbito procesal del orden público. Asimismo, es muy interesante el dato de que el menoscabo del referido ámbito es una de las alegaciones que más realizan las partes, así como que los órganos jurisdiccionales entienden por el mismo como el acervo de principio y formalidades que el ordenamiento jurídico procesal de España necesita. Y, además, a diferencia de lo que ocurre con el ámbito material que no ha sido aludido por los órganos jurisdiccionales españoles para que un laudo internacional no se beneficie del exequátur, sí han aludido con frecuencia al ámbito procesal y lo han conceptualizado como el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 CE. Eso sí, para rechazar el exequátur la violación de dicho derecho ha de ser manifiesta. Para terminar, respecto a los casos de litispendencia internacional, el TS entendió el orden público de una forma amplia, es decir, consideró que se conculcaría en el caso de que se reconociera un laudo extranjero y, a la vez, en España se estuviera desarrollando un procedimiento judicial sobre la misma materia por la razón de que no estaba garantizada la inexistencia de dos resoluciones contradictorias e incompatibles. Pues bien, respecto a ello se ha de llamar la atención puesto que la CNY no prevé dicho supuesto. Y, es más, el propio TS en sus últimos pronunciamientos a mitigado su posición al ser consciente del gran riesgo de que las partes promovieran un procedimiento en España fraudulentamente al tener como único objetivo de que el exequátur de un laudo extranjero fuera denegado. Así, precisó que un laudo no podía denegarse cuando, por no existir litispendencia, el procedimiento en España se haya instando después del comienzo del procedimiento arbitral y/o de la solicitud del exequátur; lo cual está previsto en el artículo 46.1.f) de la LCJIMC. [Una exposición más detallada de todo ello, junto a la indicación de tanto bibliografía como jurisprudencia muy interesante, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 417–422].

<sup>518</sup> Para una exposición algo más desarrollada de estos apuntes introductorios, salvo las ampliaciones de las notas correspondientes, acceder a: *Ibidem*, pp. 388–391.



eficacia máxima se deducen cinco claras conclusiones. La primera es que, tanto por lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 60/2003 como por la inexistencia de un régimen nacional sobre el reconocimiento y la ejecución, se ha de aplicar la CNY. Y es que España decidió no realizar ningún tipo de reserva y, por ello, no procede seguir todo procedimiento interno al margen de los tratados internacionales que resulten de aplicación. La segunda es que el órgano jurisdiccional correspondiente, aunque no esté de acuerdo, ha de respetar la decisión de la parte solicitante del exequátur consistente en el recurso a otro texto normativo internacional que no sea la CNY; en caso contrario, se estaría conculcando el principio de disponibilidad. En tercer lugar, que la CNY tiene preferencia en el caso de que la parte demandante no haya escogido ningún texto normativo a aplicar. La razón es que el TS estima que dicha Convención proporciona mayor satisfacción en el reconocimiento de los laudos. En penúltimo lugar, no es admisible recopilar las ventajas de cada texto normativo para llevar a cabo el mentado reconocimiento. Finalmente, para ésta finalidad tampoco se puede aplicar la normativa que dentro de España se promulga<sup>519</sup>.

### **3. 4. EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO EN ESPAÑA**

Para comprender satisfactoriamente la exposición que en el presente punto vamos a realizar, es necesario reiterar que el TAD/CAS/TAS constituye la Corte arbitral internacional deportiva con más relevancia y aceptación en el mundo deportivo. Igualmente se caracteriza porque el arbitraje se desarrolla en Suiza y, en consecuencia, a las normas suizas que versan sobre los procedimientos arbitrales está sometida la propia institución. Así, dichas normas internas regularán el proceso cuando todas las partes tengan en Suiza su residencia o su establecimiento. En cambio, cuando en alguna de las partes no concurre dicha circunstancia el arbitraje se considera que es internacional. Por lo demás, como sabemos, los laudos que dicta gozan de los efectos de cosa juzgada, tienen firmeza y son vinculantes, esto es, se pueden ejecutar inmediatamente.

A ello se ha de agregar la postura defendida por el TS de que los propios órganos

---

<sup>519</sup> Una muy enjundiosa exposición de las cuestiones descritas sobre la existencia de otros convenios completadas con ricas notas al pie donde se cita tanto bibliografía como jurisprudencia, se encuentra en: *Ibidem*, pp. 422–424.

jurisdiccionales de España pueden decidir no homologar un laudo dictado en el extranjero aunque haya sido impugnado ante el órgano jurisdiccional competente del Estado donde el arbitraje ha tenido lugar. De ello se deduce que dichos órganos jurisdiccionales pueden ponderar los argumentos esgrimidos en contra del laudo. Así, si observa que el orden público de España se conculca por parte de los motivos de la impugnación puede anular el laudo.

Pero la realidad, como siempre, es muy rica y puede suceder que la situación ante la que estamos sea diferente. Es el caso de que las partes hayan renunciado a la interposición de cualquier recurso antes de que el procedimiento arbitral llegue a su fin. A este respecto, la LFSDIP dispone que las partes pueden acordar dicha exclusión expresamente en el acuerdo arbitral o después siempre y cuando no esté en Suiza su residencia habitual, su domicilio o su sede. Y lo que llama la atención en el caso de que dicho acuerdo se celebre es que, si además el laudo ha de reconocerse en Suiza, no habrá que aplicarse las normas internas sino la CNY.

Sin embargo, se ha de tener en cuenta que una de las ventajas que proporciona el TAD/CAS/TAS en la resolución de los conflictos deportivos es que el reconocimiento y aplicación de un laudo en el ámbito federativo habitualmente no padece ningún tipo de obstáculo. La razón de ello es que la mayor parte de los organismos deportivos, en sus estatutos, han reconocido tanto la jurisdicción del TAD/CAS/TAS como la validez de las resoluciones que emita. En virtud de ello, también prevén las sanciones correspondientes en el caso de no cumplir un laudo, lo cual hace que en pocas ocasiones una parte ignore un laudo. Por lo demás, conviene completar lo dicho indicando que el TFS ha considerado que los conflictos deportivos son muy diferentes de los que surgen en otros ámbitos. En efecto, el reconocimiento jurídico del laudo no se requiere debido a la jerarquía del asociacionismo deportivo en forma de pirámide que implica que sean mediante otros mecanismos como se ejecuten de manera inmediata estas resoluciones, siendo los órganos jurisdiccionales de los Estados prescindibles.

No obstante, lo anterior cambia si la situación es otra donde una de las partes no se ve sometida a la organización piramidal deportiva. En este caso, si se pretende ejecutar en España el exequátur es imperativo aplicar los artículos 52 y siguientes de la

LCJIMC. Pero también es verdad que la concurrencia de estos supuestos es mínima, tanto en España como en el resto de Estados. O, lo que es igual, en muy pocos casos las resoluciones han hecho referencia a la CNY en su análisis de la aceptación o no de que el laudo del TAD/CAS/TAS sea reconocido<sup>520</sup>.

En uno de los referidos escasísimos casos que se han dado en España, por un lado, la AP de Barcelona conoció y resolvió, mediante su sentencia de 7 de febrero de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:15096), un recurso de apelación, interpuesto contra una sentencia de 29 de julio de 2010 del Juzgado de Primera Instancia (en adelante JPI) de Barcelona (Juicio Ordinario nº 1113/2008), por parte de la Federación Catalana de Bitlles y Bowling (en adelante FCBB). Pero, por otro lado, con anterioridad se había emitido un laudo por el TAD/CAS/TAS el 23 de abril de 2008 resolviendo el asunto *Federación Española de Bolos* (en adelante *FEB*) vs. *Federación Internacional de Bolos* (en adelante *FIB*) y *FCBB*, 2007/A/1424, donde la solicitud realizada por la FEB consistente en que se considerase nula una decisión adoptada por la FIB fue desestimada. Y, por supuesto, la existencia de dicho laudo fue esgrimida por la FCBB en los órganos jurisdiccionales. En concreto, alegó que concurría el supuesto de cosa juzgada. Sin embargo, la citada Audiencia consideró que era correcta la desestimación del JPI sobre la existencia de cosa juzgada por la razón de que al no haberse producido el trámite de exequátur que la CNY prevé el laudo no podía desplegar en España sus efectos. Pero es que además, por mucho que el mentado exequátur hubiera tenido lugar, en cambio no se daban las tres exigencias para que concurra la cosa juzgada, es decir, mismas partes, cosas y *petitum*. En este sentido, extraña que el órgano jurisdiccional basase sus argumentos tanto en laudos extranjeros como en sentencias extranjeras<sup>521</sup>.

Otro caso interesante fue el que resolvió el TSJ de Cataluña acerca de una solicitud de exequátur de un laudo por una empresa frente a un club de fútbol. Éste mostró su rechazo a dicha solicitud alegando una incongruencia *extra petita* que suponía la conculcación del orden público y, por ende, hizo alusión al artículo 24 CE y al artículo V.2.b) CNY. Pero el referido órgano jurisdiccional no lo apreció, desestimó la

---

<sup>520</sup> Para estos apuntes que inician la exposición de este punto, véase igualmente la obra que se viene citando, es decir: Y. Romero Matute, *supra op. cit.* nota 507, pp. 425–427.

<sup>521</sup> Este primer caso en el que hemos resaltado lo concerniente a la CNY se puede encontrar desarrollado más ampliamente en: *Ibidem*, pp. 427–430.

alegación basada en la CNY y concedió el exequátur<sup>522</sup>.

En tercer lugar, destaca una resolución adoptada por el TSJ de Madrid en su auto de 16 de septiembre de 2015 y en la que el exequátur fue concedido a un laudo del TAD/CAS/TAS. Pero lo más relevante es que lo hizo basándose en la CNY. En efecto, se analizaron y comprobaron que los requisitos formales del artículo IV se cumplían, que la otra parte no mostró oposición en base al artículo V y observó que tampoco se daba ningún supuesto en que de oficio el exequátur puede ser rechazado<sup>523</sup>.

El último caso que se ha producido en España es el del ATSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2021. Lo cierto es que es un caso de gran enjundia, pero para lo que aquí interesa debemos resaltar que en segunda instancia manifestó que los requisitos de índole formal exigidos por el artículo IV CNY para que el laudo fuera reconocido no se habían respetado. Concretamente, señaló que la parte demandante no había aportado la sentencia ni ninguna copia autenticada<sup>524</sup>.

En cuanto a los demás Estados del mundo, lo cierto es que la escasez de resoluciones que hacen alusión a la CNY se mantiene. A título de ejemplo, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, con fecha 7 de junio de 2016 (KZR 6/15) y en la que fue parte *C. Pechstein*. En ella no se apreció parcialidad en los árbitros del TAD/CAS/TAS y, por lo tanto, afirmó que el reconocimiento de un laudo emitido no suponía una conculcación del orden público. Es más, explicó que la *UIP* no faltó a su obligación de conceder en exclusiva al TAD/CAS/TAS la jurisdicción, lo cual en ningún caso podía considerarse un abuso ni una posición dominante por las Federaciones deportivas. Así pues, estaba justificada la cláusula arbitral y los valores del Ordenamiento jurídico europeo eran respetados. Por si fuera poco, agregó que con dicho arbitraje se lograba que los intereses de las partes estuvieran equilibrados.

Un segundo caso interesante tuvo lugar en Grecia. En concreto, el JPI de Tesalónica aceptó el exequátur respecto a un laudo del TAD/CAS/TAS por las razones

---

<sup>522</sup> Véase: *Ibidem*, pp. 430–431.

<sup>523</sup> Para más detalles, consultar: *Ibidem*, pp. 431 y 432.

<sup>524</sup> Para conocer todos los pormenores de este caso, acceder a: *Ibidem*, pp. 432 y 433.

de que, a pesar de que no fuera arbitrable el conflicto por ser de índole laboral, no compareció el club deportivo demandado y el orden público de Grecia no se veía afectado. Para ello tuvo en cuenta el artículo V.2.b) CNY.

En otra ocasión, en EEUU, el Tribunal del Distrito Sur de Florida, basándose en el artículo V.2.b) CNY, estimó que el orden público de dicho Estado no se había conculcado y, por ello, concedió el exequátur a un laudo del TAD/CAS/TAS. Al respecto, el órgano jurisdiccional precisó que correspondía a la parte demandada probar que una de las causas de oposición que la CNY prevé concurría. Es por ello que no consideró que la cláusula de penalización contractual fuera inválida ni que menoscabara el orden público puesto que en este caso el perjuicio solicitado tenía relación con el daño originario.

Y un último caso muy parecido al anterior se produjo en Londres donde su Tribunal Superior concedió el exequátur a otro laudo del TAD/CAS/TAS sin que a ello afectara el hecho de que las cláusulas de penalización contractual sean en el Derecho de Inglaterra inaplicables. El conflicto se produjo entre un club italiano y una compañía inglesa en el que aquél debía a ésta una cantidad de dinero; el TAD/CAS/TAS así lo reconoció pero reduciendo considerablemente el montante por ser excesivo. Y pese a que dicha resolución fue recurrida ante el TFS nada cambió y, por ello, la compañía solicitó el exequátur en tanto que Estado parte del CNY. A ello se ha de agregar que la jurisprudencia inglesa sentenció que toda resolución basada en una de dichas cláusulas prevista en un acuerdo contractual no se podía ejecutar. Con todo, el TSJ de Mánchester afirmó que la naturaleza de la cláusula de este caso se había visto modificada como consecuencia de la reducción económica decidida por el TAD/CAS/TAS, es decir, que se había despenalizado. En efecto, de una obligación proscrita había pasado a estar permitida y, por ende, se podía ejecutar de inmediato. Por ello, el órgano jurisdiccional terminó indicando que la cantidad que la compañía inglesa reclamaba constituía una obligación contractual, exigible y aceptada por el Ordenamiento jurídico de Inglaterra. Así, el exequátur fue concedido<sup>525</sup>.

---

<sup>525</sup> Un buen análisis de estos cuatro casos ocurridos en otros Estados diferentes de España se encuentra en: *Ibidem*, pp. 434-437.

En definitiva, del estudio de todos los casos expuestos se extrae una conclusión clara como es la de que las partes gozan de una satisfactoria seguridad jurídica acerca de que en caso de recurrir al TAD/CAS/TAS obtendrán un laudo cuyo reconocimiento y ejecución no se verá impedida por la aplicación de tanto la CNY como de las normas del Estado donde se desea que se desplieguen sus efectos. Eso sí, siempre y cuando no concurra alguna de las excepciones que el artículo V del mentado CNY prevé. E igualmente, podría no admitirse la validez del laudo en España si el sometimiento arbitral ha sido obligatorio, así como declarar la nulidad de pleno derecho de las medidas de coerción con que cuentan las Federaciones internacionales para que un laudo sea ejecutado. En relación con esta última precisión, no son pocos los que entienden que en España no se puede ejecutar un laudo mediante los mentados mecanismos extrajudiciales y represivos por parte de las Federaciones deportivas tanto nacionales como internacionales. La razón es que los principios y diversos derechos como la tutela judicial efectiva, la garantía de órganos jurisdiccionales con competencia y un juez predeterminado por la ley de la CE se conculcarían. Sin embargo, la realidad es muy distinta puesto que las Federaciones internacionales siempre han tendido hacia el monopolio y, en consecuencia, no han dejado de recurrir a las mentadas medidas<sup>526</sup>.

Pero aún no hemos finalizado con todo el estudio de tanto el reconocimiento como la ejecución en España de los laudos emitidos por el TAD/CAS/TAS. Queda por explicar una cuestión que también es decisiva. En efecto, se trata de la interpretación que se ha de hacer de los mentados laudos puesto que en caso de ser errónea las consecuencias que acarrea son muy perniciosas para los deportistas principalmente pero también puede serlo para otros órganos deportivos o personas que se dedican al deporte.

Lo dicho se observa perfectamente con un caso paradigmático que el autor a que nos estamos refiriendo en estas últimas páginas expuso de manera muy clara y didáctica. En el mismo se vio involucrada una deportista de nacionalidad española, a la cual la Real Federación Española de Atletismo (en adelante RFEA), tras solicitarlo y realizar la acusación correspondiente la IAFF, le abrió un expediente por presunto quebrantamiento de las normas antidopaje que finalizó en absolucón. Sin embargo, por

---

<sup>526</sup> Una muy enjundiosa exposición de estas líneas finales, enriquecida por el acompañamiento de un desarrollo más profundo y por la referencia a bibliografía de gran interés a este respecto, puede estudiarse en: *Ibidem*, pp. 438 y 439.

un lado, la deportista decidió acudir al Tribunal Administrativo del Deporte de España (en adelante TADE), el cual alegó carecer de competencia para conocer de cuantas cuestiones le fueron esgrimidas. Por otro lado, la IAAF y la AMA acudieron al TAD/CAS/TAS para interponer cada una su recurso. Tras estudiar los recursos, el TAD/CAS/TAS emitió un laudo donde se impuso una sanción e inhabilitación por un tiempo de 3 años a la deportista española. En consecuencia, el CSD siguió dicha senda y expulsó a la deportista de la lista de deportistas de alto nivel. Como era de esperar, la mentada deportista interpuso otro recurso, en esta ocasión ante la AN que desembocó en una Sentencia de 19 de junio de 2017 [ECLI:ES:AN:2017:2540] con la que se anuló la decisión del CSD y la deportista fue reinserta en la lista.

Pues bien, en la descripción del itinerario que el caso siguió se observa la última cuestión sobre la que estamos advirtiendo que se ha de tener muy en cuenta para que no se padezcan consecuencias de gran gravedad. Y es que el reconocimiento y la ejecución de un laudo del TAD/CAS/TAS en lugar de no plantear ni siquiera un problema menor se complica inesperadamente y termina en la AN. La razón de ello es una incorrecta interpretación del laudo y, por ende, la comisión de varios errores. Así lo reconoció la mentada AN que le llevó a su decisión. Concretamente, apreció que ninguna resolución sancionadora era firme, definitiva y en vía administrativa y, por ende, el CSD cometió el error de eliminar de la lista a la deportista. En otras palabras, aceptó las alegaciones hechas por dicha deportista consistentes, por un lado, en que, bien en vía administrativa o bien mediante el CNY, debió haberse reconocido con anterioridad el laudo dictado por el TAD/CAS/TAS. Y, por otro lado, en que la sanción había sido impuesta por un órgano que carecía de competencia para ello, siendo la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (en adelante AEPSD) quien previamente debía haberla reconocido. En suma, lo que la deportista quiso recalcar es que el laudo no era definitivo y que podía desplegar efectos en España por no haberlo reconocido la AEPSD. Además, en consecuencia, al requerirse en España que antes la resolución o el laudo sean reconocidos, carece de validez la decisión de excluir de la indicada lista a la deportista.

De lo anterior se deduce que el CSD incurrió en dos claros errores. Por una parte, no supo identificar la naturaleza del TAD/CAS/TAS al estimar que se trataba de un organismo internacional en detrimento de su auténtica condición de Corte internacional

de arbitraje. Por otra parte, corolario de lo anterior, conceptuó la resolución arbitral como una sanción y no como un laudo y, por ende, que tenía firmeza, era definitivo y en vía administrativa. De ahí que excluyera de la lista a la deportista. Y la verdad es que la propia AN también incurrió en el primer error, lo cual le llevó a sentenciar que la AEPSD debió previamente reconocer la resolución para que pudiera desplegar en España sus efectos. Y como dicho reconocimiento no se produjo, decidió que la resolución del CSD quedase anulada y, a su vez, que la deportista recuperara su valoración de alto nivel. Además, ello también supuso que rechazara el reconocimiento del laudo del TAD/CAS/TAS a través de la CNY.

En definitiva, hemos podido ver las grandes consecuencias perniciosas para, en este caso, la deportista que acarreó una interpretación incorrecta del laudo del TAD/CAS/TAS como consecuencia de que el CSD lo considerada proveniente del ámbito de la RFEA. En este sentido, y teniendo en cuenta que el TAD/CAS/TAS es una Corte internacional de arbitraje, la actuación correcta consistía en que el laudo fuera reconocido a través de la CNY para después borrar de la lista a la deportista. En efecto, el TAD/CAS/TAS siempre emite laudos por ser una Corte internacional de arbitraje, los cuales son definitivos y vinculantes; es lo que ni el CSD ni la AN observaron<sup>527</sup>.

---

<sup>527</sup> Para completar la exposición del caso y poderlo comprender mejor, no está de más recordar brevemente que la naturaleza del CSD es administrativa por ejercer las funciones de la Administración Pública en el deporte. Por eso todas sus resoluciones ponen fin a la vía administrativa teniéndose que acudir a la AN en caso de interponer cualquier recurso. Igualmente interesante es saber que ha de ser mediante su clasificación de una modalidad deportiva concreta como el deportista tiene que demostrar que tiene un alto nivel para obtener dicha condición. Es decir, se ha de cumplir lo que los prevén los artículos 3 y 4 del Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento (ver BOE nº 177, de 25 de julio de 2007, pp. 32240 a 32247). Asimismo, es en dicho texto normativo donde también están dispuestos los supuestos en que dicha condición se puede perder, entre los cuales se encuentra el de ser sancionado por no respetar las normas contra el dopaje mediante una resolución que sea firme y definitiva en vía administrativa. Más concretamente, es 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 (ver BOE nº 148, de 21 de junio de 2013) la que establece el mecanismo a seguir para que las resoluciones sobre dopaje sean reconocidas. En efecto, por un lado, impone que en España ha de ser reconocida de manera directa toda resolución dictaminada por cualquier organismo estatal antidopaje o internacional con competencia. En caso de dudas sobre la procedencia, será la AEPSD la que deberá realizar el reconocimiento. Y, por otro lado, deberán ajustarse a lo previsto en la LEC y en las normas internacionales de aplicación en España como es el caso de la CNY, tanto el reconocimiento como la ejecución de los laudos, resoluciones y sentencias firmes provenientes de un órgano jurisdiccional de otro Estado con competencia en dopaje. [Lo expuesto en la presente nota, así como lo expuesto en el texto principal, junto a mayores precisiones, y bibliografía y jurisprudencia muy interesante al respecto, se puede encontrar en: *Ibidem*, pp. 439–444].



### 3. 5. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN CONTRA LOS LAUDOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO

La verdad es que esta otra cuestión tampoco es nada baladí puesto que si pese a recurrir al TAD/CAS/TAS el resultado que se obtiene se considera que es perjudicial o que no ha resuelto nada, se han de conocer las vías que existen para intentar remediar la situación. Por eso le dedicamos el presente punto para exponer lo más enjundioso.

Y antes de analizar los motivos por los que cabe ejercer la acción de nulidad, es imprescindible indicar unos apuntes previos. Así, en virtud del artículo V.1.e) de la CNY, el laudo adquiere firmeza y es vinculante desde que las partes han recibido su notificación de la Secretaría del TAD/CAS/TAS. En otras palabras, tiene efecto de cosa juzgada y se puede ejecutar de manera directa. Eso sí, con la excepción de que se recurra ante el TFS y éste decida dejar sus efectos en suspenso.

Muy importante es saber que el referido órgano jurisdiccional, cuando el laudo ha sido recurrido, no puede emitir un pronunciamiento que verse sobre el fondo del asunto. En efecto, su labor es la de analizar si la fundamentación de los argumentos que han conducido al fallo es correcta o no. Lo dicho supone que solo si concurre alguno de los motivos que el artículo 190. 2 de la Ley de Derecho internacional privado de Suiza dispone como *numerus clausus* puede llevar a cabo una rectificación de las conclusiones del laudo *ex officio*. A ello se ha de añadir que la sentencia de dicho órgano jurisdiccional será dictada basándose en los hechos que el TAD/CAS/TAS ha probado, siendo indiferente que sean incorrectos o contraríen el Derecho.

En cuanto a los motivos referidos en que se puede interponer una acción de nulidad, concretamente son los siguientes: la irregular constitución o designación de los miembros del Tribunal arbitral o del árbitro único; la inadecuada declaración de competencia o incompetencia por parte del Tribunal arbitral; la emisión de un laudo *extra petitum* o *citra petitum*; la conculcación del derecho a la igualdad de recursos o del derecho a ser escuchado en un procedimiento contradictorio; y la incompatibilidad del laudo con el orden público en Suiza<sup>528 529</sup>.

---

<sup>528</sup> Una exposición con todo lujo de detalles de cada motivo de la acción de nulidad se encuentra en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390 pp. 260–270.

En suma, de lo que acabamos de expresar se deduce que un laudo no puede ser recurrido por cualquier motivo. Así, no cabe hacerlo alegando que el Derecho no se ha aplicado correctamente, o que el contrato se ha interpretado mal, o que el Tribunal arbitral adolece de parcialidad, o que el procedimiento ha durado más de lo debido, o que no se ha respetado lo que la CEDH prevé, o que el TAD/CAS/TAS carece de jurisdicción cuando ninguna alusión a ello se haya hecho a lo largo del procedimiento. En cuanto a los laudos interlocutorios en concreto, únicamente por los motivos que dispone el artículo 190.2. a) y b) de la Ley de Derecho internacional privado de Suiza pueden recurrirse. En relación con ello, tampoco se puede recurrir un laudo definitivo en el caso de que el motivo del recurso haya sido manifiesto en el recurso de un laudo interlocutorio ante el TFS.

Una vez expuesto lo anterior, se han de apuntar otras cuestiones relevantes sobre la acción de anulación. No sobra indicar que ha de ser el citado órgano jurisdiccional estatal suizo el que tiene que examinar de oficio que la acción de nulidad es admisible, así como verificar la legitimidad del demandante. Además, insistimos en que el laudo ha de ser definitivo y emanado por una Corte de arbitraje sito en la ciudad de Lausana, y las partes, en el momento en que el acuerdo arbitral es firmado, no han de tener en Suiza el domicilio o la residencia habitual. Por último, no pueden transcurrir más de 30 días desde que el laudo completo ha sido notificado para presentar la demanda ante el

---

<sup>529</sup> Para observar las diferentes regulaciones existentes sobre el arbitraje, conviene brevemente indicar que la verdad es que dichos motivos son diferentes de los que la Ley de Arbitraje de 2003 vigente en España prevé. En efecto, los motivos del otro medio de impugnación frente a la cosa juzgada del laudo firme que existe en España junto al proceso de revisión y que es la anulación son los siguientes. El artículo 41 contempla la inexistencia o invalidez del convenio arbitral; la notificación incorrecta de la designación arbitral o de sus actuaciones, o que no ha logrado que sus derechos tengan efecto; el pronunciamiento de los árbitros en cuestiones distintas a las sometidas; el no respeto del acuerdo de las partes por lo que a la designación o procedimiento arbitral atañe, excepto si el acuerdo conculca dicha ley, o, si no hay acuerdo, que no haya respetado la ley; el pronunciamiento arbitral sobre cuestiones no arbitrables; y la contrariedad del orden público por el laudo. Tras ello, conviene reiterar que el objetivo de la anulación es que todo el procedimiento arbitral respete la ley; de ahí que no alcance a la decisión arbitral adoptada, sino solo a las condiciones de forma y presupuestos materiales. Por lo demás, respecto al mentado motivo de anulación consistente en un laudo que versa sobre materias no arbitrables, debemos indicar que sobre ellas los árbitros jamás pueden emitir una resolución. Es decir, es uno de los pocos aspectos del proceso sobre los que las partes no pueden disponer. Junto a ello, también conviene recordar que la anulación por este motivo no procederá en el caso de que la cuestión principal se vea afectada por las mentadas materias y no se puedan separar; lo cual posibilita que un laudo pueda ser anulado de manera parcial. Otra característica es que dicho motivo puede ser tanto denunciado por alguna parte como apreciado de oficio por el Ministerio Fiscal o el órgano jurisdiccional. La razón de ello es que las partes sufren indefensión y que varios principios de justicia procesal que son fundamentales o el propio proceso arbitral se han visto afectados. [Con lo dicho basta; para una exposición más exhaustiva donde se profundiza más en este motivo, se hacen saber otros aspectos como el órgano jurisdiccional competente, los plazos y el procedimiento, véase: A. Montesinos García, *supra op. cit.* nota 398, pp. 482–485].

referido órgano jurisdiccional; en caso contrario, la acción de nulidad es inaceptable<sup>530</sup>.

Para terminar la exposición se ha de indicar lo siguiente sobre el procedimiento. Éste se caracteriza por la aplicación subsidiaria de los artículos 123 a 127 de la ley que regula el TFS y que prevén el procedimiento de revisión de sentencias. Lo dicho se debe a que no existe ninguna previsión sobre el procedimiento para llevar a cabo la acción de nulidad en la ya citada Ley de Derecho internacional privado de Suiza. Junto a ello, en el procedimiento que se ha de seguir, el solicitante no solo ha de motivar el recurso e indicar las pruebas que se acompañan, sino que igualmente ha de mencionar tanto los cambios que pretende que se efectúen en el laudo como que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto. Por lo demás, en el caso de que la solicitud de revisión sea aceptada, el órgano jurisdiccional suizo dejará el laudo anulado y enviará el conflicto al mismo Tribunal arbitral para que se pronuncie otra vez o a otro Tribunal arbitral si la sentencia se basa en elementos de hecho hasta entonces desconocidos<sup>531</sup>.

Con todo lo dicho, ahora sabemos cuándo se puede recurrir en el caso de que el laudo no parezca adecuado respecto a lo que se esperaba. No se podía olvidar este recurso puesto que en no pocas ocasiones la justicia se alcanza tras más de un intento. Igualmente, se ha llegado al final del **Capítulo III**, iniciándose a continuación el último de que consta la Tesis Doctoral.

---

<sup>530</sup> Salvo lo que hemos indicado sobre los motivos en que se puede recurrir, todas estas explicaciones desde el inicio del presente punto, así como algunas precisiones de ellas, pueden estudiarse en: J. R. Liébana Ortiz, *supra op. cit.* nota 390, pp. 259 y 260.

<sup>531</sup> Para estas nuevas indicaciones que cierran la exposición del presente apartado, consúltese: *Ibidem*, p. 270.



## **CAPÍTULO IV.**

# **ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO PARA LOS MENORES Y PROPUESTAS PARA QUE SEA PLENAMENTE SATISFACTORIO**



El objetivo principal de este último **Capítulo IV** es explicar por qué a día de hoy el TAD/CAS/TAS no es una institución idónea y apropiada para conocer y resolver todos los conflictos en que hay involucrados menores y, con ello, lograr que lo sea sin esperar más tiempo.

Para ello, en primer lugar, es imprescindible conocer muy bien cómo se presenta y actúa el menor en los procedimientos jurisdiccionales debido a que solo si también esto, junto a las cuestiones destacadas en el **Capítulo III** que tan fundamentales son para los menores, se comprueba cómo concurre en la referida institución arbitral se puede alcanzar el objetivo. Más concretamente, en el primer apartado se va a exponer la representación legal y la asistencia que siempre tiene un menor en los procedimientos jurisdiccionales (como es evidente, jamás puede actuar solo por su corta edad), las cuales se componen, por un lado, de su tutor y, por otro lado, de un órgano clave como es el Ministerio Fiscal que tiene atribuidas importantísimas funciones para proteger a los menores.

En segundo lugar, una vez que conozcamos ambas figuras se podrá realizar, como se ha dicho, la comprobación entera de la situación actual del TAD/CAS/TAS. Esto es, cuando hay menores involucrados en los conflictos se va a observar, en general, si las ventajas persisten o desaparecen; si los defectos continúan, disminuyen o aumentan; si el grado de aplicación de los Derechos fundamentales es aceptable; y si los procedimientos se adecúan a la corta edad de dichos deportistas. Y, evidentemente, ello implica, en particular, que también se deba comprobar si tanto la representación legal como la asistencia están presentes en el TAD/CAS/TAS. Con otras palabras, se va a analizar si el tutor, que siempre acompaña al menor, es suficiente en cada cuestión que vaya apareciendo, o si es insuficiente siendo necesaria la intervención de un órgano sustituto del Ministerio Fiscal que cumpla sus mismas funciones. Y es que si no es suficiente con el tutor y nadie cumple las funciones que se requieran del Ministerio Fiscal, la citada institución arbitral no será jamás apropiada para los menores.

De este modo es como se identificarán los inaceptables defectos y puntos de fricción que a día de hoy tiene el TAD/CAS/TAS que no lo hacen idóneo por poner en serio peligro lo mejor para los menores. Pero, con ello, también se sabrá cómo

conseguir que la mentada institución arbitral sea idónea y apropiada para éstos. Es decir, que realmente asegure no solo la reparación de las víctimas, la erradicación de las conductas nocivas y de los daños que producen, y la sanción a los responsables, sino también hacerlo con procedimientos respetuosos con los menores y realmente adaptados a su edad. A este respecto, se ha de recalcar que el que el TAD/CAS/TAS sea satisfactorio cuando hay menores es decisivo puesto que solo con el arbitraje, al ser la mejor institución que se amolda a los conflictos deportivos, se puede conseguir el objetivo de toda la presente Tesis Doctoral que es hacer del deporte un instrumento fundamental en el desarrollo humano de los menores. Así, conviene subrayar y advertir que lo dicho en los órganos jurisdiccionales, en cambio, es imposible porque, a pesar de la concurrencia de procedimientos satisfactorios en muchos aspectos y de la presencia de las figuras de representación legal y asistencia, su duración, en cambio, es desmedida en relación con lo que requiere la actividad deportiva.

Pero para terminar el **Capítulo IV**, es necesario exponer otros métodos muy apropiados para que, junto a la identificación de todos los defectos o aspectos negativos del balance y a la observancia de la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal u órgano sustituto, se consagre un verdadero sistema de justicia deportiva internacional mediante un Tribunal Internacional o Mundial del Deporte que, además de fundamentarse en libertad y la alternatividad, preste un servicio y protección integral a todos los menores y logre las mejores soluciones de sus conflictos. Sin duda, con ello se alcanzará no solo el objetivo del presente **Capítulo IV** sino también el de todo el estudio. Así pues, los métodos a exponer son los tres siguientes: el recientemente creado mecanismo mecanismo de resolución de conflictos deportivos que afectan Derechos fundamentales; las medidas de protección de la parte débil que se han adoptado en un ámbito paradigmático como es el del arbitraje de consumo; y de relevante legislación específica sobre protección de menores como es, por un lado, la de la UE y, por otro lado, la ya citada nueva Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco, junto a lo más destacable de los debates en la Comisión parlamentaria correspondiente sobre el Proyecto de Ley.



## **1. EL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES. REPRESENTACIÓN LEGAL Y ASISTENCIA.**

Como se ha indicado, para que el objetivo de este **último capítulo** quede cumplido y, con él, el de todo el estudio de la Tesis Doctoral, es necesario explicar cómo acude y actúa el menor en los procedimientos jurisdiccionales. Y es que por su corta edad, como es evidente e indudable, no puede acudir solo como si fuera un adulto; no tendría ningún sentido. Por eso, por no poder hacerlo solo, tanto ha de ser representado legalmente como ser asistido en todo lo que necesite para que los conflictos en los que está involucrado sean resueltos mediante procedimientos que respetan todas sus garantías e, implementando correctamente el interés superior como se ha aprendido, sus Derechos fundamentales y, en consecuencia, se alcancen la mejor solución posible.

Pues bien, en dicha representación legal y asistencia son fundamentales las dos figuras mencionadas: el tutor y el Ministerio Fiscal.

### **1. 1. EL TUTOR**

Respecto a la primera, el menor siempre ha de tener y estar acompañado por un representante legal. Con otras palabras, sin él, el menor no puede acudir a ningún procedimiento jurisdiccional y, como no podía ser de otra manera, tampoco a ningún procedimiento arbitral, ni tampoco realizar otras muchas actuaciones como los adultos. Ello se debe a que son los mayores de edad quienes tienen atribuido el pleno ejercicio de los derechos civiles; mayoría de edad que, como se sabe, comienza a los 18 años según prevé no solo el artículo 240 CC sino también el 12 CE. Así pues, en cuanto a los referidos procedimientos jurisdiccionales, en relación con los menores, se ha de traer a colación el artículo 7.2 LEC que dispone que los menores que no están incapacitados han de comparecer con la representación, asistencia o autorización que la ley exija. Y si bien lo dicho es importante, no basta porque es necesario concretar quién o quiénes pueden ser los tutores. En este sentido, se ha de acudir al CC. El Título VII relativo a las relaciones paterno-filiales consta de varios capítulos, siendo el segundo el que se ocupa de la representación legal de los hijos. Su primer artículo, el 162, deja muy claro que, si ostentan la patria potestad, son los padres quienes tienen la representación legal de sus

hijos menores no emancipados. Eso sí, tiene tres excepciones, debiendo prestar especial atención a la consistente en la concurrencia de conflicto de intereses entre los padres y el hijo, la cual se une a los actos de derechos de la personalidad para los que el menor es capaz y a los bienes fuera del alcance de la administración paterna. Respecto a dicho conflicto de intereses, el siguiente artículo 163 agrega que se nombrará un defensor a los hijos no emancipados para que estén representados en juicio y fuera de él, lo cual también se hará cuando el conflicto se da entre los padres y su hijo menor emancipado en la capacidad que aquéllos han de completar. Ahora bien, puede ser que la oposición se de respecto a un solo padre, en cuyo caso el otro será quien represente al menor.

Con lo anterior se ha visto que en un primer momento son los progenitores los tutores o representantes legales de su hijo menor. Pero puede suceder que ello no sea posible teniendo que ser el tutor otra u otras personas. De su regulación se encarga el Capítulo I del Título IX del CC, donde el artículo 199 comienza estableciendo que quiénes están sujetos a la tutela son los menores no emancipados que o están en situación de desamparo o no están sujetos a la patria potestad. En cuanto a la concreción de estos otros tutores, el artículo 201 dispone que los propios padres pueden designarlos mediante documento público notarial o testamento, lo cual, precisa el artículo 202, es vinculante para la autoridad judicial cuando constituye la tutela. En esta breve exposición no se puede dejar de recordar el artículo 211 por prescribir que para ser tutor, si se es persona física, hay que cumplir varias condiciones de aptitud y no incurrir en ninguna causa de inhabilidad. En cuanto a la preferencia, el artículo 213 señala que primero se nombrará tutor a la persona o personas que consten en el referido testamento o documento público notarial de los padres. Y segundo al ascendiente o hermano que la autoridad judicial indique. Pero si el interés superior lo exige, el orden puede ser alterado o las personas indicadas excluidas. En éste último caso, dice el artículo 214, la autoridad judicial elegirá a la persona idónea. Pero, como se ha apreciado, la designación tiene límites. En efecto, por un lado, el artículo 216 prohíbe que sean tutores tanto las personas que por resolución judicial estén privados o suspendidos de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección, como las que hayan sido removidas legalmente de una tutela, curatela o guarda anterior. Y, por otro lado, el artículo 217 dispone que la autoridad judicial no puede designar: a quien los padres hayan excluido; a quien una sentencia firme haya condenado por un delito con el que se

supone fundadamente que no ejercerá bien la tutela; a quien con las persona a tutelar posea un conflicto de intereses; y a quien en las situaciones de concurso incurra en las dos situaciones que indica.

Pero en cualquier caso, sea quien sea, el tutor es siempre, como prescribe el artículo 225 de también el CC, el representante del menor, a excepción de los actos que éste pueda hacer solo o para lo que solo necesita asistencia. También se ha de mencionar el artículo 227 por ordenar que los tutores han de desempeñar su función en interés del menor, lo cual implica hacerlo de acuerdo con su personalidad y respetando sus derechos. Y si lo dicho es muy importante, ahora es decisivo lo siguiente. El artículo 224 CC señala que, con carácter supletorio, a la tutela se aplican las normas de la curatela. Pues bien, al acudir a los artículos que rigen la curatela se encuentra el 287 que prevé que el curador que esté realizando funciones de representación de la persona correspondiente necesita autorización judicial para varios actos entre los que se encuentra, en el nº 7, el de interponer demanda en nombre de la persona a quien está prestando apoyo, excepto que sea un asunto urgente o de escasa cuantía. Y de ello se deriva lo siguiente: que el tutor, para actuar por el menor cuando sea demandado, no necesita la autorización judicial; que un asunto es urgente si hay un plazo de caducidad de la acción, pero no siempre que se trate de prescripción; y que la escasa cuantía se refiere a todos los juicios y no solo a una clase. Pero hay también otro precepto que es igualmente trascendental; el artículo 9 LOPJM. Y es que el reconocimiento por este precepto a los menores de una cierta participación en los procesos principalmente con su derecho a ser oído se debe a que asume que dichos menores comparecen en juicio representados. En concreto, su apartado segundo indica, por un lado, que dicho derecho queda garantizado para que el menor pueda ejercitarlo por sí mismo o mediante la persona que haya designado para su representación. Y, por otro lado, que cuando el menor no pueda expresar su opinión o no sea conveniente para el interés del menor se podrá conocer la opinión mediante sus representantes legales si no hay conflicto de intereses, o por otras personas vinculadas al menor. Por lo demás, el artículo 14 LOPJM prevé que los representantes legales del menor han de tener conocimiento de los hechos tras habérselos comunicado las autoridades y servicios públicos que han de prestar una atención inmediata.

Una vez que sabemos lo anterior, es necesario completar y finalizar la exposición del tutor o representante legal de los menores haciendo alusión al relevante defensor judicial, el cual, dispone el artículo 235, será nombrado para un menor cuando: en un asunto hay entre los representantes legales y el menor un conflicto de intereses, excepto que la ley disponga como soslayarlo; cuando el tutor no cumpla con sus funciones, hasta que la causa se extinga u otra persona sea nombrada; o cuando el menor ya emancipado, al pedir el complemento de capacidad, quiénes hayan de prestarlo no puedan o concurra conflicto de intereses. Por lo demás, el artículo 236 precisa que dicho defensor actuará en interés del menor, conforme a su personalidad y no mermando sus derechos<sup>532</sup>.

## 1. 2. EL MINISTERIO FISCAL

Una vez expuesta la primera figura del tutor, es el momento de exponer la segunda que consiste en un órgano que es crucial cuando interviene en los procedimientos jurisdiccionales en que hay menores. Ello se va a poder observar en plenitud al ir explicando en qué consiste, es decir, cuáles son sus funciones, cómo las lleva a cabo, qué punto de referencia tiene y alguna particularidad. De este modo, también podremos comprender por qué complementa a la representación legal y a la asistencia del tutor. Por lo demás, antes de entrar de lleno, conviene dejar claro que su trascendencia hace que sea incomprensible su total ausencia en otros procedimientos, como el arbitral, en que se resuelven conflictos de menores. La presencia o no de este órgano o su sustituto equivalente en el TAD/CAS/TAS es la comprobación que se realizará en el segundo punto de este **Capítulo IV** para poder dilucidar claramente si dicha institución arbitral es a día de hoy idónea o no para los menores. Y es que jamás podrá serlo si se prescinde del mismo o de su sustituto.

---

<sup>532</sup> Para quien desee profundizar en el estudio del tutor, se indica la siguiente bibliografía: R. M. de Couto Gálvez, «3. Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho», en VV. AA. (Coord. C. Martínez García), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 254 y ss.

S. Díez Riaza, «El derecho del menor a ser oído en el proceso», en VV. AA. (Coord. C. Martínez García), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 569 y ss.

E. Moreno Trujillo, «Actuaciones de protección del menor», en VV. AA., *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 58 y ss.

M. A. Albert Muñoz, «Especialidades de los procesos en los que interviene el menor», en VV. AA., *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 167 y ss.

### 1. 2. 1. Defensa de los Derechos fundamentales

El Ministerio Fiscal tiene un papel fundamental en la defensa de los Derechos fundamentales de todos en general y de manera reforzada de los menores en particular. Es decir, son más que meridianas las conexiones entre los Derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal y también, como se profundizará en el tercer punto, los menores. La razón de todo ello es que el sistema constitucional de España concibe dicho órgano como representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales. Dicho de otra forma, ha de defender los intereses sociales que no se pueden dejar al albur de determinadas personas y que afectan a toda la sociedad, lo cual justifica las diversas y numerosas funciones que tiene atribuidas. Y, entre éstas últimas, encontramos el interés social de primer orden que es la vehemente defensa de los Derechos fundamentales de todas las personas<sup>533</sup>.

En virtud de lo anterior, el Ministerio Fiscal ocupa un lugar privilegiado entre los órganos que se dedican a la protección de los menores como son la Administración, los Juzgados de Primera Instancia, los Juzgados de Menores, los Jueces y Tribunales Penales, el Defensor del Pueblo y el Defensor del Menor. En efecto, participa en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico relativos a los menores desprotegidos, sin amparo y en peligro. A título de ejemplo, en primer lugar, cuando un menor es víctima de un delito, el Ministerio Fiscal participa en el proceso penal para, entre otras cosas, tratar de que se adopten las medidas que benefician al menor previstas en la legislación. En segundo lugar, ante una infracción que solo a instancia de parte se puede perseguir y donde es menor la víctima, tiene que activar el procedimiento con una denuncia o querrela. En tercer lugar, también ha de proteger a los menores cuando de su reforma se trata, sin olvidar que, además, ha de ser educativa la índole de la intervención judicial. En cuarto lugar, tiene atribuida la función de superior vigilancia sobre la Administración en sus competencias sobre protección de menores. Por último, en todos los conflictos conocidos por la jurisdicción civil en que estén involucrados menores, ha de defender los intereses de éstos e instar, en su caso, las actuaciones y medidas para que estén protegidos. Por lo demás, todo lo anterior, junto a su amplia presencia, es lo que le

---

<sup>533</sup> Una exposición más exhaustiva de lo expuesto, en: A. del Moral García, «Derechos Humanos, menores y Ministerio Fiscal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 2005, pp. 2217 y 2218.

permite cohesionar y coordinar a los distintos órganos.

Para terminar, conviene subrayar que el sentido de su protagonismo respecto de los menores se debe a que, como hemos dicho, es defensor de la sociedad y a que cumple con una de las misiones que le atribuye el artículo 124 CE. Y es que cuando de menores se trata, no se puede hablar solo de intereses particulares puesto que también son de la sociedad, la cual no puede desentenderse de la formación, desarrollo y cuidado de los menores, ni tampoco serle ajenos los perjuicios que pueden sufrir. Por eso mismo, con el paso del tiempo las facultades que se le han otorgado han ido aumentando, siendo la LOPJM un muy buen ejemplo al haber previsto más eficaces mecanismos procesales de actuación<sup>534</sup>.

### **1. 2. 2. Concreción del interés superior del menor**

Por anterior, también es un órgano decisivo para que el interés superior del menor, primero, sea concretado para, después, ser defendido e implementado correctamente. Como sabemos muy bien, el contenido del mentado interés es indeterminado, sin que ello quede remediado ni por su concepción como estándar jurídico donde constituye un modelo de conducta ajustado a lo que la sociedad reclama dando lugar a una norma jurídica general de aplicación al caso concreto, ni tampoco como principio general. Y la necesidad de que sea remediado se percibe cuando se es consciente de que de no hacerlo los resultados son inciertos. Tan verdad es, por un lado, que puede producir efectos beneficiosos fruto del aprovechamiento de la ventaja que es la posibilidad de adaptación al caso concreto y sus circunstancias sin que se tenga que aplicar la norma de manera estrecha teniendo que respetar muy determinados parámetros, como que, por otro lado, en ocasiones puede llevar a interpretaciones demasiado personales. Pues bien, lo dicho no es sino inseguridad jurídica y, por lo tanto, es necesario concretar el interés superior del menor como aprendimos en el **Capítulo II**.

Sin duda, no es sencillo, pero no hay razón alguna para no hacerlo. Así pues, en relación con el Ministerio Fiscal, es necesario un proceso complementario y paralelo donde se ponderen todas las circunstancias y con ello quede concretado. Asimismo, solo

---

<sup>534</sup> Para los dos últimos párrafos, véase: *Ibidem*, pp. 2218 y 2220.

es posible si no se pasa por alto que dicho interés siempre ha de tener por objetivo favorecer la formación del menor y elaborar el esquema del desarrollo de su personalidad. Por lo demás, igualmente se ha de tener en cuenta que el Ordenamiento jurídico español no se ocupa en demasía de ello, así como que la jurisprudencia incurre en una generalidad excesiva sin que se atisbe criterio, dato o hecho alguno que ilumine el sendero a seguir. Con lo dicho, es el momento de indicar que la tarea fundamental en dicha concreción es, primero, saber muy bien, junto a lo que expusimos, que el interés superior del menor se compone de tres zonas: una zona de certeza que fija parámetros mínimos y datos seguros, una zona incierta por las diversas opciones delimitadas con no claros márgenes, y una zona de certeza pero negativa donde no existe la posibilidad de que este interés esté presente. Y, segundo, determinar un mínimo común de su contenido mitigando así la inseguridad jurídica que la discrecionalidad judicial provoca<sup>535</sup>.

Asimismo, si bien con los mentados procesos complementarios se aprecian correctamente todas las circunstancias personales, familiares, sociales, etcétera, no se puede deducir de ellos la existencia de unas normas que sean válidas para todos los casos, es decir, no se puede afirmar que el interés por el futuro ha de ser más importante que el del presente, ni el moral que el económico, ni tampoco que la salida del núcleo familiar en ningún caso puede constituir una excepción a la continuación en la familia. Pues bien, para realizar la mentada valoración adecuada del interés superior del menor se ha de ser consciente de cuáles son las personas u órganos públicos o privados que lo determinan y en qué proporción.

Así, en primer lugar, se ha de prestar atención a la voluntad del propio menor. En su defecto, cuando no tiene capacidad, entran en juego los padres, los tutores o los guardadores. Y si éstos tampoco pueden, en tercer lugar se ha de acudir a las entidades públicas protectoras de menores, donde el juez solo participará si hay un conflicto. A este respecto, conviene destacar las competencias de las CCAA haciéndolas las entidades territoriales más adecuadas por su cercanía para ayudar a la infancia desamparada.

---

<sup>535</sup> Para los dos últimos párrafos, conviene consultar por sus mayores detalles: G. Carbonell Benito, «El interés del menor: criterios para su concepción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal», en A. Vallés Copeiro del Villar (Coord.), *La protección del menor*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 133–137.

Pues bien, cuando el Ministerio Fiscal debe intervenir para determinar el interés superior del menor, lo hará del siguiente modo. Ha de procurar que se respete el área de actuación que corresponde a cada sujeto delimitador del interés, así como la armonía y el equilibrio entre los encargados de decidir, la familia, la entidad pública y el juez. Y la verdad es que el Ministerio Fiscal es un órgano muy idóneo para lograrlo. Posee capacidad para vigilar y para controlar lo realizado por los entes públicos competentes, de modo que puede desarrollar su labor en proximidad con ellos y tratar de resolver los problemas de la infancia desamparada. Además, puede interponer acciones en los órganos jurisdiccionales, participar en las actividades forenses y consolidar o rechazar los planteamientos asistenciales. Y por la debida indeterminación del interés superior, no debe estar el Ministerio Fiscal sujeto al principio de estricta legalidad, sino que ha de basarse en otro principio como es el de oportunidad y, en consecuencia, ponderar los medios, las realidades, las conveniencias y el futuro. En suma, cada caso es único y, por eso, es muy habitual que los órganos jurisdiccionales, administrativos, la familia y el menor propongan distintos planteamientos, a veces incluso contradictorios, por ser fruto de ópticas y sensibilidades asistenciales, culturales y científicas no idénticas. Ahora se ve clara la necesidad de que el Ministerio Fiscal logre un equilibrio y asegure un horizonte amplio en la búsqueda de una solución a través del diálogo<sup>536</sup>.

### **1. 2. 3. Diversidad de funciones y su alcance**

Con todo lo que se viene exponiendo se observa que el Ministerio Fiscal tiene una gran relevancia en el entramado jurídico dedicado a la protección de menores. Por ello mismo, no puede restringirse su actuación a los órganos jurisdiccionales, sino que también ha de proponer a los demás poderes públicos una actuación que realmente proteja, ha de servir a los ciudadanos mediante todas las asociaciones que se dedican a velar por los menores siendo indiferente su naturaleza pública o privada, ha de prestar ayuda a cualquier persona que esté padeciendo un problema familiar relativo a sus hijos, y ha de acercarse a los menores y a su realidad para cumplir la orden legal de su protección. Todo ello, además de ser el motivo por el que se le ha encargado la misión

---

<sup>536</sup> B. Vargas Cabrera, «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor», en M. A. Pérez Álvarez (Coord.), *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor: jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña Servicio de Publicaciones, 1997, pp. 14–17.



de proteger los derechos de los ciudadanos y del interés público que la ley tutela en general<sup>537</sup>, lo tiene muy en cuenta el Ministerio Fiscal cuando hay menores en particular por ser también la garantía de la defensa de sus intereses.

Y pese a que es verdad que existen otros órganos que se encargan de su protección como los ya mentados Defensor del Pueblo y Defensor del Menor, no se pueden confundir porque el Ministerio Fiscal, por un lado, tiene funciones y competencias distintas que le hacen una institución independiente, autónoma y más vinculada a los órganos jurisdiccionales y, por otro lado, es un órgano decisivo para suplir las deficiencias y limitaciones que se detecten precisamente en los padres o en las Administraciones Públicas en sus deberes para con los menores. A este último respecto, y en relación con el primer punto, debemos indicar que en lo atinente a la naturaleza de su intervención en la jurisdicción civil en cumplimiento de la función de protección y defensa de los derechos de los menores, no se encuentra previsión alguna ni en la CE ni en la LEOMF. Sin embargo, la también citada LOPJM supuso un aumento del rol que ha de desempeñar el Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos de los menores. En efecto, la legitimación con la que se le dotó no es subsidiaria para el caso de que no exista representación legal, sino que concurre con ella e incluso puede ir en su contra. De este modo, se da más importancia a la intervención pública.

Una importancia que no solo se percibe en la intervención en situaciones de riesgo o de desamparo del menor, sino también en la posibilidad que todo menor tiene de acudir al Ministerio Fiscal para hacerle saber cualquier situación en que se estén violando sus derechos y, con ello, se adopten las acciones apropiadas. Conviene precisar que dicha posibilidad es una de las garantías que existen para lograr el objetivo que se prevé como obligación para las Administraciones Públicas de ofrecer la asistencia

---

<sup>537</sup> F. Pantoja García, «El fiscal como defensor del menor», *Educadores: Revista de renovación pedagógica*, nº 193–194, 2000, pp. 113 y 114.

Y conviene completar lo explicado aclarando la misión institucional que el Ministerio Fiscal tiene desde el punto de vista global que hemos indicado. Así, entre los diferentes órganos jurisdiccionales y administrativos ha de fomentar o impulsar criterios que unifiquen y coordinen las respuestas. La verdad es que es una labor imprescindible puesto que, por un lado, los preceptos que se suelen aplicar a los menores están relacionados y tienen un contenido muy parecido y, por otro lado, las cuestiones que regulan separadamente en la realidad están también vinculados. De ahí que no sea conveniente que los órganos intervinientes apliquen criterios particulares sin conexión que dan lugar a resoluciones o medidas contradictorias que no solucionan los problemas. [Para más información: B. Vargas Cabrera, *supra op. cit.* nota 536, p. 13].

precisa a los menores para que los derechos que les reconoce la legislación sean una realidad gracias a su respeto. Pero no hemos terminado, sino que también el órgano que ahora nos ocupa, al igual que corresponde al Juez, ha de actuar de oficio en interés del menor teniendo que adoptar y promover las correspondientes diligencias, medidas y pruebas. Además, hará que no tenga efectos negativos la pasividad en que incurran los particulares, y prestará asesoramiento acerca de los derechos. Es por ello que es posible la intervención del Ministerio Fiscal en relación con todos los derechos que la legislación reconoce a los menores, tanto ante la Administración Pública como ante los órganos jurisdiccionales. Y conviene apuntar que cuando se ha prescindido del Ministerio Fiscal siendo obligatoria su participación, conlleva que lo practicado sea nulo por haber conculcado principios esenciales como son el de audiencia, defensa, asistencia, es decir, por haber causado indefensión.

Ahora bien, el alcance de las funciones del Ministerio Fiscal no es absoluto sino que la facultad que le ha sido conferida es de defensa e intervención, y no decisoria, debido a que siempre es parte. Teniendo esto en cuenta, concretamente las funciones que ha de desempeñar en defensa de los menores y sus derechos son: legitimación para ejercitar algunas acciones propias del menor o que le son beneficiosas; estar presente en los procesos en que estén involucrados menores, pudiendo ser parte o solamente informante; y controlar y vigilar la guarda y el acogimiento. En definitiva, son numerosas y diversas las posibilidades en que consisten las facultades con que cuenta el Ministerio Fiscal para defender los intereses y derechos de los menores<sup>538</sup>.

Por lo demás, conviene mucho recordar que el artículo 39 CE impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, pero sobre todo de los menores de edad y respetando los acuerdos internacionales que versan sobre sus derechos. De ahí que el Ministerio Fiscal tenga que realizar su compleja tarea asegurando un equilibrio como garante de los Derechos fundamentales y defensa del menor. Más concretamente, el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>539</sup> (en adelante LORPM) dispone que el Ministerio Fiscal ha de defender los

---

<sup>538</sup> Se puede consultar un estudio más exhaustivo de lo expuesto desde la última nota al pie, en: G. Carbonell Benito, *supra op. cit.* 535, pp. 142, 146–151.

<sup>539</sup> BOE nº 11 de 13 de enero de 2000.

derechos que las leyes reconocen a los menores, vigilar las actuaciones en su interés y cerciorarse de que el procedimiento cuenta con garantías. Además, las referencias de las previsiones normativas al Ministerio Fiscal son numerosas debido a su gran trascendencia que se manifiesta en su participación decisiva en las diversas fases del procedimiento como son la instrucción, la fase intermedia, la audiencia, la ejecución y, para lo que aquí nos interesa sobremanera, la pieza separada de responsabilidad civil<sup>540</sup>.

Muy relacionado con todo lo dicho, en la sociedad actual existe la convicción de que para proteger a los menores es necesario que el poder público intervenga mediante el Ministerio Fiscal. En este sentido, debe ser escuchado cuando la solicitud promovida haga referencia a personas cuya protección o defensa ha sido atribuida a la autoridad. Y es precisamente aquí donde reluce el concepto de interés público, dentro del cual se han incardinado siempre valores de gran importancia para la comunidad como, por ejemplo, la protección de los menores. Dicho de otra forma, el Ministerio Fiscal vela por los

---

<sup>540</sup> Acerca de las últimas explicaciones, conviene ver: M. J. Dolz Lago, «La intervención del Fiscal en materia de menores», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 18, 2005, pp. 31, 32 y 35.

Sobre la mentada pieza separada de responsabilidad civil, debemos precisar que el ejercicio de la correspondiente acción civil se incardina en uno de los ámbitos procesales básicos donde al Ministerio Fiscal le ha sido encomendado defender los derechos de los menores. En efecto, dicho ámbito es el del ejercicio de la acción penal para defender a los menores que son víctimas de delitos. Además, el ejercicio de la acción civil puede suponer que el Ministerio Fiscal requiera la privación de la patria potestad de los progenitores que pueden ser condenados. Pero, en cualquier caso, dicho órgano no puede limitarse solo a ejercer la acción penal y civil, sino que, junto a instar en el proceso y/o fuera del mismo ante las instituciones correspondientes las medidas protectoras, también ha de encargarse en todas las fases y actos del proceso de la protección del menor como víctima pues, en caso contrario, podría convertirse en una agresión adicional. De este modo, tanto se soslaya que el menor esté expuesto de manera desmedida a las vicisitudes del proceso que sean innecesarias, como, en el caso de que las circunstancias lo exijan, se postula la asistencia técnica más apropiada. Consultar: F. Pantoja García, *supra op. cit.* nota 537, pp. 108–110.

En la doctrina se encuentran más reflexiones acerca de la mentada pieza. Así, se ha advertido de que en el proceso penal de menores se ha olvidado en exceso la protección efectiva de los derechos que pertenecen a la víctima. En efecto, por un lado, la legislación anterior a la LORPM contemplaba la proscripción del ejercicio de la acción penal y, por otro lado, se encontraba en desventaja el titular de la acción civil en comparación con el proceso penal de adultos. Respecto a esto último, se ha de añadir que con ello se ignoraba que el impedimento a la víctima de satisfacer sus propios derechos le acarrearía un daño adicional al que ya sufría. Por lo demás, se han de traer a colación los artículos 61 a 64 de la mentada ley por el hecho de que prevén que la sentencia que finaliza el procedimiento no despliega efectos de cosa juzgada material. Asimismo, no solo el perjudicado sino también el Ministerio Fiscal tienen legitimación para ejercer la pretensión de resarcimiento. Eso sí, con la particularidad de que, mientras en otros procesos el Ministerio Fiscal ha de interponer la acción civil aunque también lo haga el perjudicado excepto renuncia o reserva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 LORPM el Ministerio Fiscal no puede interponer dicha acción en el caso de que en el plazo de un mes desde la notificación de apertura de la pieza el perjudicado la ejercite, o renuncie a ella o la reserve. Lo cual parece que es preferible debido a que al actuar por defecto se ahorran gastos y molestias. [Más información en: C. Samanes Ara, «La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores», *Anuario de justicia de menores*, nº 3, 2003, pp. 163 y 164].

derechos de las personas respecto a las cuales su defensa se estima que es de interés público. Por eso, en el Derecho civil dicho órgano interviene, como hemos adelantado, en todos los casos en que el mentado interés no puede quedar a la libre disponibilidad de los particulares, siendo uno de los mejores ejemplos los casos concernientes a los menores. Y es que la poca edad con la que cuentan no hace posible que se puedan defender y, por ende, el Ministerio Fiscal constituye una garantía en la protección de sus intereses<sup>541</sup>.

#### **1. 2. 4. Modos relevantes de realizar las funciones: dictaminador y vigilante**

Antes de nada, debemos comenzar indicando que, para defender la legalidad y el interés público, el Ministerio Fiscal desarrolla sus indicadas funciones actuando de dos formas diferentes como son la vía de acción y la vía de dictamen. Mediante la primera vía incoa el proceso acarreando obligaciones y cargas procesales, mientras que dicho proceso ya está incoado previamente por otros cuando interviene realizando un informe o dictamen no viéndose afectado por las cargas, ni por las obligaciones, ni por los derechos producidos.

Una vez que sabemos lo dicho, con más precisión, dentro de la segunda vía indicada hay dos acciones en concreto del Ministerio Fiscal relativas a la protección y defensa del menor que aquí, en este punto, interesan mucho como son la de dictaminador y la de vigilante. Pero no son las únicas; también existen tanto la de

---

<sup>541</sup> Unos apuntes muy apropiados que completan lo expuesto es que, respecto al interés público o general, el Ministerio Fiscal se encarga de proteger los intereses de las personas claramente indefensas o desprotegidas. Es decir, de las personas y colectivos con serios obstáculos para ejercer sus derechos como los demás ciudadanos. Además, con el paso del tiempo ha ido abandonando su índole de mero acusador penal e ir interviniendo no solo cuando concurre incapacidad de obrar sino en toda discriminación o desamparo. En fin, hoy en día el Ministerio Fiscal alberga profundos contenidos humanos y sociales, lo cual supone que ya no se limita a elaborar dictámenes imparciales sino que defiende los intereses de los menores. En este sentido, las últimas reformas de la legislación, es decir, el artículo 124 CE, la de 1981 y la de 1983 han supuesto que sus funciones aumenten al adjudicarle un nuevo enfoque o concepto que se añadió al de interés público como fue el de los intereses sociales. Así, con su Estatuto Orgánico de 1981, junto a sus funciones habituales de representación y defensa, también pasó a desempeñar facultades ajenas al proceso como pertenecer e integrar organismos tutelares. Con ello se participa del espíritu del artículo 124 CE al ir más allá de la asistencia a los órganos jurisdiccionales y del examen de autos, sino que actúa también en las entidades públicas que protegen a los menores y tiene un contacto continuo e inmediato con todas las personas y organismos involucrados realizando actuaciones procesales, de vigilancia, de investigación, de gestión, de postulación y de requerimiento. Y si bien lo apuntado es de gran relevancia, también lo es el que ahora no se limita solo a los asuntos de Derecho civil de familia. En efecto, ha de defender los derechos y cuidar la integridad moral y física de los menores. [Se puede consultar lo que en esta nota en particular hemos expuesto, en: B. Vargas Cabrera, *supra op. cit.* nota 536, pp. 11–13].

representante del menor como la de promotor para constituir la tutela o una medida de protección que tan importantes son para todo el **Capítulo IV**<sup>542</sup>.

Evidentemente, debemos explicar en qué consiste la función o actividad del Ministerio Fiscal como dictaminador, es decir, la vía de dictamen. La realiza en los procesos tutelares y son varias las previsiones normativas que imponen al juez el deber de escucharle. Más concretamente, según el artículo 60 de LEOMF, dicha función consiste en dictaminar o informar en la medida y forma que el ordenamiento jurídico prevea. Junto a dicho precepto, también destacan los artículos 273 CC y 2012 LEC por establecer que, previamente a autorizar al tutor para que realice ciertos actos, el juez ha de escuchar al Ministerio Fiscal. Y se ha de saber que, al ser el juez un perito en materia jurídica y estar dotado de jurisdicción no necesitando que otro órgano le indique la averiguación, interpretación y aplicación de la legislación, el Ministerio Fiscal no es un auxiliar del juez. En efecto, a quien presta auxilio es a la función jurisdiccional dictaminando o expresando su opinión acerca de los hechos que le hacen conocer. De este modo, sus pronunciamientos aportan elementos posibilitando al juez una apreciación de la realidad más justa. Profundizando en la explicación, debemos decir de otra manera y añadir que su función es emitir un dictamen pues su misión es ayudar a que el órgano jurisdiccional averigüe la verdad. Por ello solo califica los hechos; ni los aporta, ni los prueba. Ahora bien, tampoco podemos ignorar que para lograr la protección de los intereses encomendados no basta con solo emitir un dictamen, sino que ha de participar en la averiguación de la verdad todas las veces que sean necesarias o cuando lo justifique la gravedad de los intereses concurrentes como los que atañen a los menores. En definitiva, el Ministerio Fiscal no solo ha de manifestar una opinión imparcial acerca de una solución de índole teórica sino que ha de ser vigilante y eficaz defensor de los principios del orden público que se debatan. Y para ello ha de valerse de los medios procesales idóneos, lo cual hace que sea un órgano interviniente y pueda elaborar documentos, aportar pruebas y realizar solicitudes. Si no fuera así, no sería subsanada la falta de capacidad de los menores<sup>543</sup>.

Por su parte, de su otra función o actividad de vigilancia, para lo que aquí nos

---

<sup>542</sup> Para las explicaciones realizadas en los últimos tres párrafos, convendría ver: I. Brena Sesma, «Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores», *Actualidad civil*, nº 2, 1993, pp. 409–411.

<sup>543</sup> Para todo lo que hemos expuesto sobre la función de dictaminador, ver: *Ibidem*, pp. 414 y 415.

interesa, debemos resaltar que el Ministerio Fiscal está autorizado para solicitar o requerir informes. Es decir, es de gran interés el hecho de que ha de estar informado para poder cerciorarse de que la situación de los menores es la más adecuada y, en caso negativo, decidir promover ante el juez las medidas de protección oportunas<sup>544</sup>. Así, con todo lo dicho se concluye que el Ministerio Fiscal no puede ausentarse de los procedimientos judiciales en que estén involucrados menores, garantizando que las actuaciones se ajustan a ley y pretendiendo lograr el objetivo del mayor beneficio para el menor<sup>545</sup>.

### **1. 2. 5. La educación como punto de referencia e informes correspondientes**

Pese a no estar ya en vigor, conviene recordar que la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores<sup>546</sup> atribuía competencias al Ministerio Fiscal convirtiéndolo en protector de menores. Asimismo, es muy importante saber que su pretensión procesal era claramente educativa, de ahí que fuera protectora la responsabilidad del mentado órgano de postular una medida ante el órgano jurisdiccional competente. Así pues, se puede afirmar que al observar la naturaleza jurídica de dicha ley se apreciaba su razón

---

<sup>544</sup> Resulta interesante ahondar en esta posibilidad que el Ministerio Fiscal tiene de solicitar informes. Al respecto destaca el Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 8 de abril 2014 en el que se expresó que era necesario unificar más intensamente las secciones de responsabilidad penal de menores y de protección de las fiscalías, así como integrar las concretas funciones que respecto de los menores se vienen realizando en otros ámbitos como el civil. Pues bien, con dicha integración se debería permitir que los Equipos Técnicos de la Sección de Reforma en materia de protección intervinieran elaborando informes para contrastarlos con los emitidos por los técnicos de la Administración. Y conviene apuntar que son los informes que la Entidad Pública elabora sobre la situación educativa, familiar, social y psicológica de los menores en desamparo o en riesgo los que utiliza el fiscal. Ahora bien, también puede suceder que, en los casos en que existan discrepancias o cuando no sean atendidas sus solicitudes, el Ministerio Fiscal necesite recurrir a otros peritos distintos para poder cumplir con su función de vigilancia superior sobre la tutela, el acogimiento y la guarda de los menores. Por lo demás, con el diagnóstico realizado se quería que las labores del Ministerio Fiscal no se quedasen estancadas en un mero voluntarismo sin incidencia práctica pudiendo así valorar mejor el interés superior del menor. En este sentido, el artículo fundamental es el 174 CC, respecto al cual se ha de advertir que se ocupa de manera parcial de una de las propuestas del mentado libro, es decir, es insuficiente y sería conveniente que también permitiera al Ministerio Fiscal recabar informes a los Equipos Técnicos de la Sección de Menores de la Fiscalía, lo cual supondría que tanto los Servicios de las Corporaciones Locales como de las entidades públicas atendieran las solicitudes de información realizadas por dichas secciones. [Para la ampliación de esta nota, véase: J. J. Huete Nogueras, «Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal», en M. V. Mayor del Hoyo (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 95 y 96].

<sup>545</sup> Para más información sobre esta segunda función y para la conclusión, ver: I. Brena Sesma, *supra op. cit.* nota 542, pp. 415 y 416.

<sup>546</sup> BOE nº 140 de 11 de junio de 1992.

protectora, lo cual se manifestaba mejor que en ninguna otra cuestión en la de que limitaba los derechos y libertades de los menores puesto que no perpetran delitos al carecer de culpabilidad, es decir, no son susceptibles de que se les impongan penas ni de que se siga el proceso jurisdiccional para los delitos. No obstante, lo dicho no nos puede desviar de ser conscientes de que se adoptan medidas que restringen derechos de índole, además, fundamental, esto es, que tienen influencia sobre aspectos esenciales de la organización jurídica de la sociedad y, por ende, ha de existir un sistema de garantías apropiado que garantice una protección satisfactoria. En esta misma línea, se insiste en que es otro proceso diferente al penal por albergar elementos propios, lo cual no es óbice para que sea necesario regularlo de manera que tanto cuente con todas las garantías constitucionales como se adecúe a las especialidades de los menores para valorar especialmente el interés del menor que es el elemento decisivo. En efecto, junto a todo lo que ya sabemos del mismo, agregamos que significa el interés procesal como sujeto de las garantías que la CE prevé, así como que añade una cuestión adicional que va más allá de una valoración penal del proceso, por un lado, al poder el Ministerio Fiscal estimar finalizada la tramitación del expediente teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones del menor o, por otro lado, al tener posibilitado dicho órgano y el juez adoptar las medidas cautelares que estimen oportunas para la protección y custodia del menor y en atención a las circunstancias personales y sociales. Por lo demás, también determina la naturaleza de este proceso el hecho fundamental de que la ley, respecto a la resolución que impone la medida, ordena al juez que valore las necesidades, situación y personalidad del menor, así como su entorno tanto familiar como social.

Y ésto último es decisivo en nuestro estudio puesto que implica que el órgano jurisdiccional, para tomar una decisión, debe tener en cuenta los hechos que el menor ha cometido, así como todas las circunstancias psicosociales. Pues bien, ello no es posible si el Ministerio Fiscal no solicita al equipo técnico que elabore un informe acerca de la situación educativa, psicológica y familiar, del entorno social en que se encuentra el menor y de cualquier otra circunstancia con importancia en el hecho atribuido; esta era la orden que le imponía la mentada ley. En definitiva, el tratamiento del interés del menor es el elemento que diferencia a este proceso y que justifica que los Derechos y Libertades fundamentales puedan restringirse, de lo que se infiere que la naturaleza del

proceso es de índole educativa y no sancionadora o, mejor dicho, se trata de una pretensión educativamente sancionadora basado en criterios educativos constitucionales como los albergados en el artículo 27.2 CE. En este sentido, donde mejor se manifiesta el que este proceso sea educativo es en que las resoluciones judiciales tratan de desarrollar la personalidad del menor y respetando los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades mentados. Por todo lo dicho se debe conceptuar como protectora de los menores la actuación del Ministerio Fiscal consistente en instar a los órganos jurisdiccionales medidas educativas para el menor.

Junto a lo anterior, para aplicar las medidas, la citada ley ordenaba al Ministerio Fiscal que instruyera la causa con el fin de que los hechos en que pudiera haber participado el menor quedasen determinados. Asimismo, dicho órgano a lo largo del procedimiento también tenía permitido o estaba obligado a valorar distintos aspectos antes de tomar decisiones sobre el menor. En cuanto a la misión protectora del Ministerio Fiscal, conviene aclarar que consiste en defender los derechos, observar sus garantías, y cuidar la integridad física y moral del menor. De ahí que su actuación no consista solo en lo ya indicado de postular una medida educativa teniendo en cuenta el informe del equipo técnico, sino que también está facultado para concluir el procedimiento, así como para articular, también con los informes técnicos, medidas reparadoras educativas. Como se observa, de nuevo son decisivos los informes, lo cual debemos tener muy en cuenta para nuestro estudio. Unos informes que también se elaboran con ocasión, como ordenaba la ley, de la observancia por el Ministerio Fiscal de que se cumple y de que es eficaz la medida educativa que se ha impuesto. En efecto, dichos informes, en su caso, pueden hacer que el juez modifique la medida impuesta a instancia del Ministerio Fiscal. Lo que se acaba de indicar es de una gran relevancia para el presente estudio debido a que en el procedimiento arbitral podría y debería utilizarse la mentada labor de informar con la finalidad de la mejor protección de los menores teniendo como punto de referencia su educación. Con todo, cabe concluir que el interés del menor protegido por la ley se atribuye principalmente al Ministerio Fiscal<sup>547</sup>.

---

<sup>547</sup> Para lo expuesto en los últimos párrafos, consultar: F. Pantoja García, *supra op. cit.* nota 537, pp. 118–121.



Pero la ley posterior que sustituyó a la que hemos citado fue la también referida LORPM. En cuanto a lo que ahora interesa, debemos resaltar que también se le atribuye al Ministerio Fiscal la instrucción, así como que en ella goza del asesoramiento que los equipos técnicos le proporcionan. Por ello su pretensión procesal no solo se limita a realizar un reproche al menor con una medida educativa que el mentado equipo técnico orienta, sino que también restringe los Derechos fundamentales del menor en su propio interés.

Idéntica gran trascendencia tiene el hecho de que es el Ministerio Fiscal quien ejercita la acción civil relativa a la indemnización para favorecer a la víctima del delito, que en estos casos responde el menor y sus padres o tutores solidariamente. Y ello conviene tenerlo en cuenta también para los casos del presente estudio donde la víctima es el menor y, por lo tanto, más razón existe para que el Ministerio Fiscal o quien le supla intervenga. Por lo demás, teniendo en cuenta que este procedimiento tiene el objetivo de rehabilitar al menor y reintegrarlo socialmente, el Ministerio Fiscal cuenta con el principio de oportunidad para que las conductas relativas a delitos menos graves se desjudicialicen y, en consecuencia, posibiliten una conciliación con la víctima, así como la reparación del daño orientada por los equipos técnicos al poseer un valor educativo<sup>548</sup>.

### **1. 2. 6. Sobre su participación en el delito de difamación**

Teniendo muy en cuenta lo que acabamos de indicar, finalizamos con unos apuntes que resultan muy beneficiosos porque completan lo que expusimos acerca de uno de los delitos que los menores sufren como es el de la difamación y los daños que acarrea. Y es que el Ministerio Fiscal también actúa en tales casos para proteger el honor, la imagen e intimidad de los menores que son víctimas de los maltratos

---

<sup>548</sup> Un análisis más exhaustivo sobre esta ley en vigor, en: *Ibidem*, pp. 121 y 122.

Para completar y terminar lo expuesto, agregamos que los incidentes realizados por los menores han de denunciarse ante el Fiscal de Menores, en colaboración con la instrucción del Fiscal en la determinación de los hechos conocidos en el centro y determinando las circunstancias personales del menor para que así el equipo técnico pueda realizar su informe y lograr la respuesta sancionadora educativa. Y también resulta muy interesante para nuestro estudio el hecho de que el menor ha de ser asesorado para comparecer ante el Fiscal de Menores y exponer su situación y las circunstancias concurrentes. Con todo lo dicho, ha quedado muy claro que el Ministerio Fiscal tiene atribuidas muchas competencias para proteger a los menores. Ver: *Ibidem*, pp. 124 y 125.

perpetrados por un entorno social que es agresivo debido a un incomprendido derecho a la información. La razón de dicha actuación es que los menores carecen de capacidad de obrar plena y, por lo tanto, no pueden protegerse de la vulneración de derechos y, concretamente, de los artículos 18 CE, 20.4 CE, 10.2 CE; 17 CDN; 2, 3 y 9.2 de la ya citada LOPHII; y de la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores<sup>549</sup>. Dichas previsiones significan que están regulados en el ámbito constitucional al mismo nivel con las especificidades a que se alude cuando se determinan las zonas de conflicto tanto el derecho a recibir o comunicar información veraz en libertad como los derechos personalísimos. Además, en las mentadas zonas se subraya la importancia de la necesaria protección enérgica de los derechos de los menores. Por lo demás, conviene saber que la citada LOPHII es la principal herramienta del Ministerio Fiscal para realizar esta concreta labor<sup>550</sup>.

Con la exposición del Ministerio Fiscal se observa nítidamente que se trata de un órgano fundamental e imprescindible en los órganos jurisdiccionales para todos los ciudadanos. Pero sobre todo respecto a los menores, los cuales, por su edad, no pueden acceder a un procedimiento jurisdiccional solos, sino que han de estar representados legalmente y asistidos. Evidentemente, al ser lo dicho crucial, sería simplemente ininteligible la ausencia de ambas figuras no solo en los órganos jurisdiccionales, sino también en cualquier otra institución que pretenda sustituirlos como bien es el arbitraje. Sin duda, una institución arbitral que prescindiera de tan relevantes figuras para la protección del menor jamás será idónea ni aceptable. Pues bien, de comprobar si concurren en el TAD/CAS/TAS es el objeto del siguiente punto.

---

<sup>549</sup> Referencia: FIS-I-2006-00002

<sup>550</sup> A este respecto, en virtud del artículo 3 LOPHII los representantes legales de los menores han de hacer saber al Ministerio Fiscal el consentimiento prestado para autorizar la intromisión en la intimidad o para utilizar la imagen del menor. Son 8 los días de plazo que tiene el citado órgano para mostrar su oposición. Asimismo, a pesar de que no se le haya notificado el consentimiento, si sabe que los derechos del menor se pueden lesionar tiene la posibilidad de requerir al juez que suspenda la actividad lesiva. En fin, es claro que el Ministerio Fiscal cuenta con legitimidad activa, la cual se ve reforzada con la LOPJM cuyo artículo 4.4 dispone que al mismo le corresponde las acciones de los representantes legales, pudiendo actuar bien de oficio o bien a instancia del menor de otra persona interesada ya sea física, jurídica o una entidad pública. Para finalizar, se añade que si se aprecia una posible intromisión ilegítima, el fiscal ha de instar la acción de resarcimiento que la ley prevé, proceso en el que postulará la reparación del daño con el mismo medio que lo causó y la correspondiente indemnización. Con todo, hemos observado de nuevo la importancia que el Ministerio Fiscal tiene, ahora en relación con estos derechos que son parte de su personalidad. [Para esta nota y lo expuesto en el texto principal sobre esta cuestión particular, consultar: F. Pantoja García, *supra op. cit.* nota 537, pp. 114–116].

## **2. BALANCE SOBRE LAS CUESTIONES FUNDAMENTALES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO PARA LOS MENORES**

Como se ha dicho, en el presente apartado se van a analizar las ventajas, las desventajas, el grado de aplicación de los Derechos fundamentales y las cuestiones más controvertidas de los procedimientos del TAD/CAS/TAS para apreciar si es una institución apropiada o si tiene graves deficiencias para hacer frente a las situaciones con menores involucrados y, por ende, a subsanar inmediata e ineludiblemente para que puedan desarrollarse gracias al deporte. Y conviene reiterar que en dicha comprobación tiene una especial relevancia apreciar si el menor está debidamente representado legalmente y asistido mediante las dos figuras que hemos expuesto en el punto anterior, el tutor y el Ministerio Fiscal. Es decir, si basta con el tutor que siempre está presente o si se prescinde de la crucial intervención de un órgano sustituto del Ministerio Fiscal que es imprescindible para que, respecto a diversas cuestiones, quede el tutor complementado. En este segundo caso, el menor estaría abandonado a su suerte; no otra expresión es adecuada por la corta edad de los menores. Y, por lo tanto, el TAD/CAS/TAS no sería idóneo.

### **2. 1. SOBRE LAS VENTAJAS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO EN LOS CONFLICTOS CON MENORES**

Concretamente, en las siguientes líneas se va a apreciar si cada una de las ventajas que el TAD/CAS/TAS proporciona siguen subsistiendo cuando en los conflictos a resolver hay involucrados menores. Asimismo, cuando sea preciso se harán las referencias correspondientes sobre tanto el tutor como el Ministerio Fiscal o su sustituto.

En cuanto a la primera, la de que el TAD/CAS/TAS, como todas las instituciones arbitrales, permite y garantiza una rápida resolución de los conflictos, lo cual es crucial en el deporte por las diversas particularidades que le caracterizan, se ha de decir que cuando hay menores en el deporte sigue subsistiendo. Ahora bien, lo crucial en este caso es que dicha subsistencia no merme o anule otros intereses o Derechos fundamentales de los menores haciéndoles sufrir unos perjuicios que son mayores a los beneficios

obtenidos. Sin duda, un muy buen ejemplo de ello sería que por pretender que el procedimiento sea más veloz se decida prescindir del Ministerio Fiscal u órgano que le sustituya cuando claramente debe intervenir por las funciones que tiene atribuidas. Eso sería simplemente inaceptable y la institución arbitral suiza rechazable sin ninguna excepción. En este sentido, habrá que analizar caso por caso, y si se aprecia el peligro de cualquier perjuicio adoptar las medidas correspondientes para que todo menor esté representado y asistido, y salga realmente beneficiado. Y dicha atención o comprobación es decisiva puesto que, como ya es muy conocido, basta con que un procedimiento relativo al deporte se dilate un poco para que cause al deportista grandes perjuicios. Así, se puede afirmar que en el deporte tiene una particular importancia el principio de la celeridad y que en tan relevantes textos normativos está consagrado, como el artículo 6 CEDH, el artículo 29.1 de la Constitución de Suiza de 1948 y el conocido artículo 24 CE, hasta el punto que si no concurre la justicia no existe. A día de hoy, el TAD/CAS/TAS cuenta con las características apropiadas que garantizan la celeridad, pero lo que hay que comprobar es que la misma es aceptable por no rechazar otras cuestiones fundamentales para la protección de los menores.

Se debe precisar que la cláusula por la que un procedimiento arbitral se inicia y los árbitros tienen competencia ha de haber sido acordada tras el ejercicio de una voluntad libre del menor ejercida a través de su tutor, en lo cual, por su relevancia, también parece que podría intervenir el Ministerio Fiscal u órgano equivalente supervisándola. Y es que lo que se ha de garantizar es que, con las explicaciones oportunas de su tutor que vela por él, tenga plena consciencia de lo que está haciendo y de lo que supone. Iguales características, es decir, la intervención de ambas figuras han de estar presentes tanto en la solicitud breve en el procedimiento ordinario como en la declaración en la apelación. Por su parte, respecto a la ventaja de no ser necesarias traducciones, seguirá existiendo si realmente las partes han elegido un idioma, es decir, si no se ha impuesto, y además lo entienden. Pues imponerlo no es ninguna ventaja; y si no se entiende, las traducciones serán necesarias, lo cual conlleva más tiempo. Pero, en cambio, parece que aquí el tutor es suficiente para encargarse de que el idioma es el más apropiado para que su representado pueda comprender todo. Por lo demás, de nuevo, la libre voluntad del menor ejercida mediante su tutor y comprobada por el Ministerio Fiscal u órgano sustituto es también un requisito irrenunciable para cuando se acuerde

una solución con la otra parte. Para terminar, no cabe duda de que el que los laudos se puedan ejecutar sin más demora y que se cuente con pocas posibilidades de ser recurridos contribuye sobremanera a que los procedimientos sean veloces. Y ello no pueden modificarlo ni el tutor ni el Ministerio Fiscal o quien supla a éste, pero, como son las dos figuras que velan por la protección de los menores, han de comprobar que ello no va a acarrear perjuicios para los propios menores, lo cual a buen seguro que ocurre en el caso de resoluciones injustas. Y, por supuesto, aunque las figuras no puedan cambiar esto, sí se debe subrayar que el TAD/CAS/TAS debería cambiar su regulación para que tanto la ejecución y los recursos sean aceptables por contener unas garantías mínimas. Tal vez no es adecuado que sean como en los procedimientos jurisdiccionales por ser necesaria una mayor rapidez, pero de ahí a erradicarlos hay un abismo insondable. Se ha de encontrar el punto de equilibrio en que coincidan las garantías y el respeto de la celeridad para el deporte.

Respecto a la segunda ventaja, no surgen dudas de que la adecuación del TAD/CAS/TAS a la internacionalidad y/o a la afección a una o varias ramas del Derecho de los conflictos sigue existiendo cuando hay menores de por medio. Con otras palabras, no parece que el TAD/CAS/TAS a este respecto suponga peligros para los menores. Antes al contrario, si no existiera una institución para resolver estos conflictos complejos, entonces sí que los menores se verían perjudicados al no poder practicar deporte y, por lo tanto, menoscabadas diversas facetas primordiales de sus vidas como la salud, el desarrollo, la proyección laboral, la educación, etcétera. Por si fuera poco, con ello y sin que haga falta nada más como algún mecanismo de protección, los menores y sus tutores ya se ven beneficiados gracias a que entenderán la lengua del procedimiento, sabrán a qué Derecho procesal estarán sometidos y evitarán la falta de objetividad de que adolecen los órganos jurisdiccionales de no pocos Estados en el mundo. Así, nada se puede decir sobre el Ministerio Fiscal; no parece que deba intervenir por no existir mayor peligro. En este punto el TAD/CAS/TAS es idóneo.

En cambio, donde no solo se puede hablar otra vez de ambas figuras, el tutor y el Ministerio Fiscal u órgano equivalente, sino que sobre todo hay que remarcar que aquí la intervención del segundo es clave e imprescindible es en lo concerniente a la ventaja de poder escoger el Derecho a aplicar en la resolución de un conflicto. En efecto, las dos

figuras han de garantizar que la voluntad del menor es real y no está manipulada o forzada de algún modo, lo cual implica necesariamente que, con las explicaciones adecuadas para su edad, deba ser consciente de toda la situación en que se encuentra. Y si no es posible después de intentarlo, entonces ambas figuras han de tomar la mejor decisión para el menor. En definitiva, tanto por caracterizarse los menores por poseer, en general, una menor fortaleza y capacidad de comprender todo, como por ser el Derecho aplicable decisivo en la resolución de los conflictos, es seguro que sufrirían grandes males si no están debidamente representados legalmente ni asistidos en favor de sus intereses y derechos. Y ello se traduce en que el tutor ha de ser complementado con la intervención del Ministerio Fiscal. Por supuesto, exactamente lo mismo cabe decir respecto a otra elección decisiva como es la de la persona o árbitro que ha de resolver el conflicto. En fin, si no intervienen ambas figuras, la ventaja se vuelve dañina para los menores y, por ende, no es aceptable este Tribunal arbitral.

Dicho lo anterior, otra ventaja que en el caso de los menores no solo sigue existiendo sino que alberga una relevancia inmensa para el objeto de nuestro estudio es la uniformidad y estabilidad que solo el arbitraje puede proporcionar en la interpretación de la normativa de los organismos deportivos y de los contratos. También continúa la decisiva confidencialidad, la cual, cuando haya menores, conviene supervisar para que no sufra ningún menoscabo debido a que los datos personales de los menores es una materia de gran sensibilidad. Y en cuanto al bajo coste de los procedimientos, también sigue siendo así cuando hay menores, de modo que es aceptable y conveniente siempre y cuando no se haga en detrimento de otros aspectos ineludibles. Una última precisión es que, en principio, no es necesaria aquí la intervención ni del tutor ni del Ministerio Fiscal o su equivalente puesto que es algo que el propio TAD/CAS/TAS implementa. Ahora bien, ello no es óbice para que realicen las comprobaciones correspondientes para verificar que así es y que no hay nada no habitual; sobre todo si los datos personales son muy importantes.

## **2. 2. SOBRE LAS DESVENTAJAS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO EN LOS CONFLICTOS CON MENORES**

En este punto que ahora se inicia se va a realizar idéntico análisis pero sobre las

desventajas del TAD/CAS/TAS. Es decir, se quiere conocer qué ocurre con ellas cuando los conflictos a resolver afectan a menores: si continúan, disminuyen o aumentan, así como en cualquier caso si son aceptables o no siendo ineludible subsanarlas. E, igualmente, se va apreciar si es suficiente con la presencia del tutor o si se prescinde del Ministerio Fiscal u órgano sustituto.

En cuanto a la primera desventaja apuntada, esto es, las serias dudas acerca de la real independencia del TAD/CAS/TAS por su vinculación con el COI y otros rasgos que le caracterizan y que han sido ya apuntados, se ha de reiterar que es crucial la presencia de la imparcialidad en toda la institución arbitral, pues no de otro modo, en este caso, se garantiza plenamente que los menores logren la justicia que les corresponde. Así pues, sin que quepan dudas, se han de adoptar medidas para que la imparcialidad sea total. Si no es así, no se puede decir que el TAD/CAS/TAS sea una institución apropiada para los menores al estar en serio peligro la protección de sus intereses y Derechos fundamentales. A este respecto, se ha de subrayar que la adopción de estas medidas corresponde al TAD/CAS/TAS, esto es, que no se soluciona con la presencia de las dos figuras a que estamos haciendo referencia en los procedimientos. Para que se entienda, la existencia de esta desventaja concierne a la propia estructura del TAD/CAS/TAS; no es algo que con un acto o intervención en un proceso arbitral se corrija. Por desgracia, es un defecto más profundo. Ahora bien, ello no impide, por un lado, que si el tutor es adecuado rechace dicha institución arbitral por no contar con las garantías de independencia e imparcialidad y, por otro lado, que el Ministerio Fiscal, si entiende que ello es muy dañino, intervenga para también rechazar esa opción.

No menor importancia tiene la segunda desventaja apuntada consistente en que en los procedimientos del TAD/CAS/TAS se aprecia la carencia de garantías fundamentales propias de un proceso justo. A este respecto, en alguna ocasión las dos figuras pueden hacer algo mientras que en otra ocasión no. Más concretamente, por un lado, se ha de acabar de inmediato con la conculcación de la libre voluntad de los menores pues, dicho de otra forma, dicha libertad ha de ser un pilar fundamental de la resolución de conflictos en el TAD/CAS/TAS. Y aquí el tutor es clave, debe intervenir para lograr lo dicho. Pero, por su relevancia, el Ministerio Fiscal o sustituto también ha de intervenir para comprobar que así es. En conclusión, sobre este particular ambas

figuras sí tienen mucho que decir y, por eso, la ausencia o apartamiento del segundo haría no idónea a la institución arbitral. En cambio, dicha intervención no se puede predicar respecto a la ya referida escasa existencia de posibilidades de éxito de los recursos de anulación contra los laudos. Es, de nuevo, un defecto estructural del TAD/CAS/TAS que, por supuesto, también ha de ser corregida. En efecto, si un recurso es muy difícil que prospere se puede decir que no es real, así como que, muy posiblemente, la intención subyacente es la de que los perjudicados pasen por alto o acepten una práctica carente de buena fe. De este modo, se han de realizar las modificaciones estructurales o normativas correspondientes para que los recursos que pueden interponer los menores sirvan realmente para alcanzar el objetivo muy beneficioso y nada dañino para nadie de que los menores se desarrollen humanamente con la práctica del deporte. Pero nuevamente ello no obsta para que el tutor descarte esta institución arbitral por entender que se prescinde de la garantía fundamental de los recursos, ni para que el Ministerio Fiscal impida dicha opción por el mismo motivo. Por lo demás, en el caso de que este defecto fuera subsanado por el propio TAD/CAS/TAS, entonces los menores, tanto en la interposición de los recursos como en su desarrollo y resolución, deberían ser representados legalmente y asistidos debidamente gracias a las dos figuras que conocemos.

Pero con lo dicho no se ha terminado de exponer las desventajas relativas a la carencia de las tan cruciales garantías. Así, se ha de hacer, por su importancia, una imprescindible y especial referencia a la tutela judicial efectiva que constituye un derecho al que no se puede renunciar en ningún caso. Al respecto, nunca se puede olvidar que, por mucho que el TAD/CAS/TAS proporcione ventajas considerables, en ningún caso está justificado que los menores vean erradicado su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales estatales. Es más, cualquier institución que no reconozca este derecho, o cualquier otro, no es apropiado para nadie y menos aún para los menores. Y es que, en este caso concreto, a pesar de que es cierto que el desarrollo de un procedimiento jurisdiccional es bastante más lento que el del TAD/CAS/TAS para precisamente acomodarse a las particularidades del deporte que ya conocemos, en todo lo demás, como es el resarcimiento de los daños con una indemnización, la prevención en adelante de conductas nocivas y la sanción a los responsables, los órganos jurisdiccionales a buen seguro que son muy satisfactorios. Con lo dicho se observa



nuevamente que para que la situación y protección de los menores sea plenamente satisfactoria, por poder también desarrollarse con la práctica deportiva, es necesario adoptar las medidas correspondientes para, en este caso, asegurar todos los Derechos fundamentales que tienen, tanto en el TAD/CAS/TAS como fuera de él aunque no sean ejercidos; ésta última opción es otra cosa muy distinta. Y es que si no es así, lo cierto es que la legitimidad del TAD/CAS/TAS se ve mermada o, incluso, eliminada. En fin, como ha dicho el TEDH, aunque a medias, ninguna ley puede imponer un arbitraje<sup>551</sup>. Por último, como es fácil de observar, para modificar la situación y la mentada tutela sea respetada nada pueden hacer ni el tutor ni el Ministerio Fiscal o sustituto, puesto que es un defecto que siempre ha arrastrado el arbitraje deportivo y, por ende, corresponde a los organismos deportivos cambiarlo, en lo cual la presión de los Estados, sustituida por la pasividad que muchas veces han tenido por temor, es fundamental. En este sentido,

---

<sup>551</sup> Pese a que completa la doctrina que se expuso cuando se trató esta desventaja del TAD/CAS/TAS, se considera que este es el lugar más idóneo para resaltar las reflexiones esenciales de J. Bonet Navarro que corroboran el balance extraído. Así, recuerda e indica que es inaceptable la tendencia del mundo deportivo, sobre todo de los Estatutos federativos, de sustraerse a los órganos jurisdiccionales estatales. La razón es que toda institución arbitral ha de ser una opción fundamentada en la voluntariedad, en la libertad, esto es, en la no erradicación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en los artículos 24 y 117 CE. Pues si no es así, entonces se está ante un contrato de adhesión. Por lo que a la UE atañe, como acabamos de adelantar, pese a que el TEDH ha declarado que no es nula toda cláusula que limite dicho derecho al ser el TAD/CAS/TAS muy necesario, sino solo las que se exijan imperativamente en los Estatutos federativos para la práctica del deporte, se puede afirmar que ha debido ser más valiente no limitándose a analizar solo el artículo 6 CEDH sino haciendo frente a todo sometimiento carente de libertad. En fin, la situación actual se caracteriza por la inexistencia de un sistema que al mismo tiempo que resuelve los conflictos y respeta la jurisdicción, rechaza todo arbitraje forzoso. La conclusión es clara: aún hoy no existe una auténtica jurisdicción deportiva internacional, siendo muy necesario corregir tanto su fragilidad derivada de ser obligatorio por no haber más opciones, como su falta de independencia e imparcialidad. Dicho de otra forma, está por consagrar un verdadero derecho de acceso a una jurisdicción internacional en la que no predomine una asociación privada. Así es como el TAD/CAS/TAS sería realmente un Tribunal legal. Ahora bien, para llevar a cabo la creación de un verdadero Tribunal Mundial del Deporte se ha de tener muy en cuenta que el artículo 117 CE no permite incardinar los órganos de la justicia deportiva dentro de la jurisdicción; que ninguna excepción prevista en la CE permite entender que la prohibición de tribunales especiales no alcanza al deporte; y que, al circunscribirse a la soberanía nacional, la creación de nuevas jurisdicciones no pueden actuar más allá del territorio nacional. De este modo, para la creación del nuevo Tribunal arbitral es imprescindible promulgar en España una ley orgánica que autorice la elaboración del correspondiente tratado internacional con el que se pueden atribuir competencias constitucionales a una organización o institución internacional no previstos en las leyes estatales, como es el caso del TAD/CAS/TAS. Cuando se haga así, éste adquirirá jurisdicción, el artículo 6 CEDH será equiparable a los artículos 24 y 117 CE, y estará garantizado a nivel internacional acceder a una jurisdicción con un proceso justo. Por último, hay que advertir que sería muy conveniente que el mentado tratado fuera suscrito por el mayor número de Estados y con la participación de alguna organización internacional como la UNESCO. En definitiva, no puede pasar más tiempo sin que exista un auténtico Tribunal Internacional o Mundial del Deporte basado en la libertad y la alternatividad, es decir, un sistema de justicia deportiva internacional realmente sólido. [Para quien desee profundizar en su estudio, el texto completo en que se encuentran mucho más desarrollados estos breves apuntes con más explicaciones y bibliografía de autores tan relevantes en la materia como I. Colomer Hernández, J. Bermejo Vera, J. Espartero Casado y A. Millán Garrido, es: J. Bonet Navarro, «Hacia una verdadera jurisdicción deportiva», *Justicia*, nº 1, 2020, pp. 95–151].

un muy buen método de presión es la intervención del Ministerio Fiscal de los Estados impidiendo en todos los casos que un menor acuda al TAD/CAS/TAS para que no se le prive de su derecho a la tutela efectiva. Este es un buen ejemplo tanto de que las funciones de dicho órgano no solo se limitan, como expusimos, al ámbito procedimental sino que van más allá, como de que se encargan de la protección de los Derechos fundamentales del menor. Y, por supuesto, si el tutor es diligente también impediría la merma de este Derecho fundamental a su representado.

Junto a lo anterior, se ha de prestar atención a todas las demás garantías de índole procesal. También se ha de recurrir a todos los medios necesarios para que estén presentes y desplieguen sus efectos en todo procedimiento arbitral. Para saber a qué problema se está haciendo referencia, se recuerda que muchas veces para lograr una mayor celeridad se prescinden de trámites muy importantes y se cuenta con menos medios de prueba. Esto es lo que no se puede aceptar, es decir, potenciar una ventaja en detrimento de otras cuestiones cruciales. Y al haber hecho referencia a todos los medios necesarios, en esta ocasión, se está pensando, tanto en los cambios estructurales y normativos que corresponden al propio TAD/CAS/TAS como a las intervenciones de las dos figuras fundamentales del tutor y del Ministerio Fiscal o equivalente. En cuanto a lo primero, siempre es complicado, pero se ha de estudiar, analizar y reflexionar para conformar la mentada institución arbitral de modo que exista un equilibrio entre todas las ventajas sin ninguna merma para que el deporte sea un instrumento decisivo en la vida de los menores. Y por lo que atañe a las dos figuras, no basta con el tutor solo, sino que el Ministerio Fiscal también tiene el mismo objetivo, es decir, que se logre con su intervención en los procedimientos tanto aprovechar todos los trámites y medios de prueba, como garantizar que de ninguno se le quiere privar al menor por parte del Tribunal o de la otra parte. Por eso, es precisamente aquí donde se ha de recordar la importante función del Ministerio Fiscal como dictaminador, es decir, como elaborador de informes y de documentos que, junto a la aportación de pruebas y realización de algunas solicitudes, son decisivos para que, en este caso, los árbitros conozcan la verdad. Pero no solo eso, sino también el TAD/CAS/TAS debería escucharle antes de autorizar al tutor para ciertos actos. En definitiva, esta es otra cuestión en que no se puede prescindir del Ministerio Fiscal; si así es, dicha institución arbitral no es aceptable.

Y, aunque sea algo mucho más frecuente en los casos de dopaje, también es ineludible atender en este punto a la presunción de inocencia. Es posible que se vulnere totalmente cuando hay menores en los conflictos deportivos, además de que los casos de dopaje también pueden alcanzar a menores. De este modo, si el TAD/CAS/TAS o cualquier otra institución que pretenda conocer y resolver conflictos invierte la carga de la prueba debiendo el acusado demostrar su inocencia por presumirse su culpabilidad, se puede concluir que no existe justicia alguna sino que está siendo violada por completo. Pero es que además probar la inocencia encierra una considerable dificultad. Dicho de otra forma, el TAD/CAS/TAS será apropiado para todas las personas, y más aún para los menores, en tanto en cuanto se presuma su inocencia hasta que se demuestre lo contrario. Así pues, es inaceptable que transcurra más tiempo con una total ausencia de presunción de inocencia en los procesos de dopaje. Por lo mismo, se ha de agregar que la actitud adecuada para estimar apropiado el TAD/CAS/TAS es que no muestre una desconfianza tan feroz respecto a las personas. Y ello no significa que deba tener una confianza desmedida. Simplemente se trata de desarrollar un procedimiento con todas las garantías para averiguar la verdad de lo ocurrido en un conflicto y así resolverlo de manera civilizada y justa reparando a la víctima, previniendo nuevos daños y sancionando al responsable para que cuanto antes pueda reinsertarse en la sociedad. Nada más, pero tampoco nada menos. Y subsanar este defecto le corresponde, otra vez, al propio TAD/CAS/TAS, pero ello no es óbice, también otra vez, ni para que el tutor y el Ministerio Fiscal protejan al menor evitando que se vea envuelto en procedimientos que conculcan sus derechos, ni para que una vez que aquella institución arbitral cambie su postura defendiéndolo, con lo cual daría un paso esencial hacia su idoneidad, intervengan para comprobar que efectivamente la presunción de inocencia se respeta. Es decir, como el Ministerio Fiscal es el garante de los Derechos fundamentales de los menores, de una forma u de otra ha de intervenir sobre esta cuestión.

Antes de terminar con este punto, otra crítica a realizar para subsanarla es la no considerable consistencia de los laudos del TAD/CAS/TAS tanto por ser el fallo distinto en casos iguales o muy similares como por la ineficacia de las apelaciones. Así, toda persona cuando está en sede arbitral, al igual que en sede judicial, ha de sentir seguridad jurídica respecto de los procedimientos y las resoluciones o, dicho de otra forma, el margen en la variación de las resoluciones ha de ser aceptable por su congruencia y

sentido. En fin, toda persona ha de saber a qué puede atenerse. Es totalmente rechazable una situación en la que lo mismo se espera un fallo que otro muy distinto. Lo dicho tiene un nombre ya aludido y que ya se ha manifestado que es rechazable: parcialidad, arbitrariedad. Cuando concurre simplemente no hay justicia. Como se ve, no se puede dudar de que subsanarlo también corresponde al propio TAD/CAS/TAS, lo cual tampoco descarga de responsabilidades ni al tutor ni al Ministerio Fiscal que también deben tanto velar por el menor evitando que acuda a instituciones con las condiciones expuestas, como comprobar la congruencia de las resoluciones en el caso de que dicho defecto sea subsanado. En fin, tampoco se puede prescindir del Ministerio Fiscal o de su sustituto aquí.

Para terminar, si una institución no vela por el interés tanto particular como general, entonces no se puede afirmar que proporciona justicia. Así pues, el TAD/CAS/TAS tampoco será adecuado para los menores si permite que un acuerdo entre las partes desatienda el orden público de los Estados y los principios generales del Derecho. Por lo demás, si bien la confidencialidad es una ventaja que ofrece el TAD/CAS/TAS, sin embargo, solo es así si es en su justa medida debido a que la transparencia de la institución y de sus resoluciones también es un aspecto muy importante y un genial indicador de su buen funcionamiento. Respecto a todo ello, por ser trascendental, tampoco basta con solo la actuación del tutor, sino que también el Ministerio Fiscal o su sustituto ha de intervenir directamente para que se haga todo en beneficio y protección de los menores.

### **2. 3. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO EN LOS CONFLICTOS CON MENORES**

Al igual que en los dos puntos anteriores, ahora se va a dar comienzo al mismo análisis pero respecto al grado de aplicación de los Derechos fundamentales por el TAD/CAS/TAS, así como a la intervención al respecto del tutor y del Ministerio Fiscal o sustituto. Pero en esta ocasión basta con solo la rúbrica para tener claro que el Ministerio Fiscal ha de intervenir en todo caso puesto que tiene que defender un interés de la sociedad que no puede quedar al albur de nadie como es la protección de los Derechos fundamentales. Así pues, si el TAD/CAS/TAS solo actúa con la presencia del

tutor, jamás podrá decirse que es aceptable; sobre todo para los menores, pero tampoco para ninguna otra persona.

Por lo que atañe a esta cuestión, de lo expuesto en el apartado correspondiente se ha observado claramente que, a pesar de la existencia de una *lex sportiva*, fruto en parte de la jurisprudencia elaborada por el propio TAD/CAS/TAS, la misma solo está vinculada indirectamente con los Derechos fundamentales y, por ello, en el Derecho que el TAD/CAS/TAS aplica en sus laudos no constan los tratados internacionales ni los convenios relativos a la protección de los Derechos fundamentales y de las garantías procedimentales. De ahí que el TAD/CAS/TAS no aplique la CEDH sino que se limita a interpretarla, lo cual supone que en los casos de disciplina deban aplicarse indirectamente las garantías procedimentales que se derivan de dicho texto normativo. Así, le corresponde al Estado suizo cerciorarse de que sean equitativos los procedimientos del TAD/CAS/TAS, es decir, que el Tribunal sea independiente e imparcial y el tiempo de desarrollo razonable. Además, como se ha visto, ello no ha impedido que en algún caso, como el de *Diakité*, el TAD/CAS/TAS haya fundamentado su decisión en la propia CEDH; en concreto, en el derecho a la información que delimita la información que es aceptable o, lo que es igual, los límites de la libertad de expresión.

En suma, por mucho que el TAD/CAS/TAS no aplique la CEDH, sin embargo, tanto dicho texto normativo como los demás textos reguladores de Derechos fundamentales son atendidos para dilucidar si alguno de los referidos derechos ha sido conculcado en el caso de que se conoce. De este modo, un indicador de que el TAD/CAS/TAS no es adecuado es que haya prescindido de tener en cuenta mediante la analogía las diversas garantías de procedimiento.

Otra cuestión de gran relevancia en este punto es lo que ocurre en el TAD/CAS/TAS de que se acepta la restricción de Derechos fundamentales siempre y cuando existan unas normas que tienen un objetivo legítimo como, por ejemplo, la protección de los menores. Y la verdad es que ello llama la atención y, por ello, no extraña que no sea una cuestión pacífica en la doctrina donde más de un autor considera que no se trata de algo beneficioso sino que acarrea serios peligros al considerarlo una instrumentalización de los Derechos fundamentales que, en estos casos, llevan a cabo

las organizaciones deportivas. Por su gravedad, se ha de advertir aquí que se ha de prestar una gran atención para que los menores no sufran daños debido a que la referida restricción se puede dar por otros motivos que son considerados como objetivos legítimos: erradicar el dopaje, el racismo y la violencia en el deporte. Así, en alguna ocasión, como se ha expuesto, el TAD/CAS/TAS en la vinculación con las garantías previstas en la CEDH apreció un principio como es el de responsabilidad objetiva, lo cual le llevó a sentenciar que había sido justo el juicio en que se vio involucrado un club de fútbol. Y para comprender la alta trascendencia de la advertencia se ha de aclarar que para estimar válido el mentado principio no se consideró crucial que el Tribunal fuera independiente e imparcial, ni que el plazo fuera adecuado, ni la publicidad de la audiencia y de la sentencia. Y, sin duda alguna, la presencia de dichas características son fundamentales para considerar idónea cualquier institución que pretende impartir justicia.

Igualmente se ha de destacar que en la CEDH nada hay previsto sobre si el TAD/CAS/TAS, como toda otra institución arbitral, ha de aplicar o no los tratados sobre protección de Derechos fundamentales. Pero la jurisprudencia sí se ha pronunciado indicando que no ha de aplicarse el texto en los conflictos privados. Aún así, dicha jurisprudencia no es unánime puesto que el TFS cambió su postura entendiendo que sí era de aplicación. A este último respecto, se aprecia nuevamente una falta de seguridad jurídica donde lo que un día se sentenció puede variar hacia lo opuesto en otro día no muy lejano. Y este es precisamente uno de los defectos que se han de erradicar; toda persona, y entre ellas todo menor, ha de saber a qué puede atenerse en el TAD/CAS/TAS, sobre todo por lo que al respeto de sus propios Derechos fundamentales atañe; en caso contrario, no va a ser nunca una instancia en la que se puede obtener justicia. Pero no solo eso, sino que el mecanismo o solución que consagre dicha seguridad jurídica también ha de asegurar que los menores van a verse protegidos en todas las facetas de su vida. En este sentido, se debe subrayar que el sometimiento indirecto a textos normativos como el CEDH ha de ser entendido ampliamente procurando la máxima presencia y respeto de los principios y previsiones que consagran.

En definitiva, el TAD/CAS/TAS no es idóneo ni para los menores ni para los

adultos debido a que no solo no aplica los Derechos fundamentales en un grado satisfactorio, sino que también, y como consecuencia de lo anterior, no interviene un órgano fundamental en su defensa como es el Ministerio Fiscal u órgano sustituto. No basta con solo el tutor, el cual, por lo demás, ha de evitar siempre esta institución arbitral y cualquier otra que no respete los citados Derechos; en caso contrario, no sería diligente y habría que sustituirlo por otro tutor. Y esta labor de evitar el acceso a instituciones con estas características también la ha de llevar a cabo el propio Ministerio Fiscal. En suma, con lo dicho se ve que, nuevamente, se trata de una cuestión que atañe al propio TAD/CAS/TAS corregirla e implementar mucho más los Derechos fundamentales, pero que ello no obsta para que el tutor y el Ministerio Fiscal queden sin responsabilidad alguna. Y, como se viene diciendo, si en alguna ocasión el TAD/CAS/TAS respeta plenamente los Derechos fundamentales, entonces, en los arbitrajes, es cuando han de intervenir tanto el tutor como el Ministerio Fiscal o equivalente para vigilar y, en el caso de este último, dictaminar con informes lo que considere oportuno para que los referidos Derechos sean realmente efectivos. En fin, el Ministerio Fiscal o su sustituto es imprescindible y si no interviene sobre esta cuestión el TAD/CAS/TAS no es aceptable.

## **2. 4. SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO EN LOS CONFLICTOS CON MENORES**

Para finalizar todo el análisis es necesario resaltar las cuestiones más controvertidas que los diferentes procedimientos ante el TAD/CAS/TAS presentan cuando los conflictos que resuelven afectan a menores. Y, por la propia idiosincrasia de los procedimientos, aquí la comprobación de la presencia de tanto el tutor como del Ministerio Fiscal también es crucial. Y es que no es que un menor no puede actuar solo, sino que en diversas cuestiones no bastará con un tutor siendo imprescindible el Ministerio Fiscal o su sustitución. Si ambas figuras no existen, el TAD/CAS/TAS no sirve para los menores.

### **2. 4. 1. Sobre la mediación**

En primer lugar, por lo que a la mediación concierne, se ha de prestar gran atención a las siguientes particularidades que hacen que los menores necesiten representación y asistencia.

Con la definición de la mediación realizada en el correspondiente epígrafe se han apreciado varios aspectos en los que la participación de las partes es fundamental pero que, y esto es lo más importante, no estaría en ningún caso garantizada cuando una parte es un menor y no participa, además de su tutor, el Ministerio Fiscal. Y es que, los intereses que hay en juego para el menor son decisivos y por eso se ha de procurar que son defendidos adecuadamente. Ahora concretamente, nos estamos refiriendo a la pretensión de negociar y encontrar al conflicto una solución satisfactoria, a la real participación en la decisión de concretar el desarrollo de la mediación, y a apreciar que la mediación va a fracasar y ejercer la posibilidad de acudir al arbitraje. En definitiva, las dos figuras son necesarias para que un menor no se vea privado de una característica fundamental para todas las partes como es la de poder controlar la mediación.

Por lo demás, también se ha de comprobar y garantizar que el menor es plenamente consciente de lo que está firmando, respecto a lo cual, si son meros trámites, basta con solo la intervención de su tutor que vela por sus intereses. Pero la vigilancia del Ministerio Fiscal o su sustituto es necesaria cuando se firmen cuestiones trascendentales. Un buen ejemplo de esto último es la celebración del acuerdo previo relativo a los conflictos presentes o futuros, ya sea una cláusula contractual o un acuerdo por separado.

En cuanto al ámbito de aplicación de la mediación, cuando se excluyan conflictos de índole disciplinaria, como quiera que solo puede hacerse si las partes lo acuerdan, el correspondiente acuerdo ha de ser supervisado por ambas figuras para comprobar que la voluntad del menor ha sido real, libre y consciente. Junto a ello, otra cuestión que no se puede dejar de tener en cuenta para verificar su auténtica concurrencia por las dos figuras, pues en caso contrario el menor no estará recibiendo el trato que merece, es la participación decisiva que las partes tienen en el desarrollo del procedimiento.

Pero igualmente no cabe duda de que, por su corta edad y debilidad, los menores



sin la debida representación ni asistencia, es decir, si no interviene el Ministerio Fiscal o su sustituto, están mucho más expuestos a sufrir una gran presión que termine por despojarles de los principios característicos de la mediación ya expuestos. Concretamente, nos referimos a su voluntad y libertad para adoptar decisiones y no verse sometidos a mediaciones que no les corresponde; la libre disponibilidad de sus derechos y obligaciones; la igualdad respecto a la otra parte para equilibrar la posición de la parte débil que es el menor y, por ende, para alcanzar un consenso real y no impostado; a la seguridad de que no se va a ver perjudicado por un mediador imparcial y no neutral para recibir asesoramiento e información satisfactorios; y al secreto o confidencialidad de todos los datos e información de su caso. Respecto de todo ello, se ha de ser muy consciente de que se ha de verificar que realmente el menor lo tiene garantizado sin posible excepción, y es que en caso contrario sería despojado de todo o de algunas cuestiones, incluso, sin que se diera cuenta debido a su corta edad y debilidad que le hace especialmente vulnerable a este respecto. En fin, esta labor de vigilancia y de información corresponde tanto al tutor como al Ministerio Fiscal. Si éste no está presente junto al tutor, el TAD/CAS/TAS jamás será apropiado para los menores.

Otra aspecto de la mediación a la que hay que prestar una especial atención cuando haya menores es la concerniente a la designación del mediador puesto que al respecto las partes son determinantes. Más concretamente, son varias las tesituras que destacan por tener que contar el menor con la representación y asistencia oportunas que suplan su falta de capacidad para ser consciente de la importancia de las mismas. Se trata de las consultas que el Presidente del TAD/CAS/TAS le haga de su propuesta, de la participación en el acuerdo por el que se elige mediador, de la decisión de que un mediador lo siga siendo, y de la expresión de objeciones. Y por no haber duda alguna de que, en este caso, el mediador tiene una importancia crucial en la buena resolución del conflicto, al igual que los árbitros, el tutor ha de ser complementado con el Ministerio Fiscal o ser debidamente sustituido.

Pero la intervención de ambas figuras también hay que predicarla respecto a muy diversas cuestiones concernientes al desarrollo de la mediación, pues si no es así la institución arbitral suiza no puede ser aceptable. En efecto, de dicho desarrollo se ha de

recordar aquí el desplazamiento a Lausana para presentar en la Oficina del TAD/CAS/TAS la solicitud; la elaboración adecuada de ésta con todos los requisitos; el abono de las tasas; la petición de ampliación del plazo de 90 días; la participación en el acuerdo con la otra parte sobre las normas para el procedimiento o en la consulta que le haga el mediador sobre dichas normas en su caso; la descripción de lo que en el conflicto se defiende; la participación en el acuerdo para dejar un proceso arbitral e iniciar la mediación; la cooperación que ha de prestar al mediador; el acercamiento, debate y disposición a alcanzar un acuerdo sobre la solución definitiva; la apreciación clara del fracaso de las negociaciones y dar por finalizada la mediación; en su caso, la firma del acuerdo de mediación que termina adecuadamente el procedimiento; en su caso, la declaración escrita para expresar que acepta el fin anticipado del procedimiento; en dicho fin anticipado, el acuerdo de acudir al TAD/CAS/TAS o la inserción anterior de la cláusula correspondiente; y el acuerdo de que sea el propio mediador quien sea el árbitro del arbitraje. Al igual que en las cuestiones anteriores, es indudable que cualquier menor necesita tanto ser representado legalmente como asistido de manera adecuada y plena por las dos figuras, si no en todos los trámites indicados, sí en la gran mayoría de ellos y que son decisivos para el mejor beneficio del mentado menor.

Por si fuera poco, tampoco sirve solo el tutor respecto al acuerdo de mediación que incluye las siguientes cuestiones: la firma del acuerdo de mediación; las reclamaciones definitivas plasmadas en los acuerdos y las obligaciones asumidas; su identidad, domicilio y asesores; el acuerdo de la solución y su acreditación; y la ejecución basada en su libre voluntad y, si se incumple, el recurso a los órganos jurisdiccionales o al TAD/CAS/TAS si así se ha acordado. Respecto a ésta última, ya se vio que el Ministerio Fiscal es fundamental para suplir las limitaciones de, en este caso, el tutor, así como que ha de actuar de oficio en interés del menor realizando las diligencias correspondientes y/o ejercitar acciones propias del menor. Pero en relación con todas las cuestiones citadas también es claro que los menores necesitan una asistencia apropiada por parte de las dos figura para que sean efectivas y se lleven a cabo de manera que les proporcionen beneficios y ningún menoscabo. Si no es así, ya se sabe, no es dicha institución arbitral aceptable para los menores deportistas.

#### **2. 4. 2. Sobre el procedimiento ordinario**

Idéntica labor, es decir, resaltar las cuestiones más conflictivas respecto de los menores, en este caso, en el procedimiento ordinario es lo que en las siguientes líneas se va a realizar. Y con ello también se va a aclarar si el menor está debidamente representado legalmente y asistido en todo lo que precisa por su edad, o si junto con el tutor ha de intervenir el Ministerio Fiscal o quien le sustituya.

Y se ha de comenzar señalando que en cualquiera de las dos formas de llegar a dicho procedimiento las dos figuras, el tutor y el Ministerio Fiscal o su sustituto, han de comprobar que el menor se encuentra en una situación óptima en todos los sentidos. Es decir, tanto en caso de una cláusula contractual como en el caso de un acuerdo el menor ha de haber recibido la asistencia y explicaciones amoldadas para que sepa en qué situación se encuentra. Convendría que se lograra dicha comprensión por parte del menor para hacer estos trámites, pero si no se puede entonces las dos figuras harán lo más conveniente. Y una vez que este procedimiento ya ha comenzado, se ha de resaltar que todo menor ha de ser asistido y estar íntegramente protegido en varias cuestiones capitales como son su posible desplazamiento hasta Suiza para interponer el escrito de solicitud, el cumplimiento de todos los requisitos referidos de la solicitud, la circulación de sus datos personales que han de constar en dicha solicitud y demás cuestiones en que se estime que el menor ha de ser asistido. Y es que solo si está representado y asistido correctamente por las dos figuras se garantizará que no sufre ningún tipo de desprotección y, por ende, el TAD/CAS/TAS será aceptable.

Asimismo, tras la presentación de la solicitud, parece que con el tutor sería suficiente en el caso de que, por apreciar que aquélla no reúne los requisitos exigidos, el TAD/CAS/TAS concede el plazo correspondiente para subsanarlos. En cambio, surgen dudas cuando, una vez el TAD/CAS/TAS ha comprobado su competencia, el menor es el demandado y ha de contestar como mejor beneficie a sus intereses o no contestar si es lo más apropiado; por ser decisivo, la intervención del Ministerio Fiscal parece imprescindible. Y lo mismo se ha de decir cuando se pretenda la intervención de un tercero, ya sea realizando la solicitud, acordando dicha intervención o contestando a una solicitud al respecto.

En cuanto a la siguiente fase del procedimiento ordinario que se expuso, es decir, la de la formación del Tribunal arbitral, debemos ahora resaltar las siguientes cuestiones que poseen una sensibilidad especial cuando de menores se trata e indicar la intervención de las dos figuras que se estima necesaria. Así, como quiera que dicha formación se caracteriza por la amplia autonomía de la voluntad de las partes, se ha de asegurar mediante el tutor y el Ministerio Fiscal o su sustituto que el menor ejerce la suya libremente y sin ningún tipo de coacción, así como que es consciente de todo para tomar decisiones acertadas. En este sentido, cabe reiterar aquí las designaciones, las remociones y las sustituciones, por ser en ellas donde la referida vigilancia sobre todo ha de centrarse. Buen ejemplo de ello es la concreción tanto del número de árbitros (1 o 3) como de quién o quiénes en concreto de la lista del TAD/CAS/TAS ha de ser o han de serlos. E igualmente es buen ejemplo el recurso que en interés de un menor se interpone ante la justicia suiza frente al rechazo de la designación por parte del Presidente de dicha institución arbitral. Por lo demás, también se han de comprobar que se cumplen todas las exigencias cuando sea el Presidente quien elige a los árbitros. La razón de la intervención de las dos figuras es clara: los árbitros son decisivos en la resolución de los conflictos y, por ende, no se puede dejar al albur de nadie sino que el Ministerio Fiscal ha de intervenir por la función que tiene encomendada al respecto.

Tras lo anterior, se realizaron varios apuntes sobre el arbitraje multipartito. A este respecto, en este punto corresponde resaltar que también por parte de las dos figuras se ha de vigilar o asesorar al menor para que, en caso de existir, ser satisfactorio el acuerdo con las otras partes sobre la forma en que el TAD/CAS/TAS ha de designar a los árbitros y la cantidad. La misma atención se ha de prestar para que el menor responda como demandado cuando sea necesario para hacer alusión a la intervención de terceros y, con ello, cumplir los requisitos y sin sufrir perjuicio alguno. Y no se puede decir otra cosa respecto al parecer que ha de mostrar el menor en relación con la solicitud que el propio tercero en su caso haya hecho al TAD/CAS/TAS para participar, así como en la autorización que conviene que el menor realice cuando exista. Para terminar con la cuestión anterior, se ha recordar que también se conoció la existencia del *amicus curiae*. Pues bien, ahora se ha de subrayar que igualmente es imprescindible la intervención del Ministerio Fiscal para analizar todos y cada uno de los informes que el *amicus curiae* elabore y evitar perjuicios para los menores. Como ya se sabe, una de las formas

capitales de actuación del Ministerio Fiscal es la elaboración de informes y la solicitud de ellos. Por ello parece razonable que supervise todos los que en un proceso se elaboran.

Por lo demás, es muy importante el desarrollo que sigue el procedimiento ordinario, en el cual, cuando en él hay menores, hay que resaltar lo siguiente. Por lo que atañe a la conciliación previa que el Presidente de la Cámara puede intentar, necesariamente las figuras del tutor y del Ministerio Fiscal o su sustituto han de velar para que los menores, en su caso, alcancen un acuerdo basado en su propia voluntad y que les beneficie. Una representación legal y asistencia de ambas figuras que también ha de alcanzar tanto a la concreción de qué propuesta del Tribunal arbitral se quiere como solución, como a los escritos que, en el procedimiento ordinario propiamente dicho, el menor debe rellenar y presentar con la aportación de las cruciales pruebas. Conviene indicar que es fundamental que los escritos no contengan errores y que se respeten los plazos. Asimismo, entre dichos escritos se encuentran habitualmente la ya citada solicitud del demandante o la respuesta a ella del demandado en la que se concreta tanto el modo de organizar el procedimiento, la solicitud de demanda o respuesta a ella donde se determinan las pretensiones, y la réplica o la contra réplica respectivamente cuando haya sido solicitado por las partes. Con lo cual se observa la necesidad de las dos figuras. Por último, la misma comprobación o supervisión se ha de realizar sobre la posible fase oral, en la que destaca respecto a los menores su participación en el acuerdo para que lleve a cabo dicha fase, su interrogatorio y tanto los escritos o pruebas aportados adicionalmente una vez terminada la audiencia. En suma, no cabe duda de que no basta con solo el tutor, sino que es precisa la intervención del Ministerio Fiscal o de su sustituto.

Otra fase muy importante para todas las personas, pero sobre todo para los menores, es la concerniente a las pruebas. Al respecto, ya se dijo que el Ministerio Fiscal puede aportarlas, por ser una de sus funciones que se une a las de promover diligencias y medidas, elaborar documentos y realizar solicitudes. En este sentido, ante su variedad de formas y contenidos, de nuevo todo menor ha de ser asistido apropiadamente por la dos figuras para asegurar su mejor defensa con la presentación de las pruebas oportunas. En relación con ello, una advertencia muy importante se ha de

realizar recordando que predomina el *common law*, lo cual implica que a la hora de presentar pruebas y pretensiones las partes disponen de una mayor libertad. Es por ello que se requiere una mayor supervisión para que se haga lo mejor para los menores. Por lo demás, cuando la otra parte haya propuesto sus pruebas, también tanto el tutor como el Ministerio Fiscal o su sustituto han de estudiarlas para dilucidar si conviene que el menor presente sus observaciones al respecto, así como asegurar que su contenido es apropiado. Se finaliza todo lo relativo a las pruebas señalando o resaltando que si hay menores también han de ser ayudados por los dos en la crucial comprobación de que los testigos y peritos están en la audiencia, asegurando así las pruebas. E igual ayuda han de recibir para dilucidar si se ha de acordar con la otra parte el hecho de que ya ha sido presentado el testimonio o informe de un testigo o perito, por la razón de que la consecuencia de ello es de gran relevancia al conducir a que el TAD/CAS/TAS los libre de asistir a la audiencia. No cabe duda de que si en todo lo dicho el menor no está asistido debidamente tanto por el tutor como por el Ministerio Fiscal o su sustituto, el TAD/CAS/TAS no es idóneo para los menores.

Pero si lo anterior es muy importante, tal vez más es apreciar si la representación legal y la asistencia son aceptables respecto de las cuestiones que versan sobre el Derecho aplicable al fondo del asunto. Principalmente porque, al igual que ocurre con al elección de los árbitros, es decisivo en la resolución de cada conflicto y, por ende, no es suficiente con el tutor sino que es imprescindible la presencia del Ministerio Fiscal. Pero, además, hay que tener en cuenta la libertad de que gozan las partes al respecto y, por lo tanto, es más necesario aún que un menor reciba toda la ayuda que precisa para que, no solo su libertad sea real, sino que también tenga como puerto de llegada su propio beneficio. La libertad no es admisible a cualquier precio. Y así debe ser por mucho que el TAD/CAS/TAS se encargue de verificar tanto su seguridad, previsibilidad y racionalidad cuando la elección de las partes es expresa, como el respeto del orden público; los menores no deben correr ningún riesgo. Como no podía ser de otra manera, si la elección es tácita también se ha de comprobar su idoneidad. Así, en ello la intención de todas las partes es muy importante. Además, puede ocurrir que las partes no hayan escogido ningún Derecho a aplicar, en cuyo caso se ha de prestar gran atención para comprobar si ello va a beneficiar o a perjudicar al menor, es decir, si es apropiado que se aplique el Derecho suizo, más aún si se tienen en cuenta los problemas

que puede plantear y que ya apuntamos. Una comprobación que también debe alcanzar, cuando concurra, a la autorización de un menor para que el TAD/CAS/TAS decida *ex aequo et bono*. Sin duda, para la buena marcha de todo ello es crucial la intervención del tutor y del Ministerio Fiscal.

Llegamos a la parte final del procedimiento ordinario para resaltar los puntos más controvertidos cuando hay menores involucrados. Así, como ya sabemos, los argumentos de las partes y su conocimiento por los árbitros es fundamental. Pues bien, a este respecto los menores han de ser asistidos debidamente también por su tutor y por el Ministerio Fiscal o su sustituto para que expresen sus opiniones auténtica y libremente y lograr los mejores acuerdos. Otra cuestión a atender versa sobre la formalidad del laudo. En efecto, cuando en el acuerdo de su forma y de su procedimiento interviene algún menor se ha de garantizar por las dos figuras que el menor no va a ser víctima de engaño ni de manipulación alguna, es decir, que realmente se trata de su deseo. Y tampoco se debe pasar por alto la asistencia y vigilancia de ambas figuras para realizar el acuerdo sobre otro particular como que es el de que no hace falta que el TAD/CAS/TAS motive la decisión de su laudo; si le beneficia al menor, lo cual parece claro respecto de sus pretensiones, debe motivarse.

Para terminar, una vez que el laudo ha sido emitido, también el menor ha de ser asistido tanto por el tutor como por el Ministerio Fiscal para comprobar si es adecuado o si no lo es y hay que recurrirlo por entenderlo nulo. E, igualmente, no se puede dudar de que se ha de supervisar el acuerdo que al respecto las partes pueden celebrar consistente en renunciar a dicho recurso. Esto es, ha de asegurarse que ello no perjudica al menor. En definitiva, sin ninguna excepción la intervención del Ministerio Fiscal ha sido necesaria hasta el final y, por ello, hasta que en el TAD/CAS/TAS no sea sustituido no será aceptable o idóneo.

### **2. 4. 3. Sobre el procedimiento de apelación**

Al igual que en los puntos anteriores, vamos a ir resaltando los rasgos que, desde el punto de vista de la protección de los menores, es necesario conocer por su

deficiencia y, en consecuencia, ser debidamente subsanados. Como se sabe, también se va a dilucidar si el tutor es suficiente o si es necesario que sea complementado con el Ministerio Fiscal o su sustituto.

Por orden de desenvolvimiento de la apelación, por lo que concierne a la admisibilidad, al igual que en el procedimiento ordinario, si un menor quiere apelar parece que con el tutor sería suficiente para presentar la correspondiente solicitud, así como que se haga de manera correcta respecto al contenido, forma y cumplimiento de los tan importantes plazos. Pero también podría intervenir el Ministerio Fiscal porque está legitimado para ejercitar acciones que benefician al menor. En cuanto a los plazos, se ha de agregar que también es suficiente con el tutor para que el menor realice su petición de que sea reanudado el plazo que ha finalizado por causas que no son responsabilidad suya y por las que no pudo respetar el plazo, lo cual incluye aportar las pruebas pertinentes. En cuanto a estas pruebas, tampoco parece que vaya a haber problema, pero si fuera necesario por ser cruciales las debería aportar el Ministerio Fiscal o su sustituto por ser una de sus funciones. Por su parte, también con el tutor basta para los demás motivos expuestos para esta solicitud como para la mentada reconsideración que ampliará el plazo. Tras esta precisión, se continua la exposición indicando y recordando que para que el TAD/CAS/TAS adquiera competencia es fundamental conocer bien la decisión que se aporta con la solicitud y, por ello, se ha de comprobar que realmente la solicitud del menor es aceptable por afectar al destinatario o a terceras personas. A este respecto, hay más dudas de que bastase con solo el tutor, debido a que se trata de algo capital y, además, el Ministerio Fiscal no solo está legitimado para ejercitar algunas acciones beneficiosas para el menor sino que también su participación es decisiva en las diversas fases del procedimiento. En cambio, parece que el tutor se bastará para comprobar los demás casos para apreciar si son apelables o no, debido a que simplemente se trata de atisbar perjuicios al menor que realmente se pueden apelar. Idéntica opinión se tiene de que el tutor basta respecto a la asistencia al menor para que pueda comprobar tanto la índole vinculante como el *animus decidendi* que hacen que exista una decisión y, por ende, sea apelable; para ser asesorado si el TAD/CAS/TAS le concede un plazo para corregir deficiencias de la solicitud; y para presentar la solicitud ante la Secretaría del TAD/CAS/TAS.



Junto a ello, como ocurre en el procedimiento ordinario, también el menor ha de recibir ayuda para que pueda elaborar con las otras partes un buen convenio arbitral, o comprobar que es adecuado si ya lo había celebrado. Lo mismo se ha de decir si en lugar del convenio se trata de una cláusula prevista por una Federación deportiva. Debido a la tendencia que se ha seguido siempre en el deporte de abusar de la debilidad de los deportistas, por ejemplo, erradicando su derecho a la tutela judicial efectiva, parece razonable que respecto a estas cuestiones no sea suficiente con el tutor, sino que se precisa la intervención de un órgano equivalente al Ministerio Fiscal. Por su parte, tras ello se hizo referencia a una cuestión imprescindible en la apelación como es que es necesario agotar los recursos judiciales internos. En este sentido, conviene comprobar que no queda ninguno por agotar por parte del menor. Y es que aunque sea cierto que el TAD/CAS/TAS lo comprobará también, no le beneficia al menor que se pierda tiempo, sobre todo si lo que se quiere es que el deporte sea utilizado para desarrollarse plenamente. Y no parece que ello tenga gran dificultad para que lo haga el tutor solo. En cambio, por lo que atañe a la comprobación de la renuncia que las partes hayan hecho de dicho agotamiento, es probable que sea necesaria la asistencia también del Ministerio Fiscal o su sustituto para supervisar que realmente le beneficia. La razón es que pueden en ello subyacer otros intereses particulares para otras personas distintas. Se da fin a estas cuestiones introductorias de la apelación haciendo saber que, si se da el caso, también el menor ha de recibir un buen asesoramiento, por su tutor aunque también podría ser por el Ministerio Fiscal por las atribuciones que tiene, cuando solicite una apelación que está permitida por el organismo deportivo correspondiente al disponer la doble instancia contra un laudo dictado por el TAD/CAS/TAS en primera instancia, es decir, al que se haya llegado en un procedimiento ordinario.

Entrando de lleno en la solicitud de apelación, se puede decir que, al ser un trámite de iniciación del procedimiento, lo más probable es que el tutor deba complementarse con la asistencia del Ministerio Fiscal. Además, ello encierra cierta dificultad por lo siguiente. Por una parte, se entiende que el demandante, si es una de las tres oficiales, está solicitando la lengua en la que ha presentado su solicitud, respecto de lo cual al menor se le ha de prestar la asistencia oportuna para que pueda hacerlo y le beneficie lo máximo posible. Por otra parte, no hay que pasar por alto todo lo que el contenido de la solicitud incluye. Concretamente, verificar que el número de copias a

presentar sea el correcto; comprobar que consta algo tan decisivo como es el nombre y la dirección del demandado para así poder ser resuelto el conflicto; y que se aporta la copia de la resolución apelada y que consta su fecha. Además, si el demandante es un menor y en el acuerdo de arbitraje no se ha previsto un único árbitro, aquél ha de proponer uno, lo cual ha de ser supervisado. Y lo mismo se ha de decir en el caso de que el demandante menor haya decidido incluir en el escrito la ya citada anteriormente solicitud de suspensión provisional de la resolución, así como si dicha solicitud la realiza tras el escrito. También si se han pagado todas las tasas y si se ha aportado el justificante. Pero más trascendencia tiene comprobar que el menor no se ha olvidado de presentar con el escrito el acuerdo arbitral o la correspondiente cláusula, porque, al ser ello imperativo, si no se hace la apelación no continuará. En cualquier caso, como todo lo indicado tiene una relevancia máxima, convendría mucho que el tutor se vea complementado con la intervención del Ministerio Fiscal, el cual ha de velar siempre por la mejor situación para el menor.

En definitiva, y a modo de recapitulación, la presencia de las dos figuras es fundamental si en un conflicto hay uno o varios menores. Sin duda, han de recibir la ayuda necesaria para que todo lo dicho hasta ahora lo realicen adecuadamente, con el contenido que más les beneficia y respetando los plazos que se requieren. E igualmente se habrá de prestar una especial atención a ciertas cuestiones que también les pueden causar más daños que en el caso de ser adultos, cuyo mejor ejemplo es la protección de sus datos personales y que son necesarios para identificar a las partes. Se ha visto que la identificación es imprescindible, de modo que se ha de llevar a cabo de tal manera que beneficie a los menores y nunca perjudicándolos. Así, no parece que solo el tutor sea suficiente.

Dicho lo anterior, la exposición del procedimiento de apelación se continuó profundizando con el escrito de apelación y sus particularidades. Sobre el mismo, si un menor se encuentra ante el mismo, se ha de vigilar, primero, que no lo confunde con el escrito de la solicitud y, segundo, que por ser el escrito de demanda se expresan y es acompañado de las diversas y decisivas cuestiones que se apuntaron y a las que se remite para soslayar repeticiones. Y lo mismo se ha de hacer respecto a las peticiones que el demandante puede hacer como que, verbigracia, pruebas y documentos sean

presentados por la otra parte. En adición, también se hizo referencia al posible acuerdo que pueden celebrar las partes para que el demandado pueda cambiar su pretensión aunque ya haya contestado a la demanda. Pues bien, dicho acuerdo ha de analizarse si beneficia o perjudica al menor. No se ha dicho por parecer evidente, pero también se ha de atender al plazo para presentar este escrito. E igualmente que el menor, si es demandado, ha indicado que es definitivo su escrito y así evitar las consecuencias que se indicaron. Por fin, en el recurso de anulación contra la orden de finalización de la apelación el menor ha de verse asistido también. Respecto a todo ello, hay demasiadas cuestiones que son trascendentales y, por ello, pese a que el tutor puede hacer una gran labor en ello, convendría que también actuara el Ministerio Fiscal o su sustituto por las funciones que en su momento se expusieron.

Junto a ello, no cabe duda de que la contestación a la demanda es un trámite fundamental del procedimiento de apelación y, por ello, se han de considerar con una especial atención las particularidades que presenta en relación con los menores cuando son los demandados, lo cual en los casos de nuestro estudio no ocurre. Aún así conviene señalar que, en primer lugar, se ha de vigilar, una vez más, el respeto del plazo exigido, así como la solicitud de ampliación cuando corresponda. En cuanto a su contenido, comprobar que no falta ningún dato es fundamental. Y, por supuesto, no se puede pasar por alto que el demandado puede pretender que sea parte un tercero o que sea éste quien lo pretende. En cualquier caso, atisbar si beneficia al menor es una labor imprescindible.

En efecto, con lo que se ha continuado resaltando ha quedado más que claro que los menores han de ser ayudados de manera óptima, lo cual no se limita a solo el tutor sino al crucial Ministerio Fiscal o su sustituto. Y es que, por su corta edad, procedimientos de este tipo son muy farragosos al constar con muchos trámites que, además, tienen consecuencias decisivas en la vida de los menores. Por ello, han de ser asistidos claramente por las dos figuras si lo que se quiere es que su protección y situación sea adecuada pudiendo ejercer y disfrutar de todos sus derechos y jamás viendo conculcado ninguno. Si dicha asistencia no existe, entonces el TAD/CAS/TAS no es aceptable para los menores

Tras la cuestión anterior, se estudió cómo se forma el Tribunal arbitral en la

apelación. Y de dicho estudio se ha de resaltar aquí las siguientes cuestiones para atenderlas debidamente y para que los menores sean protegidos satisfactoriamente. Más aún si se tiene en cuenta que la mentada formación está informada por la autonomía de la voluntad de las partes y, en consecuencia, el número de árbitros puede ser uno o tres. Así, el acuerdo por el que se determine que sea uno; las objeciones del menor al Presidente si lo ha designado él; otro acuerdo donde se indique una persona concreta para árbitro; cuando vayan a ser tres, la propuesta del menor de un árbitro; otro tipo de objeciones como son tanto las dirigidas por el menor contra la desatención del TAD/CAS/TAS al acuerdo de las partes que determina el número de árbitros y que han de ser inmediatas, como las que versan sobre la jurisdicción del único árbitro; todo lo dicho, ha de ser analizado para dilucidar si convienen al menor o no. ¿Por quién? Tampoco surgen dudas que por parte de las dos figuras por la razón de que los árbitros son decisivos en la resolución de los conflictos. Lo mismo se ha de decir respecto al Derecho aplicable al fondo de los asuntos.

Y si con lo dicho no se ve claro, no se puede olvidar que a veces es difícil percibir la falta de independencia y/o imparcialidad de los árbitros. De ahí que la intervención de ambas figuras deba alcanzar tanto a la presentación de la correspondiente recusación como al recurso de nulidad que verse sobre el número de árbitros. En conclusión, se trata de otra cuestión decisiva para los intereses de todas las partes y, por ello, cuando alguna es un menor no basta con que el tutor se ocupe de todo sino que es necesario que se cumplan las funciones del Ministerio Fiscal o su sustituto. Sin dicha asistencia hay más posibilidades de que el menor salga perjudicado que beneficiado y, por lo tanto, el TAD/CAS/TAS no es aceptable.

Una vez que el Tribunal arbitral está formado, se deben resaltar los puntos de fricción que la apelación plantea cuando hay menores tanto en la conciliación previa como en la audiencia. En cuanto a la primera, ya sabemos que, primero, es necesario que los árbitros vean la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo de solución para, después, autoricen a las propias partes ponerse en contacto para realizar una propuesta. Pues bien, de haber menores, en dicho contacto todo parece indicar que con el tutor será suficiente por no tener gran complejidad. En cambio, por lo que al perfeccionamiento del acuerdo atañe más razonable es pensar que el órgano sustituto del

Ministerio Fiscal intervenga para cerciorarse, mediante la comprobación de la presencia de buena fe en la adopción del acuerdo de conciliación, de que es real la voluntad de las partes y no una decisión fruto de la manipulación o forzosidad. Y lo mismo se ha de decir respecto al contenido del acuerdo. Sin duda, se ha de prestar la máxima atención y la asistencia que sea necesaria para que los menores, mucho más expuestos a ser víctimas de manipulaciones, tengan garantizado el respeto de su voluntad. Y la asistencia ha de ser por parte de las dos figuras también respecto a la supervisión del respeto del orden público y de las reglas de *ius cogens*.

Por su parte, tampoco se puede olvidar que la audiencia no es obligatoria y, por ello, también el Ministerio Fiscal o su sustituto ha de intervenir para ver si la misma es necesaria para que el derecho de audiencia del menor sea una realidad y, en caso afirmativo, hacer que el menor se muestre partidario. Es decir, conviene no dejar por entero esta apreciación en manos del Tribunal arbitral para evitar perjuicios. Todo lo contrario: como esta cuestión afecta a Derechos fundamentales del menor como ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, no basta con el tutor sino que ha de intervenir el Ministerio Fiscal por la defensa de los intereses sociales que le ha sido encomendada. Por lo mismo, dicha ayuda también debe prestarse cuando concurra la otra posibilidad como es la consulta que al menor puede hacer el Tribunal arbitral antes de rechazar la audiencia. Pero puede ser que ésta acontezca, en cuyo caso las partes pueden acordar que sea pública, lo cual ha de ser supervisado igualmente para que no afecte negativamente al menor. Por lo demás, y por el mismo motivo, las dos figuras han de estar presentes cuando por haber un motivo suficiente para el menor, convenga solicitar al TAD/CAS/TAS escuchar la grabación de la audiencia. En cambio, se puede decir que basta el tutor cuando el Tribunal haga al menor una consulta para enviarle la transcripción de alto coste.

Pero aún no se ha terminado con la audiencia. Así, se ha de saber muy bien que igualmente el Ministerio Fiscal o el órgano que le sustituya, junto al tutor, ha de vigilar que el Presidente del Tribunal arbitral la supervisa satisfactoriamente y de que toma las medidas adecuadas cuando corresponda. Y lo mismo se ha de decir para que el menor responda adecuadamente a la consulta que dicho Tribunal arbitral le puede hacer para tomar o no la decisión de que unos testigos salgan de la sala para no afectar a otro en su

interrogación. En cuanto a las fases de la audiencia, tampoco se puede prescindir de ambas figuras debido a que hay que prestar una especial y gran atención al alegato inicial del menor tanto si es demandante como demandado, al interrogatorio y posibles preguntas al menor, a su alegato final, a la posible impugnación como demandante, y/o a la posible re-impugnación como demandado. Y, junto a lo anterior, tampoco basta la sola actuación del tutor ante la posible rebeldía por parte del menor, por la otra parte, o por los testigos. A este respecto, en concreto se ha de analizar, sea cual sea la situación de las indicadas, cómo afecta al menor que la audiencia continúe así; de ahí la necesaria participación del Ministerio Fiscal o su sustituto. Lo cual también se debe predicar para, una vez terminada la audiencia, observar si conviene que el menor presente otra prueba más, así como cuando el Tribunal arbitral le requiera unas conclusiones orales o le pida los comentarios a que aludimos.

Se ha llegado a la penúltima parte de este análisis de las cuestiones que es imprescindible atender cuando en un procedimiento de apelación ante el TAD/CAS/TAS hay involucrados menores. En efecto, ahora se va a ver qué ocurre en lo atinente al Derecho aplicable al fondo del asunto, lo cual es decisivo para los derechos e intereses de los menores y, por eso, cuando se ha tratado la elección de árbitros que es igualmente decisiva, se remarcó que no basta con el tutor, sino que ha de intervenir el Ministerio Fiscal. Con otras palabras, la asistencia, ayuda, acompañamiento por parte de las dos figuras sin exclusión posible de ninguna que a lo largo las últimas líneas predomina en este caso adquiere una especial relevancia puesto que está en juego que el conflicto en que está inmerso un menor sea resuelto con las normas que le beneficien lo más posible, le reparen los daños sufridos en su caso y pueda ejercer el deporte como un auténtico instrumento para el desarrollo humano como reclama su edad. En este sentido, se adelanta que es incomprensible la pasividad del TAD/CAS/TAS sobre este punto tan fundamental; sin duda, no hasta que los motivos y el contenido de la ley elegida le importen a dicho Tribunal arbitral, sino hasta que ello no sea decisivo para el mismo no se podrá afirmar que es aceptable para conocer conflictos de menores deportistas. A este último respecto, es probable que por solo este motivo el Ministerio Fiscal pudiera actuar para evitar que un menor vaya a la institución arbitral suiza.

Más concretamente, tanto el tutor como el Ministerio Fiscal o su sustituto han de

vigilar y cumplir sus funciones para que si, por no haber Derecho aplicable pese haberlo tenido que elegir las partes, se acuerden unas normas y/o principios generales del Derecho que convengan al menor, ya sea tácita o expresamente. En éste último caso, es necesario recordar que si la elección no se da dentro de los límites que señalamos no seguirá adelante, de modo que esto también ha de ser supervisado. Y la misma intervención de las dos figuras es precisa para los demás casos o criterios de Derecho aplicable para que se verifique la mentada conveniencia. Y, en caso de no ser así, han de tenerlo en cuenta y hacer todo lo posible por el bien del menor, por su interés superior respecto al cual precisamente el Ministerio Fiscal tiene funciones atribuidas. Es decir, alguna solución beneficiosa se ha de encontrar. Y para observar claramente que es fundamental también esta comprobación, se debe profundizar en lo dicho sobre que al Tribunal arbitral le es indiferente los motivos de la elección y que sea la más apropiada. En suma, dicha indiferencia actual es inaceptable sea cual sea el criterio aplicado y no solo en los procedimientos con menores sino también con adultos. En este sentido, no puede pasar más tiempo sin subsanar este gran defecto que concretamente consiste en que el TAD/CAS/TAS no descarta la aplicación de unas normas elegidas por las partes aunque las considere incompletas y/o injustas, pues solo le sirve la conculcación del orden público suizo y/o el ámbito material de aplicación. En virtud de todo lo dicho, se quiere subrayar que conocer cuáles son los motivos, es decir, las intenciones subyacentes siempre es un gran indicador de si el procedimiento arbitral tiene moralidad o se ha prescindido de ella. Y es que solo si se garantiza dicha moralidad se evitan graves e irreversibles daños. A este respecto, se desea agregar una precisión consistente en que la presencia de moralidad es una exigencia de los valores del deporte. En definitiva, conviene reiterar que si no se subsana la referida indiferencia, el TAD/CAS/TAS nunca será un órgano idóneo, ni para los adultos, ni mucho menos para los menores. Y pese a que lo más deseable es que dicha institución cambiara su forma de proceder, de momento es imprescindible que el Ministerio Fiscal o el órgano sustituto intervenga para la mejor elección posible, quedando su mera supervisión para cuando el Tribunal corrija su defecto.

Y para completar lo concerniente al Derecho aplicable, se resalta que las partes pueden en la apelación acordar el arbitraje *ex aequo et bono*, lo cual no es lo único que ha de ser supervisado por las dos figuras sino también las normas que el TAD/CAS/TAS

elija ya que tiene total libertad para ello. No se entendería lo contrario por todo lo que se viene exponiendo. En cambio, se puede presumir que el tutor es suficiente para apreciar cuándo concurre uno o varios de los motivos por los que el laudo puede ser impugnado; si no se capaz de ello, entonces no sirve como tutor. Así, ha de ser el tutor quien deba estar atento para que algunos de dichos motivos o defectos, que ya fueron indicados, sean subsanados en beneficio del menor. Pero nuevamente es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal o quien le sustituya para comprobar que el TAD/CAS/TAS no ha ignorado o aplicado mal el Derecho acordado con la otra parte, puesto que solo así podrá hacerse valer tanto su derecho de audiencia en su totalidad como otra resolución diferente en el laudo que sea justa para el menor.

En definitiva, cuando haya menores involucrados en un conflicto a resolver por el TAD/CAS/TAS en apelación, sea cual sea el modo en que el Derecho aplicable sea determinado, han de intervenir en todo caso las dos figuras puesto que se ha de garantizar lo más importante que es que se trate de normas satisfactorias para los menores, es decir, que realmente velen y protejan sus Derechos fundamentales, lo cual conlleva la correcta implementación del interés superior del menor. Y ya se conoce muy bien lo crucial que es el Ministerio Fiscal para los referidos Derechos e interés. En virtud de todo lo dicho, se ha de recalcar que, a diferencia de otros sectores, a día de hoy no existe ningún órgano ni ninguna persona o figura que sustituya al Ministerio Fiscal y se encargue de velar por la parte débil que en estos casos es el menor. En este sentido, no es aceptable en ningún caso que siga transcurriendo más tiempo sin que dicha protección exista también en el TAD/CAS/TAS; es incomprensible que una institución de tanto prestigio, o que pretende tenerlo, siga adoleciendo de este defecto, lo cual afecta negativamente a dicho prestigio, si es que en estas condiciones puede tener.

Ahora sí, se ha llegado a la última cuestión de la apelación en la que vamos a indicar los puntos de fricción o de dudosa satisfacción cuando hay menores. Así, respecto al laudo arbitral se ha indicar, en primer lugar que, se ha de verificar que cumple con todos los requisitos, que ha sido dictado correctamente y que la notificación ha sido en el plazo previsto. Respecto a ello parece razonable que el Ministerio Fiscal o su sustituto intervenga. No así para las demás cuestiones que son observar si el laudo es



vinculante; apreciar si es posible y necesario interponer un recurso de anulación; dilucidar si el acuerdo por el que se decide que el laudo no sea publicado en el sentido que se indicó beneficia o perjudica al menor; vigilar el respeto de la confidencialidad; y el descarte del recurso de anulación.

## **2. 5. RESULTADO. NECESIDAD DE SUPLIR EL MINISTERIO FISCAL.**

Pues bien, ya hemos terminado el balance, es decir, han sido expuestos y resaltados todos los puntos de fricción, o defectos, o cuestiones que pueden entrañar peligros y desprotección para los menores que se encuentran en las ventajas, desventajas, grado de aplicación de Derechos fundamentales y procedimientos del TAD/CAS/TAS. Y, dentro de ello, se ha observado si el menor recibe toda la asistencia que necesita o, lo que es igual, si, junto al tutor, el Ministerio Fiscal o quien le sustituya está presente. Y la conclusión es muy clara: a día de hoy dicho Tribunal arbitral no es idóneo para que los menores accedan al mismo tanto por los cuantiosos defectos identificados como porque se prescinde en demasía del Ministerio Fiscal y, por ello, el menor no está debidamente asistido. En este sentido, se ha de expresar que conviene que cuanto antes se subsanen todas las deficiencias para que el deporte pueda ser realmente un inmejorable instrumento que contribuya de manera decisiva a que los menores puedan de forma plena desarrollarse humanamente reparando, sancionando y previniendo todos los graves daños que sufran.

Por su relevancia, conviene hacer hincapié en el Ministerio Fiscal. Con lo expuesto se observa que es un órgano trascendental e imprescindible en el desarrollo de los procedimientos jurisdiccionales en que están involucrados menores. Por eso mismo, no resulta, no ya sumamente extraño, sino directamente incomprensible que cuando se recurre a otros métodos de resolución de conflictos como es el caso del arbitraje dicho órgano y sus funciones no estén suplidas adecuadamente. Sin duda alguna, una ausencia de tal envergadura causa gran inquietud en torno a la protección de los menores, esto es, es un motivo firme para afirmar que los menores no están en las mejores manos y que es muy probable que se vean perjudicados. Es imposible apreciar razón alguna que justifique la participación de dicho órgano en los Juzgados y Tribunales de los Estados

y, a su vez, se prescinda totalmente del mismo en los arbitrajes. En fin, de una u otra manera las funciones que se han expuesto han de realizarse también en los mentados arbitrajes.

Así pues, teniendo en cuenta lo dicho, la finalidad de este punto es recalcar que es necesaria la presencia del Ministerio Fiscal o de un órgano o persona equiparable en el arbitraje del TAD/CAS/TAS para que realice funciones muy parecidas y, en consecuencia, todo menor sea beneficiado satisfactoriamente. Dicho de otra forma, como quiera que tiene la misión de interés para toda la sociedad de defender los Derechos fundamentales, sobre todo de las personas más débiles por carecer de toda capacidad para ello, siendo los menores precisamente el mejor ejemplo, de alguna manera tiene que estar presente en cualquier procedimiento arbitral. Si no fuera así, la desigualdad entre la vía jurisdiccional y la vía arbitral sería inaceptable por desmedida, es decir, se apreciaría en ésta última una desventaja más grande que las ventajas que se pueden obtener puesto que el menor vería muy perjudicado.

Y lo que se acaba de indicar no es difícil de comprender. En efecto, basta con imaginar las consecuencias que puede tener para un menor que en un procedimiento arbitral ninguna persona u órgano esté presente con las funciones de velar para que se adopten medidas beneficiosas para el mentado menor, para que se inicien o realicen todas las actuaciones beneficiosas que podrían pasarse por alto por no tenerse que activar de oficio, para que esté asegurado en todo momento que no se olvida la educación como punto de referencia que guía el procedimiento y que no son otros intereses secundarios los que priman, para que se vigile si las demás partes tienen en cuenta la protección de los menores, para comprobar que existe coordinación entre todos, etcétera. En fin, se puede concluir que sin todo ello un procedimiento arbitral no puede garantizar la mejor protección de los menores y, por lo tanto, no se podría considerar mejor opción que la vía jurisdiccional porque sus propias ventajas se verían contrarrestadas por esta gran desventaja.

Y si bien en lo anterior se percibe nítidamente su gravedad, mucho más se aprecia respecto al interés superior del menor. ¿Quién se va a encargar en un procedimiento arbitral de que dicho interés sea concretado e implementado adecuadamente? ¿Resulta

aceptable que se recurra a la vía arbitral en el caso de que se sospeche que el interés superior del menor va a ser ignorado o atendido de manera deficiente? Por desgracia, es lo que sucede en la actualidad y, evidentemente, no se puede decir que sea aceptable, sino que en todo procedimiento arbitral debe haber un órgano que sustituya al Ministerio Fiscal y, por ende, que esté compuesto por personas que conozcan a fondo el interés superior del menor y que no den por finalizado nunca su perfeccionamiento. Esto es, su misión específica y trascendental es que se garantice el interés superior de todo menor involucrado en un arbitraje. Y, por supuesto, en todo ello también las referidas personas deben conocer muy bien cuáles son las circunstancias reales de cada menor, lo cual alcanza a sus necesidades, situación, personalidad, y entorno tanto familiar y social. Asimismo, deben asegurar que se va seguir el orden correcto ya mencionado, esto es, que se va a comenzar atendiendo a lo que el propio menor manifieste, después a los padres o responsables si no ha sido posible y, por último, a las entidades públicas que se encarguen del menor.

En consonancia con lo anterior, el Ministerio Fiscal o el órgano con las personas indicadas que le supla en un procedimiento arbitral debe cerciorarse de que se desarrolla con un horizonte abierto y amplio, y no de manera estrecha no pudiéndose plantear todas las cuestiones libremente para dilucidar qué es lo mejor para la protección del menor. También que las garantías son satisfactorias. Y al igual que ocurre en los órganos jurisdiccionales, aunque deba participar en todas las fases, tampoco puede quedar reducida su participación en relación con el Tribunal arbitral, el TAD/CAS/TAS en estos casos, sino que también ha de tener relaciones con otros organismos para que se adopten medidas realmente protectoras, para que la ayuda al menor y, en su caso, a la familia llegue cuanto antes, y para estar lo más cerca posible del conflicto. Con todo ello podrá lograr subsanar todas las deficiencias que pueda apreciar en las actitudes de todos los participantes en el proceso arbitral en relación con los menores. En fin, ha de hacer todo lo posible para alcanzar dicha meta; de lo cual se deduce que pueden inventarse, gracias a la experiencia que se adquiere con el tiempo, nuevas funciones.

Así pues, lo anterior también implicaría, por un lado, que en cualquier momento, e incluso antes, del procedimiento arbitral el menor pueda dirigirse al Ministerio Fiscal o a quien le supla para transmitirle la situación en que está viendo mermados Derechos

fundamentales u otros que se agreguen a los ya hechos saber antes. A este respecto, conviene precisar que el menor debe recibir asesoramiento para que no se desaproveche esta oportunidad. Y, por otro lado, que en el caso de que se omita por completo a dicho órgano y sus funciones, lo que se haya actuado será nulo por haber causado indefensión en el menor.

Y, como no podía ser de otra manera, en el TAD/CAS/TAS también han de ser decisivos los informes que correspondan; son una herramienta imprescindible. Si lo anterior se incardina dentro de la vía de acción, los mentados informes se encuentran en la vía de dictamen o función de dictaminador que a las personas que se ha hecho alusión debe corresponder en el arbitraje si no se quiere prescindir de un elemento esencial para la protección de los menores. La advertida trascendencia se aprecia en que gracias a los informes que las citadas personas encargadas realicen, el árbitro o árbitros que deban resolver un conflicto pueden conocer la realidad de cada caso mucho mejor. Y también la conocerá la otra parte, lo cual podría tener alguna influencia a la hora de exponer su defensa. Y es que no de otro modo se puede asegurar la mejor resolución para los intereses de cada menor.

Además, a este último respecto, tampoco se puede prescindir de la función de vigilancia que también ha de estar presente en el arbitraje. La razón es que también son decisivos aquellos informes que las personas que suplan a esta figura soliciten realizar a otros órganos como pueden ser los Equipos Técnicos correspondientes. De este modo, estaría presente en el procedimiento arbitral algo que no se puede ignorar como es el conocimiento de la situación del menor en cuestión en lo que concierne a su familia, estado psicológico, relaciones sociales, educación, etcétera. Y si para ello es necesario, también debería existir la posibilidad de recurrir a otros peritos que proporcionen la información que sea necesaria para la resolución satisfactoria del conflicto. Y conviene añadir que todo lo dicho no es una lista de funciones cerrada, sino que puede, y sería deseable intentar, enriquecerse con el perfeccionamiento de dichas funciones y/o con la invención de nuevas funciones o de nuevos métodos. En definitiva, en un procedimiento en que se esté dilucidando un caso han de conocerse todos los pormenores del mismo para que la solución no solo no se retrase sino que también sea efectiva. Y para ello deben utilizarse todos los métodos y organismos que sean necesarios para que elaboren

los informes correspondientes.

Y no se debe olvidar que la índole de la intervención de las personas sustitutas del Ministerio Fiscal, al igual que la de éste, es educativa, de lo que se infiere que es predominantemente protectora. Por eso se han de tener en cuenta todas las previsiones normativas relativas a la educación y sus principios. A ello se debe también que deba prestar atención a si en el desarrollo del procedimiento arbitral se están respetando e implementado todas las garantías procesales propias de una justicia de calidad. Por supuesto, entre éstas se encuentra la de adecuación a las características de los menores. Y es que solo si se tiene en cuenta lo dicho se puede alcanzar realmente una solución que sea beneficiosa para el desarrollo de la personalidad del menor mediante el deporte.

En suma, todos los informes, tanto los que las personas que sustituyan al Ministerio Fiscal elaboren como los procedentes de otros organismos, son necesarios para adoptar las medidas que sean apropiadas desde el punto de vista educativo. Y no solo para ello, sino que una vez que se adoptan y se comienzan a implementar es necesario cerciorarse de que están siendo efectivas mediante nuevos informes, lo cual podría suponer, en caso de apreciarse deficiencias, que se tuviera que modificar alguna medida y/o tomar alguna nueva. Es decir, que la mejor protección del menor es algo que se ve cotidianamente; se pueden tomar las medidas que se estimen más adecuadas, pero cada día irá demostrando si así es. De este modo se irá creando la posibilidad real de que se dé una conciliación acorde con el objetivo del procedimiento que es que el menor quede rehabilitado y, por ende, reintegrado en la sociedad. Para terminar, debemos indicar que dicha persona u órgano también ha de encargarse de que la acción civil y la responsabilidad aparejada se ejecutan de manera satisfactoria, lo cual para el presente estudio es crucial.

En fin, con todo lo expuesto se ha dado también una solución adecuada a la otra modalidad de deficiencias de que adolece el sistema actual de arbitraje. Ha quedado más que claro que no tiene ningún sentido que un órgano como el Ministerio Fiscal deba participar obligatoriamente por imperativo legal en los procesos ante los órganos jurisdiccionales para llevar a cabo funciones imprescindibles y, sin embargo, que un arbitraje en el TAD/CAS/TAS pueda desarrollarse sin que dicho órgano o su sustituto

exista. Está bien que el mentado arbitraje sea más rápido, pero es una ventaja aceptable si proporciona beneficios, entre los cuales jamás estará la inseguridad sobre la protección de los menores cuando no participa el Ministerio Fiscal. Ésto último hay que tenerlo en cuenta junto a todas las demás deficiencias. De este modo, ahora conocemos qué es el Ministerio Fiscal, sus funciones más relevantes respecto de los menores, sus modos de realizarlas y algunas cuestiones más de no menor importancia. Así, es claro que es un órgano imprescindible o, al menos, sus funciones y, por ello, además de corregir también los demás defectos, se han de extrapolar correctamente al arbitraje deportivo del TAD/CAS/TAS para que todo menor que esté viendo mermado gravemente su derecho al deporte sea reparado cuanto antes y mediante un procedimiento que le proteja y tenga su educación como el principal punto de referencia. Solo así podrá garantizarse su desarrollo humano mediante la herramienta fundamental que para ello existe y que es el deporte.

### **3. OTROS MÉTODOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR COMO PARTE DÉBIL**

Como la rúbrica de este epígrafe reza, y ya hemos adelantado, en este apartado final del estudio se van a abordar otros tres métodos que resultan fundamentales para alcanzar tanto el objetivo del presente **Capítulo IV** como el de todo el estudio en general. Es decir, lograr que la protección de los menores deportistas sea la mejor posible, integral a poder ser, y se beneficien con el deporte en todas las facetas de sus vidas. Y es que no es suficiente con subsanar todos los defectos identificados en el balance y con la intervención del Ministerio Fiscal o su sustituto. En efecto, solo si junto a ello se implementan los mentados tres métodos que ahora se van a exponer se consagrará por fin, como se dijo, un sistema de justicia deportiva internacional mediante un verdadero Tribunal Internacional o Mundial del Deporte tanto basado en la libertad y en la alternatividad como capaz de prestar un servicio y protección integral a todos los menores y lograr así las mejores soluciones de sus conflictos.

En cuanto al orden de la exposición, en primer lugar se va a exponer un mecanismo de muy reciente creación para la resolución de conflictos deportivos vinculados con Derechos fundamentales. El motivo es que resulta muy beneficioso

conocerlo puesto que sin duda que tiene funciones y rasgos que enriquecerían al TAD/CAS/TAS en caso de implementarlos. En segundo lugar, se van a estudiar las medidas de protección de la parte débil que existen en el ámbito por autonomía al respecto que es el del arbitraje de consumo con la pretensión de que sean también implementadas por el TAD/CAS/TAS para proteger más satisfactoriamente a los menores deportistas. Y, por último, se va a traer a colación relevante legislación específica sobre protección de menores. En concreto, por un lado, la legislación de la UE y, por otro lado, la ya citada nueva Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco, así como, previamente, lo más determinante que tanto el Ararteko o Defensor del Pueblo del País Vasco como el responsable del programa Aterpe de la Fundación Athletic Club manifestaron en la Comisión parlamentaria correspondiente sobre el Proyecto de Ley. Y es que tampoco se comprende que los poderes públicos promulguen legislación satisfactoria y, sin embargo, que se pueda soslayar mediante otras instituciones de resolución de conflictos como es el arbitraje. En fin, el TAD/CAS/TAS tampoco sería idóneo si sirve para soslayar la mejor legislación protectora de los menores y/o los dos métodos anteriores.

### **3. 1. EL NUEVO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOBRE DEPORTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Antes de entrar de lleno en su exposición, a modo de introducción es necesario indicar que el mismo ha sido creado debido a la estrategia que para reformar el sistema global de justicia deportiva ha puesto en marcha World Players, asociación en que se han organizado los jugadores para la gobernanza mundial del deporte. Es por ello que se centra ante todo en las personas. Además, su diseño se ha llevado a cabo teniendo en cuenta los principios rectores de la ONU sobre empresas y Derechos Humanos. Por lo demás, en cuanto a su función, se quieren erradicar los obstáculos para acceder a las vías de recurso o reparación y, por ende, soslayar las injusticias y los daños que muchos deportistas sufren en todo el mundo.

Una vez expuesta la introducción, se estima muy oportuno comenzar su exposición haciendo alusión a lo más sustancial del mismo para después profundizar más en otras cuestiones relevantes. En primer lugar, resultan muy interesantes los

elementos procesales que le caracterizan. En efecto, dichos elementos se pueden apreciar tanto en el arbitraje como en la mediación (procedimientos para los que se han tenido muy en cuenta las experiencias del histórico Acuerdo de Bangladesh y las mejores prácticas existentes). Y su relevancia se observa con tan solo mencionarlos: son rentables en coste y en tiempo, incluso aunque se ejecuten aceleradamente; son plenamente compatibles con los Derechos fundamentales al no surgir ningún punto de fricción ni de índole procesal ni sustancial; reflejan el interés público en el deporte y los conflictos sobre Derechos fundamentales; y para que el procedimiento se ajuste a las necesidades, derechos y desafíos de las personas y grupos de personas afectadas, cuentan con la flexibilidad oportuna. Por si fuera poco, los elementos procesales no terminan con lo anterior, sino que también otros más que son los que componen la relevante e innovadora opinión consultiva que se ofrece. En concreto, se trata de los siguientes. Uno es que los organismos deportivos y otras empresas comerciales reciban un asesoramiento independiente, especializado y experto para dar cumplimiento correcto a las responsabilidades de respeto de los Derechos fundamentales. Entre ello, verbigracia, se incardina el modo de influir con la finalidad de que daños sean evitados. Junto a él, también se proporciona, en este caso a las organizaciones de la sociedad civil como son las asociaciones de jugadores, acceder a las evaluaciones realizadas por expertos independientes acerca de los impactos negativos y las respuestas efectivas. Por lo demás, el nuevo mecanismo que nos ocupa también ha sido creado tanto para que a las situaciones de crisis sobre Derechos fundamentales se les den respuestas satisfactorias, como para ser un instrumento eficaz para proporcionar la diligencia debida en materia de Derechos fundamentales. Eso sí, y para terminar, se ha de advertir que los resultados no son vinculantes.

Tras los referidos elementos procesales, se continua la exposición de las cuestiones más sustanciales de este novedoso mecanismo. Por lo que a su legitimidad atañe, es única debido a tres rasgos que le caracterizan como son: recibir en su desarrollo la asistencia técnica de la Corte Permanente de Arbitraje; que ésta misma Corte cumple una función de registro y, además, administra cualquier procedimiento; y respetar y aplicar las reglas de arbitraje de La Haya sobre negocios y Derechos Humanos, así como otros estándares de igual prestigio. Junto a la legitimidad, se ha de llamar la atención, por un lado, sobre una lista que, además de estar en continuo



desarrollo, incluye a eminentes árbitros, mediadores y profesionales en la resolución de conflictos. Y, por otro lado, para que los usuarios puedan acceder al mecanismo, un fondo que les otorgue la financiación necesaria. Para terminar, otra ventaja del presente mecanismo es estar relacionado con otros mecanismos de resolución. En este sentido, una de las mejores cosas que proporciona es que el mecanismo de la mentada Corte Permanente de Arbitraje no tiene por objetivo sustituir a los referidos otros mecanismos eficaces y compatibles con los derechos, sino complementarlos para que el sistema de reparación quede reforzado. Dicha complementación se observa muy bien en el hecho de que los indicados otros mecanismos muchas veces gozan de mandatos que son limitados o puede ser que su acción de resolución esté restringida determinados formatos específicos. Y es entonces cuando el nuevo mecanismo que se está exponiendo entra en juego: ofreciendo diversas vías procesales entre las que se incluye el arbitraje vinculante y ejecutable; alcanzando no solo a los Derechos fundamentales sino también a los conflictos de índole laboral; pudiendo acceder los titulares de derechos, personas y grupos afectados, organizaciones de la sociedad civil, y sindicatos; y contando con la posibilidad de involucrar también a organismos deportivos, empresas, a otros actores privados y a los Estados<sup>552</sup>.

Una vez expuestas las cuestiones más sustanciales, como se ha dicho, merece mucho la pena profundizar en el conocimiento de este nuevo mecanismo haciendo breve alusión a otras cuestiones importantes. En primer lugar, al mecanismo se accede de distinta forma según se vaya a desarrollar un arbitraje o vaya a tener lugar una opinión consultiva. En el primer caso, es necesario un acuerdo de arbitraje válido entre las partes que sea alcanzado con una cláusula arbitral tanto previa al conflicto como prevista en el contrato o en los estatutos correspondientes, o con un acuerdo de sumisión tras el surgimiento del citado conflicto. Por su parte, en el segundo caso, para la opinión consultiva es necesario, si se trata de organismos y demás empresas, han de inscribirse en el procedimiento y, además, aportar al fondo la contribución pertinente para que los costes procesales queden cubiertos. En cambio, cuando sean organizaciones de la sociedad civil las que concurren, como es el caso de las asociaciones de jugadores, además de obtener legitimación, el organismo deportivo ha de firmar o adherirse. En

---

<sup>552</sup> La información original sobre las cuestiones esenciales se puede encontrar en (consultado el día 2 de noviembre de 2023): <https://uniglobalunion.org/wp-content/uploads/WPA-Sport-and-Human-Rights-Dispute-Resolution-Mechanism-Essentials-2022.pdf>

segundo lugar, es interesante saber que el mecanismo puede ser utilizado de dos formas. En efecto, bien *ad hoc* para casos concretos, o bien permanentemente remitiendo los casos específicos que se detecten en los acuerdos industriales, estatutos de organismos deportivos y acuerdos de acogida para empresas medianas. Por su parte, de gran trascendencia es conocer cuáles son los casos o situaciones que pueden ser conocidos por el mecanismo. Pues bien, por lo que al arbitraje atañe, puede llevarse cualquier conflicto que esté fundamentado en un concreto contrato o en un evento con implicaciones legales. En cambio, si de la opinión consultiva se trata, puede presentarse toda consulta que esté vinculada con el cumplimiento por parte de organismos y empresas comerciales de sus responsabilidades sobre respeto de los Derechos fundamentales.

Pero con lo anterior no se ha terminado, sino que no se puede dejar de exponer brevemente el recorrido de los procesos. Manteniendo el orden, el arbitraje comienza con la notificación del mismo y la declaración de reclamación, a lo cual le sigue, en un plazo no mayor a 15 días, tanto la respuesta a la mentada notificación como la determinación del número de árbitros. Tras ello, se forma el Tribunal arbitral, y tienen lugar tres fases como son una conferencia para gestionar el caso, en no más de 15 días la declaración o escrito de defensa, y la audiencia. Por último, el dictamen del laudo cierra el proceso. En cuanto a la opinión consultiva, comienza con la correspondiente solicitud, a la que, en caso de ser aceptada, le sigue la notificación a las partes interesadas que han sido identificadas. En no más de 5 días, igualmente se designa un experto. De este modo, es como a continuación acontece, primero, en otro plazo no superior a 5 días la conferencia preliminar y, después, la audiencia. Para terminar, a diferencia del arbitraje, es el dictamen consultivo u opinión asesora la que pone fin a este proceso.

Tras conocer el desarrollo de los procesos, es el momento oportuno de hacer alusión al resultado de los mismos. Por una parte, el arbitraje desemboca en un laudo vinculante y ejecutable en virtud de la ya citada CNY. Pero no solo eso, sino que es muy interesante la posibilidad que tiene el mecanismo para decretar los remedios que estime oportunos. Entre estos se encuentran: satisfacción, restitución, rehabilitación, compensación financiera o no financiera, sanciones, mandamientos judiciales, medidas

cautelares, garantías de no repetición, y recomendaciones para que las causas profundas de los conflictos sean resueltas. A diferencia del arbitraje, en la opinión consultiva se llega al resultado consistente en un asesoramiento que no vincula y que versa sobre acciones que tienen por finalidad prevenir y mitigar los daños tal y como exigen tanto los principios rectores de la ONU sobre empresas y Derechos Humanos, como los demás estándares de aplicación.

Si bien lo anterior es de gran relevancia, no cabe duda que la cuestión sobre los costes también siempre se ha de tener en cuenta al ser una variable decisiva para dilucidar si algo es conveniente o no. Pues bien, es imprescindible saber que el coste del arbitraje depende de varios factores entre los que se encuentran la cuantía del litigio, el tiempo invertido y la complejidad del asunto. Otro dato interesante es que lo más habitual es que el 90% del coste total esté compuesto por la representación legal, mientras que el resto por los gastos del arbitraje. Para terminar, se crea un fondo con el objetivo de que las personas afectas tengan garantizado el acceso. En comparación, en la opinión consultiva se ha previsto que sea el propio fondo el que cubra todos los costes, sin que ni los honorarios de los expertos ni los costes de la mentada Corte Permanente de Arbitraje puedan constituir excepciones. Junto a ella, otra particularidad es que imperativamente han de aportar las contribuciones correspondientes todas y cada una de las entidades que se adhieran a este proceso.

Como se ha podido observar, se ha hecho referencia constantemente tanto al arbitraje como a la opinión consultiva. Por eso ahora hay que llamar más enérgicamente la atención para no pasar por alto la posibilidad de mediación que este mecanismo también ofrece. Al respecto, hay que saber que le ha sido asignado un papel muy concreto que a continuación se expone. La verdad es que se insiste en la mediación y otros modos de solución colaborativa para conocer de los conflictos deportivos. Una muy buena muestra de ello es que en cualquier momento del arbitraje las partes pueden celebrar un acuerdo con el que deciden recurrir a dichas formas colaborativas. Pero no solo eso, sino que las mentadas partes también pueden negociar las normas procesales o optar por un conjunto que ya existe. Además, todo ello no influye en el referido arbitraje, salvo que las propias partes así lo estipulen. Por último, no menor importancia tiene saber que la mediación llega a su fin con el acuerdo de conciliación, o con la

terminación que, con solicitud previa, conduce a que el arbitraje prosiga. Visto el rol que le ha sido asignado, igualmente gran interés encierra el modo en que se relaciona con los mecanismos existentes. En este sentido, se ha de subrayar que la mediación constituye una alternativa en los casos en que los demás mecanismos han dejado clara su ineficacia; que, en relación con lo anterior, puede complementar dichos mecanismos en concretos ámbitos y acabar con las diferencias, lo cual alcanza hasta a los casos en que no hay mecanismos disponibles; y que su finalidad no es sustituir los citados mecanismos existentes, entre los que se encuentran los de queja que han sido negociados por las asociaciones de jugadores y los organismos deportivos.

Aunque, como ya se sabe, la exposición de este nuevo mecanismo se caracteriza por su brevedad, ello no puede ser óbice para que no se expresen unas pocas palabras acerca de la Corte Permanente de Arbitraje para conocer lo más sustancial de ella. Así pues, se comienza señalando que constituye una organización gubernamental internacional desde que fue creada por los correspondientes acuerdos internacionales de 1899 y 1907, y en los que participaron hasta 122 partes contratantes. Y como quiera que se encarga de resolver pacíficamente conflictos mediante el arbitraje y la mediación, se puede afirmar que es una organización especializada. Pero no es ese el único rasgo que le caracteriza. En efecto, tampoco sus fines son de lucro, ni tiene interés comercial alguno como sí lo tienen otros servicios de resolución de conflictos como la CCI o la Cámara de Comercio de Suiza. Para finalizar, conviene mucho aclarar que entre los temas de que se ocupa se encuentran diversos tipos de arbitraje como son los que llevan a cabo los inversionistas frente al Estado, los interestatales, los comerciales y los ambientales.

Ahora sí, se llega a los últimos apuntes sobre este mecanismo en el que se van a abordar las cuatro maneras con que cuentan las asociaciones de jugadores para utilizar este novedoso mecanismo. En primer lugar, puede incluirse tanto en un convenio de negociación colectiva como en un acuerdo marco global. Asimismo, está pensada para los casos en que ningún mecanismo eficaz está a disposición de los jugadores para poder resolver sus quejas, entre las que se incardinan los conflictos laborales. Por lo que a la solución atañe, pasa necesariamente por ser contemplada por los citados convenio o acuerdo, pero también puede ser que sea un acuerdo industrial al respecto quien la

incluya. En cualquier caso, la inclusión se realizará o bien con la incorporación de una cláusula compromisoria de arbitraje para la que ha sido creado un prototipo, o bien, o a la vez, con la decisión de optar por la opinión consultiva con las cláusulas que correspondan y el acuerdo acerca de la contribución al fondo que sea necesaria. En segundo lugar, hay otra manera que es del máximo interés para el estudio de la presente Tesis Doctoral debido a que está pensada para las violaciones sistemáticas de los derechos de los jugadores y, en particular, tanto para el acoso y el abuso sexual como para la discriminación por raza. Son varios los motivos que han llevado a su consagración: dichos daños se producen en los deportes practicados en todo el mundo; lo habitual es que los organismos deportivos estén privados de la capacidad y de la experiencia necesarias para proporcionar respuestas compatibles con los Derechos fundamentales; y que es de gran inestabilidad la solidez y los resultados por buscarse la orientación de expertos en mandatos y procedimientos *ad hoc*. De este modo, como cabía esperar, la solución ha de tener particularidades muy concretas. Se trata de promover y negociar para que el dictamen u opinión consultiva sea decidida; de la posibilidad de que los expertos orienten al organismo deportivo en cuestión sobre cómo cumplir correctamente sus responsabilidades y cómo hacer frente al daño con respeto de los Derechos fundamentales; y de la posibilidad de que se incluya en alguno de los convenios colectivos, acuerdos comerciales o acuerdos industriales aludidos que, a largo plazo, desemboque en su adopción. La tercera manera ha sido ideada para cuando con un gran evento deportivo surjan riesgos muy considerables para los Derechos fundamentales de los jugadores y de otros grupos. Y se ha de evitar el error de pensar que ello solo puede concurrir debido al desenvolvimiento de su celebración, sino que también alcanza a los casos en que dicha celebración ha sido otorgada a un Estado que no garantiza dichos derechos adecuadamente. También puede ser que concurren ambas. Por su parte, respecto a la solución de estos casos, debemos indicar que está formada por tres puntos: que el acuerdo de hospedaje o de celebración se ocupe de los requisitos y de las cláusulas de Derechos fundamentales con referencia a este novedoso mecanismo; que los organismos deportivos, las organizaciones de la sociedad civil como es el caso de las asociaciones de jugadores, y las entidades organizadoras o anfitrionas celebren acuerdos que incluyan cláusulas al respecto; y que con otro tipo de acuerdo de sumisión se pacte la resolución con este nuevo mecanismo de casos individuales. Llegamos al final; la cuarta manera es la de que el mecanismo funcione

como un instrumento impulsor de reformas. Y la verdad es que el problema a que se quiere dar respuesta es, a estas alturas del estudio, sumamente conocido porque precisamente es uno de los grandes defectos que se han detectado en el TAD/CAS/TAS como es que a día de hoy, y en el inmediato futuro salvo que se implementen las medidas oportunas, no cuenta con la equipación adecuada para resolver conflictos relativos a Derechos fundamentales. De este modo, la solución que al respecto el nuevo mecanismo proporciona sirve para que impulse en los otros mecanismos que existen las reformas que requieran y así garantizar el respeto de los Derechos fundamentales<sup>553</sup>.

Como se ha visto, conocer la existencia de este mecanismo y sus rasgos fundamentales es muy beneficioso para seguir mejorando y enriqueciendo el TAD/CAS/TAS. En efecto, no cabe duda de que convendría tener muy en cuenta lo más destacable de los párrafos anteriores: que se pretende reformar el sistema global de justicia deportiva; la puesta de las personas en el centro; consideración de labor de la ONU; garantizar que las vías de recurso y reparación sean efectivas; rentabilidad económica; celeridad; respeto del interés público; flexibilidad para adaptarse a todas las circunstancias; posibilidad de opinión consultiva; asesoramiento por parte de expertos independientes; gran diligencia y soluciones satisfactorias; legitimidad; lista de personas eminentes; fondo para que todas las personas puedan acudir al mismo; colaboración con otros mecanismos de resolución; laudos vinculantes y ejecutables en virtud de la CNY; diversos remedios para alcanzar soluciones; diversas maneras de utilizar el mecanismo destacando el relativo a la violación sistemática de derechos de los deportistas; y ser impulsor de reformas la de mejorar la implementación de los Derechos fundamentales. Por último, una crítica se ha de realizar para que en el TAD/CAS/TAS no ocurra lo mismo es que todas las resoluciones deberían ser vinculantes, puesto que en caso contrario puede ser que de nada sirva en beneficio de los menores.

---

<sup>553</sup> Esta nota se aprovecha para indicar que el coste, las tarifas, los honorarios del arbitraje que en su lugar expusimos, se especifican en el siguiente enlace (consultado el día 4 de noviembre de 2023): <https://pca-cpa.org/en/fees-and-costs/>

Por su parte, para conocer la exposición original en inglés de todas las cuestiones expuestas con las que se ha profundizado en el conocimiento de este novedoso mecanismo, y que han sido utilizadas también para redactar este primer punto, el enlace es este otro (consultado el día 5 de noviembre de 2023): <https://uniglobalunion.org/wp-content/uploads/WPA-SHR-DRM-FAQ-tool.pdf>

### 3. 2. LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Como ya se ha adelantado, en este segundo punto del último apartado del **Capítulo IV** que ahora se comienza se va a exponer cómo en el ámbito de gran relevancia que es el de consumo se protege en el arbitraje a la parte considerada débil. Esto es, qué medidas, órganos, figuras, etcétera se han creado para que entre las partes exista equidad y, por ende, que la resolución de los conflictos sea justa. Y todo ello tiene una finalidad muy concreta como es la de que convendría extrapolarlos, con las debidas modificaciones y adaptaciones, al TAD/CAS/TAS para que los menores se vean asistidos por su debilidad, nadie se beneficie de ellos y, en consecuencia, crezcan como personas saludablemente mediante la práctica y diversión de su deporte favorito al ser resueltos los conflictos debidamente en igualdad.

Pero antes de exponer las formas en que se protege a la parte débil, conviene aclarar previamente que el problema o defecto existente, es decir, la desigualdad consiste en que con mucha frecuencia las partes no son iguales debido, sobre todo, a que el arbitraje de consumo se caracteriza por poseer un carácter tuitivo. Y un buen ejemplo lo dicho es que solo de manera unidireccional, por parte del consumidor que ha sufrido daños, comienza el procedimiento arbitral. Esto es, nunca se inicia por parte del empresario o de oficio. Junto a ello, se ha de agregar que la debilidad del consumidor ante el comerciante, además de suponer en esta relación jurídica la ausencia de la idea de la autonomía de las partes prevista en el artículo 1255 CC, se debe a que para los consumidores es imposible conocer tanto el objeto a contratar como las cuantiosas cláusulas que la otra parte predetermine. De este modo, se observa nítidamente que se trata de una desigualdad que reclama a la parte fuerte un cuidado satisfactorio de la parte débil, del consumidor<sup>554</sup>.

#### 3. 2. 1. El principio *in dubio pro consumidor*

Al respecto de lo último expresado, una forma adecuada de comenzar la exposición de los medios existentes para subsanar el desequilibrio es trayendo a

---

<sup>554</sup> La descripción del problema puede verse en: B. Iboleón Salmerón y G. García-Villanova Zurita, «Una aproximación jurídica al estudio del principio del “*in dubio pro consumidor*”», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14, 2014, pp. 10 y 16.

colación un principio fundamental en los arbitrajes de consumo como es el de *in dubio pro consumidor*. Este principio extrapolado para ser aplicado o tenido en cuenta en los procedimientos desarrollados en el TAD/CAS/TAS podría denominarse *in dubio pro menor*, lo cual hace recordar a la segunda dimensión del concepto de interés superior del menor que estudiamos en la primera parte del **Capítulo II**, es decir, a la de ser dicho concepto un principio jurídico interpretativo que precisamente consiste en ser una regla *pro menor*. Sin embargo, sin olvidar lo que se expuso, conviene desarrollar ahora el principio que se implementa en el arbitraje de consumo puesto que nos va a proporcionar otras cuestiones también determinantes para la protección de la parte débil.

Así, lo cierto es que el citado principio constituye una referencia irrenunciable para quienes están obligados a resolver jurídicamente conflictos mediante el arbitraje. Pero se ha de advertir que, en cambio, en los órganos jurisdiccionales apenas se cuenta con el mismo. Lo cual se ha de tener en cuenta, puesto que dichos órganos también pueden prescindir de cuestiones de gran valía y que se pueden suplir en el TAD/CAS/TAS. Así, la persona u órgano que vele por el menor ha de utilizar o hacer que se utilice todo lo que beneficie al menor; incluso las cuestiones de que ha prescindido la justicia ordinaria<sup>555</sup>.

Sin embargo, pese a lo dicho, en la jurisprudencia sí se aprecia una tendencia a la protección del consumidor. A este respecto, conviene citar, por un lado, la SAP de Lleida con fecha 18 de enero de 1995 en la que se lee que “*la oscuridad de las cláusulas definitivas del contrato y el propio contrato preliminar o reserva deben interpretarse a favor de los consumidores, en este caso, de los demandantes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2.1.d), y f), 10.1.a) y c) (apartados 5º y 8º), 10.2 y 13.1.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984/1906 y ApNDL 2943) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”. Y, por otro lado, la SAP de Lugo de 22 de febrero de 1995 por expresar que “*aunque, por la estructura económico-social no son iguales las posibilidades de todos los ciudadanos, el derecho que es un instrumento para el normal desarrollo de la convivencia, no puede permanecer indiferente cuando, como efecto de tal situación, el desequilibrio entre los contratantes, es tan manifiesto que, en caso de conflicto entre ellos produciría una solución injusta, un desequilibrio*

---

<sup>555</sup> Para estos apuntes iniciales sobre las formas de acabar con las deficiencias, ver: *Ibidem*, p. 1.



*que ocurre con alguna frecuencia, cuando uno de los contratantes es consumidor, posición de que están los demandados, según el apartado segundo del artículo primero de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”<sup>556</sup>.

Asimismo, a diferencia de otras cuestiones en las que solo existe jurisprudencia, en esta ocasión se ha promulgado legislación al respecto. Y no hay otro modo más adecuado de empezar su enumeración que haciendo saber que la UE se ha ocupado de la protección del consumidor en tanto que parte más débil de una relación jurídica. Más concretamente, no se puede desconocer, aunque ya derogada, la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales<sup>557</sup> porque disponía que *“los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido; que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas”*. Pero no solo eso, sino que también, en su considerando tercero, precisaba que *“el programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores prevé, en particular en sus apartados 24 y 25, que conviene proteger a los consumidores mediante medidas adecuadas, contra las prácticas comerciales abusivas en el ámbito de la venta a domicilio”*. En suma, se aprecia con plena claridad la protección del consumidor.

Afortunadamente, la mentada regulación europea ha influido notablemente en la normativa que ha sido elaborada en España. Efectivamente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>558</sup>, se caracteriza por haber consagrado diversos mecanismos para que el consumidor se vea protegido de una manera integral, lo cual alcanza a varias cuestiones como son el contenido de la oferta, el contrato, la posibilidad de desistir y lo previsto en las cláusulas

---

<sup>556</sup> Para la primera sentencia, se indica la referencia AC 1994/26. Y para la segunda, AC 1995/317. Ambas sentencias y lo que se ha transcrito de las mismas, se pueden ver en: B. Iboleón Salmerón y G. García-Villanova Zurita, *supra op. cit.* nota 554, pp. 14 y 15.

<sup>557</sup> Ver: Diario Oficial nº L 372 de 31 de diciembre de 1985 pp. 0031 – 0033.

<sup>558</sup> BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007.

abusivas<sup>559</sup>.

Como corolario de lo anterior, todo el arbitraje de consumo está cimentado sobre una pieza clave que es la defensa del consumidor, lo cual ha acarreado que, al igual que en los órganos jurisdiccionales, se adapten a dicho arbitraje normas de proceso para poder garantizar un status equilibrado, es decir, sin que la posición jurídica de las partes dependa de que sea de un tipo o de otro el proceso en cuestión. En relación con ello, por lo que atañe al principio que se está estudiando *in dubio pro consumidor*, se ha de explicar claramente que el mismo puede aplicarse, con el fin de ofrecer protección, en el caso de que en el proceso le surjan dudas al árbitro en cuanto a su decisión que causen un desequilibrio respecto al consumidor<sup>560</sup>.

Por lo demás, también resulta imprescindible para la protección del consumidor otras cuestiones. Así, el prestador de servicios ha de proporcionar al consumidor una información en una cantidad y con una calidad apropiadas; ha de ser idónea la manera en que las cláusulas no negociadas individualmente han sido introducidas y dadas a conocer; se ha de respetar la libertad del consentimiento; y debe ser aceptable la redacción y contenido de las cláusulas del contrato<sup>561</sup>.

Y si bien lo anterior es de una gran relevancia, en modo alguno es suficiente, sino que es necesario que quien delimita con la legislación la forma y contenido de la contratación despliegue una acción tuitiva. Pues bien, ésta no ha de quedar restringida a una regulación que prevea los casos de desigualdad en que puede encontrarse el consumidor para ofrecerle amparo, sino que es imprescindible que paralelamente se ejecute una acción activa en la defensa del consumidor. En fin, no de otro modo se puede entender completo y satisfactorio el amparo que el Estado brinda al consumidor, el cual es fundamental junto a la interpretación del árbitro o juez a favor del consumidor cuando tiene dudas sobre la acción del comerciante.

---

<sup>559</sup> A este respecto, resulta muy interesante la STJUE de 15 de abril de 2010 (asunto 2010/101).

Lo más interesante de ella, así como lo que hemos expuesto acerca de la legislación sobre la protección del consumidor, puede encontrarse en: B. Iboleón Salmerón y G. García-Villanova Zurita, *supra op. cit.* nota 554, p. 15.

<sup>560</sup> Ver: *Ibidem*, p. 16.

<sup>561</sup> *Ibidem*, p. 16

Y a este respecto, es ineludible precisar y advertir que, para que este principio sea extrapolado al TAD/CAS/TAS para la protección de los menores, es necesario observar cómo se regula dicho principio en otros Estados. El motivo es que en España la regulación que lo consagra e indica su aplicación no es clara ni determinante. En efecto, es la legislación sectorial la que se ocupa de su aplicación, la cual además es indirecta. Por si fuera poco, en la jurisprudencia española tampoco se encuentra aplicación directa alguna<sup>562</sup>. De este modo, conviene traer a colación la Ley 24.240 de defensa del consumidor promulgada en Argentina<sup>563</sup> debido a que su artículo 37.c) prevé que “*La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa*”. En otras palabras, impone que se ha de realizar una interpretación en favor del consumidor; constituye un mandato directo y meridiano a los órganos jurisdiccionales argentinos para que apliquen el principio que nos ocupa. En consecuencia, resultan ineficaces todas las cláusulas o términos abusivos de los contratos que versen sobre las relaciones jurídicas a que hace alusión la ley<sup>564</sup>.

Para finalizar con este importante principio, se han de agregar unos breves apuntes para que su aplicación sea correcta y, por ende, el consumidor o, con el presente estudio, el menor deportista se vea protegido adecuadamente. Así, no se debe olvidar que es uno de los principios tuitivos del Estado, lo cual supone que la acción o acciones del Estado en favor de la parte débil está o están informadas de un determinado paternalismo. Ahora bien, esto no puede significar que el árbitro actúe sin rigor alguno ni que en su actuación se aprecie la intención de que el empresario quede culpabilizado. Junto a ello, también es importante atender al hecho de que en el arbitraje en Derecho la intensidad del principio es distinta a la que posee en el arbitraje en equidad. Mientras que en el

---

<sup>562</sup> En cuanto a la legislación sectorial, un buen ejemplo es la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña (BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008), de cuyo artículo 47, concerniente a la carga de la prueba, se ha de resaltar ahora que “*el órgano competente [...] debe exigir a la parte denunciada o demandada que aporte una justificación objetiva y razonable que pruebe suficientemente que en su actuación o como consecuencia de su inactividad no se ha infringido el derecho a la igualdad*”.

Por su parte, en la referida jurisprudencia española destacan las Sentencias de la AP de Barcelona, de 31 de julio de 2002; de la AP de Valencia, de 15 de febrero de 2008; de la AP de Pamplona, de 4 de julio de 2010; y de la AP de Vizcaya, de 15 de septiembre de 2010. Todas ellas hacen referencia al principio *in dubio pro consumidor*, aunque no constituye el fundamento de ninguna decisión.

<sup>563</sup> Sancionada el 22 de septiembre de 1993. Promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993.

<sup>564</sup> Para los dos últimos párrafos, consultar: B. Iboleón Salmerón y G. García-Villanova Zurita, *supra op. cit.* nota 554, pp. 17 y 18.

arbitraje en Derecho tanto constituye un elemento para interpretar la norma que plantee varias posibilidades como no puede sustituir a la prueba (si no hay prueba por parte del consumidor que muestre la transgresión, lo normal es reconocer la razón del comerciante), por su parte, en el arbitraje en equidad el árbitro puede modular la aplicación del principio por no exigírsele un rigor tan grande en su decisión<sup>565</sup>.

En definitiva, sin duda alguna, para el TAD/CAS/TAS sea idóneo para los menores, las cuestiones que han sido descritas deberían implementarse en el mismo. Es fundamental para que la debilidad del menor no solo no le cause perjuicios sino para que le asegure los mejores resultados.

### **3. 2. 2. La intervención de abogado**

Un segundo método o solución para establecer equilibrio entre la parte débil, el consumidor, y la otra parte más fuerte como puede ser una empresa, consiste en que una persona o figura intervenga, junto al tutor y en su caso el Ministerio Fiscal o quien le sustituya, en los procesos arbitrales en defensa de la citada parte débil. En este sentido, una de dichas personas o figuras puede ser un abogado conocedor de la materia sobre la que se arbitra. Pues bien, el objetivo de este punto es exponer una serie de apuntes acerca de la intervención de un abogado en los arbitrajes de consumo para, como sabemos, tenerlo muy en cuenta en los conflictos que se diriman en el TAD/CAS/TAS. Sin duda alguna, los referidos apuntes van a proporcionar perspectivas, criterios y sugerencias muy enjundiosas para que un menor no se vea indefenso ante tanto el, muy probablemente, poderío de la otra parte, ya sea un club deportivo, una Federación deportiva o cualquier otro organismo deportivo de gran entidad, como a su corta edad. Por último, antes de entrar de lleno en esta cuestión, conviene adelantar que las páginas sucesivas van a girar en torno a dos ejes. Por un lado, que si la parte débil no ha sido defendida por un abogado es necesario que los correspondientes controles de oficio de los órganos jurisdiccionales estatales sean más extensos; verbigracia, el relativo a los laudos. Y, por otro lado, si bien lo anterior está bien, parecen más idóneas e imprescindibles unas propuestas concretas para que el arbitraje de consumo sea

---

<sup>565</sup> Estos últimos apuntes en: *Ibidem*, p. 18.

satisfactorio con la meta de que la legislación garantice a este respecto la asistencia jurídica gratuita, con lo cual no se dejaría toda o la mayor parte de la protección en manos de los referidos Juzgados y Tribunales estatales; es más, si la defensa en el proceso es adecuada, ésta protección sería incluso desproporcionada.

En suma, de una forma o de otra, la parte débil, ya sea un consumidor o un menor deportista, ha de estar protegida con el aseguramiento de una situación equilibrada con la otra parte. Así, si la parte débil no está asesorada con un abogado especialista, los controles jurisdiccionales han de ser mayores para colmar dicha ausencia; y viceversa. Ahora bien, como quiera que ya se conocen muy bien tanto las particularidades de la actividad deportiva como las ventajas que solo el arbitraje proporciona a este respecto, no caben dudas de que la intervención de dicho abogado u otra persona que realice idéntica función es imprescindible en el TAD/CAS/TAS. En efecto, solo así puede garantizarse que el deporte sea un medio estupendo para que los menores se desarrollen humanamente. Sin duda, la lentitud de los procesos jurisdiccionales perturbaría lo dicho, es decir, el objetivo del presente estudio. De ahí las propuestas para que la asistencia jurídica gratuita alcance a los consumidores y, por extrapolación, a los menores deportistas. Así pues, hay que prestar una especial atención a lo que se va a exponer a continuación para que dicho abogado o persona intervenga a favor del menor en el arbitraje deportivo. Por lo demás, se ha de advertir que es una cuestión que encierra cierta dificultad: hay que encontrar una conjugación apropiada de todo lo que se ha indicado para no erradicar el arbitraje al conculcar sus facetas esenciales como son la autonomía de la voluntad, la regla *kompetenz-kompetenz* y la mínima intervención judicial. Esta conculcación se daría sobre todo cuando la parte débil ha sido asistida correctamente por el referido abogado<sup>566</sup>.

En idéntico sentido de lo que se viene indicando, en el arbitraje de consumo la participación del abogado en defensa de la parte débil es determinante para entender justificado el control de los órganos jurisdiccionales respecto a la presencia de la libertad en el poder de disposición de las partes. En efecto, si dicho abogado participa satisfactoriamente supervisando todas las fases y cuestiones del proceso arbitral,

---

<sup>566</sup> Conviene consultar en relación con lo expuesto desde el comienzo de este punto: R. Escaler Bascompte, «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 56, 2022, pp. 1–4.

entonces puede considerarse que el esencial principio dispositivo de las partes se merma cuando los órganos jurisdiccionales actúan. Y lo dicho no es nada baladí sino fundamental puesto que permite observar que el problema relativo a la protección en el arbitraje del consumidor se plantea cuando no existe la mentada participación del abogado; situación en la que la intervención jurisdiccional de oficio tiene sentido. Y si bien dicho sentido existe respecto a las diversas fases del arbitraje, no se debe ocultar que en algunas tiene más sentido que en otras. Así, lo tiene menos en las acciones de anulación tras el correspondiente acuerdo extrajudicial entre las partes de desistimiento, que en la ejecución. Es decir, si el ejecutado no ha sido defendido en el arbitraje o ha estado en rebeldía, el referido control de oficio por el tribunal ejecutor es más necesario, tiene más sentido. En consecuencia, lo dicho nos lleva a subrayar que este control puede no restringirse solo a los vicios del arbitraje *in procedendo*.

Una conclusión que se extrae de lo expuesto hasta ahora es que la defensa por parte de un abogado u otra persona equivalente especializada es una de las mejores formas para proteger a la parte débil, sea un consumidor o, en nuestro caso, un menor deportista. Y es que de este modo, además de que el principio dispositivo y las exigencias de audiencia y contradicción no se conculcan, los órganos jurisdiccionales quedan exonerados de realizar controles y, por ende, es más efectiva la tutela efectiva, por un lado, al no mermarse la tan necesaria celeridad que el deporte exige y que solo el arbitraje puede proporcionar y, por otro lado, al no aumentar los costes. De ahí que lo más seguro es que lo más idóneo sea garantizar una buena defensa de la parte débil en los arbitrajes; esta es la finalidad de las propuestas que se expondrán y que versarán sobre la asistencia jurídica gratuita<sup>567</sup>.

Pero a lo anterior se han de agregar otros apuntes en el mismo sentido pero para los casos de acción de anulación en que el control de oficio o jurisdiccional se hace del orden público. Al respecto, el TC, en su Sentencia 17/2021, de 15 de febrero<sup>568</sup>, indicó que dicha acción solo puede versar sobre los errores *in procedendo*, esto es, queda excluida la revisión del Derecho sustantivo aplicado por los árbitros. Dicho de otra forma, se limita al cumplimiento de las garantías fundamentales como la igualdad, la

---

<sup>567</sup> Veáse: *Ibidem*, pp. 5–8.

<sup>568</sup> BOE nº 69, de 22 de marzo de 2021.

contradicción, el derecho de defensa, la bilateralidad, etcétera. Pero la cuestión decisiva que se quiere subrayar ahora es que por lo que atañe al propio control de oficio mediante el orden público (para preservar principios esenciales del arbitraje como la autonomía de la voluntad o la menor intervención judicial posible), su mayor o menor limitación va a depender de las garantías con las que el arbitraje se haya desarrollado. Y, evidentemente, ello tiene particularidades que no se pueden obviar cuando una de las partes es más débil. En efecto, si bien es cierto que el arbitraje puede ser imposible si el control de oficio es desmedido, también hay que tener en cuenta que también tiene por finalidad proteger a dicha parte débil, como el consumidor. Con ello se aprecia de nuevo la necesidad de las propuestas consistentes en que sea obligatorio un abogado en estos arbitrajes. Y es que solo así sería aceptable la doctrina de la referida sentencia al ser la presencia de un abogado una clara manifestación de uno de los posibles vicios *in procedendo* que pueden concurrir como es el relativo al derecho de defensa.

Por si fuera poco, para ver claramente la asistencia que necesita la parte débil, conviene mucho señalar que, ya sea un consumidor, un menor deportista o cualquier otra, no se puede defender adecuadamente si carece de un abogado u otra persona con idéntica función debido a que el procedimiento arbitral en que puede verse involucrado puede ser tan completo procesalmente como un juicio ante los órganos jurisdiccionales. Y no se debe olvidar que, además, el laudo también despliega efectos de cosa juzgada. Por todo lo dicho, se concluye que la restricción del referido control es aceptable si la parte débil ha gozado de una buena defensa, y, viceversa, cuando dicha defensa ha sido deficiente o inexistente todo parece indicar que cuando hay una parte débil el control ha de ser más amplio<sup>569</sup>.

Y si los supuestos de desigualdad indicados o apreciados en la exposición anterior son graves, puede darse un caso en que la gravedad es máxima. En efecto, se está haciendo referencia a cuando, además de haberse desarrollado el arbitraje sin que el consumidor o parte débil haya sido defendido técnicamente por abogado o estando dicha parte en rebeldía, decida cumplir voluntariamente el laudo para soslayar los costes de una ejecución forzosa. Además, es algo que por desgracia ocurre a menudo y, por ello, como es de esperar, las consecuencias son muy dañinas como, por ejemplo, que el

---

<sup>569</sup> Para los dos últimos párrafos, véase: R. Escaler Bascompte, *supra op. cit.* nota 566, pp. 9 y 10.

consumidor o parte débil rechazará la opción de acudir a los órganos jurisdiccionales para ejercer la acción de anulación o para que el TS lleve a cabo una revisión. Es decir, esta opción sería real para la parte débil en el caso de que haya sido defendida por un abogado en el arbitraje. Por lo dicho, y por otros déficits que sufre hoy en día el consumidor como no ser obligatorio el abogado ni muy probablemente no tener acceso a la asistencia jurídica gratuita cuando la cantidad sea inferior a 2.000 euros, la rentabilidad esperada es insatisfactoria y, por ende, queda desincentivada toda opción de oposición<sup>570</sup>.

En virtud de todo lo dicho, se comprende que cuando de la protección de la parte débil se habla, la preocupación al respecto no hay que enfocarla en el alcance del control a ejecutar por los órganos jurisdiccionales, sino en los grandes defectos en la defensa en los arbitrajes. De ahí que las propuestas cruciales que se han venido adelantando básicamente se centren en advertir o aconsejar que la imposición de un abogado gratuito en los arbitrajes donde la desigualdad entre las partes es manifiesta puede ser la solución para que la parte débil, consumidor o menor deportista, esté protegida. Y su necesidad se ve aumentada por el hecho de que a día de hoy no se prevé para los arbitrajes la obligatoriedad de defensa técnica, lo cual llama la atención puesto que, por un lado, al ser un proceso es conveniente el acompañamiento de una persona conocedora del Derecho y, por otro lado, la complejidad que muchas veces conllevan las pruebas así lo requiere. Ni que decir tiene que si lo dicho es para todos los arbitrajes en general, más motivos para su establecimiento hay cuando una parte es más débil. Una debilidad que se ve aumentada por no saber planear y llevar a cabo una estrategia apropiada que hace que la otra parte se vea favorecida.

Teniendo en cuenta lo dicho, parece una buena y razonable solución para que el consumidor o el menor deportista, toda parte que sea débil, esté protegida realmente garantizando una defensa apropiada para que su acceso a la justicia tenga efectividad. Desde luego, es preferible lo dicho a que de ello se encarguen los controles de oficio, los cuales, además, quedan limitados a los escasos casos de que conocen los órganos jurisdiccionales. Y para llevar a cabo la solución mentada convendría, como se ha expresado muy bien en la doctrina, consagrar la obligatoriedad de la presencia de

---

<sup>570</sup> Para estas líneas conviene consultar: *Ibidem*, pp. 11 y 12.



abogados en estos arbitrajes mediante la regulación como juicios verbales en función de la materia las reclamaciones que haga la parte débil. Por lo demás, pese a ser cierto que puede llamar la atención el hecho de que imponer un abogado puede contrariar un principio esencial del arbitraje como es la autonomía de la voluntad, no debe preocupar puesto que, como todo, hay ciertos límites que si no se respetan el arbitraje también pierde su idiosincrasia y todas sus ventajas, o no merecen la pena si se mantienen, al verse una parte indefensa. La verdad es que esta última precisión es lo que se ha analizado a lo largo de este **último capítulo**, es decir, que el TAD/CAS/TAS, por muchas ventajas que proporcione, si no sirve para proteger a los menores o, incluso, los perjudica no es una institución apropiada. En suma, la presencia ineludible de un abogado serviría para que la parte débil estuviera defendida, no en algunos, sino en todos los arbitrajes y, en consecuencia, sería menos necesarios o nada los controles de oficio<sup>571</sup>.

Ahora bien, como suele ocurrir con casi todo, la propuesta realizada también tiene efectos negativos que hay que atender para mitigar sus efectos y sea realmente la solución que se ansía. En concreto, es muy probable que la obligatoriedad de los abogados no sería adecuada para que los órganos jurisdiccionales tuvieran menos carga de trabajo respecto a los casos de menor cuantía. Pero no solo eso, sino que esta medida también acarrea considerables costes económicos. Por eso, la solución no será efectiva sino se completa con su incardinación entre los supuestos en que se puede obtener la asistencia jurídica gratuita. Solo de este modo los arbitrajes de consumo, y por extrapolación el TAD/CAS/TAS, continuarían siendo la mejor opción para resolver los conflictos satisfactoriamente por la especialización y celeridad de la institución. Y es que se evitaría que muchos conflictos quedasen irresueltos por no compensar a la parte débil. En este sentido, un rasgo que muestra muy bien la conveniencia de la medida señalada es que para recuperar los gastos del abogado no hay límite alguno en el arbitraje. Ahora bien, también hay que advertir que puede surgir un problema en el caso de que por no ganar el conflicto el consumidor no pudiera recuperar la cantidad; sin duda, hay que atender a lo dicho para que sea viable la extensión de la asistencia jurídica gratuita. Pero es que además también la mentada incardinación supondría un

---

<sup>571</sup> Para no perderse en el itinerario de la exposición, se indica que quien desee conocer más detalles de lo expuesto en los dos último párrafos, puede acceder a: *Ibidem*, pp. 11–14.

aumento de costes, pero en este caso a soportar por el Estado, el cual ya tiene serias dificultades para mantener la asistencia jurídica gratuita actual. Dificultades que, además, se agravan puesto que convendría que el reconocimiento de la referida asistencia fuera más veloz.

Por ello, se ha de reflexionar para conjugar todos los aspectos del modo más beneficioso, más si se tiene en cuenta que el consumidor, o cualquier otra parte débil, ha de ver garantizada con un abogado la igualdad con la otra parte. En otras palabras, la aceptabilidad de la solución analizada en este punto, es decir, que sea posible su aplicación en el arbitraje de consumo y, por extrapolación, en el TAD/CAS/TAS, pasa necesariamente porque sea económicamente viable. En este sentido, algunas de las reclamaciones como son las de menor cuantía podrían ser resueltas con otros medios como la novedosa inteligencia artificial que haría que fuera menor la necesidad de litigar de manera individual y asistido con asistencia técnica. En definitiva, lo que ha de quedar muy claro es que en la efectiva defensa del consumidor como parte débil es clave su defensa técnica; por ello, se han de buscar las medias apropiadas que la garanticen. Una última precisión es que si ello se logra, por su más alta eficacia, a buen seguro que también los abusos serán menores<sup>572</sup>.

Se ha llegado a la parte final de este punto, en la cual vamos a agregar unos apuntes adicionales para que todo lo expuesto quede comprendido en su totalidad. De este modo, lo más probable es que no sea suficiente que el control de oficio que realizan los órganos jurisdiccionales solo se limite a los ya citados vicios *in procedendo* cuando en un arbitraje de consumo la parte débil, el consumidor, no ha sido asistida con un abogado. Por lo mismo, la jurisprudencia del TC que ha reconocido dicha limitación no se puede utilizar para rechazar la jurisprudencia del TJUE que permite que sea más amplio dicho control. En efecto, lo manifestado por el TC es aceptable por versar sobre la acción de anulación donde existe una adecuada defensa. En cambio, no es aceptable cuando la defensa no ha existido. Y es que si se aplicase plenamente la teoría del TC el control de oficio sobre los arbitrajes de consumo solo procederían si se pretende la ejecución. Es decir, los límites también deberían entrar en juego aquí quedando condicionado el control a la inexistencia de la acción de anulación. En suma, es en el

---

<sup>572</sup> Para los dos párrafos últimos, ver: *Ibidem*, pp. 14, 16 y 17.

caso de que la parte débil se ha visto privada de defensa y en el caso de que no ha interpuesto dicha acción, cuando tiene mayor sentido tanto el control de oficio como la posición del TJUE. Así, los motivos a controlar extravasan lo dispuesto por el TC respecto a los límites de la acción de anulación.

De lo anterior se deduce que es aceptable que, por ser apreciable de oficio como motivo de nulidad, mediante el orden público solo los referidos vicios sean controlados. Y es que en la acción de anulación interviene un abogado y, por ende, se corrige la desigualdad. En cambio, en la ejecución no ocurre lo dicho donde el despacho suele ser *inaudita parte*, lo cual supone que el control de oficio solo se haga sobre las cláusulas abusivas. Ahora bien, debido a la doctrina relativa al control de la ejecución de los laudos, se concluye que el control de las referidas cláusulas ha de existir cuando en el arbitraje no ha habido abogado alguno y se haya rechazado interponer acción de anulación. En definitiva, si esos requisitos se dan, el control de oficio sobre el arbitraje de consumo no podría limitarse a los vicios *in procedendo*.

Con lo anterior se ve de manera meridiana que, cuando concurre la acción de anulación, el control de oficio es incoherente porque las partes no lo han planteado y, a su vez, estaban asistidas con abogado cuando interpusieron la mentada acción. Asimismo, que la situación es otra muy diferente cuando de ejecutar el laudo se trata. Así, son insatisfactorios los límites del control de oficio para la acción de anulación en el caso de que los consumidores ejecutados no se han beneficiado de un abogado. Es decir, debería ser posible controlar que las cláusulas arbitrales son válidas, así como cualquier motivo relativo al proceso arbitral.

A modo de colofón, la jurisprudencia del TC limitadora del control es aceptable si en los arbitrajes ha habido buena defensa con abogado, como ocurre en la acción de anulación, mientras que no se puede aceptar en la ejecución *inaudita parte* siendo necesario proteger a la parte débil, al consumidor y, por ende, al menor deportista. Y una de las mejores formas para ello es imponer la presencia de un abogado. Por último, como veremos próximamente, convendría mucho que el abogado estuviera especializado en la materia de los conflictos, puesto que así los órganos jurisdiccionales no estarían tan desbordados y, por lo tanto, se cumpliría una de las funciones del

arbitraje<sup>573</sup>. En definitiva, en este punto se han identificado numerosas cuestiones en torno a las cuales convendría mucho reflexionar por poder ser implementadas en el TAD/CAS/TAS y así realmente ser apropiado para resolver los conflictos en que hay menores.

### 3. 2. 3. Una información apropiada

Una tercera propuesta o medida que se utiliza en el arbitraje de consumo para que el consumidor, parte débil, alcance una igualdad que asegure una resolución justa, es la de que la información que ha de recibir ha de ser adecuada y no cualquiera, de modo que sepa en todo momento a qué puede atenerse. Por eso, conviene comenzar indicando que es muy habitual que en las relaciones de los consumidores con las otras partes, con empresas, se caracterizan porque son éstas últimas, esto es, toda la estructura existente tras el mercado de servicios y productos, quienes poseen el poder del conocimiento. Y, además, la situación es menos favorable aún para el consumidor debido a que el mentado poder se combina con otro nada baladí como es el económico. Es por ello que una información adecuada para repartir el conocimiento o extenderlo a la parte débil deviene en una cuestión clave de la que no puede prescindir la normativa de protección del consumidor. Con otras palabras, en la defensa de los derechos del consumidor, que pasa por lograr recuperar el equilibrio y erradicar las distorsiones e injusticias del mercado, es un pilar fundamental otro derecho como es el que se tiene a la información<sup>574</sup>.

En este sentido, no cabe duda de que la legislación del Estado ha de intervenir para que los consumidores tengan una información de calidad. Y ello tiene como reverso que la persona que incumpla dicha legislación ha de cargar con una responsabilidad que tanto le disuada a ella y a los demás de volver a cometer actos dañosos como repare los daños producidos restableciendo un apropiado

---

<sup>573</sup> Los apuntes que cierran este punto, así como más detalles al respecto, pueden consultarse en: *Ibidem*, pp. 18–21.

<sup>574</sup> El texto que se ha estudiado para lo que se va a tratar y a exponer a continuación sobre la crucial información de los consumidores, señalando ahora las páginas correspondientes al primer párrafo que se acaba de exponer, es: O. Woolcott Oyague, A. M. Parra Báez y L. A. Vargas Espitia, «La protección de la parte débil de las relaciones de consumo. La información como eje fundamental de la protección y el favor consumatore», *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, n° 89, fascículo 2, 2019, pp. 1152 y 1153.

aprovisionamiento. Es decir, que todo consumidor pueda disfrutar realmente de sus derechos, entre otros, a la seguridad, salud, protección de la información y a ser escuchado. Lo dicho significa que el poder público ha de poseer funciones preventivas y resarcitorias y, por ende, que en sus actuaciones han de tener muy en cuenta los derechos de los consumidores. Solo con lo que se ha dicho puede asegurarse la igualdad en la contratación. Y, por eso, sería muy recomendable que se incardinara dentro del concepto de orden público, de tal manera que toda previsión o cláusula que lo contrariase fuese nula o, lo que es igual, que la voluntad de particulares no pudiera dejar al margen la normativa protectora de la parte débil. A este respecto, conviene reiterar que dicha normativa, en el ámbito del consumo, pretende, por una parte, proteger al consumidor por su debilidad ante la otra parte, que puede ser un empresario, un profesional o un proveedor, por sus grandes intereses económicos, y, por otra parte, que las autoridades públicas intervengan para que la seguridad y la salud no se vean mermadas por los productos del mercado<sup>575</sup>.

Es sencillo deducir de lo expuesto que la garantía de la calidad de los servicios y productos que se ofertan en el mercado no basta ni mucho menos para considerar satisfactoria la protección del consumidor. Y es que al ser éste la parte débil por la relación asimétrica respecto a la otra parte, las características que ha de poseer la información que se le ha de hacer llegar son: completa, precisa, veraz e idónea. La misma ha de versar sobre los bienes y servicios, lo cual también supone tanto evitar la publicidad engañosa como que la responsabilidad de todos los que participan en la otra parte (proveedores, productores, medios de comunicación, anunciantes, etcétera) sea solidaria. A este respecto, conviene advertir que los mentados medios de comunicación tienen un poder de difusión y, por lo tanto, de convicción enorme. En suma, el objetivo cuyo logro ha de garantizar la información para considerarla aceptable es que el consumidor, como cualquier otra parte débil como puede ser un menor deportista, ha de poder acceder al mercado en las mismas condiciones que la parte más fuerte, lo cual significa poder disponer de todos los elementos imprescindibles para que pueda adoptar sus decisiones de forma libre y siendo consciente de la situación, así como, en su caso, contar con las mismas posibilidades a la hora de pretender resolver los conflictos

---

<sup>575</sup> Quien quiera profundizar en los derechos del consumidor y en su vinculación con el orden público, puede hacerlo estudiando: *Ibidem*, pp. 1155–1158.

surgidos. Solo así se termina con la tendencia histórica en que los consumidores han estado en una posición de inferioridad que ha sido aprovechada por la parte más fuerte para obtener más beneficios. Así, se subraya una vez más que la participación del Estado es fundamental para crear una sólida regulación que consagre los mecanismos adecuados para la protección y equilibrio del consumidor<sup>576</sup>.

Pero pese a ser lo indicado de gran importancia, es ahora cuando se va a profundizar más en los aspectos capitales de la referenciada información. En este sentido, continuando con lo que se ha dicho de que es fundamental para acabar con la desigualdad que la información ha de proporcionársela el proveedor al consumidor para posibilitarle tener una comprensión adecuada antes de tomar decisiones, se ha de precisar que la razón de ello es que el mentado proveedor conoce muy bien el producto que ha colocado en el mercado. Por lo mismo, el consumidor siempre carece de información al respecto, lo cual hace que en caso de no subsanarse esta deficiencia siga estando privado de una total libertad para expresar su voluntad. En efecto, ignora los pormenores de lo que está acordando y, por ello, se ha de afirmar que lo que realmente acontece es una simple adhesión al contrato. Y la mejor prueba de lo dicho es que con gran habitualidad el consumidor no participa en la determinación del contenido de lo acordado, es decir, que es el proveedor quien fija todas las previsiones y cláusulas. Lo dicho ocurre de forma extrema en el sector bancario donde la información suministrada suele ser claramente insuficiente y, por lo tanto, es imposible comprender el acto o negocio. Por eso, este es el lugar más idóneo para recalcar que tiene una responsabilidad mayor la parte que tenga la información, lo cual implica no solo que debe comunicársela a la parte débil de la mejor forma posible, sino también que ha de asegurarse de que la ha comprendido.

En relación con ello, hay que tener en cuenta que la desproporción en la posesión de la información técnica es decisiva para que el consumidor sufra una posición de inferioridad debido a que ni siquiera un excelente asesoramiento permite acceder a la misma. En fin, constituye un auténtico requisito *sine qua non* informar veraz y completamente al consumidor para que exista equilibrio entre las partes, para que adopte decisiones satisfactorias y conscientes tras ponderar las ofertas, para que planee

---

<sup>576</sup> Para conocer los pormenores de este último párrafo, véase: *Ibidem*, pp. 1159–1162.

una estrategia de consumo eficiente, y para utilizar correctamente lo adquirido.

Por lo demás, se ha de añadir que el consumidor puede verse perjudicado no solo por una mala o inexistente información previa antes de adoptar decisiones, sino también a que el producto, una vez adquirido, se descubre que es defectuoso. Evidentemente, son situaciones distintas donde mientras en la primera la voluntad del consumidor ha quedado perturbada por una información inadecuada en una fase, la precontractual, en la que el principio de buena fe hace que tenga mayor importancia el deber de informar y siendo la responsabilidad precontractual, en cambio, en el segundo caso lo que ha acontecido es un daño proveniente del producto siendo la responsabilidad de índole civil. Ahora bien, ello no obsta para reconocer que tienen en común una defectuosa información que ha de eliminarse con una adecuada protección del consumidor.

Para completar lo anterior e interiorizar mejor la información que es el objeto de este punto, conviene expresar que, por lo que atañe al primer supuesto indicado, la información ha de ser proporcionada a la parte débil del modo y con las condiciones necesarias que soslayen todo error en la adopción de decisiones. La razón fundamental es que su haber económico se va a ver afectado positiva o negativamente en función de cuál sea el juicio de valor realizado en atención a los elementos objetivos de las ofertas junto a las condiciones en que está dispuesto a hacer la adquisición. Así pues, la información es decisiva para tomar decisiones adecuadas, así como para proteger al consumidor antes y después del daño sufrido. Y a éste último respecto, una información que es adecuada ha de servir para fundamentar la posible imputación de responsabilidad. Pero en todos los casos ha de ocuparse de ello la legislación estatal<sup>577</sup>.

Un penúltimo apunte que se ha de hacer saber es que no se puede confundir la información con la publicidad. En efecto, si bien la información versa sobre los elementos del servicio o bien que son objetivos para elegir conscientemente, por su parte, la publicidad también puede alcanzar a los elementos subjetivos respecto de los que el control versa sobre su veracidad. Pero como quiera que la publicidad establece igualmente una comunicación con los consumidores, no se puede dejar al margen de la

---

<sup>577</sup> Para no perderse en el desarrollo de la explicación, se apunta ahora que la profundización realizada hasta aquí sobre la información adecuada, junto a más detalles, puede encontrarse en: *Ibidem*, pp. 1163–1167.

protección de éstos últimos, ni tampoco dejar de vincularlo con el Derecho a la competencia.

Para terminar este interesante punto, y en relación con lo anterior, resulta beneficioso advertir que la información no puede ser engañosa ni insuficiente, sino completa, cierta, comprensible, comprobable, precisa e idónea. En caso contrario, la parte más fuerte será responsable de los daños infligidos a la parte débil, así como otros como pueden ser los que se perpetran contra el medio ambiente. En este sentido, es muy importante saber que corresponde a la mentada parte fuerte la carga de probar que la información es apropiada. Lo dicho, junto a todo lo anterior, ha de tenerse muy en cuenta porque, como a estas alturas ya se sabe muy bien, el consumidor es débil teniendo poca capacidad para negociar siendo uno de los motivos el estar la información en posesión de la parte fuerte. Por eso, de nada sirve una información confusa y falsa, pues el consumidor seguiría en manos de la otra parte. Así, sin duda que la autonomía de la voluntad se ha de preservar, pero dentro de unos límites infranqueables para que la parte débil no vea mermada su dignidad. Por los mismos motivos, la legitimación de los grupos que defienden a los consumidores ha de ser amplia, más aún si se atiende a que los ataques pueden ser muy variados. Y no sobra añadir que también han de estar involucrados otros órganos decisivos como el Ministerio Fiscal, los Defensores del Pueblo, la Justicia; en suma, todo el Estado. Solo así podrá existir unas relaciones económico-sociales justas, así como la elaboración o actualización de la normativa correspondiente y su interpretación<sup>578</sup>.

En definitiva, con todo lo expuesto se ha observado que la información es clave para que toda parte débil no esté desprotegida. Y, además, ahora conocemos muy bien qué información se debe proporcionar a una concreta parte débil como son los menores deportistas. En efecto, han de ser conscientes en todo momento de todas las circunstancias de su práctica deportiva. Verbigracia, que realizan un deporte concreto porque ellos mismos lo han elegido con una libertad que es real; que lo practican por diversas razones o motivos muy beneficiosos para su desarrollo humano tanto individual o social; el conocimiento de los valores que van a adquirir y a poner en práctica con sus compañeros y adversarios; la magnitud o relevancia de los daños o del

---

<sup>578</sup> Para los últimos párrafos desde la última nota al pie, consultar: *Ibidem*, pp. 1169 y 1173.



conflicto en que, en su caso, están involucrados; los derechos y obligaciones que al respecto tienen; lo que en cada fase de la resolución del conflicto han de hacer y lo que hay en juego; cómo recibir la indemnización y disfrutar de la reparación y de la prevención en adelante; y toda otra cuestión que le beneficie o que le advierta de peligros. En suma, con una adecuada información es como los menores reciben la atención que para su edad es apropiada, sobre todo para que el devenir de su vida gracias al deporte sea satisfactoria. Una última precisión es que dicha información debería proporcionarse con la participación de todos, es decir, no solo por parte del TAD/CAS/TAS, sino que se estima que son fundamentales también el tutor y el Ministerio Fiscal o su sustituto.

### **3. 2. 4. La vinculación de la legislación común y la legislación sobre consumidores como Derecho aplicable en el arbitraje**

Para comprender mejor lo que se va a exponer en este punto sobre la cuarta medida que se aprecia en el arbitraje de consumo para que la parte débil esté protegida y, por tanto, sobre una nueva propuesta de extrapolación al TAD/CAS/TAS para que todo menor deportista no se vea desamparado y perjudicado, conviene adelantar resumidamente que consiste en que, para lograr el Derecho aplicable al fondo del asunto más satisfactorio, sería beneficioso vincular el Derecho privado común con la regulación de protección al consumidor. Asimismo, el medio más idóneo para dicha vinculación sería que el citado Derecho privado común incardinara los principios y normas básicas que existen para que el consumidor esté protegido. Junto a ello, además, también se indicará que conviene que la protección se extienda más allá de los consumidores, es decir, que forme una protección general para toda parte débil.

Apuntado lo anterior, lo siguiente que se ha de hacer saber es que ha sido habitual que la coexistencia de regulaciones sobre los consumidores y la contratación civil y mercantil haya planteado problemas como la inseguridad jurídica sufrida por los contratantes al desconocer qué normativa les iba a afectar y/o por la falta de claridad y uso ambiguo de términos legales decisivos como el de consumidor y oferta. Es decir, se hace necesario coordinar todas las regulaciones para que la parte débil no esté en una situación de indefensión. Igualmente, para que las previsiones normativas se apliquen e

interpreten adecuadamente es ineludible delimitar correctamente la posición formal del derecho del consumidor. En suma, hay que saber vincular el Derecho privado común con la regulación del consumo para que el consumidor goce de certeza<sup>579</sup>.

Si bien lo que se ha acaba de expresar es fundamental, es necesario profundizar en ello para tener una visión más completa de la situación actual en la que se verán los defectos a subsanar. En primer lugar, la tendencia mayoritaria que se aprecia en los países de Hispanoamérica es la de regular al margen del Derecho común, sobre todo el CC, las relaciones de consumo. En efecto, son mayoría los estatutos legales específicos para proteger al consumidor como, por ejemplo, los de Colombia, Argentina y Chile. Pero esta tendencia también es la que siguen los países que han decidido crear un código al respecto como en Brasil y Perú. En segundo lugar, en Europa, pese a que se han hecho esfuerzos para que haya unificación y armonización, llama la atención la diversidad de las regulaciones estatales sobre el derecho del consumidor. Verbigracia, en Holanda y Alemania una considerable porción de la regulación general y especial sobre contratos de consumo ha sido incardinada en sus Códigos Civiles; Austria ha realizado dicha incardinación pero respecto de la regulación de las cláusulas abusivas; el Reino Unido ha pasado de normas especiales a un código de consumo; Italia y Francia han sistematizado las diversas normas en un texto normativo, es decir, han codificado; y, por último, otras naciones, que son las más, han promulgado leyes generales como la española, la portuguesa, la austríaca y la griega. Y, en tercer lugar, para terminar de describir este mapa hay que hacer saber la existencia de los denominados instrumentos de Derecho uniforme o codificaciones de índole doctrinal. Se caracterizan por haber pasado de una regulación ceñida a la contratación comercial a una más amplia que se ocupa también de la contratación de consumo. En efecto, y a modo de ejemplo, de los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre contratos internacionales que dejaban al margen los contratos de consumo, los Principios Europeos de Derecho de los contratos tanto alcanzan a todos los contratos como contienen instituciones del Derecho del consumidor como son las cláusulas abusivas, la ventaja injusta o beneficio excesivo, y el abuso de posición de

---

<sup>579</sup> Para los párrafos iniciales de este punto, conviene consultar: R. Momberg Uribe, «Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el Derecho privado», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, n° 2, 2015, pp. 737 y 738.

dominio para proteger a la parte débil. Por lo demás, la inclusión de dichas instituciones también ha sido realizada por el borrador del Marco Común de Referencia y, además, incluye al consumidor y a los contratos de consumo expresamente<sup>580</sup>.

A modo de recapitulación, de lo expuesto claramente se deduce que se utilizan dos modos de vincular el Derecho común con el Derecho del consumidor: la distinción y la integración. La distinción se da cuando existe legislación especial que se ocupa del consumo, es decir, al margen del CC. En cambio, la integración consiste en que el Derecho común, el CC mayormente, también prevé lo concerniente al consumo. Y ello puede darse en varios grados como son por completo, parcialmente, o previendo conceptos y normas generales. Lo cual, como era de esperar, tiene consecuencias diferentes. Cuando es por completo o parcialmente, aunque es más fácil implementarlos, hay más desventajas técnicas jurídicas y de coherencia con el CC al no adecuarse al sistema conceptual de éste; es decir, conserva su diferenciación y especialidad. Por su parte, la previsión de conceptos y normas generales es realmente una integración al sí existir la referida coherencia. Pues bien, ante tal diversidad surge la pregunta de cuál es la mejor vinculación, para cuya respuesta satisfactoria es ineludible responder a otra pregunta previa acerca si es posible integrar las normas sobre el consumidor en el Derecho común del CC<sup>581</sup>.

Pues bien, bajo la mentada cuestión previa subyace el debate de si a día de hoy lo que ha de existir es un conjunto de normas comunes para todos los contratos o proceder a la diferenciación de las categorías contractuales ocupándose de cada una normas particulares. En este sentido, se ha de saber que si se diera ésta segunda opción habría que dilucidar si contendrían excepciones respecto del principio de libertad contractual o si dicho principio, junto a todos los principios generales de Derecho contractual, no sería aplicable predominando en cada categoría el intervencionismo, la regulación y principios propios. Acerca de todo ello, si bien en la doctrina hay un gran debate, se puede afirmar que las diferencias son menos intensas de lo que parece. Por ello, con el objetivo de que el consumidor tenga autonomía para decidir contratar o no, se conecta la protección que le proporciona con los deberes de información. Y lo mismo ocurre con la

---

<sup>580</sup> La situación actual se puede encontrar de forma más detallada en: *Ibidem*, pp. 739–741.

<sup>581</sup> Esta interesante recapitulación puede verse en: *Ibidem*, pp. 741 y 742.

sanción de las cláusulas abusivas, que encuentra en el principio de buena fe propio del Derecho de contratos su justificación.

De este modo, se concluye que es plenamente posible que el Derecho de contratos general y el Derecho del consumidor estén vinculados. Es más, no parece aceptable que puedan separarse radicalmente, sino que el debate ha de centrarse en los grados de conjugación de la autonomía y la libertad contractual con la protección y la solidaridad. En este sentido, una consecuencia o posibilidad que ofrece dicha conjugación es la de que instituciones o figuras de protección de la parte débil sean incorporadas tanto en las codificaciones actuales como en los textos internacionales de Derecho contractual. El caso paradigmático lo constituye el abuso de posición dominante o ventaja injusta, una figura que castiga que una parte se aproveche de la otra por su debilidad, es decir, se trata de una excepción a la obligatoriedad del contrato. Cuando concurre, se puede acudir a los órganos jurisdiccionales para que el contrato respete la buena fe y la lealtad comercial<sup>582</sup>.

No obstante, la integración que se acaba de exponer concierne al ámbito teórico y, por ende, aún es posible reflexionar sobre otras consideraciones que indiquen que lo más conveniente es diferenciar entre ambas categorías, que las legislaciones estén separadas. Y es que no se pueden desconocer varios aspectos que desaconsejan que la referida integración sea total o, lo que es igual, lo más conveniente parece ser que exista un texto sistematizado que, a su vez, contemple las normas de protección al consumidor. En efecto, con ello, por un lado, el acceso a la ley es más sencillo puesto que dichas normas son muy variadas y no pueden contenerse todas en el CC sino solo las privadas, siendo necesario legislación separada para las de índole pública. Por otro lado, la citada legislación separada también es la más adecuada para prever los derechos básicos de los consumidores, entre los cuales se encuentra el de información. Por si fuera poco, no hay que olvidar que la técnica del CC no es suficiente para la exigencia de gran detalle que exige la regulación de los contratos de consumo. Todo lo dicho queda corroborado por la experiencia de los Estados que han incardinado ampliamente el Derecho del consumidor en el CC.

---

<sup>582</sup> Para conocer los pormenores de estas cuestiones que se plantean y de las deducciones que se extraen, véase: *Ibidem*, pp. 743 y 744.

En definitiva, elaborar un necesario y ventajoso código o texto normativo general que prevea las normas que protegen a la parte débil, no implica en todo caso que no deba existir más legislación al respecto. Es más, todo apunta a que la fórmula satisfactoria es la de la coexistencia de un CC con los principios y normas básicos del Derecho del consumidor junto a una legislación específica de desarrollo. La verdad es que las ventajas son meridianas: en el centro del Derecho privado vuelve a estar el CC que, además, se ocupa de relaciones jurídicas relevantes a día de hoy; se erradican o aminoran las contradicciones e interactúan el Derecho privado general o común y el Derecho del consumo modernizándose el primero y adquiriendo legitimidad institucional el segundo<sup>583</sup>; alcanza a otros sujetos más allá del consumidor que sean igualmente vulnerables; se pueden interpretar las normas protectoras del consumidor en base a los principios del Derecho común que proporcionan una flexibilidad para adaptar las decisiones a casos nuevos; y también otra flexibilidad como es la propia de la legislación especial de consumo se mantiene. En definitiva, de todo lo expuesto se extrae la conclusión de que es realmente beneficiosa la coexistencia gracias al Derecho civil de los dos regímenes. En efecto, tanto el Derecho común no se estanca pudiendo ofrecer buenas respuestas que se ajustan a la realidad negocial de hoy, como del desarrollo del mentado Derecho común se benefician las normas que regulan los contratos de consumo<sup>584</sup>.

Para completar lo anterior, conviene agregar que la integración parcial que se ha indicado como apropiada puede entenderse también como el desarrollo del Derecho contractual de hoy. Y es que la no incorporación al CC del Derecho del consumo puede acarrear desaprovechar las normas e instituciones del mentado ámbito. Es decir, no se aplicarán de manera general. En este sentido, hay que subrayar que un buen ejemplo de una institución que convendría generalizarse es la regulación de las cláusulas abusivas. Junto a ello, lo cierto es que una legislación actualizada que tenga en cuenta las condiciones sociales y económicas actuales es la que merecen no solo los consumidores, sino todos los contratantes para que no exista discriminación en cuanto a la protección. Por lo demás, una protección más satisfactoria del consumidor como parte débil puede

---

<sup>583</sup> Dicha interacción posibilita que mediante el principio de buena fe tanto se controlan las cláusulas abusivas como se modifican o excluyen las normas dispositivas.

<sup>584</sup> Lo expuesto en los dos últimos párrafos puede verse en: R. Momberg Uribe, *supra op. cit.* nota 579, pp. 745-747.

lograrse con el perfeccionamiento del Derecho común de contratos. En concreto, diversas contradicciones y excepciones inadecuadas para las necesidades actuales se soslayarían con una regulación completa sobre la formación del consentimiento, es decir, sobre los tratos preliminares, los vicios como la influencia debida y el abuso de posición dominante, las cláusulas abusivas, y coherentes remedios. La finalidad es que la protección alcance a todas las partes débiles, lo cual puede considerarse como un principio general del Derecho de la UE que no se limita solo a los consumidores, sino también a los trabajadores, pequeñas y medianas empresas (PYMEs), usuarios de servicios públicos, pasajeros, pacientes, clientes financieros, etcétera. Evidentemente, ello hace que aumente la necesidad de articulación, así como que ha implicado que instituciones propias de la protección del consumidor hayan sido utilizadas por el legislador y los órganos jurisdiccionales respecto a otros sujetos igualmente débiles. En suma, el CC, en tanto que ley general privada, ha de regular de manera general los contratos en que una parte sea débil. Dicho aspecto se ha de considerar como una característica esencial más del Derecho privado actual que se une a otras como la libertad contractual y la obligatoriedad del contrato. En consonancia con lo dicho, parece que lo más adecuado es consagrar el principio de protección de la parte débil por sus desventajas de índole social o económica respecto a la otra parte, lo cual conllevaría el establecimiento de diversas instituciones como el deber de información, la cooperación antes y después de celebrado el contrato, castigo del abuso del Derecho y de la posición de dominio, protección frente a las cláusulas abusivas, y reconocimiento de una desmedida onerosidad, con el objetivo de sancionar el abuso de quien tiene más fuerza y, por ende, evitar injusticias. En fin, una separación de ambos Derechos no conviene puesto que quedarían al margen aspectos cruciales para la protección de la parte débil. Es por ello que, una vez más se dice, la distinción que debe haber entre ambos ha de darse tras la previsión previa en el CC de reglas generales y principios para todos los sujetos y no solo los consumidores. De este modo, se satisface la necesidad de que sea en la normativa común donde tenga su origen la configuración de las reglas de protección<sup>585</sup>.

A modo de recapitulación, para terminar el presente punto, se reitera que es necesario que el CC no deje de regular las relaciones jurídicas de gran extensión hoy en

---

<sup>585</sup> Quien desee profundizar en estos apuntes, puede acceder a: *Ibidem*, pp. 747–751.

día puesto que, en caso contrario, dejaría de ser la norma central y esencial del Derecho privado. Y es que, además, con dicha regulación las relaciones jurídicas también se beneficiarían. Por lo demás, lo dicho no supone una conculcación de la libertad contractual, sino que se trata de algo completamente distinto como es corregir la autonomía de la voluntad para encauzarla de tal modo que evite contratos incoherentes con la real voluntad de las partes. Es aquí donde el deber de información del consumidor es crucial. Por último, no es necesario que el CC contenga todo lo relativo a la protección del consumidor, sino solo los conceptos y principios esenciales que serán desarrollador por la legislación específica. Parece que dicha combinación es la fórmula más apropiada para que la justicia en el Derecho privado esté garantizada<sup>586</sup> y, por lo tanto, conviene extrapolarla o relacionarla con los menores deportistas. Una vez más, se ha visto que es necesario combinar o conjugar diversos elementos para obtener la máxima eficacia respecto a algo tan fundamental como es lograr lo mejor para los menores. Que en este caso consiste en que una cuestión que, como se dijo, es clave para la resolución de los conflictos como es el Derecho aplicable al fondo del asunto sea lo más satisfactorio posible para cada menor. Convendría reflexionar también sobre ello.

### **3. 2. 5. La coexistencia del Derecho arbitral con la legislación sobre protección del consumidor**

Con la intención de que quede muy bien encauzadas las explicaciones que se van a desarrollar en buena parte de este punto concerniente a la quinta medida que se propone, se debe comenzar advirtiendo que otro de los problemas o deficiencias que en los arbitrajes hay y que perjudican aún más a la parte débil es que suele ser muy habitual la aplicación de la tesis de la prevalencia en virtud de la cual tiene más importancia e influencia o bien el Derecho regulador del arbitraje o bien la legislación que protege a la parte débil, que en este caso es la concerniente al consumidor y, por ello, también las acciones colectivas. Y constituye un gran defecto por la razón de que se pierde lo beneficioso que podría aportar la regulación que en cada caso es menospreciada, lo cual afecta notablemente a los derechos de la parte débil. Así pues, la solución pasa necesariamente por aplicar otra tesis distinta, por adoptar otra perspectiva,

---

<sup>586</sup> Para esta parte final del punto, así como para una explicación más exhaustiva, se puede acceder a: *Ibidem*, pp. 752 y 753.

como es la de la coexistencia gracias a la cual toda la regulación se conjugará del modo más beneficioso para la parte débil, lo cual no significa dotarle de privilegios sino de garantizar que el conflicto se resuelve de forma justa y que sus derechos son atendidos debidamente. Junto a ello, es de destacar que parece que no existe excusa posible que se pueda alegar para adoptar dicha perspectiva de coexistencia puesto que no supone grandes esfuerzos o grandes trabas legales que sufrir; basta con aplicarla.

Antes de adentrarnos más en la exposición de la coexistencia, conviene previamente hacer saber de manera sucinta qué supone el problema que se desea subsanar. Como se ha dicho, dicho problema puede acontecer de dos formas. Por un lado, si lo que predomina es la legislación que protege al consumidor y las acciones colectivas, entonces queda conculcada la voluntad de las partes de poder escoger el arbitraje para resolver sus conflictos. Y ello significa tanto que el efecto negativo de la norma *kompetenz-kompetenz* se neutraliza como que se pierde la posibilidad de realizar un acto de la particular forma de gestión del propio riesgo jurídico sufriendo una mayor incertidumbre jurídica. Pero, por otro lado, puede ocurrir que lo que tenga más importancia sea el Derecho arbitral, en cuyo caso la consecuencia que se quiere evitar es que el consumidor, la parte débil, se vea despojado de toda la protección que la legislación vigente le ofrece. Por si fuera poco, ello también acarrea que la propia institución arbitral quede distorsionada concibiéndose por los consumidores como un mero instrumento al servicio de las grandes empresas que logran dejar sin efectos la legislación que les perturba.

De ambas formas en que se da el problema se extrae la clara conclusión de que no son óptimas puesto que se pierden o desatienden las ventajas y beneficios que proporcionan. En efecto, por lo que al Derecho arbitral atañe, se desaprovecha la institución más idónea y satisfactoria para resolver unos conflictos determinados, lo cual en el deporte es decisivo. Por su parte, respecto a la legislación protectora del consumidor y las acciones colectivas, se pierde algo de gran importancia puesto que tienen por objetivo que dejen de existir los frecuente abusos que los empresarios infligen a los consumidores. Más concretamente, los consumidores son mucho más débiles puesto que ya no pueden reunirse y, por lo tanto, desisten de hacer frente a la otra parte porque el coste individual es inasumible. Evitar esto es precisamente la



función para la cual fueron creadas las acciones colectivas que unifican todos los costes. Pero no solo eso, sino que también se prescinde de la crucial asistencia que supone para los árbitros puesto que éstos no son una figura u órgano cuya función consista en proteger al consumidor sino en ser juez del conflicto y, por lo tanto, nada les obliga a que atiendan las cuestiones de los conflictos que versen sobre la protección de la parte débil. De este modo, si prevalece el Derecho arbitral se pierden los recursos que la *lex specialis* consagra. Es decir, el efecto negativo del acuerdo arbitral plantea serios problemas cuando un consumidor u otra parte débil están involucrados. Y lo dicho no significa otra cosa que una denegación de la justicia, pues es imposible alcanzar los objetivos de la legislación sobre consumidores y de las acciones colectivas<sup>587</sup>.

Una vez que se conoce el problema y lo que supone en perjuicio de la parte débil, se ve claramente la necesidad de solucionarlo a través de una tercera vía que aglutine y combine las dos regulaciones, es decir, mediante la tesis de la coexistencia. En este sentido, conviene resaltar que no existe razón alguna para que entre ambas regulaciones haya un enfrentamiento. En efecto, la tutela que hace cada una de los diversos intereses que le corresponden son perfectamente conciliables; son regulaciones que se pueden acumular puesto que no se excluyen. De este modo se consigue que el consumidor cuente con más posibilidades para que sus reclamaciones se resuelvan justamente: puede participar en una acción colectiva, puede también acogerse a la legislación e instituciones al respecto que le protegen, y puede recurrir a un arbitraje. En otras palabras, en un arbitraje se puede dirimir un conflicto que verse sobre un aspecto contractual y, al mismo tiempo, puede entrar en juego la legislación de protección al consumidor y/o el desenvolvimiento de una acción colectiva.

Y, como se ha adelantado, no parece que existan excusas para que la coexistencia no se produzca. Depende enteramente de la voluntad, tal y como se deduce de la propia naturaleza de cada aspecto llamado a coexistir. En efecto, por lo que a la protección del consumidor atañe, la legislación al respecto suele estar formada tanto por la previsión de derechos y obligaciones en favor de los intereses del consumidor como por instituciones

---

<sup>587</sup> Para todo lo expuesto en este comienzo del presente punto, junto a más información de gran interés, puede accederse a las pp. 1-4 y 7 de la obra de F. González de Cossío titulada «Arbitraje y protección al consumidor: ¿*tertium non datur*?» que se encuentran en el siguiente enlace (consultado 1 día 12 de julio de 2023): <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20CONSUMIDOR.pdf>

o autoridades encargadas de velar por el respeto de los derechos de también el consumidor. Esta es la misión, reiteramos por su importancia, que no tienen atribuidas los árbitros. En segundo lugar, los intereses y derechos colectivos y difusos de los consumidores pueden ser defendidos en los órganos jurisdiccionales estatales por un representante mediante el ejercicio de la acción colectiva con el objetivo de lograr una indemnización que repare los daños. Si esto no pudiera hacerse porque un acuerdo arbitral que prevalece lo impidiera, los consumidores quedarían excluidos de un instrumento que les tutela y, por lo tanto, de la justicia. Pero, en tercer lugar, tampoco debe aceptarse que el ejercicio de una acción colectiva suspenda un acuerdo arbitral. El arbitraje despliega importantes consecuencias jurídicas debido a que no se circunscribe a aplicar la legislación de protección del consumidor, sino que también puede aplicar el resto de la legislación que regula la validez, existencia, cumplimiento y demás facetas del acto jurídico en el que el consumidor es parte. Además, como quiera que el acuerdo arbitral puede versar sobre las regulaciones contractuales, no puede ocuparse de la legislación de protección al consumidor al no ser contractual. Es por ello que no se puede aceptar que una cláusula arbitral rechace acciones a favor de los derechos del consumidor. Finalmente, en el arbitraje también es crucial el respeto del orden público, una faceta del cual es el de la protección y, por ende, es un paso decisivo para comprobar que la parte débil no sufre abusos<sup>588</sup>.

Pues bien, la propia idiosincrasia de cada factor expuesto hace plenamente posible la coexistencia de todos ellos y, gracias a ello, tutelar de modo completo las relaciones jurídicas. En concreto, y como se ha podido observar, supone las ventajas de que, por un lado, el acuerdo arbitral no implica la inaplicación de la legislación que protege al consumidor, ni tampoco que no pueda ejercitarse una acción colectiva; y, por otro lado, que dicho acuerdo no resulta inválido debido a la mentada legislación o al ejercicio de una acción colectiva. De este modo, todas despliegan sus beneficiosos efectos para todos los derechos de los consumidores, tanto individuales como colectivos. Y a ello nada afecta la posibilidad de peligro de darse un doble cobro debido a que las resoluciones del arbitraje, de la denuncia y de la acción colectiva pueden ser distintas. La razón de que no afecte es que la solución es sencilla, es decir, a la hora de determinar

---

<sup>588</sup> Se puede consultar lo expuesto desde la última nota al pie, junto a más apuntes enjundiosos que lo completan, en: *Ibidem*, pp. 8–12.

la indemnización de la última resolución se ha de tener en cuenta las indemnizaciones decretadas en las resoluciones previas, quedando así compensadas<sup>589</sup>.

En sintonía con la última explicación sobre el doble cobro, se ha de realizar otra respecto al riesgo de sobre-indemnización. Así, si bien crea preocupaciones, no son suficientes para descartar la tesis de la coexistencia. La razón principal es que no se puede generalizar. En efecto, una sobre-indemnización no se deriva en todo caso de la existencia de una pluralidad de vías puesto que se trata de derechos diversos con recursos varios y respuestas distintas. Algunos derechos del consumidor tienen índole contractual, la de otros es regulatoria, y es mixta la de los restantes. Así pues, no se puede descartar la tesis de la coexistencia directamente; lo que conviene es analizar detalladamente cómo evitar el riesgo. Dicho descarte sería más grave que la propia sobre-indemnización por suponer una situación nada beneficiosa<sup>590</sup>.

En definitiva, a modo de recapitulación de lo que se ha expuesto hasta aquí en este punto, se debe reiterar que lo más conveniente es concebir que los distintos factores estudiados son independientes y, por ello, han de coexistir y no confundirse o someterse unos a los otros. Y es que si así se hace el consumidor, la parte débil, tiene más posibilidades de quedar satisfecho. En concreto, como ya sabemos, son tres: el arbitraje que es una institución que por su especialización se ajusta a las particularidades de cada conflicto (lo cual en el deporte es trascendental) y se alcanza un fallo con fuerza de cosa juzgada; interponer una denuncia en las autoridades que protegen al consumidor; y/o participar en una acción colectiva. La conclusión es muy clara: el consumidor tiene más derechos. En caso contrario, dichos derechos se ven aminorados porque al prevalecer un factor los otros desaparecen. Una última precisión crucial es que cada conflicto es único y, por lo tanto, conviene mucho que exista flexibilidad en cuanto a las formas de hacerle frente. Una vez más, aparece el concepto de flexibilidad que, como se vio, tan imprescindible y decisivo es cuando otra parte débil como son los menores están involucrados en los conflictos<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup> Lo expuesto en este breve párrafo puede verse en: *Ibidem*, pp. 13 y 14.

Y para estudiar un caso interesante que demuestra que es preferible la tesis de la coexistencia, ver: *Ibidem*, pp. 14–19.

<sup>590</sup> Para una mayor profundidad sobre esta cuestión, consultar: *Ibidem*, pp. 20–22.

<sup>591</sup> Para la recapitulación, ver: *Ibidem*, pp. 19 y 20.

Pues bien, no parece que pueda dudarse de que es imprescindible que la tesis de la coexistencia sea aplicada por el TAD/CAS/TAS puesto que significa que los menores deportistas tienen más derechos al acumularse todos, esto es, al no perderse ninguno. Y ello más concretamente consistiría en que, para la mejor protección de los menores en tanto que parte débil frente al inmenso poderío de clubes, ligas, Federaciones deportivas y demás organismos deportivos, la referida institución arbitral conjugara para que coexistan todo lo que se ha expuesto sobre la mentada institución arbitral deportiva sita en Suiza, que constituye el Derecho arbitral, con no solo todos los valores, principios y Derechos fundamentales que se han expuesto a lo largo de los **Capítulos I y II** de la presente Tesis Doctoral y que alcanzan a los menores, sino también, y sobre todo ahora, con toda la legislación expresa sobre protección de menores, la que ha sido promulgada con ese fin, pues su rechazo no se entendería. Y a ello hay que advertir que conviene retener lo que se acaba de decir para cuando sea expuesto el último método relativo a la legislación específica debido a que son claramente vinculables. Pero no podemos olvidar otra posibilidad muy habitual en el ámbito de consumo como es el de la acción colectiva, la cual es muy probable que pudiera utilizarse también por los menores deportistas puesto que, por un lado y por desgracia, los daños suelen ser sufridos por muchos de ellos, pero, por otro lado y sobre todo, porque son muy débiles y es muy probable que no cuenten con los medios económicos y de otra índole para hacer frente a la parte más poderosa. De ahí que la unión de ellos podría ser decisiva para lograr que el deporte sea, como ya hemos dicho muchas veces, un instrumento al servicio de su máximo desarrollo como seres humanos. En suma, esta quinta medida también resulta muy interesante para hacer del TAD/CAS/TAS una gran institución de resolución de conflictos cuando hay menores.

### **3. 2. 6. La especialización de los árbitros**

Brevemente, se ha de indicar que la última medida para velar por la parte débil en el arbitraje de consumo consiste en que los árbitros sean especialistas en dicha materia. Y es que si no conocen bien la materia, se pueden esperar resoluciones de menor calidad o, incluso, insatisfactorias. A este respecto, se debe indicar que entre los ciudadanos se ha aceptado de buena gana la regulación del arbitraje de consumo debido tanto a que es

sencilla como a los efectos positivos que ha desplegado. Pues bien, entre éstos últimos se encuentra, junto a la ausencia de protocolos perturbadores, una mayor profesionalización en los árbitros y, por ende, un rigor más alto<sup>592</sup>.

Lo dicho llevado al TAD/CAS/TAS no significa otra cosa que los árbitros que van a resolver un conflicto en que hay menores van a conocer muy bien, además de la disciplina deportiva que concurre y el Ordenamiento jurídico deportivo, toda la legislación, principios jurídicos y demás textos que versan sobre los menores y su protección. Y la verdad es que ello parece algo evidente, es decir, que llamaría la atención negativamente que el árbitro no conociera bien todos los aspectos de estos conflictos pues es más probable esperar resoluciones insatisfactorias. Además, no hay que olvidar que el conocimiento de todo lo concerniente a los menores no es algo baladí sino que es algo decisivo. De modo que en el TAD/CAS/TAS debería haber una sección con árbitros especialistas en esta materia; en caso contrario, no cabe duda de que no sería idóneo.

### **3. 3. LEGISLACIÓN ESPECÍFICA DE PROTECCIÓN DE MENORES**

Como se advirtió al exponer la tesis de la coexistencia como quinta medida del arbitraje de consumo, dicha medida está íntimamente relacionada con el último método que se va a exponer ahora para completar todo lo que se ha expuesto con el objetivo de que el TAD/CAS/TAS sea muy idóneo para resolver los conflictos deportivos de menores al brindarles un servicio magnífico en donde su protección es muy satisfactoria. En concreto, el último método consiste en que dicha institución arbitral ha de tener en cuenta la mejor legislación que sobre dicha protección han promulgado los poderes públicos. Y es que sería plenamente beneficioso e imprescindible, lo contrario no se entendería por su gran gravedad, que, junto a los referidos valores, principios y Derechos fundamentales ya estudiados, se preste una especial atención y aplique por el TAD/CAS/TAS, o al menos no se aparte de ella, toda la mentada regulación expresa sobre la protección de los menores.

---

<sup>592</sup> Véase: B. Iboleón Salmerón y G. García-Villanova Zurita, *supra op. cit.* nota 554, p. 3.

Pues bien, como es evidente que no se puede exponer toda la regulación que los poderes públicos han promulgado a este respecto, se han de conocer al menos dos muy buenos ejemplos de qué tipo de previsiones, junto a toda la regulación de menores que ya se conoce, ha de tener en cuenta el TAD/CAS/TAS si quiere ser apropiado. Dichos ejemplos son la legislación elaborada por la UE y la ya citada nueva Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco.

### **3. 3. 1. La legislación de la Unión Europea**

La relevancia de la normativa europea ha aumentado en los últimos años debido tanto a que son más los menores que se trasladan a otro Estado en busca de un futuro mejor y entre los cuales se encuentran los deportistas, como a que la asistencia social de los Estados ha descendido como consecuencia de la gran crisis económica sufrida. Aún así, dicha normativa también adolece de algún defecto que no la hace tan eficaz como puede serlo. Y ello también ha de tenerse muy en cuenta a la hora de aplicar esta legislación en el arbitraje deportivo con la finalidad de que la mentada eficacia sea máxima. Así, para conocer los defectos y cómo subsanarlos, es decisivo lo que a continuación se expone.

En este sentido, la regulación de la UE está afectada por el mismo defecto que padecen los diversos textos jurídicos internacionales que ya expusimos. En efecto, se está haciendo referencia a la indeterminación de los mecanismos necesarios para que los Derechos fundamentales, las garantías y los bienes jurídicos sean efectivos. La razón de ello es que la normativa es muy dispar y sectorial, lo cual malogra su pretensión de homogeneidad y universalidad. Esto es lo que precisamente ocurre en la UE donde cada Estado miembro tiene su propia legislación sobre menores, la gravedad de lo cual se ve aumentada si se tiene en cuenta que ello es así porque no se considera esta materia nuclear como otras en las que se ha conseguido una homogeneidad y una obligatoriedad para todos los Estados miembros.

Y ello, evidentemente, acarrea consecuencias perniciosas para los menores. A este respecto, se ha de subrayar que no es aceptable que la legislación protectora de menores de la UE se promulgue por la razón de cubrir concretas necesidades y problemas

específicos que aparecen casualmente y que podrían ser otros. En efecto, lo dicho es importante, pero lo más razonable es que los motivos principales de la existencia de dicha legislación sea dotar a los Estados con mecanismos legales prestacionales e imperativos; abarcar por completo la realidad de los menores y no facetas particulares; e identificar claramente los problemas concretos que sufren los menores como puede ser la inadaptación, su marginación, la pobreza, la insalubridad, la exclusión social, la falta de educación, etcétera, así como sus causas. Dicho de otra forma, es necesario consagrar un *status* jurídico del menor que vaya más allá de las diferencias de nacionalidad, sexo, salud, religión, etcétera, y que abarque los muy diversos ámbitos o situaciones en que pueden encontrarse, con el objetivo de que en cualquier lugar puedan desarrollarse. Y no resulta aceptable, por su trascendencia, que algún Estado no participe en la construcción de esta protección<sup>593</sup>.

Tras el señalamiento del problema actual y de su solución, es ineludible hacer diversas referencias sobre la legislación protectora de menores para que sean tenidas en cuenta cuando un menor deportista está involucrado en algún conflicto que se pretende resolver mediante el arbitraje. Como se ha dicho, si ello se desatiende los derechos de esta parte débil se aminorarán. De este modo, se ha de comenzar recordando o haciendo saber las once medidas que la UE adoptó en su estrategia para proteger a los menores hasta 2020. Así, las mismas fueron una gran noticia puesto que significa el reconocimiento de los Derechos fundamentales que tienen los menores, así como que la defensa de éstos tiene una prioridad fundamental. Aún así, no cabe duda de que el origen o raíz de ello se remonta a unos años atrás; en concreto, en el año 2000 fue promulgada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000<sup>594</sup> que proscribió tajantemente el trabajo infantil y consagró los derechos a una obligación de carácter gratuita y obligatoria, a los cuidados y protección para el bienestar del menor, y la libertad para expresar su opinión. Con ello la lucha contra todos los abusos a menores ha sido más intensa. Pero no solo eso, sino que algo más tarde, en 2009 el Tratado de Lisboa exigió de manera prioritaria a cada Estado miembro que promoviera los Derechos fundamentales de los menores.

---

<sup>593</sup> Una buena exposición de todo lo que hemos indicado sobre la concreta legislación de protección del menor de la UE, puede encontrarse en otro texto muy interesante como es: J. C. de Bartolomé Cenzano, «La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 4, 2013, pp. 1 y 3–5.

<sup>594</sup> DOCE C 364/1.

Y fue de aquí de donde al año siguiente surgió la Estrategia Europa 2020 centrada sobre todo en paliar la pobreza provocada por la grave crisis y que afectaba a la escalofriante cifra de 19 millones de niños. La explotación por redes de delincuencia, una nutrición insatisfactoria, una atención sanitaria insuficiente y, en suma, una vida dura, son algunas de las consecuencias sufridas. Es por ello que las medidas adoptadas fueron más allá de lo que la UE había previsto hasta entonces por concretar las políticas de protección, determinar la asistencia legal a aplicar por los órganos jurisdiccionales, hacer frente a los delitos en Internet, la adaptación de los órganos jurisdiccionales a las particularidades de los menores para no conculcar sus Derechos fundamentales, y el reconocimiento expreso de éstos y como guía a su interés superior. Dicho lo anterior, es el momento de señalar las mentadas once medidas: una propuesta de Directiva sobre el aumento del nivel de protección del menor que es víctima; otra propuesta de Directiva para las situaciones en que el menor sea el acusado del delito; revisar la legislación con la finalidad de que sea más sencillo tanto el reconocimiento como el refuerzo de decisiones de responsabilidad paterna que garantice los intereses de los menores; promocionar que las directrices de la Comisión Europea sean utilizadas para que la justicia de los menores sea óptima; formar a los jueces y otros profesionales para que la defensa de los niños en las acciones judiciales sea satisfactoria; que los asistentes de los menores en los juicios y demás acciones legales tengan una formación mejor; aumentar la inversión económica de las acciones para defender a los menores que el Marco Europeo de Estrategias de Integración de Roma propuso; promover la atención a los niños desaparecidos y los mecanismos de alerta; luchar contra los daños provocados por Internet; seguir las directrices contra todo tipo de violencia contra los menores; y crear una ventanilla única que informe sobre los Derechos fundamentales de los menores. Con todas estas medidas se ha querido fortalecer el bienestar y seguridad de los menores concretando los resultados de las diversas políticas al respecto<sup>595</sup>.

En segundo lugar, como quiera que lo más razonable es pensar que toda medida es poca para asegurar que los menores no sufren ningún daño, por fortuna se cuenta con otras herramientas que no son normativas. En efecto, es el caso del diálogo que ha sido consagrado por su eficacia y flexibilidad para que los menores y otros colectivos

---

<sup>595</sup> Para estas cruciales medidas junto a todo lo que le acompaña previamente, es decir, los dos últimos párrafos, consúltese: J. C. de Bartolomé Cenzano, *supra op. cit.* nota 593, pp. 21–23.



frágiles sean protegidos en, y esta es otra novedad, Estados no pertenecientes a la UE y que no respetan los Derechos fundamentales. Por todo ello, no extraña que el diálogo se esté utilizando cada vez más con el objetivo de que dichos Derechos fundamentales tengan más intensidad en su política exterior. Evidentemente, por eso mismo, los diálogos desarrollados son muy diversos: algunos se basan en tratados o acuerdos; otros solo versan sobre los Derechos fundamentales; también los hay que se crean *ad hoc*; y los que se desarrollan cuando han convergido varios puntos de vista. Esta variedad también se aprecia en sus objetivos: tanto versar sobre cuestiones de interés común para que la cooperación internacional mejore, como mejorar la situación de un Estado concreto mediante el análisis profundo y recopilación de información sobre sus problemas de Derechos fundamentales<sup>596</sup>.

En tercer lugar, se ha de traer a colación un nuevo texto normativo que no ha sido citado hasta ahora. Se trata del Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información<sup>597</sup>. Lo más importante que sobre el mismo ha de resaltarse ahora son las siguientes cuestiones. Primero, que es esencial que en la sociedad se encuentre el equilibrio apropiado entre la libertad de expresión y las consideraciones que tienen un interés público para que así unos pocos no abusen de la mayoría. Y la necesidad de este texto normativo se percibe, por un lado, en que no basta con que los Estados adopten medidas; ha de ser una labor conjunta en que se analice toda la situación europea en su conjunto. Y, por otro lado, en que ambas cuestiones, la protección de los menores y la dignidad humana, habían sido identificadas como de gran prioridad, así como, en las diversas políticas, de un esencial interés público. Por lo demás, una ventaja que ha aportado ha sido su adecuación a los diversos medios de comunicación. En efecto, mientras que la radio y la televisión son centralizados y alcanzan a las masas, en cambio, los nuevos servicios son descentralizados y se dirigen a los individuos. Más concretamente, el texto se ocupó de todo lo relacionado con ello como la descripción de su evolución, el estudio de las políticas en los distintos niveles territoriales y de la legislación en vigor, y el análisis de la influencia en dichas políticas del desarrollo de los nuevos servicios. No parecería

---

<sup>596</sup> Lo dicho es suficiente para la extensión del presente estudio; se puede encontrar en: *Ibidem*, pp. 23 y 24. No obstante, quien desee profundizar en esta cuestión, puede consultar también el resto de la página 24 y la página 25.

<sup>597</sup> Bruselas, 16 de octubre de 1996, COM (96) 483 final.

razonable que no fuera así debido a que son cuestiones que afectan a los valores morales y democráticos a este respecto como el pluralismo y la ética de la información.

Pero si lo dicho es muy importante, a buen seguro que lo más trascendente es que para que en el desarrollo de los novedosos servicios de información y audiovisuales exista un buen clima de confianza, es ineludible que se luche para erradicar la expansión de contenidos atentatorios de la protección de los menores y de la dignidad humana. Y es más, dichos nuevos servicios se ven privados de su plenitud de potencial social, económico y cultural si no se adoptan las medidas apropiadas que en los referidos ámbitos protejan el interés público. Por lo demás, se puede decir que ha creado el necesario marco flexible que exigen los nuevos servicios. Para terminar, este texto también atiende al Derecho europeo y a la cooperación en la justicia y en los asuntos de interior, lo cual le llevó a indicar que la libre prestación de servicios puede limitarse para respetar la protección de los menores y la dignidad humana por ser cuestiones de interés público. Y en los referidos ámbitos de la justicia y de interior, la cooperación de los Estados miembros en ello es clave para hacer frente a los contenidos ilegales<sup>598</sup>.

En cuarto y último lugar, se van a realizar unos breves apuntes sobre otras cuestiones de importancia que han de ser tenidas en cuenta cuando un menor está ante un arbitraje. Es el caso del Libro Blanco de la Comisión de 21 de noviembre de 2001, COM(2001) 681 final, concerniente a un nuevo impulso de la juventud europea en muy diversos ámbitos como son la educación, la formación profesional, el empleo, el intercambio y la integración social. Además, tiene en cuenta las circunstancias de toda índole en que se encuentran los jóvenes europeos actuales y les son proporcionados los medios idóneos para que participen más en sus sociedades subsanando así el alejamiento sufrido en los últimos años. Es por ello que dicho libro tanto reforzó la cooperación entre los Estados miembros como mejoró en las políticas sectoriales la dimensión juvenil. Por lo demás, junto a ésto y a la renovación de los modos de

---

<sup>598</sup> Basta con lo dicho. Para más información, acceder a: J. C. de Bartolomé Cenzano, *supra op. cit.* nota 593, pp. 5–9.

Y si se quiere conocer el seguimiento que la Comisión Europea ha hecho sobre la eficacia del Libro Verde, donde se expresa que las medidas de protección de los consumidores han de aplicarse coherentemente y se insiste en una protección de los menores que sea digna del modelo social de Europa para que tengan las herramientas adecuadas para denunciar abusos y acosos, ver las pp. 10–12 de la misma obra de J. C. de Bartolomé Cenzano.

participación en la vida pública, la mejora y el aumento de la información sobre cuestiones europeas y un mayor conocimiento de la juventud, constituyen los campos principales de intervención. Otra cuestión son las Directrices que la UE ha adoptado respecto a los niños que se encuentran envueltos en conflictos armados. En este sentido, destaca el protocolo facultativo que la CDN tiene asociado al respecto para cambiar esta situación de los menores. Además, la UE adopta las medidas necesarias para que los mecanismos de la ONU sean implementados, con lo que se aprecia que para la mentada UE los derechos de los más pequeños es una prioridad. Junto a lo anterior, también la UE ha adoptado medidas respecto a los menores extranjeros no acompañados. Y la verdad es que es de gran interés para el presente estudio puesto que dichos menores proceden principalmente de África, y también de Europa del Este, porque el fenómeno se ha globalizado y porque muchas mafias trafican con ellos. Son rasgos que también se dan en el deporte. Por eso, además de que es necesaria nueva legislación y protocolos, es ineludible la cooperación mediante nuevas medidas. Finalmente, la UE también se ha ocupado de la terrible pena de muerte cuando es aplicada a menores, lo cual es considerado como una violación frontal de los compromisos y obligaciones internacionales. Al respecto, destacan la CDN y los Protocolos nº 6 y 13 del CEDH. Igualmente, la UE promueve en el mundo la abolición de dicha pena<sup>599</sup>.

En definitiva, por mucho que la legislación en Europa sobre los menores esté muy dislocada y fragmentada, ha de tenerse en cuenta en los arbitrajes como postula la tesis de la coexistencia para que la parte débil sea protegida del modo más satisfactorio. Además, dicha situación actual no significa que sea un desastre puesto que la regulación de los Estados es de gran nivel. Pero eso no obsta para ver que es insuficiente siendo necesario una legislación homogénea que consagre un estatuto jurídico básico para los menores en Europa. Sin duda, también es un previo paso necesario para que luego se pudiera extender a todo el mundo donde los menores gocen de diversos derechos irrenunciables. En suma, se ha de tener en cuenta la regulación presente por sus beneficios, así como sus defectos para que los menores vean en el deporte la posibilidad excepcional de desarrollarse<sup>600</sup>.

---

<sup>599</sup> Una mayor profundización sobre todas las cuestiones de este último párrafo puede encontrarse en: *Ibidem*, pp. 12–21.

<sup>600</sup> Más ideas sobre este cierre del punto en: *Ibidem*, p. 26.

### **3. 3. 2. La protección de los menores por la nueva Ley del deporte del País Vasco**

Como se ha expresado, al ser la legislación protectora de los menores de los Estados miembros de la UE cada vez más satisfactoria, es inaceptable por carecer de sentido que una institución arbitral sirviera para soslayarla. Y es que en estos casos es bien seguro que el objetivo no es favorecer el bien de todos, sino seguramente intereses muy particulares y, por ende, muy alejados de la buena fe. Es por ello que se considera que la tesis de la coexistencia también ha de conjugar el Derecho arbitral con las previsiones de las mejores legislaciones de los Estados protectoras de los menores, es decir, cualquier institución arbitral, en este caso el TAS/CAS/TAD, ha de conocerlas muy bien y respetar y aplicar tanto sus principios rectores como sus previsiones, o al menos no apartarse de ellas notablemente. Dicha institución arbitral no es idónea si se utiliza para esquivar la mejor legislación al respecto. Precisamente será idónea si posibilita una más rápida aplicación eficaz de la mentada legislación para resolver los conflictos haciendo que el deporte sea para todo menor una de las mejores vías para desarrollarse humanamente y adquirir cruciales valores.

Así pues, tanto por ser un gran ejemplo de legislación protectora de menores como por ser la que está en vigor en la Comunidad Autónoma de España en que se está elaborando la presente Tesis Doctoral, el objeto de este punto es exponer brevemente lo más relevante que la ya citada anteriormente muy reciente Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco ha consagrado para proteger a los menores cuando desarrollan la actividad deportiva. Pero como quiera que resultan de un gran interés los debates sobre los menores que acontecieron durante las varias sesiones de la Comisión de Cultura, Euskera y Deporte que abordó el previo Proyecto de Ley, resulta conveniente destacar lo más relevante de los mismos y que, claro está, han sido decisivos en la redacción definitiva de la indicada Ley.

#### **A. Sesiones de la Comisión de Cultura, Euskera y Deportes sobre el Proyecto de Ley**

Las sesiones indicadas en la rúbrica se desarrollaron desde el 19 de noviembre de 2021 hasta el 15 de marzo de 2023. Evidentemente fueron varias las personas que intervinieron, no solo desde el ámbito de la política sino también pertenecientes a

importantes instituciones tanto deportivas como de otros ámbitos sociales. Y si bien todo lo que se expuso y defendió es muy interesante y a tener en cuenta para, en este caso, el deporte practicado por menores, sin duda destacan lo manifestado tanto por el Ararteko o Defensor del Pueblo del País Vasco como por el responsable del programa Aterpe de la Fundación Athletic Club.

En cuanto al primero, en concreto la adjunta Inés Ibáñez de Maeztu compareció el día 19 de noviembre de 2021, siendo lo que se ha de recordar aquí lo siguiente. Para empezar, consideró necesario aclarar que el Ararteko, dentro del funcionamiento normal de las instituciones, podía recordar cuáles son los estándares sobre derechos de los menores que han de considerarse apropiadamente en aquel entonces procedimiento de reforma legal. Y es que, en efecto, el propio Ararteko en los últimos años ha alcanzado varias posiciones que defiende al respecto y que han sido fruto de diversos instrumentos, informes y resoluciones. Así pues, por un lado, su intervención consistió en insistir en la crucial consideración del punto de vista de los menores para la nueva ley, sobre todo por afectar a su desarrollo físico, psíquico y emocional. Por eso, no resulta extraño que hiciera alusión a la CDN para subrayar que desde entonces los niños, niñas y adolescentes no son solo objetos de protección, sino principalmente sujetos de derechos (entre los que está la protección). Un cambio de paradigma, precisó, que se aprecia en dos principios de la CDN que ya conocemos muy bien: el interés superior del menor y tanto el derecho a ser escuchado como a considerar la opinión de los menores. Y ello, agregó, significa que el interés es una consideración principal en las decisiones que les afecten. En este sentido, convine mucho recordar lo ya estudiado para no confundirse: dicho interés no es primordial o fundamental, sino primario, con prioridad, es decir, no solo se han de ponderar los intereses y atender a los derechos de los menores, sino que al mismo tiempo se han de ponderar y atender los de las demás personas concurrentes.

Junto a ello, tras remarcar que el fuerte vínculo entre ambos principios es clave para el respeto de los derechos de los menores, hizo saber que ha sido el propio Ararteko el que ha insistido mucho, en los múltiples informes que ha elaborado en los últimos años para el Parlamento Vasco, en que es necesario incorporar a los procesos de decisión administrativos y legislativos los informes de impacto de la infancia y

adolescencia, más conocidos por las siglas CRIA (Child Rights Impact Assessment), por constituir la herramienta principal para que el impacto de las decisiones sobre los derechos de los menores sea adecuadamente evaluado. Por si fuera poco, también llamó la atención de que otra cuestión muy relevante como es la perspectiva de la infancia apenas existía en el Proyecto de Ley, siendo lo correcto que informase todo el texto normativo al ser el deporte fundamental para los menores. Por lo mismo, indicó que una ley reguladora del deporte debía tanto hacer muchas más referencias a los niños y niñas como citar entre sus principios sus derechos.

Por lo demás, también apreció otras deficiencias del Proyecto de Ley. A título de ejemplo, los conocimientos de psicología del desarrollo infantil y adolescente debía ser un ingrediente de la formación que a los profesionales que tratan con niños se exige. Igualmente, la seguridad de los espacios deportivos no podía predicarse solo respecto de las mujeres, sino también de los menores, sobre todo si no se ignoran los maltratos y abusos infantiles que en el deporte ha habido recientemente. Por supuesto, aclaró que para alcanzar dicha seguridad es necesario tanto que los espacios reúnan una serie de requisitos como que las personas que trabajan con menores tengan competencias, valores, comportamientos y actitudes idóneos, es decir, que sean capaces de buen trato. En este sentido, también aprovechó para recordar que el Ararteko también en los últimos años ha alertado sobre el abuso sexual y violencia contra menores y, en concreto, de que es necesario implementar protocolos, códigos de buenos tratos y demás instrumentos, así como crear la figura de delegado de protección para que los menores puedan recurrir a él. Todo ello ha de garantizar también la detección precoz de violencia y una rápida intervención.

En lo concerniente a las políticas públicas de programas y servicios para menores, el Ararteko señaló que había que considerar 4 niveles para que sean posibles el buen trato y los espacios seguros. Son los siguientes: el físico para evitar todo daño de esta índole; el emocional para una calidad al respecto; el de personas adultas profesionales con afectividad, capacidad de crear vínculos positivos y de enseñar a los niños a resolver conflictos sin violencia; y el de participación de los menores en sus decisiones.

Por otro lado, la intervención del Ararteko se centró en en el Capítulo I del Título

VII del Proyecto de Ley relativo al deporte escolar con la finalidad de recordar sus resoluciones, informes y recomendaciones al respecto. De este modo, expresó que le parecía un acierto abordar el deporte escolar de las personas de 0 a 6 años, y no a partir de los 6 años como en la anterior ley, porque así se garantiza que este deporte esté orientado a valores de participación y educativos y, por ende, ayude al desarrollo integral de la personalidad. Eso sí, indicó que un defecto era haber olvidado subrayar que la mentada orientación había que hacerla frente a los valores competitivos. Recordó que las quejas en el deporte escolar manifiestan la contradicción entre la competición y los valores inclusivos. En consonancia con ello, indicó que es habitual que el Ararteko haga saber a las autoridades municipales y forales que han de intervenir para que el deporte de menores se ajuste a parámetros educativos. En relación con todo ello, es de gran trascendencia lo que el propio Ararteko expresó de que el deporte alberga un potencial intrínseco para que diversas competencias sean desarrolladas: el esfuerzo, la resistencia a la frustración, la superación personal, la solidaridad, el trabajo en equipo y colaborativo, respeto al contrario y distinto, la autodisciplina, etcétera. Por lo demás, agregó que el que la práctica deportiva en edades tan pequeñas tenga una finalidad educativa para un buen desarrollo personal y social es algo que está mayoritariamente aceptado. En virtud de todo lo dicho, criticó el Proyecto de Ley por prever muy parcamente lo manifestado, es decir, que debería establecer criterios claros que conduzcan a atisbar y a dar mayor importancia al aspecto educativo que al competitivo. En otras palabras, para el Ararteko una buena ley reguladora del deporte configura el deporte escolar como una escuela de valores para que la personalidad de los menores se desarrolle integralmente. Por último, en este sentido, advirtió que si este error no fuera corregido, entonces seguirían produciéndose entre los menores prácticas orientadas a la especialización deportiva con criterios competitivos. Es por ello que subrayó la necesidad de que los técnicos tengan la formación apropiada, lo cual también debería estar previsto en una buena ley del deporte, junto tanto a la mención del desarrollo físico, psíquico y emocional de los menores, como a la protección y promoción de sus derechos.

Por su parte, la Fundación Athletic Club, mediante su programa Aterpe, realizó unas reflexiones y manifestaciones que se han de recordar también por su importancia e interés al haber apreciado el Proyecto de Ley desde una perspectiva de derechos de la

infancia y buen trato. En concreto, fue su responsable Iñaki Alonso el día 30 de noviembre de 2021. El mismo, tras indicar que la mentada perspectiva es fundamental, advirtió que el trabajo para un buen trato y para la prevención y protección de la violencia ha estado tradicionalmente alejado del ámbito deportivo. Es decir, que aunque es verdad que algunas entidades deportivas o personas particulares se hayan ocupado de ello, falta aún hacerlo de manera consciente, totalmente decidida y directa por parte de todos los participantes del deporte practicado por menores.

Para justificar su pretensión, explicó lo que conlleva la práctica deportiva con la citada perspectiva de derechos de la infancia. Para ello, explicó que Aterpe es el nombre del programa para proteger a la infancia que el Athletic Club ha elaborado, el cual tiene el doble objetivo de, por un lado, crear espacios seguros de buen trato y con prevención de violencia dentro de la propia entidad y, por otro lado, de que este compromiso sea adquirido por todas las entidades deportivas sin excepción alguna. Pues bien, dentro del programa, explicó, se ha elaborado un documento relativo a las Claves para la Protección a la Infancia y el Buen Trato en el Deporte, del cual profundizó en seis de los 15 elementos de que consta. El primero es la gran relevancia que para la infancia tiene el deporte. Más concretamente, subrayó que el deporte es un instrumento esencial para el desarrollo integral de los niños y niñas. Por lo mismo, llamó la atención sobre la muy habitual y pernicioso minusvaloración del deporte en relación con lo que puede suponer para la política social, de inserción social de muy determinados colectivos entre los que se encuentran los menores. Para ver la gravedad de ello, añadió que el deporte también es un instrumento crucial para la transmisión de valores. Eso sí, siempre que se utilice adecuadamente y, por ello, subrayó que si no es así los menores se verán perjudicados pudiéndose llegar incluso a violencia. El segundo elemento consiste en intentar que el paradigma sea otro, lo cual ha de ser una previsión fundamental de cualquier ley del deporte debido a que los menores no son tan solo deportistas, sino también sujetos de derecho. Y conviene prestar toda nuestra atención a lo que esto supone y que explicó diciendo que la vida de los niños y niñas no se reduce a su práctica deportiva. Concebirlo así sería un gran error puesto que también tienen otros ámbitos de una trascendencia inmensa como, por ejemplo, su educación y, por ende, no se puede prescindir de ellos y han de recibir la atención que merecen para que sean satisfactorios. Una atención que han de prestar todos los que rodeen a un menor, pero sobre todo



quiénes se dediquen al deporte de menores. En caso contrario, si se considera a un menor como solo deportista, advirtió que los daños que va a sufrir son muy graves no pudiéndose desarrollar ni alcanzar un adecuado bienestar. De este modo, aclaró que el cambio de paradigma supone entender que se trata de menores en el deporte, y no solo de deportistas.

A continuación, de gran interés fueron sus declaraciones en torno a la violencia en el deporte. En efecto, de nuevo llamo la atención, en este caso para ser conscientes de que la violencia hacia los menores que percibimos es solo una pequeña parte, es decir, la mayoría de las modalidades de violencia es invisible por el desequilibrio de poder en favor del agresor. Por lo mismo, los casos denunciados son muy pocos. Pero además, en el caso de que aumente la competitividad del deporte, la vulnerabilidad de los menores es mayor. Ahora bien, aunque esto se ha de tener muy en cuenta, no se puede olvidar el resto de violencia que acontece con mucha más habitualidad y que no es tan evidente, esto es, la que se da a lo largo de toda la semana en los entrenamientos y en el trato con los entrenadores, padres, con los otros menores, etcétera. Así, si se olvida, no se resolverá en absoluto el problema de la violencia en el deporte. En íntima relación con lo dicho, agregó que la función de las personas que trabajan en el deporte de menores no puede restringirse a lo deportivo, sino que ha de alcanzar a lo educativo, a la ejemplaridad y a la protección, lo cual implica que los menores ocupen la centralidad. Asimismo, indicó que es clave la concienciación para cumplir los dos elementos siguientes que son poder comprometernos y, a su vez, responsabilizarnos. A este último respecto, expresó que por considerar que todas las personas y entidades que trabajan con deporte de menores tienen la obligación de prevenir y proteger de la violencia, hizo alusión también al decisivo delegado de protección que está llamado a ser fundamental en el más inmediato futuro también en el deporte, al igual que en todos los ámbitos donde se han de preservar los derechos de la infancia como, por ejemplo, la educación, la salud, el ocio, etcétera.

Por lo demás, hizo saber tres elementos que bajo su punto de vista ha de contemplarlos toda ley del deporte por ser fundamentales. En concreto se trata de nuevas actuaciones para prevenir la violencia contra la infancia consistentes en protocolos que han de exigir las instituciones públicas, la creación de figuras novedosas

como el citado delegado de protección, y en que los procesos de formación de dichas instituciones y Federaciones deportivas sean específicos y adecuados. Junto a ello, también señaló que el Proyecto de Ley adolecía de una perspectiva de infancia para su prevención y protección y para que se cumpla el objetivo de que el deporte sea un espacio seguro, lo cual extraña porque otras muchas perspectivas si eran implementadas faltando solo la de los menores. E insistió en que ello era fundamental y, por ello, tanto los principios rectores y los objetivos de la futura Ley como las funciones de la Agencia Vasca del Deporte debían mencionar expresamente la infancia y su protección para, entre otras cosas, garantizar la coherencia de las acciones. Sin duda, un buen ejemplo de coherencia sería coordinar la legislación sobre infancia con las previsiones sobre menores de la ley del deporte.

Para cerrar esta primera intervención, el responsable de Aterpe quiso dejar muy claro que el deporte es fundamental para las niñas y niños si es seguro, sano, generador de bienestar, libre de violencia y supervisado por las instituciones. Es decir, si incluye la referida perspectiva. Solo así los menores se convertirán en ciudadanos con una satisfactoria y enriquecedora experiencia deportiva.

Para terminar, el responsable del programa Aterpe realizó otras manifestaciones adicionales para contestar a las intervenciones de los políticos. De ellas, destaca su opinión de que el niño o niña deportista es la clave de una perspectiva protectora y de buen trato a la infancia, sea cual sea la modalidad deportiva, la edad y el contexto. Es decir, hay que ser consciente de que se trata de un menor que está practicando deporte en un momento, espacio y circunstancias concretas. Y ello implica que, sin excepción, todas las personas que rodean dicha práctica se encarguen de que ningún efecto negativo va a sobrevenir. Pero no menos importante es la indicación de estar muy atentos para evitar causar molestias o daños a unos menores muy concretos como son los adolescentes. Y es que es muy habitual que los menores con una edad que va desde los 12 a los 18 años sean olvidados porque no son ya imaginados como niños, pero tampoco como adultos. Así, el problema que suelen sufrir es que tanto sus necesidades como demandas quedan invisibilizadas y, en consecuencia, un gran número de adolescentes, sobre todo mujeres, abandonan el deporte. Para tratar de solucionarlo, mencionó a la Agencia Vasca del Deporte y al Consejo Vasco del Deporte por poder hacer labores

decisivas al respecto. Y, por supuesto, también aquí se ha de hacer un gran trabajo en favor de la erradicación de la violencia para asegurar el buen trato. Por último, tras indicar que era fundamental que la futura Ley mencionara específicamente tanto la prevención de la violencia y el buen trato de la infancia en el deporte como las medidas correspondientes en sus principios rectores y objetivos, así como que después debería tener continuidad de contenido en el tiempo, recalcó que de lo que se estaba tratando era de los derechos de la infancia y, por ende, de que el deporte sea para ellos el espacio de mayor libertad donde eligen la modalidad deportiva preferida para cumplir su deseo de jugar junto a sus amigos sin ningún tipo de violencia y, por lo mismo, para el mejor beneficio de su bienestar<sup>601</sup>.

## B. Las previsiones de la Ley vigente

Como se sabe, se trata de la Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco. Ya al comienzo, en el artículo 2, al ocuparse de los principios rectores, los fines de la ley y de los criterios de actuación, resalta la previsión en su primer apartado de que el desarrollo integral y el bienestar de las personas ha de verse contribuido por la actividad física y el deporte. Pero más destacable es la letra u) del apartado tercero al prever que la política que los poderes públicos del País Vasco han de adoptar al ejercer sus competencias para que el derecho a la actividad física y el deporte sea efectivo ha de tener como principio rector, que se une a los demás de las otras letras, tanto el interés superior de la infancia y de la adolescencia, como la protección y promoción de los derechos de la infancia. Pero no se queda en lo dicho, sino que a continuación profundiza precisando que, respetando el objeto y ámbito de la ley, las administraciones públicas del País Vasco tienen como deber velar por asegurar

---

<sup>601</sup> Sobre este punto se ha de indicar lo que sigue. En primer lugar, todas las sesiones de la Comisión Parlamentaria, junto a todo el resto de la información sobre la tramitación del Proyecto de Ley de Actividad física y Deporte del País Vasco, se encuentran en el siguiente enlace (consultado el día 4 de diciembre de 2023):

[https://www.legebiltzarra.eus/ords/f?p=120:18:12519098331512::NO:RPRIR:P18\\_ID,P18\\_EXPAND:76404,N](https://www.legebiltzarra.eus/ords/f?p=120:18:12519098331512::NO:RPRIR:P18_ID,P18_EXPAND:76404,N)

En segundo lugar, toda la intervención del Ararteko se puede consultar en las pp. 23–31 y 40–43 del siguiente documento (consultado el día 5 de diciembre de 2023):

[https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune\\_descargar/default/d6e0f152-e985-4be6-947b-4f7bd369e13b](https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune_descargar/default/d6e0f152-e985-4be6-947b-4f7bd369e13b)

Por último, toda la intervención de Iñaki Alonso como responsable del programa Aterpe de la Fundación Athletic Club se puede encontrar en las pp. 36–45 y 49–55 del siguiente documento (consultado el día 6 de diciembre de 2023):

[https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune\\_descargar/default/5d581881-1439-4185-8da1-d315379142b9](https://www.legebiltzarra.eus/ic2/restAPI/pvgune_descargar/default/5d581881-1439-4185-8da1-d315379142b9)

que el mentado interés superior de todos los niños y adolescentes está asegurado no solo en aquellas decisiones y políticas que les afecten, sino también cuando se adopten disposiciones y medidas necesarias para que el acceso, respeto y promoción de los Derechos fundamentales de la infancia quede garantizado. Y precisa que se ha de prestar una atención especial al derecho que tienen también a participar en las decisiones de las políticas y ámbitos que les afecten, a su derecho al deporte y al ocio como claves de su salud y bienestar, y a su derecho a una atención y protección integral frente a cualquier forma de violencia.

Posteriormente, el artículo 7, regulador del servicio de la Agencia Vasca de Actividad Física, en su tercer apartado prevé que las prioridades y políticas de actividad física y deportiva concernientes a los colectivos sociales que prioricen y atiendan, entre otras personas, a los menores no es sino una de las determinaciones que ha de configurar el contenido mínimo del plan de vida activa y saludable del País Vasco. Dicho plan tanto concreta las objetivos fundamentales de la vida saludable y activa como define las prioridades a atender y, por ello, constituye el instrumento principal de la referida Agencia para planificar y programar el sistema. Y muy cerca de dicho precepto, en el 9.i) indica que uno de los objetivos de la promoción de la actividad física que han de llevar a cabo las administraciones públicas para alcanzar a la mayor cantidad de personas es contribuir al desarrollo integral de la persona, subrayando que sobre todo por lo que a la infancia, la adolescencia y la juventud atañe. Igualmente, éstas tres etapas de la vida, junto a otras personas con circunstancias concretas, en virtud de lo establecido por el artículo 11 relativo a las medidas para los grupos de atención especial, han de recibir una especial atención por parte de las administraciones públicas cuando fomentan la actividad física como factor de cohesión social e integración. También se ha de tratar de mejorar su bienestar como precisa el apartado segundo. Y, por último, el apartado tercero manda a las Federaciones deportivas que velen por la protección especial de todo deportista extranjero menor de edad cuya vecindad administrativa se encuentre en el País Vasco, con la finalidad de que su integración social este siempre posibilitada. Por lo demás, en relación con el precepto anterior también se ha de traer a colación el 14 por determinar más medidas, en esta ocasión sobre urbanismo. Y es su letra d) la que se ha de destacar ahora por señalar que promocionar y hacer posible en ciudades, pueblos y barrios la existencia de espacios deportivos seguros, abiertos y

adaptados para que con ellos los niños, niñas y adolescentes puedan jugar y practicar deporte y actividad física, es precisamente uno de los objetivos que han de tener las medidas que han de adoptar las administraciones públicas competentes en urbanismo de acuerdo con sus posibilidades presupuestarias.

Junto a lo anterior, no se puede dejar de hacer constar que la ley también tiene muy en cuenta las necesidades específicas de los menores de edad. Un buen ejemplo es el artículo 69 regulador de la expedición de licencias, en cuyo apartado 2 deja muy claro que dichas necesidades han de atenderse adecuadamente tanto a la hora de diseñar los reconocimientos médicos dirigidos a proteger la salud de todos los deportistas como en su aplicación a cada una de las modalidades deportivas. Y muy poco después comienza el muy relevante Título VII relativo al deporte y a la actividad física que se practica en edad escolar, en la universidad y en la formación profesional. Pero ahora es su Capítulo I el que nos interesa por versar concretamente sobre la referida edad escolar, es decir, hasta los 16 años de edad. En el mismo encontramos el artículo 73, de cuyo primer apartado destaca la indicación de que el deporte y la actividad física no están orientadas solo a la competición y, por lo mismo, han de ser adecuadas para dicha edad y aptitud física. Por su parte, el segundo apartado diferencia tres etapas: la de Educación Infantil hasta los 6 años, para la que se ha de garantizar que la actividad física y el juego libre posibiliten tanto un desarrollo armónico e integral como el disfrute del movimiento corporal; la Etapa de Educación Primaria desde los 6 hasta los 12 años, en la cual se podrán celebrar competiciones y entrenamientos en actividades organizadas siempre y cuando no suplan el deporte y la actividad deportiva en edad escolar, sino que la complementen; y la Etapa de Educación Secundaria Obligatoria desde los 12 hasta los 16 años, y en la que las actividades de participación deportiva, de comienzo del rendimiento y de detección de promesas y talentos pueden ser compartidas. Junto a todo ello, se precisa, por un lado, que los menores de esta etapa educativa que no estén dentro de la organización federada del deporte han de ser atendidos por las administraciones públicas con la elaboración de programas que se adecúen a sus necesidades. Y, por otro lado, que para respetar el crucial interés superior será en el contexto de los centros educativos donde acontecerá la etapa de iniciación en edad escolar. Dichos centros son también la base del comienzo del deporte formativo.

Por si fuera poco, el artículo 75 también es de gran enjundia para lo que ahora se está abordando. Se centra en los programas y actividades de deporte y actividad física en edad escolar destacando lo que sigue. Del primer apartado la previsión de que ha de ser hacia la formación integral, el desarrollo armónico de su personalidad y al logro de las condiciones físicas y de salud para poder continuar en edades posteriores a donde han de estar orientados. Asimismo, en el segundo apartado se ordena que los menores con alguna discapacidad han de ser integrados e incluidos con todos los demás compañeros, debiéndose contemplar actividades específicas si lo anterior no es posible. De gran trascendencia es el tercer apartado relativo a la igualdad. En concreto, prevé que dichos programas han de ir precedidos por una evaluación del impacto de género. La finalidad es abordar satisfactoriamente toda desigualdad entre niñas y niños, de los estereotipos por razón de género, de la feminización o masculinización de concretas modalidades y de los demás aspectos análogos. Y junto a ello no se ha de olvidar que también dispone que todo niño integrante de un colectivo con dificultades económicas y sociales han de tener garantizada con los programas la equidad en el acceso a las actividades. Y se precisa que se asegurará que todos los técnicos cuenten con una mínima capacitación en materia de igualdad. Por su parte, no menos importante es el cuarto apartado debido a que dispone que tanto la prevención del acoso escolar como la contemplación apropiada de la discriminación por orientación sexual, identidad o expresión sexual o de género o por las características sexuales han de ser abordadas por medidas específicas de los programas. De los apartados 6 y 7 simplemente se ha de decir que tienen en cuenta la competitividad en relación con esta corta edad, la protección de los fines educativos, de nuevo el interés superior de los menores deportistas para hacer determinadas actividades, y las posibles excepciones cuando el deporte sea minoritario o imposible de practicarlo cerca. Por último, el noveno apartado vuelve a insistir en que los programas han de hacer más sencilla la inclusión de todo menor en juegos, actividades y deportes adaptados al colectivo de cada lugar.

Y un poco más adelante, ya en el Título IX concerniente a la asistencia y protección de las deportistas y los deportistas, el primer artículo 85 es fundamental para lo que ahora se está exponiendo puesto que versa directamente sobre la protección de deportistas menores de edad. Consta de tres apartados. En el primero, respecto a las licencias federativas de competiciones oficiales vascas, se prohíbe ejercer los derechos

de retención, de prórroga forzosa o similares hasta que no se cumplan 18 años. A todo ello se agrega la precisión de que tienen carácter anual las mentadas licencias federativas, salvo en dos casos. Uno es la celebración por los deportistas profesionales menores de contratos laborales; y el otro es la aprobación de reglamentos federativos por la dirección de la Administración general del País Vasco que posibiliten un compromiso más largo entre los clubes y los deportistas de 16 o más años. Por su parte, el segundo apartado del precepto consagra un mandato para las administraciones públicas y las Federaciones deportivas consistente en, además de tener que tomar las medidas que sean necesarias para que las asociaciones deportivas sean estimuladas para que realicen en el deporte base una labor importante, adoptar las correspondientes medidas de protección para que no exista desproporción por las referidas asociaciones en su promoción del deporte base. Por último, de no menos importancia es el tercer apartado debido a que obliga de nuevo a la protección de los derechos de los menores, en esta ocasión mediante las iniciativas necesarias y las inspecciones llevadas a cabo por la propia Administración.

Igualmente, por un lado, se ha de traer a colación el primer precepto del Título XII relativo a la prevención de la violencia, la intolerancia y la discriminación por cualquier motivo tanto en la actividad física como en el deporte. Se trata del artículo 111 que prohíbe tanto todas las acciones que se acaban de indicar, ya sean directas o indirectas, como la incitación al odio, todo lo cual ha de ser garantizado por las administraciones públicas vascas. Pero ahora se ha de resaltar que a continuación precisa que la prevención y protección frente a la violencia de la infancia ha de recibir una atención especial. Por otro lado, no se puede dejar de hacer constar el precepto que cierra dicho Título XII. Es el artículo 114 relativo a la protección integral de la infancia y adolescencia contra todas las formas de violencia en la actividad física y el deporte. La verdad es que es de una gran enjundia debido a que, en el primer apartado, realiza una nueva orden dirigida a las administraciones públicas del País Vasco para que elaboren protocolos de actuación con los objetivos de asegurar un entorno seguro para la práctica deportiva y de prevenir, detectar precozmente e intervenir contra las situaciones posibles de violencia en que la infancia y la adolescencia sean víctimas. En el segundo apartado, se impone a las entidades que con habitualidad desarrollan con menores actividades deportivas y físicas a aplicar los referidos protocolos de actuación; a

designar la figura de delegado o delegada de protección para escuchar las inquietudes que los menores les puedan comunicar, para difundir y cumplir los protocolos elaborados, y para iniciar las comunicaciones correspondientes en cuanto se detecte violencia contra la infancia y la adolescencia. Por su parte, en el tercer apartado se prevé que los servicios sociales han de recibir inmediatamente la comunicación del conocimiento o de la advertencia en el ejercicio de su labor de indicios de violencia contra niños, niñas o adolescentes enviada por las personas que asistan, cuiden, enseñen o protejan a dichos menores debido a su cargo, oficio, profesión o actividad. Por si fuera poco, se agrega que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y/o el Ministerio Fiscal también han de recibir la comunicación inmediata de la violencia cuando conlleve amenaza para la seguridad o salud de los menores. Asimismo, se precisa que las personas referidas que tratan con menores han de prestar inmediatamente a la víctima la atención necesaria, así como proporcionar toda su información y máxima colaboración a las autoridades. Y, para ello, se ordena que las administraciones públicas con competencia han de crear mecanismos para que las sospechas de violencia contra menores puedan serles comunicadas. Los mentados mecanismos han de asegurar la protección y seguridad de los menores comunicantes. Finalmente, el cuarto apartado se hace saber que si alguna cuestión no es regulada por el artículo, entonces hay que recurrir tanto a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIVI), como a la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, así como a las normas que las desarrollen<sup>602</sup>.

Para terminar, respecto al régimen disciplinario deportivo, el artículo 126.7 recuerda que las sanciones a los menores de edad tienen una finalidad educativa y, por ello, pueden ser sustituidas por medidas que respeten la edad y las circunstancias personales; lo mismo regula el artículo 146.6 respecto al régimen sancionador. El artículo 127.3 establece que quienes tengan menos de 14 años no tiene responsabilidad, excepto que así lo prevea una disposición específica. El artículo 131.2.d) prohíbe la publicidad de aquellas sanciones que afecten a quienes no tengan aún 14 años, salvo que por la naturaleza de la competición se estime pertinente.

---

<sup>602</sup> Para la primera ley: BOE nº 134, de 5 de junio de 2021. Para la segunda: BOPV nº 59, de 30 de marzo de 2005; y BOE nº 274, de 14 de noviembre de 2011.



Con todo lo expuesto, no se puede dudar de que el TAD/CAS/TAS solo será idóneo si no prescinde de ninguna de las previsiones esenciales para la protección de los menores que las legislaciones de los Estados contienen. Y no tiene por qué consistir lo dicho en aplicarlo, sino también en tenerlo en cuenta como puntos de referencia o guía a la hora de resolver los conflictos. Y es que, aparte de no tener sentido alguno, resulta inaceptable consagrar en dichas legislaciones una protección muy satisfactoria para los menores y, sin embargo, poder ser soslayada por la referida institución arbitral. Esto es, el TAD/CAS/TAS será idóneo en tanto en cuanto resuelva los conflictos deportivos más rápido y, al mismo tiempo, con ello el desarrollo del deporte se vea claramente favorecido siendo un estupendo medio para el desarrollo personal y la adquisición de sus tan cruciales valores. Por supuesto, para ello es imprescindible que ninguna previsión esencial de las legislaciones estatales sea ignorada o apartada, sino que se han de tener siempre en cuenta, respetarlas y/o aplicarlas. Así, un gran ejemplo para observar lo dicho lo constituye la actual ley reguladora del deporte del País Vasco que acaba de ser expuesta, respecto de la cual el TAD/CAS/TAS debería, si quiere ser idóneo para los menores, tener en cuenta lo más esencial que consagra y que se resume en: desarrollo integral; bienestar y salud; implementación del interés superior; respeto de los Derechos fundamentales; la consideración de la perspectiva de la infancia; participación en las decisiones escuchando sus opiniones; prevención y protección frente a toda violencia, intolerancia, discriminación e incitación al odio para que los espacios deportivos sean seguros; atención especial; cohesión e integración social; seguridad; adecuación a la edad, circunstancias y necesidades concretas; formación adecuada para que el deporte sea educativo y no solo competitivo; no olvidar otros ámbitos fundamentales como la educación; adquisición de valores; igualdad; la prohibición de los derechos de retención, prórrogas forzosas y similares; respetar e implementar los protocolos; posibilidad de comunicar a figuras, órganos administrativos y cuerpos policiales las conductas nocivas; y la adecuación de las sanciones y de la responsabilidad.

En suma, no cabe duda de que si el TAD/CAS/TAS no cumple con todo ello, con los demás métodos, no subsana todos los defectos identificados en el balance y no garantiza la intervención del Ministerio Fiscal o de su sustituto, no logrará ser adecuado para que al mismo acudan menores deportistas a resolver satisfactoriamente sus

conflictos, ni en consecuencia podrá ser el deporte ser un instrumento para su pleno desarrollo.

## CONCLUSIONES DE LA TESIS DOCTORAL

Tras todo el estudio y las múltiples y profundas reflexiones que ha supuesto, se han alcanzado diversas conclusiones trascendentales que han dado como fruto una nueva aportación al Derecho del deporte. En efecto, a partir de ahora se sabe cómo lograr que los menores que practiquen deporte tengan asegurado su desarrollo humano en todas las facetas de sus vidas gracias a una protección que realmente puede calificarse de satisfactoria. Dicha novedad también supone seguir la tendencia de que el Derecho vaya regulando cada vez más facetas del deporte y, por ende, se enmarca en el mismo contexto en que fue promulgado el Tratado de Lisboa.

### I.

Para dilucidar si existe o no un Derecho transnacional o internacional del deporte, ha sido necesario estudiar antes las características muy concretas del deporte.

En primer lugar, al ser de gran amplitud el Derecho que regula el deporte, era imprescindible realizar una doble acotación. Con la primera nos hemos centrado en los Derechos fundamentales, los cuales son una parte esencial del deporte y del Derecho que lo regula por ser una actividad fundamental para el desarrollo humano y para transmitir a la sociedad los tan valiosos valores que encarna. Por eso muy diversas organizaciones usan el deporte para promover los mentados Derechos y su protección, entre los cuales se encuentra el derecho a practicar deporte. Sin embargo, con la referencia a dichos Derechos también se ha querido alertar de la realidad insatisfactoria de que cuando se practica deporte se conculcan en demasía. Lo cual nos ha llevado a realizar la segunda acotación enfocando unos muy concretos Derechos fundamentales, los de los menores, que muchas veces no se respetan. Por eso, es necesario encontrar métodos que corrijan dicha situación y hagan del deporte una actividad totalmente enriquecedora.

En segundo lugar, otra característica del deporte es la especificidad de su organización. En ésta se aprecia su autonomía; la naturaleza tanto pública como privada de las muy diversas organizaciones y órganos y, por ende, de las normas que

promulgan; su forma piramidal; su base nacional; la existencia de solo una Federación por cada disciplina deportiva; las peculiares relaciones de las Federaciones internacionales y nacionales; la celebración de competiciones según el sexo; y las limitaciones que se imponen a los participantes.

La última característica del deporte es su relevante dimensión inherentemente internacional. En efecto, muy rara es la ocasión en que en el deporte no concurre ni un solo elemento de internacionalidad. Al respecto, se ha de saber tanto que es fundamental no ignorarlo para resolver adecuadamente los conflictos deportivos, como que de él se deriva la existencia de tribunales especializados como el TAD/CAS/TAS.

De este modo, con el estudio de las características del deporte que lo hacen una actividad muy particular, se llega a la conclusión fundamental de que se aprecia la existencia del Derecho transnacional del deporte o *lex sportiva*. En ésta, la particularidad del deporte más decisiva es la vertiente privada de la organización deportiva por ser donde se elaboran las normas que regulan la organización y el desarrollo de la actividad deportiva. Y más concretamente resaltan las Federaciones deportivas internacionales. Para terminar, se aprendió que el Derecho internacional público tiene una influencia decisiva en la delimitación de la *lex Sportiva*.

## II.

Pero con la realización del **Capítulo I** se han llegado a más conclusiones trascendentales. Así, se ha profundizado el estudio de las fuentes del Derecho del deporte que tienen dos orígenes como son los órganos públicos y los privados de todos los niveles territoriales. Partiendo de ahí, se ha aprendido que en España los varios poderes públicos de todos los niveles territoriales que conforman el Estado han ido elaborando una profusa regulación deportiva. Y, más profundamente, se concluye que es esencial que entre las CCAA y el Estado haya una adecuada coordinación y cooperación para que los menores estén protegidos adecuadamente y sean resarcidos satisfactoriamente si sufren daños. A este respecto, resultan cruciales tanto el Título VIII CE como los Estatutos de las CCAA, de los cuales no se puede deducir que el deporte

corresponda en exclusiva a las CCAA. En efecto, el Estado también ha de intervenir en el deporte por diversas cuestiones muy importantes como, por ejemplo, precisamente garantizar que sea para los menores un instrumento clave para su desarrollo humano.

### III.

Continuando con el **Capítulo I**, otras conclusiones decisivas se han logrado tras estudiar las relaciones del Derecho del deporte con las Libertades fundamentales del Derecho europeo. Dichas relaciones han ido evolucionando con la jurisprudencia del TJUE y los documentos que han ido elaborándose alcanzando a todos los aspectos del deporte y no solo al económico. Ahora bien, sería muy conveniente que ello estuviera plasmado en textos normativos.

Respecto a la libre circulación de trabajadores en concreto, en los primeros pronunciamientos del TJUE destaca el asunto *Walrave y Koch* en el que, tras afirmar que el Derecho europeo regula el deporte si es actividad económica como prevé el artículo 2 del TCEE, se sentenció que la exigencia de la posesión de una nacionalidad concreta a una persona con contrato de trabajo para realizar una función en un evento deportivo contenida en una previsión normativa de una asociación deportiva no es acorde con el artículo 48 TCEE, salvo para formar equipos nacionales. Una resolución que, además, alcanzó tanto a la normativa pública como privada para garantizar la igualdad laboral entre los Estados miembros de la UE. Asimismo, otros asuntos relevantes son *Gaetano Donà* por afirmar que la exclusión del jugador italiano habría respetado el Derecho europeo si su motivación hubiera sido solo deportiva. Y también *Micheletti* por recalcar que cualquier nacional de un Estado miembro de la UE puede ejercer los Derechos y Libertades fundamentales.

Ahora bien, el asunto más importante que se ha resuelto sobre la libre circulación de trabajadores es el más que conocido *Bosman* por haber supuesto una evolución en la aplicación de la libertad de circulación no solo a la actividad deportiva sino también a todas las actividades desarrolladas en Europa. En cuanto al deporte, lo económico y la organización del mercado dejaron de ser los únicos intereses. Concretamente, se

consideró que el artículo 48 TCEE era aplicable porque el deporte en general es una actividad económica, las normas sobre transferencias afectaban al jugador, y el conflicto no se limitaba a un solo Estado miembro. En consecuencia, las reglas que organizan el deporte han de respetar siempre el Derecho europeo. De ahí que el TJUE sentenciara que no respetaba la prohibición de discriminaciones del artículo 48 TCEE una norma de un organismo deportivo que dispusiera que para otro club de otro Estado miembro solo puede trabajar un deportista profesional de otro Estado miembro, al finalizar su contrato, si aquél abona la correspondiente compensación. Además, al precisar que estaban prohibidas las discriminaciones a los trabajadores por cualquier motivo para que la libertad de circulación no tuviera obstáculos, concluyó que se ha de rechazar todo trato desfavorable en las actividades realizadas en otro Estado miembro como eran, precisamente, las restricciones expuestas que se sufrían al elegir la profesión de jugador profesional consistentes en traspasos al extranjero más gravosos que los internos, una compensación mayor para los traspasos al extranjero, y la exigencia de un certificado de transferencia solo en los traspasos al extranjero. De este modo, las normas sobre transferencias solo son justificables si benefician al interés general y son proporcionadas con su finalidad. En suma, se concluye que el traspaso de un jugador europeo dentro de la UE no puede depender del pago de compensación alguna al finalizar su contrato. Por último, respecto a las cláusulas de nacionalidad el TJUE llegó a idéntica conclusión, esto es, que limitar el número de jugadores profesionales de otros Estados miembros que los clubes pueden alinear viola el artículo 48 TCEE por ser una discriminación por nacionalidad.

Otras importantes Sentencias posteriores del TJUE sobre la libre circulación fueron la del asunto *Lehtonen* que deliberó que una norma que proscribía a un club alinear a un jugador profesional de otro Estado miembro si ha sido transferido tras una fecha que es anterior a la de los jugadores profesionales de terceros Estados no cabe calificarla acorde con el Derecho europeo. La del asunto *Kolpak* que negó la legalidad de una norma que limitaba el número a alinear de jugadores de Estados ajenos a la UE. Y las de los asuntos *Simuntekov* y *Nihat Kahveci* con las se dio fin a las desigualdades laborales porque la norma no se ajustaba a Derecho al limitar el número de jugadores.

Por su parte, se finalizó el **Capítulo I** analizando la libre prestación de servicios

de la UE y su relación con el Derecho del deporte. Tras los asuntos *Deliège*, se ha aprendido que cuando el Derecho comunitario de la competencia se aplica al deporte la expuesta aplicación de las Libertades fundamentales al deporte se matiza. Destacaron los asuntos *Wouters*, *Laurent Piau* y *Meca y Majcen* concluyéndose que ha de modularse la aplicación de las normas de competencia al deporte si es una actividad económica, que dichas normas pueden aplicarse a una actividad solo deportiva si le es aplicable el artículo 81.1 TCEE, y que, si la aplicación de éste precepto no se analiza, para saber si una norma limitadora de la competencia puede beneficiarse con la exoneración se ha de comprobar el cumplimiento de los requisitos del artículo 81.3 TCEE.

Para terminar, con el estudio de la libertad de circulación de trabajadores y de prestación de servicios, se ha de reiterar la crucial conclusión alcanzada de que si bien el deporte tiene una especificidad propia, no es algo único sino que ocurre en otros sectores trascendentales. Y, por eso mismo, no es aceptable tanto que el ordenamiento jurídico se puede soslayar conculcando incluso Derechos fundamentales, como aplicarlo sin atender a la mentada especificidad. Ésta solo se justifica y es aceptable si el respeto del mentado ordenamiento jurídico garantiza la situación más beneficiosa posible, lo cual en la UE se traduce en que el deporte pueda cumplir las funciones educativa, de mejora la salud pública, social, lúdica y cultural. Junto a ello, es necesario prestar más atención a la proclamación de la especificidad por parte de la élite deportiva debido a que hay razones para sospechar que el deporte no se está practicando de buena fe.

#### IV.

El **Capítulo II** es fundamental para lograr el objetivo de que el deporte sea un instrumento esencial para el pleno desarrollo humano de los menores.

Por una parte, se ha comenzando analizando el crucial concepto de interés superior del menor abordando su previsión en diversos textos normativos. La primera conclusión a este respecto es que es la CDN el texto normativo más relevante que lo prevé (artículo 3.1). Pero la realidad en España no es satisfactoria por confundirse su

significado al traducir erróneamente “*best interests of the child*” como “*interés superior del menor*” (no “mejor”), de modo que se entiende primordial o fundamental, y no primario o con prioridad. Así, en España los menores no se ven adecuadamente protegidos al quedar anulados los otros intereses y derechos de las demás partes. Además, las confusiones han aumentado al haberse previsto en la legislación estatal (artículo 2 LOPJM) del mismo modo incorrecto que ha sido señalado. Esta situación es muy grave por ser muy probable que el interés del menor no se aplique para evitar resultados sin sentido. Pero para que la protección de los menores en España sea satisfactoria también se ha de tener en cuenta la conclusión de que el término “bienestar” del artículo 3.2 CDN complementa el interés del menor; son inseparables. El bienestar es un resultado medible para los objetivos, de ahí que obligue a acciones pasivas y activas. En suma, garantiza que el Estado y demás instituciones van a proteger a los menores íntegra y plenamente.

## V.

Siguiendo con el análisis del concepto de interés superior del menor, como quiera que la finalidad de su indeterminación es adecuarse a las circunstancias de cada menor se ha aprendido y concluido que hay que saber delimitarlo. Así, para empezar, hay que conocer sus tres dimensiones. La primera es un derecho sustantivo y, por ello, el interés superior se ha de ponderar con prioridad, es decir, considerando también el resto de los intereses y derechos de las otras personas que son partes. Solo así cumple su función de promover los derechos del niño de la CDN; es un principio para que las acciones beneficien a los menores. Además, se concluye que los menores pueden ejercer sus derechos como menores (no como adultos), lo cual supone que pueden participar en los procedimientos de reclamación de la responsabilidad civil extracontractual. La segunda dimensión es un principio jurídico interpretativo con el que tanto una previsión normativa se ha de interpretar del modo más favorable al interés superior del menor, como se pueden corregir las previsiones normativas hasta incluso inaplicarse. Y la última dimensión es una norma de procedimiento para garantizar que las decisiones satisfagan el interés superior y, por eso, antes se han de analizar los efectos posibles y respetar las garantías procesales. Así, el mentado interés es un “bien constitucional” y



un “principio de orden público”.

Continuando la delimitación, que sea una consideración primordial no significa que sea superior y exclusivo sino que precisamente permite la crucial ponderación equilibrada con los intereses y derechos de las demás partes. Por eso entra en juego su insoslayable flexibilidad para adecuarse a las circunstancias de cada menor. Eso sí, el peso del interés en dicha ponderación no es igual; en las decisiones directas obliga a buscar la decisión más beneficiosa y, en cambio, en las indirectas basta con la mejor solución posible.

Para terminar la delimitación, se concluye que la imprecisión no debe perturbar el logro de la mejor solución; que son importantes los debates razonados para que se valoren los efectos de las normas sobre los menores; que es ineludible que la sociedad vigile el buen estado de los menores; que las decisiones no pueden ser arbitrarias; que el coste económico ha de ser justo; y que el procedimiento de evaluación ha de ser objetivo, transparente y con garantías procesales.

## VI.

Para finalizar el análisis del concepto de interés superior del menor, tras su delimitación, se ha estudiado su adecuada apreciación para implementarlo correctamente llegándose a importantes conclusiones. Así, la perspectiva adecuada es la de los menores porque, al ser capaces de decidir su vida, se han de atender sus motivaciones y su futuro, y además evita la discriminación de las minorías. También se concluye que la autonomía de los menores para sus decisiones es apropiada cuando no les perjudica. Por eso está justificado que la autonomía se limite por su poca edad y cuando se necesite para ser mayor al llegar a adultos. Por lo demás, atender a las circunstancias concretas de cada menor es imprescindible, resultando clave la ya mencionada flexibilidad. Así, el interés superior de cada menor es muy concreto, diferente en cada caso y variable. Por último, se ha concluido que el interés superior se ha apreciado correctamente en el caso de que despliegue la función decisiva de tratar de lograr la máxima estabilidad posible del menor. Una precisión final fundamental del

concepto es que se ha de respetar en todo conflicto en que haya menores; también en los deportivos en los que hay en juego valores cruciales.

## VII.

Por otra parte, en el **Capítulo II** también se ha estudiado la otra cuestión fundamental y pieza clave de toda la Tesis Doctoral que es la responsabilidad civil extracontractual para reparar, sancionar y prevenir los daños que los menores sufren al practicar deporte como consecuencia de conductas que conculcan sus Derechos fundamentales.

Los textos normativos aplicables en el presente estudio y, por ello, analizados para dilucidar si dicha responsabilidad es satisfactoria y acorde con el interés superior del menor son el Reglamento Roma II (excepto las reglas especiales) y el artículo 10.9 CC. Eso sí, no son prescindibles tampoco las leyes de policía, las previsiones sobre el orden público y la exclusión del reenvío.

Como se ha aprendido, el Reglamento Roma II consagra una regulación de la ley aplicable a la responsabilidad por daños uniforme en toda Europa; alcanza a las obligaciones extracontractuales civiles y mercantiles, salvo las materias excluidas en su artículo 1.2 donde se encuentra la difamación; y es universal aplicándose aunque la ley designada sea la de un Estado no miembro y no existan vínculos con la UE. En cuanto a las reglas de conflicto, la primera es la común de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 14.1 pudiendo elegir la ley a aplicar, y siempre que se respeten las reservas. Si no han elegido ley, entra en juego la regla general prevista en el artículo 4 del Reglamento Roma II consistente en, primero, la ley de la residencia habitual común entre las partes y, en su defecto, la *lex loci damni* o ley del lugar donde el daño ha ocurrido. Ahora bien, para los escasos casos en que no existe la mentada residencia, el lugar del daño es fortuito y la relación con otro Estado es manifiesta, entra en juego directamente la cláusula de escape y se aplica la ley de dicho Estado.

En cuanto al artículo 10.9 CC, conviene reiterar en estas conclusiones que pese a

que su aplicación se ha visto claramente reducida como consecuencia del Reglamento Roma II, su apartado primero aún se ha de aplicar a aquellas cuestiones a que no alcanza dicho Reglamento ni demás textos normativos. Entre ellas se encuentran los daños a la intimidad y a los derechos de la personalidad, esto es, se ha de tener muy en cuenta en nuestro estudio por ser donde se incardina el delito de difamación. Pues bien, por ello se ha de agregar que el criterio de dicho apartado primero es la *lex loci damni* o ley del Estado donde ha acontecido el hecho dañoso. Pero para evitar que las diversas interpretaciones al respecto nos hagan caer en confusiones con nocivas consecuencias, se concluye que conviene interpretar el precepto al igual que el Reglamento Roma II, esto es, que se está ante la *lex loci damni* o ley del lugar del daño, y no del lugar del acto causal. Un criterio que, por lo demás, se caracteriza por su muy escasa flexibilidad.

### VIII.

Evidentemente, para realizar la dilucidación de si a día de hoy la responsabilidad civil extracontractual es o no satisfactoria, también ha sido necesario conocer antes tanto las conductas más nocivas que los menores deportistas sufren como los daños o las conculcaciones de sus Derechos fundamentales que causan.

En cuanto a las conductas, consisten, en primer lugar, en las que se producen en el desarrollo de la actividad deportiva más allá de los contratos (no son infracciones del Derecho laboral) dañando gravemente o incluso erradicando los decisivos primeros años de vida de los menores. En efecto, se les priva de su infancia, adolescencia, familia, otras relaciones próximas, de una formación educativa y hasta de su futuro y, por ende, de su integral desarrollo humano. Y ello ocurre tanto cuando el deporte se practica profesionalmente como cuando no, siendo éste caso más numeroso.

En segundo lugar, encontramos los delitos de trata y los de índole sexual, los cuales, además de ser los más graves que hemos estudiado, se caracterizan porque, por un lado, el Derecho internacional privado los regula de manera diferente teniendo que acudir al artículo del Reglamento Roma II relativo a la responsabilidad civil cuasidelictual y, por otro lado y a su vez, también el CP los prevé pero no

específicamente. En cuanto al delito de trata, se perpetra una modalidad concreta como son las transferencias ilícitas en las que la internacionalidad es manifiesta por la movilidad de los menores y con las que éstos están expuestos a un trato peor. Y, sin duda, al ser el enriquecimiento económico el único objetivo, es una especie de esclavitud que atenta gravemente contra todos los valores del deporte. Por su parte, los delitos de índole sexual son una de las mayores lacras existentes en el deporte, tanto por su frecuencia como por causar efectos físicos y psicológicos que merman el desarrollo humano e integridad de los menores. Y pese a que lo más habitual es que el perpetrador sea el entrenador, los responsables pueden ser muy variados. Por eso, y porque los menores o no son conscientes o temen no ser creídos, se les ha de prestar una atención considerable; por ejemplo, aplicando textos normativos, protocolos, controles, códigos de conducta, y programas y órganos de cumplimiento.

Y, en tercer lugar, encontramos el delito de difamación y la violencia física que le suele acompañar. La difamación se diferencia en que recibe un trato diferente al solo estar regulado por el CP debido a su exclusión del Reglamento Roma II y, por ello, son distintas las normas de responsabilidad civil extracontractual aplicables a los daños causados. En cuanto a la conducta, también es sufrida frecuentemente por los menores. Y tiene distintos perpetradores: los padres y/o el público en los campos de juego, y/o los trabajadores de los medios de comunicación. Por eso, para concretar correctamente la responsabilidad correspondiente antes hay que determinar quién es el responsable entre los varios posibles.

## IX.

Además de las conductas descritas, también se ha observado que es imprescindible conocer en qué consisten los daños extracontractuales que acarrear, es decir, qué Derechos fundamentales ven los menores conculcados. Sin ello no solo no podemos dilucidar si la legislación sobre responsabilidad civil extracontractual en vigor es satisfactoria, sino que tampoco podemos fundamentar la reclamación.

Muy sucintamente, las conclusiones más relevantes al respecto son las siguientes.

Se pueden diferenciar dos modalidades de daños. Por una parte, los que tienen lugar con la perpetración de cada una de las conductas sin excepción y son: los derechos a la educación, vida, salud, trabajo, desarrollo, descanso y actividades apropiadas, interés superior del menor y medidas adecuadas de los Estados, igualdad, dignidad, fraternidad y libertad, seguridad, honra y reputación, reunión y asociación, un orden que asegure los derechos, orden público, moral y bienestar, adecuada administración de justicia, infancia, adolescencia y otras relaciones cercanas. Por otra parte, los daños específicos al ser fruto de solo una o algunas conductas: en el delito de trata, los derechos a no ser víctima de la misma, a no sufrir malos tratos, ni servidumbre, ni esclavitud, a ningún trabajo forzado, a no ser discriminado y a vivir con los progenitores; en los delitos sexuales, los derechos a no sufrir explotación ni abuso de dicha índole, a medidas de los Estados y a la libertad e indemnidad sexuales; en la difamación y/o violencia física, los derechos respecto a los padres, al nombre y a la información; y en los delitos de trata, sexuales, difamación y violencia física, el derecho a expresar las opiniones y a que se atiendan.

## X.

Una vez expuestas las conductas y los daños que causan, se llegó a una parte fundamental del estudio donde se aplicaron las previsiones normativas sobre la responsabilidad civil extracontractual no descartadas a los daños indicados de los casos que nos interesan (menores deportistas llegados a España procedentes, sobre todo, de África e Hispanoamérica y Asia por presumirse que su legislación sobre menores es insatisfactoria) para saber si en la actualidad todo menor está satisfactoriamente reparado y prevenido, y los responsables sancionados. Con ello se ha llegado a la clara conclusión de que no es nada aceptable la justicia material subyacente de algunos criterios en varios casos. A continuación se concreta y desarrolla dicha conclusión.

En cuanto a los daños extracontractuales que advienen por la práctica del deporte, se ha concluido que la legislación es insatisfactoria, por un lado, por indicar como aplicable la ley deficiente del Estado del menor cuando la residencia habitual común existe en dicho Estado por realizar el menor el deporte de manera aficionada y por tener

los responsables de la conducta también en ese Estado una sucursal, agencia o establecimiento. Y, por otro lado, cuando la *lex loci damni* es la de ese Estado por hacer el menor deporte no profesional y forzadamente.

Por lo que a los daños derivados del delito de trata atañe, se han detectado graves defectos en la legislación vigente, por un lado, por señalar también como aplicable la ley del Estado del menor cuando la residencia habitual común concurra en el mismo por desplegar los responsables allí su actividad principal (en estos casos la residencia del menor será siempre la de su Estado por no existir la libertad). Y, por otro lado, cuando la *lex loci damni* es la de dicho Estado por no concurrir la residencia habitual común al tener los responsables la suya en España.

Respecto a los daños causados por los delitos de índole sexual, es plenamente insatisfactoria la regulación actual cuando, perpetrado en España, la ley elegida por las partes no protege al menor; cuando, por no haber elegido ley y no concurrir la residencia habitual común por practicar el menor el deporte de manera aficionada, la *lex loci damni* es la del Estado del menor por haber sido forzado a ser trasladado a España; y cuando el delito no ha sido perpetrado en España sino en el Estado de origen desde que el menor decidió libremente trasladarse pero antes de la fecha del traslado. Por lo demás, las mismas conclusiones se han extraído respecto a la violencia física que suele acompañar al delito de difamación.

Para terminar, a los daños provocados por el referido delito de difamación no es aplicable el Reglamento Roma II por excluirlo, sino el artículo 10.9 CC que consagra la *lex loci damni*. Junto a ello se ha de tener en cuenta la diversidad de los responsables. Así, si son los padres y/o demás integrantes del público dicho precepto es insatisfactorio cuando la ley a aplicar es la del Estado del menor por haber sido éste traído a España contra su voluntad o prescindiendo de ella. Si son los medios de comunicación, tampoco es satisfactoria en la misma situación, esto es, cuando el menor hace deporte forzadamente.

En definitiva, se ha observado que las graves deficiencias de la legislación vigente sobre responsabilidad civil extracontractual tienen lugar cuando se ha de aplicar la ley

del Estado de origen del menor por concurrir en él la residencia habitual de las partes o la *lex loci damni*.

## XI.

Las últimas conclusiones del **Capítulo II** han de versar necesariamente sobre las propuestas ideadas para erradicar las deficiencias detectadas y, con ello, que los menores puedan desarrollarse plenamente gracias al deporte como exige su interés superior.

Así, sino se pueden interpretar las citadas previsiones normativas de tal forma que reparen, sancionen y prevengan, se ha de modificar la legislación vigente para que así sea. Y es que el interés superior del menor y la defensa de los Derechos fundamentales que implica ha de subyacer bajo todo criterio.

De este modo, la primera propuesta es aplicar los dos indicados criterios de la regla general, residencia habitual común y *lex loci damni*, pero conteniendo principios y valores adicionales como, por ejemplo, los que el deporte tiene y, sobre todo, el interés superior del menor, los cuales se agregarían a los ya existentes de proximidad y previsibilidad. Con ello la ley indicada sería otra satisfactoria; entre ellas, la española parece la más adecuada por su gran vinculación con el caso. La segunda propuesta consiste en aplicar la norma más favorable a los menores en tanto que parte débil, al igual que se hace en los ámbitos laboral y de consumo respetándose más los Derechos fundamentales. También aquí la ley española resultaría muy adecuada. La tercera propuesta es la de crear una nueva regla especial que se añada a las que ya contempla el Reglamento Roma II o una nueva Directiva que se ocupe directamente de estos casos para que tengan en cuenta las particularidades de los menores y el deporte. Una cuarta y última propuesta es la de atender al Derecho comparado pues en en varios Estados de la UE la víctima puede elegir la ley más beneficiosa, que en nuestro caso sería seguramente la española.

## XII.

En cuanto al **Capítulo III**, igualmente se han alcanzado varias conclusiones trascendentales. Dejando a un lado ahora las diversas explicaciones de dicho capítulo que se ocupa sobre el TAD/CAS/TAS por versar este apartado sobre las conclusiones, a continuación se ha de subrayar lo más determinante.

Por un lado, era necesario dilucidar si la responsabilidad civil extracontractual perteneciente a los menores por los graves daños sufridos y causados por las conductas constituye una materia arbitrable o no. Al respecto, ha sido ineludible analizar la competencia de la institución arbitral tanto de manera general como de manera particular en el arbitraje deportivo, luego concretado en el TAD/CAS/TAS.

Con el análisis general se apreció que la autonomía de la voluntad predomina cuando concurren intereses económicos y que la arbitrabilidad de las materias patrimoniales ha de verse favorecida; que una materia es arbitrable cuando la pretensión solicitada depende de las partes; que la responsabilidad civil extracontractual es arbitrable debido a que el resarcimiento de daños constituye un aspecto declarativo derivado de la ejecución; que también es arbitrable la mentada responsabilidad que se deriva de los delitos; que son arbitrables todas las materias civiles que no sean las concernientes al estado civil de las personas; y que no es arbitrable un conflicto de un menor sin representante legal, sino que ha de intervenir el Ministerio Fiscal si la materia es arbitrable.

Pero, tras el expuesto trascendental análisis general, era necesario realizar un análisis particular de la competencia del arbitraje deportivo. En España, se puede resolver mediante arbitraje deportivo cualquier conflicto jurídico-deportivo que, por un lado, verse sobre reglas aplicadas que estén al margen de la ley del deporte, de las regulaciones de desarrollo y, por otro lado, que involucre o pueda involucrar a las diversas personas y organismos participante del deporte. Además, la responsabilidad civil extracontractual no está excluida del arbitraje por la legislación española, entre la cual está la nueva Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco. Por su parte, a nivel internacional era necesario conocer las competencias



del relevante TAD/CAS/TAS, concluyéndose que puede resolver todo conflicto deportivo privado siempre que exista cláusula arbitral; que están legitimados para pretender un arbitraje quién sea aludido en el contrato de las partes y cualquier persona con intereses en el conflicto; y que pueden ser conocidos casi todos los casos relacionados con el deporte.

En conclusión, con carácter general, son arbitrables ante el TAD/CAS/TAS todos los conflictos en que un menor solicite recibir la responsabilidad civil extracontractual a que tiene derecho por las graves conductas y daños sufridos que se han estudiado.

### XIII.

Por otro lado, la otra exposición determinante del **Capítulo III** se centró en todas las cuestiones del TAD/CAS/TAS a las que se ha de prestar una especial atención por su sensibilidad o trascendencia respecto de los menores y que son, por lo mismo, las que nos posibilitan ver claramente si dicha institución arbitral es idónea para los menores, los defectos que en este sentido tenga y qué tipo de soluciones o medidas hay que adoptar para que todo menor cuente con el deporte como un genial medio de desarrolle humanamente. En otras palabras, por mucho que la responsabilidad civil extracontractual sea arbitrable, si la presencia de dichas cuestiones en el TAD/CAS/TAS no son satisfactorias, entonces esta institución no es apropiada para los menores y se han de realizar las modificaciones oportunas para que lo sea y, en consecuencia, el deporte no se vea mermado.

A este respecto, como ahora solo se trata de resaltar lo más sustancial, si con el **Capítulo III** conocimos las referidas cuestiones, fue en el **Capítulo IV** donde se realizó el balance de su idoneidad. Y como quiera que dicho balance ha incluido también comprobar si la representación legal y la asistencia del menor con solo su tutor en el TAD/CAS/TAS es suficiente, o si no lo es por prescindir incomprensiblemente de un órgano fundamental en los órganos jurisdiccionales estatales como es el Ministerio Fiscal o un sustituto del mismo, es por lo que dicho **Capítulo IV** se comenzó exponiendo ambas figuras. Pero antes de reiterar lo más destacable de las dos, conviene

recordar que el artículo 7.2 LEC dispone que los menores que no están incapacitados han de comparecer con la representación, asistencia o autorización que la ley exija.

En cuanto al tutor, las conclusiones más relevantes son que casi siempre representa al menor y vela por su interés; que son los padres, o entrará en juego la tutela o el defensor judicial; y que sin autorización judicial puede actuar por el menor demandado. Por su parte, el Ministerio Fiscal en los órganos jurisdiccionales desarrolla una labor de primer orden. En efecto, defiende los Derechos fundamentales de los menores; concreta el interés superior del menor para luego defenderlo e implementarlo; tiene en cuenta las circunstancias y la opinión de cada menor para lograr soluciones apropiadas; tiene como punto de referencia la educación; palia las deficiencias de los padres y de las administraciones; ejercita la acción civil para que la víctima del delito sea indemnizada y es parte en la pieza separada de responsabilidad civil; participa en las diversas fases de los procedimientos; promueve y adopta pruebas, diligencias y medidas; y realiza documentos y solicitudes,. Asimismo, también se caracteriza por el modo en que realiza sus funciones: en vía de dictamen, es tanto dictaminador como vigilante y, por ende, destaca la labor que le corresponde de elaborar y/o solicitar informes. Así, vigila los principios de orden público y el juez observa la realidad mejor. Un buen ejemplo son los informes que solicita sobre la situación educativa de un menor.

#### **XIV.**

En cuanto al balance de todas las cuestiones fundamentales a considerar cuando hay menores, lo cual ha incluido la comprobación de la presencia del tutor y del Ministerio Fiscal o su sustituto, se ha llegado a las siguientes conclusiones.

En general, respecto a las ventajas del TAD/CAS/TAS, la mayoría de ellas siguen existiendo cuando los conflictos afectan a menores. En efecto, es lo que ocurre con la celeridad siempre que no acarree perjuicios, con la capacidad de resolver conflictos internacionales en cualquier ámbito del Derecho, con la seguridad jurídica derivada de interpretaciones uniformes y estables, con la confidencialidad, y con el bajo coste. Pero hay que poner una atención máxima en otras cuestiones del TAD/CAS/TAS como son la

elección del Derecho aplicable y de los árbitros, las cuales dejan de ser ventajas cuando hay menores que no están debidamente asistidos.

Por su parte, las desventajas son claramente más desfavorables cuando hay menores. En concreto, se está haciendo referencia a la falta tanto de independencia e imparcialidad como de las muy diversas garantías procedimentales (tutela judicial efectiva, medios de prueba, presunción de inocencia, recursos eficaces, etcétera). Al respecto, se concluye que no se estará haciendo justicia hasta que se subsanen, lo cual corresponde al propio TAD/CAS/TAS adoptar las medidas oportunas y/o modificar su estructura.

Un balance también bastante desfavorable se ha observado en el grado en que el TAD/CAS/TAS aplica los Derechos fundamentales. Los defectos son muchos, pero ahora solo podemos resaltar que solo algunos textos normativos internacionales son interpretados; que las garantías se aplican de forma indirecta por analogía; que los laudos solo indirectamente están vinculados con los Derechos; y que éstos se restringen para lograr determinados objetivos. La conclusión es clarísima: si todo lo anterior no se subsana dando a los Derechos fundamentales mucha más importancia como merecen, el mentado Tribunal arbitral jamás será adecuado para nadie.

El balance llegó a su final al analizar las cuestiones de los procedimientos arbitrales que resultan decisivos respecto de los menores y, al igual que en las anteriores, se ha realizado la comprobación de si basta con la asistencia del tutor o si es necesario que intervenga otro órgano como es el Ministerio Fiscal o su sustituto. Y la verdad es que también se han identificado multitud de aspectos que son insatisfactorios, uno de los cuales es precisamente la ausencia del citado órgano. Es imposible mencionar todos los aspectos. Pero sí se pueden citar unos ejemplos de los pormenores de los procedimientos en que es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal o de su sustituto: celebrar el convenio arbitral o las cláusulas; cumplir los plazos; rellenar los documentos; conocer y cumplir los requisitos; saber qué beneficia y perjudica; participar realmente; no perder el control; presentar o contestar bien a la demanda; celebrar acuerdos con la otra parte; saber qué árbitro beneficia más escoger; apreciar si interesa contestar, cuando y qué, la participación de terceros, los arbitrajes multipartitos,

y el *amicus curiae*; presentar las pruebas apropiadas; elegir bien o comprobar la satisfacción del Derecho aplicable al fondo; defensa en la posible audiencia; conocer los recursos; etcétera. En definitiva, respecto a estas cuestiones en particular, si el menor no está debidamente representado legalmente y asistido mediante las dos figuras del tutor y del Ministerio Fiscal o su sustituto, entonces en los procedimientos está totalmente expuesto a muchos daños.

Y, como no puede ser de otra manera, la misma conclusión se alcanza respecto a la participación de las dos figuras en las demás cuestiones anteriores. Así, en general por lo que atañe a todas las cuestiones evaluadas en el balance, a día de hoy la presencia del Ministerio Fiscal o su sustituto en el TAD/CAS/TAS no es satisfactoria y, por ello, el menor no está debidamente asistido. No basta solo con el tutor en absoluto. Y como quiera que el Ministerio Fiscal es un órgano trascendental e imprescindible en el desarrollo de los procedimientos jurisdiccionales, resulta incomprensible que en el TAD/CAS/TAS no esté suplido adecuadamente.

Así pues, el resultado del balance total del TAD/CAS/TAS es bastante negativo porque tiene muchos y grandes defectos en las diversas cuestiones en general, así como porque prescinde del referido Ministerio Fiscal o su sustituto en particular. Y, por ende, se concluye que no es idóneo para los menores deportistas. Y no lo será hasta que no se subsanen todos los defectos. En este sentido, dicho análisis también nos muestra muchos de los cambios que hay que realizar inmediatamente para que todo menor pueda realmente obtener justicia en dicha institución arbitral y pueda desarrollarse gracias al deporte.

## XV.

Ahora bien, no basta con subsanar todas las deficiencias identificadas en el balance y con que el Ministerio Fiscal u órgano sustituto intervenga para que los conflictos deportivos de menores en el TAS/CAS/TAS se resuelvan satisfactoriamente reparando, sancionando y previniendo todos los graves daños que sufran y, en consecuencia el deporte pueda ser realmente un inmejorable instrumento que contribuya

de manera decisiva a que los menores puedan de forma plena desarrollarse humanamente. Es por ello que ha sido necesario exponer otros tres métodos que, al tener en común el objetivo de proteger más y mejor a la parte débil que es el menor, es conveniente que la referida institución arbitral los implemente en gran medida para que sea un verdadero Tribunal Internacional o Mundial del Deporte no solo basado en la libertad y en la alternatividad, sino también capaz de prestar un servicio y protección integral a todos los menores y lograr así las mejores soluciones de sus conflictos.

Así, en primer lugar, son muy satisfactorias las ventajas que proporciona el recientemente creado mecanismo para resolver conflictos deportivos sobre Derechos fundamentales: asegurar el acceso a la justicia deportiva en todo el mundo; respeto de los textos internacionales; la posibilidad de opinión consultiva; consideración de la experiencia acumulada; asesoramiento independiente y especializado; flexibilidad para amoldarse a las circunstancias de cada caso; legitimidad única; listas de personas eminentes; vinculación con otros mecanismos para que queden complementados; poder ser utilizado *ad hoc* o permanentemente; consultas sobre el cumplimiento de los Derechos fundamentales; diversos remedios; laudos vinculantes y ejecutables de acuerdo con el CNY; y las cuatro maneras de utilizarlo, entre las que destaca la que hace del mecanismo un impulsor de reformas. En definitiva, se concluye que es una creación muy beneficiosa que se ha de aprovechar al máximo para alcanzar el tan ansiado objetivo de este estudio.

## XVI.

El segundo método ha consistido en exponer las medidas que se han adoptado en el arbitraje de consumo por ser el paradigma de la protección del débil, debiéndose recalcar que para alcanzar la finalidad que se acaba de indicar también conviene mucho que el TAD/CAS/TAS las tuviera muy en cuenta. Y es que todas ellas coinciden en que son muy satisfactorias para proteger al consumidor al garantizarle, primero, igualdad con la otra parte y, segundo, una resolución de los conflictos justa. De ahí que se considere que también sirven y que son irrenunciables para los menores deportistas.

Se reitera brevemente ahora lo más sustancial de cada medida. La primera consiste en el principio *in dubio pro consumidor* que extrapolado al arbitraje deportivo es *in dubio pro minor*, con el que la parte débil ha de ser favorecida con la interpretación que se haga de los contratos y sus cláusulas. La segunda es la asistencia al consumidor y, en nuestro caso, al menor deportista con un abogado especialista, lo cual no conculca la autonomía de la voluntad. Sería muy conveniente que mediante la asistencia jurídica gratuita se asegurase su presencia, la cual haría que los controles de la jurisdicción estatal no tengan que ser más estrictos y abarcadores que solo los vicios *in procedendo*. La tercera es que el menor reciba una información adecuada (completa, precisa, cierta, comprensible, comprobable, idónea y veraz) por parte de los mucho más fuertes organismos deportivos para no ser manipulado, saber a qué atenerse, participar en la adopción de decisiones, y tener garantizada la igualdad. Y si es necesario para implementarla, los Estados han de intervenir. La cuarta consiste en que el Derecho privado común (el CC) integre los principios y normas básicos de la legislación específica de protección del débil. Con esta vinculación se logran varios beneficios: un nuevo principio referente para la resolución de conflictos; conocimiento de la regulación aplicable; aclaración de los conceptos asegurando seguridad jurídica e interpretaciones adecuadas; y corregir la autonomía de la voluntad para evitar contratos incoherentes con la real voluntad de las partes. La penúltima medida es la coexistencia del Derecho arbitral con la también legislación de protección del débil para que el menor deportista no pierda ni un solo derecho: no se merma la voluntad de las partes para ir al arbitraje, el débil no sufre desamparo y sigue contando con la acción colectiva, la institución arbitral sigue siendo estupenda para el deporte, el débil puede recurrir a instituciones protectoras, y los árbitros reciben una asistencia esencial para resolver los conflictos con justicia. La sexta y última medida es que los árbitros sean especialistas en la materia, que en el caso del TAD/CAS/TAS supone tener amplios y adecuados conocimientos sobre el deporte y los menores.

## XVII.

El tercer y último método hay que ponerlo en relación con la quinta medida del arbitraje de consumo sobre la tesis de la coexistencia del Derecho arbitral y la

legislación de protección de la parte débil. Es por ello que al ser el objeto de protección del presente estudio los menores, se han expuesto dos legislaciones específicas al respecto que demuestran muy bien qué tipo de previsiones, junto a toda la regulación que anteriormente se había estudiado, ha de tener en cuenta el TAD/CAS/TAS si quiere ser apropiado. Y es que, además de no tener sentido, sería de gran gravedad que una institución privada se utilice para soslayar la mejor legislación promulgada por los poderes públicos perdiéndose diversos derechos, en este caso, de los menores. La verdad es que ha de servir para todo lo contrario, es decir, para que dicha legislación sea más eficaz al respetar e implementar su contenido sustancial más rápido.

En cuanto al primer ejemplo, la legislación de la UE es muy relevante por su contenido diverso que se centra en la prioridad, protección y mejora de los Derechos fundamentales de los menores; en evitar su apartamiento y garantizar su participación; en ayudar a menores de colectivos concretos como los de los conflictos armados y los menores extranjeros no acompañados; en acabar con la pena de muerte; y en ofrecer protección en un ámbito particular como es de los novedosos servicios de información y audiovisuales. Ahora bien, en su implementación también se han de evitar sus defectos, es decir, las previsiones han de armonizarse y hay que otorgar al menor toda la importancia que realmente tiene. Por lo que atañe al segundo ejemplo, se concluye que lo más sustancial de las previsiones de tanto la nueva Ley 2/2023, de 30 de marzo, reguladora del deporte en el País Vasco, como de las relevantes intervenciones en los debates sobre el Proyecto de Ley es lo siguiente: respeto de los Derechos fundamentales; implementación correcta del interés superior; perspectiva de la infancia; real participación; adecuada formación de los profesionales para un deporte educativo; espacios deportivos seguros; desarrollo integral; inserción social; adquisición de valores; no mermar la educación; diversas medidas protectoras; atención especializada; salud y bienestar; igualdad; prohibición de conductas perniciosas; actuación inmediata y máxima colaboración; y sanciones y responsabilidades adaptadas a los menores.

Con todo lo dicho se ha llegado al final del estudio realizado en la presente Tesis Doctoral, con la que se aporta una nueva investigación al Derecho deportivo que tiene el objetivo, acompañado de un grande y sincero deseo, de que todos los menores puedan practicar su deporte favorito permitiéndoles desarrollarse humanamente de manera

plena, lo cual implica adquirir y poner en práctica los tan valiosos valores que solo el deporte alberga.



## BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Junco, A. P. (Dir.), M. Gómez Jene, M. Guzmán Zapater, M. Herranz Ballesteros, P. P. Miralles Sangro, E. Pérez Vera y M. Vargas Gómez-Urrutia, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2013.
- Adrián Arnáiz, 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*, nº 16, 1997.
- Alaphilippe, F., «Sport et droit», *Revue juridique et économique du sport*, CNOSF, nº 1, 1987.
- Albert Muñoz, M. A., «Especialidades de los procesos en los que interviene el menor», en VV. AA., *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997.
- Alston, P., «The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child», 91(2) *Bulletin of Human Rights*, nº 1, 1992.
- «Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights», *International Journal of Law and the Family*, nº 1, 1994.
- Álvarez Rubio, J. J., C. Agoués Mendizábal, I. Iruretagoiena Agirrezabalaga y N. Magallón Elósegui, *Difamación y protección de los derechos de la personalidad: ley aplicable en Europa*, Ed. Aranzadi S.A., 2009.
- Bennett Woodhouse, B., «Child Custody in the Age of Children's Rights: The Search for a Just and Workable Standard», *Family Law Quarterly*, vol. 33, nº 3, 1999.
- Bermejo Vera, J., «Comentario de urgencia a la decisión del Tribunal Europeo adoptada en el "Asunto *Bosman*"», *Revista española de derecho deportivo*, nº 5, 1995.
- Bonet Navarro, J., «Hacia una verdadera jurisdicción deportiva», *Justicia*, nº 1, 2020.

- Brena Sesma, I., «Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores», *Actualidad civil*, nº 2, 1993.
- Calvo Cabello, J. L., *Derecho de visita. Teoría y praxis. Discrecionalidad y arbitrariedad en la fijación del derecho y régimen de visitas*, Eunsa, Pamplona, 1982.
- Calvo Caravaca, A. L. y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares S. L., Vol. II, 2016.
- Camps i Povill, A., «Las organizaciones internacionales», en VV. AA., *Manual de la organización institucional del deporte*, Ed. Paidotribo, Barcelona, 1999.
- «La resolución extrajudicial de litigios deportivos en el contexto internacional. El Tribunal Arbitral del Deporte (TAS-CAS)», *Abogacía*, nº 7, 2011.
- Carbonell Benito, G., «El interés del menor: criterios para su concepción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal», en A. Vallés Copeiro del Villar (Coord.), *La protección del menor*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2009.
- Cardenal Carro, M., «La libre circulación de los futbolistas profesionales: diez consideraciones sobre la sentencia del caso *Bosman*», *Aranzadi social*, nº 1, 1996.
- Casero Casas, E., «La aplicabilidad de las normas de derecho comunitario a la actividad deportiva. Algunos ejemplos relevantes», *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, nº 24, 2008.
- Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España*, Ed. Tecnos, 1984.
- "Comité national olympique et sportif français (CNOSF)", *Dictionnaire permanent du droit du sport*, Editions législatives, 1997.
- Dailey, A. C. y L. A. Rosenbury, «The New Law of the Child», *The Yale Law Journal*, vol. 127, nº 6, 2008.

- David, P., *Human rights in youth sport: A critical review of children's rights in competitive sports*, Nueva York, Abingdon, 2005.
- de Bartolomé Cenzano, J. C., «La poliédrica y heterogénea protección internacional de los menores», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 4, 2013.
- de Couto Gálvez, R. M., «3. Las instituciones civiles de protección: patria potestad, tutela, curatela y guarda de hecho», en VV. AA. (Coord. C. Martínez García), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- de Dios Crespo Pérez, J., «El «caso *Bosman*»: sus consecuencias», *Revista general de derecho*, nº 622–623, 1996.
- del Moral García, A., «Derechos Humanos, menores y Ministerio Fiscal», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 6, 2005.
- Díez Riaza, S., «El derecho del menor a ser oído en el proceso», en VV. AA. (Coord. C. Martínez García), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- Dolz Lago, M. J., «La intervención del Fiscal en materia de menores», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 18, 2005.
- Dudognon, Ch., «Fédération sportive internationale», *Dictionnaire juridique du sport*, Dalloz, 1990.
- Dupont, J. L., «Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso *Bosman* (Comentario a la Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, as. C-415/93)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, nº 2, 1996.

Eekelaar, J., *Regulating Divorce*, Clarendon Press, Alderley, 1991.

- «The Interests of The Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism», *International Journal of Law and the Family*, nº 8, 1994.
- «The Role of the Best Interests Principle in Decision Affecting Children and Decisions about Children», *International Journal of Children's Rights*, nº 23, 2015.
- «Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children», en E. E. Sutherland y L. A. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016.
- *Family Law and Personal Life*, 2º Ed., Oxford University Press, 2017.

Escaler Bascompte, R., «Sobre la necesaria intervención del abogado en los arbitrajes de consumo y su incidencia en el alcance del control judicial de oficio», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 56, 2022.

Esplugues Mota, C., G. Palao Moreno y J. L. Iglesias Buhigues, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2022.

Ferguson, L., «Not merely rights for children but children's rights: The theory gap and the assumption of the importance of children's rights», *International Journal of Children's Rights*, 2013.

Fernández Pérez, A., «Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2018.

Fernández Ramírez, M., «Hacia una consolidación del concepto de libre circulación de trabajadores comunitarios. Notas a la sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995. Caso *Bosman*.», *Actualidad laboral*, nº 2, 1996.

Fernández Rozas J. C. y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Aranzadi S. A. U., 2020.

- Fischer-Lescano, A. y G. Teubner, «Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004.
- Foster, K., «Is There a Global Sports Law?», *Entertainment Law*, vol. 2, nº 1, 2003.
- Gamero Casado, E., *Fundamentos de Derecho deportivo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- García Caba, M. M., *Módulo III. Las asociaciones deportivas privadas*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013.
- García Montes, A., «Ventajas y desventajas del sistema judicial y del sistema arbitral para resolver conflictos deportivos. El caso del Tribunal Arbitral de Baloncesto (BAT)», en M. Marcos Cardona y V. Selma Penalva (Dirs.) y N. Miras Marín (Coord.), *Derecho del deporte y del entretenimiento*, Editorial Aranzadi S.A.U., 2020.
- García Rubio, M. P., «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? What is and what is the interest of the minor?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, agosto 2020.
- Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho internacional privado*, Ed. Aranzadi S.A.U., 2017.
- George, R., «Children in Cross-Border Situations», en J. Eekelaar y R. George (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Londres, 2014.
- Gete-Alonso Calera, M. C., «Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2005.
- Gilmore, S. y L. Glennon, *Family Law*, 6ª de, Oxford, 2018.
- Giugni, «Relazione di sintesi», *Diritto del Lavoro*, 1988.

Gómez Padilla, I. M., «El delito de trata de seres humanos, con especial referencia a los menores deportistas», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.), *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2020.

González de Cossío, F., «Arbitraje y protección al consumidor: ¿*tertium non datur*?». Se puede acceder con el siguiente enlace: <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20CONSUMIDOR.pdf>

González García, S. y F. Ross, *Derecho del deporte global*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2022.

Hans-Jörg, A., «Violencia y deporte. Fenomenología, explicación y prevención», *Revista Penal*, nº 7, 2001.

Herranz Ballesteros, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Ed. Lex Nova, 2004.

Herring, J., *Family Law*, 9th. Ed., Pearson, 2019.

Hontangas Carrascosa, J., «¿La eficacia de las leyes ante la igualdad de género en el deporte? Un estudio de Derecho autonómico comparado», en A. Millán Garrido y D. Ruano Delgado (Coords.), *Género y deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, Reus, Madrid, 2019.

Huete Noguerras, J. J., «Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal», en M. V. Mayor del Hoyo (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Iboleón Salmerón, B. y G. García-Villanova Zurita, «Una aproximación jurídica al estudio del principio del “*in dubio pro consumidor*”», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14, 2014.

- Jones, K. L., «Women's national leagues: does CEDAW go far enough?», *International Sports Law Journal*, nº 1, 2013.
- Jouannet, E., «¿De qué sirve el Derecho internacional? El Derecho internacional providencia del siglo XXI», *Revista de Derecho Público*, nº 27, 2011.
- Karaquillo, J. P., «Droit international du sport», *RCADI*, nº 309, 2004.
- Kidd, B. y P. Donnelly, «Human Rights in Sports», *International Review for the Sociology of Sport*, vol. 35, nº 2, 2000.
- Kilkelly, U., «The Best Interests of the Child: a Gateway to Children's Rights», en E. E. Sutherland y L. A. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016.
- Kirchschlaeger, P. G., «Sports and Human Rights from an Ethical Perspective: The Relevance of Human Rights for Sports», en Ch. Akrivopoulou (ed.), *Defending Human Rights and Democracy in the Era of Globalization*, Hershey, IGI Global, Hershey, 2017.
- Landaberea Unzueta, J. A., «Introducción al ordenamiento jurídico-deportivo», en VV. AA., *Manual de la organización institucional del deporte*, Ed. Paidotribo, Barcelona, 1999.
- Lenti, L., «Note critique in tema di interesse del minore», *Rivista di diritto civile*, 2016.
- Liébana Ortiz, J. R., *Justicia deportiva internacional. El procedimiento ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2021.
- López Martínez, R. y J. L. Fernández Fernández, «Los órganos de cumplimiento de las entidades deportivas y la prevención de los delitos sexuales cometidos sobre el menor de edad», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.) *Régimen*

*jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S. A., Madrid, 2020.

Marroquín Romera C. e I. Muñoz Zamorano, «La protección de los menores en el fútbol: un enfoque desde el Derecho penal y la criminología», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.) *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S. A., Madrid, 2020.

Mnooking, R., «Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy», 39 *Law and Contemporary Problems*, 1976.

Momberg Uribe, R., «Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el Derecho privado», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, nº 2, 2015.

Montero Aroca, J., *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Ed. Civitas, Madrid, 1990.

- Y C. Esplugues Mota, «Materias objeto de arbitraje», en VV. AA. (Coord. S. Barona Vilar), *Comentarios a la Ley de arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2011.

- «Las materias de libre disposición en el arbitraje y la mediación», en V. Pardo Iranzo (Coord.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Montesinos García, A., «Supuestos en los que se puede acudir al arbitraje», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 3, 2008.

Moreno Trujillo, E., «Actuaciones de protección del menor», en VV. AA., *Protección jurídica del menor*, Ed. Comares, Granada, 1997.

Moro, A. C., *Manuale di diritto minorile*, 4ª ed., L. FADIGA, Bologna, 2008.

Palomar Olmeda, A., *Módulo I. El marco jurídico internacional y nacional del deporte*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013.



- Pantoja García, F., «El fiscal como defensor del menor», *Educadores: Revista de renovación pedagógica*, nº 193–194, 2000.
- Parra Lucán, M. A., «Minoría de edad», en M. C. Gete-Alonso (Dir.) y J. Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, t. I, 2013.
- Parrish, R., «Lex sportiva and EU Sports Law», *European Law Review*, vol. 37, nº 6, 2012.
- Pedrajas Quiles, P. y G. Sala Galvañ, *Módulo IX. La fiscalidad del deporte*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013.
- Pérez González C., «El proceso de ratificación de la Constitución Europea: consecuencias en el plano de las relaciones entre el derecho comunitario y el deporte», *Revista Aranzadi de Derecho de deporte y entretenimiento*, nº 15, 2005.
- «¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional *in statu nascendi*», *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, nº 1, 2017.
- Rigaux, F., «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé», *RCADI*, nº 213, 1989.
- Romero Matute, Y., *Régimen jurídico del deporte en el Derecho internacional privado de la Unión Europea*, (Tesis doctoral), Universidad de Murcia, 2022.
- Roqueta Buj, R., *Módulo IV. El régimen laboral del deporte profesional (I)*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013.
- Rubio Sánchez, F., «Menores deportistas: relaciones laborales y sanciones disciplinarias», en A. Millán Garrido y J. Rodríguez Ten (Coords.), *Régimen jurídico de los deportistas menores de edad*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2020.

- Samanes Ara, C., «La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores», *Anuario de justicia de menores*, nº 3, 2003.
- Scalisi, V., «Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto», *Rivista di Diritto civile*, vol. 64, 2018-2.
- Silance, L., «La logique, le sport et les ordres juridiques», en L. Ingber y G. Haarscher (eds.), *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Ed. de la Universidad Libre de Bruselas, 1986.
- Suárez, O., *La inmunidad olímpica*, Ed. Reus, Madrid, 2019.
- Sutherland, E. E., «Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: The Challenges of Vagueness and Priorities», en E. E. Sutherland y L. A. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016.
- Terol Gómez, R., *Módulo II. La organización pública y privada del deporte*, Ed. Alfa Delta Digital S.L., 2013.
- «The governance of global sport, including the Olympics, involves considerable administration by private bodies and by hybrid public-private bodies», en A. Vaerenbergh, *Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-Doping Regime, IILJ Working Paper 2005/11 (Global Administrative Law Series)*
- Vargas Cabrera, B., «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor», en M. A. Pérez Álvarez (Coord.), *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor: jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, Universidad de La Coruña Servizo de Publicacións, 1997.

Varela Castro, I., «El derecho del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo 2016.

Verdera Izquierdo, B., *La actual configuración jurídica del interés del menor*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

Woolcott Oyague, O., A. M. Parra Báez, y L. A. Vargas Espitia, «La protección de la parte débil de las relaciones de consumo. La información como eje fundamental de la protección y el *favor consumatore*», *Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, nº 89, fascículo 2, 2019.

Zorrilla Mir, J., «El principio de discriminación positiva en el fútbol femenino», en A. Millán Garrido y D. Ruano Delgado (Coords.), *Género y deporte: el régimen jurídico de la mujer deportista*, Reus, Madrid, 2019.



## **TEXTOS NORMATIVOS**

- Código Civil de Francia de 21 de marzo de 1804.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 28 de febrero de 1924.
- Convención para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Ginebra de 24 de septiembre de 1927.
- Código Civil de Italia de 16 de marzo de 1942.
- Carta de la ONU con entrada en vigor el 24 de octubre de 1945.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las ONU en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.
- Constitución de Suiza de 1948.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado.
- Tratado de la Comunidad Económica Europea firmado el 25 de marzo de 1957 y en vigor desde el 1 de enero de 1958.

- Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.
  
- Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959.
  
- Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.
  
- Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la CEE y Turquía celebrado mediante la Decisión del Consejo, de 23 de diciembre de 1963.
  
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la AGNU a través de la Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.
  
- Ley italiana 431/1967 sobre adopción especial de 5 de junio de 1967.
  
- Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad.
  
- Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.
  
- Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptado el 23 de mayo de 1969.
  
- Protocolo adicional y Protocolo financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una asociación entre la CEE y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor.
  
- Uniform Marriage and Divorce Act de Estados Unidos de 1970.

- Convenio sobre la Ley aplicable en materia de Accidentes de Circulación por carretera hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971.
- Resolución 2.775 D de la ONU contra el *apartheid* o discriminación racial de 29 de noviembre de 1971.
- Convenio sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973.
- Resolución 3.411 E de la ONU contra el *apartheid* o discriminación racial de 28 de noviembre de 1975.
- Ley de Derecho de Familia de Australia de 1975.
- Carta Europea del Deporte para Todos del año 1975.
- Carta Europea sobre el Deporte para todos aprobada el 24 de septiembre de 1976.
- Resolución 32/105 M de la AGNU de 14 de diciembre de 1977 sobre la “Declaración internacional contra el *apartheid* en el deporte”.
- Carta internacional de la educación física y el deporte de la UNESCO de 21 de noviembre de 1978.
- Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.
- Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte.
- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.
- Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.
- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia.
- Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias.
- Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- 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.
- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja.
- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.
- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.



- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.
  
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
  
- Ley nº 184 del 4 de mayo de 1983 relativa a la adopción de Italia.
  
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
  
- Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.
  
- Convenio Europeo sobre la violencia e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y especialmente de partidos de fútbol, hecho en Estrasburgo el 19 de agosto de 1985.
  
- Resolución 40/64 G, de 10 de diciembre de 1985, de aprobación de la Convención Internacional para luchar contra el *apartheid*.
  
- Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.
  
- Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la AGNU en su resolución 41/85 de 3 de diciembre de 1986.
  
- Ley Federal Suiza sobre el Derecho internacional privado, de 18 de diciembre de 1987.
  
- Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

- Convenio contra el dopaje hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989.
- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la AGNU el 20 de noviembre de 1989.
- Ley de la Infancia de Inglaterra y Gales de 1989.
- Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.
- Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.
- Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht.
- Carta europea del deporte, de 14 y 15 de mayo de 1992.
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992.
- Carta Europea del Deporte, aprobada mediante la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa R (92) 13, con fecha 24 de septiembre de 1992.
- Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva.
- Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU mediante la cual la República Federal de Yugoslavia no podía participar en cualquier competición internacional, de 1992.
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

- Observaciones Finales del segundo Informe periódico de Irán, de 3 de agosto de 1993.
- Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, hecho en Luxemburgo el 4 de octubre de 1993.
- Ley 24.240 de defensa del consumidor promulgada en Argentina sancionada el 22 de septiembre de 1993 y promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993.
- Resolución 48/11 de la AGNU sobre la tregua olímpica, de 25 de octubre de 1993.
- Resolución 48/10 de la AGNU de 2 de noviembre de 1993 por la que se declaró 1994 como “Año Internacional del Deporte y del Ideal Olímpico”.
- Reglamento de transferencias de la UEFA de 1993.
- Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, hecho en Corfú el 24 de junio de 1994.
- Resolución de la 49ª Asamblea General de la ONU de 7 de diciembre de 1994 sobre la “creación, mediante el deporte y el ideal olímpico, de un mundo mejor en que reine la paz”.
- Reglamento de transferencias de la UEFA, de 1994.
- Código del TAD/CAS/TAS, de 1994.
- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta.
- Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla.

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley de la Infancia de Escocia, de 1995.
- 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.
- Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información. Bruselas de 16 de octubre de 1996, COM (96) 483 final.
- Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.
- 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 relativo a los Derechos Humanos y la biomedicina) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.
- Observación general nº 7 sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párrafo 1 del Pacto): los desalojos forzosos de 20 de mayo de 1997
- DOCE nº C 340, de 10 de noviembre de 1997
- Ley del Deporte del País Vasco de 11 de junio de 1998.
- Decreto Legislativo nº 286 de ordenación de la inmigración, de 25 de julio de 1998.

- Tratado de Ámsterdam y Declaración nº 29 adjunta, en vigor desde el 1 de mayo de 1999.
  
- Informe de la Comisión al Consejo Europeo con la perspectiva de la salvaguardia de las estructuras deportivas actuales y del mantenimiento de la función social del deporte en el marco comunitario - Informe de Helsinki sobre el deporte- de 10 de diciembre de 1999.
  
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
  
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
  
- “Marco de Acción de Dakar” elaborado en el Foro Mundial sobre la Educación, de 26 a 28 de abril de 2000.
  
- Declaración del Milenio de la ONU, de 8 de septiembre de 2000.
  
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.
  
- Declaración de Niza elaborada por el Consejo Europeo, celebrado desde el 7 hasta el 10 de diciembre de 2000.
  
- Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 18 de diciembre de 2000.
  
- Observaciones Finales al Segundo Informe periódico de Portugal (CRC/C/15/Add.162), de 6 de noviembre de 2001.
  
- Observaciones Finales del Comité de los derechos del niño al Informe inicial de Omán de 6 de noviembre de 2001.

- Libro Blanco de la Comisión de 21 de noviembre de 2001.
  
- Documento final del periodo extraordinario de la AGNU sobre la infancia «Un mundo apropiado para los niños», de 10 de mayo de 2002.
  
- Observaciones Finales del Comité de los derechos del niño al Informe inicial de los Emiratos Árabes Unidos de 13 de junio de 2002.
  
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
  
- Resolución de la AGNU 58/5, de 17 de noviembre de 2003.
  
- Observación general nº 5 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 27 de noviembre de 2003.
  
- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. Reglamento Bruselas II Bis.
  
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
  
- Ley de Atención a la Infancia de Nueva Zelanda, de 2004.
  
- Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia.
  
- Observaciones Finales al primer Informe periódico de China, de 13 de mayo de 2005.
  
- Observaciones Finales del Comité de los derechos del niño al segundo Informe periódico de Mongolia de 25 de septiembre de 2005.

- Observación General nº 7 sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, de 14 de noviembre de 2005.
- Convención Internacional contra el dopaje en el deporte hecho en París, el 18 de noviembre de 2005.
- Ley de la Infancia de Sudáfrica, de 2005.
- Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el Patrimonio.
- Posición común (CE) nº 22/2006, DO C 289 E, de 28 de noviembre de 2006.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.
- Convención de la UNESCO contra el dopaje en el deporte elaborada el 19 de octubre de 2005 y con entrada en vigor el 1 de febrero de 2007.
- Informe del Parlamento Europeo sobre el futuro del fútbol profesional en Europa, de 13 de febrero de 2007.
- Observación general nº 9 (2006) sobre Los derechos de los niños con discapacidad, de 17 de febrero de 2007.
- Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears.

- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.
- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
- Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.
- Libro Blanco de la Comisión Europea sobre el deporte, de 11 de julio de 2007.
- Reglamento nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Reglamento Roma II.
- Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley Orgánica 6/2007, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte.
- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.
- Tratado de Lisboa, de 17 de diciembre de 2007.
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña.



- Ley 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte.
- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Reglamento Roma I.
- Ley del Reino Unido sobre Fronteras, Ciudadanía e Inmigración de 2009.
- Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la AGNU de 2010.
- Estrategia Europa 2020 con las once medidas para proteger a los menores desde la UE de 2010.
- Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Observación General nº 13 de la ONU sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia de 18 de abril de 2011.
- Resolución 18/23, de 28 de septiembre de 2011 (A/HRC/18/L.18/Rev.1) de Promoción del conocimiento, la comprensión y la aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante el deporte y el ideal olímpico.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2012.
- Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I Bis.
- Informe “La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles” del Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.

- «Memorando de la Secretaria sobre formación y documentación del Derecho internacional consuetudinario. Elementos de la labor realizada anteriormente por la Comisión de Derecho Internacional que podrían ser de particular interés para el tema», de 14 de marzo de 2013 (A/CN.4/659)
  
- Observación general nº 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013.
  
- Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.
  
- Informe *Striving for Excellence: Mega-Sporting Events and Human Rights*, publicado en el año 2013 por el *Institute for Human Rights and Business*.
  
- Libro Blanco del Ministerio Fiscal de 8 de abril 2014.
  
- Resolución del Consejo de Derechos Humanos 26/18, de 14 de julio de 2014 sobre «El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: el deporte y los estilos de vida saludables como factores coadyuvantes».
  
- Ley de niños y jóvenes, de 2014 en Escocia.
  
- Ley de niños vulnerables, de 2014 en Nueva Zelanda.
  
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
  
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
  
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

- 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.
- Carta Internacional revisada de la educación física, la actividad física y el deporte, de 17 de noviembre de 2015.
- Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de octubre de 2018, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales.
- Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.
- Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón.
- Ley 3/2019, de 25 de febrero, de la Actividad Físico-Deportiva de Castilla y León.
- Estatutos del COE, de 29 de mayo de 2019.
- Carta Olímpica, de 17 de julio de 2020.
- Código Mundial Antidopaje, con entrada en vigor el 1 de enero de 2021.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA, de marzo de 2022.
- Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte.

- Reglas de arbitraje del TAB.

- Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco.

## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- STEDH de 1997 (asunto *Johansen vs. Noruega*, 23 EHRR 33).
- STEDH de 2002 (asunto *Yousef vs. Países Bajos*, ECHR 716).
- STEDH de 2010 (asunto 41615/07, *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*, ECHR 1053).
- STEDH de 2012 (asunto *YC vs. Reino Unido*, FLR 332).
- STEDH de 2014 (asunto *López Guió vs. Slovakia*, ECHR 558).
- STEDH de 7 de mayo de 2015 (asunto *S L y J L. vs. Croacia*).
- STEDH de 1 de marzo de 2016 (asunto *Tabbane vs. Suiza*, solicitud nº 41069/12).
- STEDH de 2 de octubre de 2018 (asunto *Mutu y Pechstein vs. Suiza*).

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

- STJUE de 12 de diciembre de 1974 (asunto 36/74, *Walrave y Koch*).
- STJUE de 28 de octubre de 1975 (asunto 36/75, *Roland Rutili vs. Ministro del Interior*).
- STJUE de 14 de julio de 1976 (asunto 13/76, *Gaetano Donà vs. Mario Mantero*).
- STJUE de 28 de abril de 1977 (asunto 71/76, *Jean Thieffry vs. Consejo del Colegio de Abogados de París*).
- STJUE de 28 de junio de 1978 (asunto 1/78, *Patrick Christopher Kenny vs. Oficial de*

*seguros*).

- STJUE de 28 de noviembre de 1978 (asunto 16/78, contra *Michel Choquet*).

- STJUE de 12 de julio 1984 (asunto 107/83, *Colegio de Abogados de París vs. Onno Klopp*).

- STJUE de 15 de octubre de 1987 (asunto 222/86, *Unión nacional de entrenadores y directores técnicos de fútbol profesional Unectef vs. Georges Heylens y otros*).

- STJUE de 19 de enero de 1988 (asunto 292/86, *Claude Gullung vs. Consejo del Ilustre Colegio de Abogados de Colmar y Saverne*).

- STJUE de 7 de julio de 1988 (asunto 143/87, *Christopher Stanton y Compañía belga de seguros "L'Étoile 1905 SA" vs. Instituto Nacional de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos Inasti*).

- STJUE de 7 de julio de 1988 (asuntos acumulados 154 y 155/87, *Instituto Nacional de Seguridad Social de los Autónomos RSVZ vs. Heinrich Wolf y NV Microtherm Europe y otros*).

- STJUE de 27 de septiembre de 1988 (asunto 81/87, *la Reina vs. S. M. Hacienda y los Comisarios de la Hacienda Pública, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*).

- STJUE de 28 de noviembre de 1989 (asunto C-379/87, *Anita Groener vs. el Ministro de Educación y el Comité de Educación Profesional de la ciudad de Dublín*).

- STJUE de 13 de diciembre de 1989 (asunto C-49/89, *Corsica Ferries France vs. Dirección General de Aduanas de Francia*).

- STJUE de 8 de mayo de 1990 (asunto C-175/88, *Klaus Biehl vs. Administración tributaria del Gran Ducado de Luxemburgo*).

- STJUE de 7 de mayo de 1991 (asunto C-340/89, *Irène Vlassopoulou vs. Ministerio de Justicia, Asuntos Federales y Europeos de Baden-Württemberg*).
  
- SJTUE de 20 de mayo de 1992 (asunto C-106/91, *Claus Ramrath vs. Ministro de Justicia, como participante del Instituto de Auditores de Empresas*).
  
- STJUE, de 7 de julio de 1992 (asunto C 369/90, *Micheletti y otros vs. la Delegación del Gobierno de Cantabria*).
  
- STJUE de 7 de julio de 1992 (asunto C-370/90, *la Reina vs. Tribunal de Apelación de Inmigración y Surinder Singh, ex parte Secretario de Estado del Ministerio del Interior*).
  
- STJUE de 31 de marzo de 1993 (asunto C-19/92, *Dieter Kraus vs. Land Baden-Württemberg*).
  
- STJCE de 7 de marzo de 1995 (asunto C 68/93, *Fiona Shevill y otros vs. Press Alianza S.A.*).
  
- STJUE de 15 de diciembre de 1995 (asunto C-415/93, *Jean-Marc Bosman, Royal Football Club de Lieja, Unión Real Belga de Sociedades de Fútbol Asociación, Federación Francesa de Fútbol y la UEFA*).
  
- STJUE de 11 de abril de 2000 (asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, *Deliège vs. Liga francófona de judo y disciplinas asociadas ASBL, Liga belga de judo ASBL, Union europea de judo y François Pacquée*).
  
- STJUE de 13 de abril de 2000 (asunto C-176/96, *Lehtonen vs. Real Federación Belga de Baloncesto*).
  
- STJCE de 19 de febrero de 2002 (asunto 309/99, *Wouters vs. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*).

- STJUE de 8 de mayo de 2003 (asunto C-438/00, *Maros Kolpak vs. Federación alemana de balonmano/Deutsche Handball Bund*).
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de enero de 2005 (asunto T-193/02, *Laurent Piau vs. Comisión Europea*).
- STJUE de 12 de abril de 2005 (asunto C-265/03, *Igor Simutenkov vs. Ministerio de Educación y Cultura y RFEF*).
- STJCE de 18 de julio de 2006 (asunto C-519/04 P, *Meca Medina e Igor Majcen vs. Comisión Europea*).
- ATJUE de 25 de julio de 2008 (asunto *Nihat Kahveci y Real Sociedad de Fútbol S.A.D. de San Sebastián vs. CSD y RFEF*).
- STJUE de 15 de abril de 2010 (asunto 2010/101, sobre protección del consumidor).
- STJUE de 22 de diciembre de 2010 (asunto C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zagarra vs. Simone Pelz*).
- STJUE de 13 de septiembre de 2016 (asunto C-165/14, *Alfredo Redón Marín vs. Administración del Estado*).

### **Tribunal Constitucional**

- STC 67/1985 de 24 de mayo.
- STC 1/1986 de 10 de enero.
- STC 16/1996 de 1 de febrero.
- STC 226/1998 de 26 de noviembre.



- ATC 108/2000 de 11 de abril.
- STC 148/2000 de 1 de junio.
- STC 154/2002 de 18 de julio.
- STC 273/2005 de 27 de octubre.
- STC 77/2009 de 23 de marzo.
- STC 80/2012 de 18 de abril.
- STC 110/2012 de 23 de mayo.
- STC 160/2012 de 20 de septiembre.
- STC 196/2013 de 2 de diciembre.
- STC 16/2016 de 1 de febrero.
- STC 23/2016 de 15 de febrero.
- STC 99/2019 de 18 de julio.
- STC 17/2021 de 15 de febrero.

### **Tribunal Supremo**

- STS de 5 de diciembre de 1985.
- STS de 5 de junio de 1987.

- STS de 27 de octubre de 1987.
- STS de 2 de noviembre de 1987.
- STS de 23 de marzo de 1988.
- STS de 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9295).
- STS de 27 de febrero de 1989.
- STS de 8 de junio de 1989.
- STS de 30 de mayo de 1990.
- STS de 9 de julio de 1992 (JUR 1992/6273).
- STS de 25 de mayo de 1993.
- STS de 17 de abril de 1996.
- STS de 5 de diciembre de 1996.
- STS de 22 de marzo de 2000.
- STS 78/2009 de 11 de febrero.
- STS de 5 de febrero de 2010.
- STS 470/2011 de 15 de junio.
- STS 92/2018 de 22 de febrero.
- STS de 20 de noviembre de 2018.

### **Audiencia Nacional**

- SAN de 19 de junio de 2017, [ECLI:ES:AN:2017:2540].

### **Tribunales Superiores de Justicia**

- STSJ de Murcia de 1 de diciembre de 2008 (recurso nº 938/2008).
- ATSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2011, (ECLI:ES:TSJCAT:2011:525A).
- ATSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2015.
- ATSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2021.

### **Audiencias Provinciales**

- SAP de Lleida de 18 de enero de 1995 (AC 1994/26).
- SAP de Lugo de 22 de febrero de 1995 (AC 1995/317).
- SAP de Barcelona de 31 de julio de 2002.
- SAP de Barcelona de 16 de marzo de 2005 (EDJ 125545).
- SAP de Valencia de 15 de febrero de 2008.
- SAP de Pamplona de 4 de julio de 2010.
- SAP de Vizcaya de 15 de septiembre de 2010.
- SAP de Barcelona de 7 de febrero de 2012 (ECLI:ES:APB:2012:15096).
- SAP de Guipúzcoa 126/2013 de 10 de mayo.

- SAP de Barcelona 76/2019 de 5 de febrero.

- SAP de Albacete 106/2019 de 19 de marzo.

- SAP de Ourense 83/2019 de 25 de marzo.

### **Otros órganos jurisdiccionales españoles**

- Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de 22 de octubre de 2002.

- Sentencia del JPI de Barcelona de 29 de julio de 2010 (Juicio Ordinario nº 1113/2008).

### **Órganos jurisdiccionales de otros Estados**

- Sentencia de la Corte Suprema de Nueva York de 1914 (asunto *American League Baseball Club of Chicago vs. Chase*).

- Sentencia de la Corte Suprema de EEUU de 19 de junio de 1972 (asunto *Flood vs. Kuhn*).

- Resolución del Tribunal de Distrito para el Oeste de Missouri en EEUU de 3 de febrero de 1976 (asunto *Messersmith vs. McNally*).

- Sentencia del TFS de 15 de marzo de 1993 (asunto jinete alemán *E. Gundel vs. FEI*; 4P.217/1992; ATF 119 II 271).

- Sentencia de la Corte de Apelación de París de 15 de septiembre de 1998.

- Sentencia de la Corte Francesa de Casación de 20 de febrero de 2001.

- Sentencia del TFS de 27 de mayo de 2003 (asunto *Larissa Lazutina y Olga Danilova vs. COI, FIS y TAS*).

- STC de Sudáfrica de 2008 (asunto *S vs. M*, 3 SA 232).

- Sentencia de 2012 de los órganos jurisdiccionales de Inglaterra del caso *HH vs. el Fiscal Adjunto de la República Italiana* (UKSC 25).

- Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra de 2013 (Re G, EWCA Civ 965).

- Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra de 2013 (re B, A Child, UKSC 33).

- Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra de 2014 (asunto *Flintshire County Council vs. la Sra. LD y el Sr. GJ*, EWCC B17)

- Sentencia del Tribunal de Apelación de Inglaterra de 2014 (asunto *Bradford County Council vs. M y otros*, EWCC B4).

- Sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania de 7 de junio de 2016 (asunto *C. Pechstein*; KZR 6/15).

### **Tribunal de Arbitraje Deportivo / Court of Arbitration for Sport / Tribunal Arbitral du Sport**

- Laudo de 15 de octubre de 1992 (asunto 92/63, *E. Gundel vs. FEI*).

- Laudo de 3 de junio de 2003 (asunto 2002/A/423, *PSV Eindhoven vs. UEFA*).

- Laudo de 15 de julio de 2005 (asunto 2005/A/830, *Squizzato vs. FINA*).

- Laudo de 30 de diciembre de 2005 (asunto 2005/A/955 y 956, *Cádiz C.F., SAD y C. J. Acuña Caballero vs. FIFA y Asociación Paraguaya de Fútbol*).

- Laudo de 12 de julio de 2006 (asunto 2005/A/983 y 984, *Club Atlético Peñarol vs. C. C. Heber Suárez, C. G. Rodríguez Barroti y Paris Saint-Germain*).
- Laudo de 12 de julio de 2006 (asunto 2006/A/1025, *M. Puerta vs. FIT*).
- Laudo de 20 de abril de 2007 (asunto 2007/A/1217, *Feyenoord Rotterdam vs. UEFA*).
- Laudo de 16 de mayo de 2007 (asunto 2006/A/1149 y 2007/A/1211, *AMA vs. Federación Mexicana de Fútbol y J. S. Carmona Alvarez*).
- Laudo de 23 de abril de 2008 (asunto 2007/A/1424, *FEB vs. FIB y FCBB*).
- Laudo de 11 de septiembre de 2008 (asunto 2007/A/1370 y 1376, *FIFA vs. STJD y CBF y R. Dodô, y AMA vs. STJD y CBF y R. Dodô*).
- Laudo de 6 de marzo de 2009 (asunto 2008/A/1485, *FC Midtjylland vs. FIFA*).
- Laudo de 25 de noviembre de 2009 (asunto 2009/A/1912, *C. Pechstein vs. UIP*).
- Laudo de 22 de agosto de 2011 (asunto 2010/A/2311 y 2312, *NADO y KNSB vs. W.*).
- Laudo de 6 de febrero de 2012 (asuntos 2011/A/2384, *UCI vs. A. Contador Velasco y RFEC*; y 2011/A/2386, *AMA vs. A. Contador Velasco y RFEC*).
- Laudo de 8 de marzo de 2012 (asunto 2011/A/2433, *A. Diakité vs. FIFA*).
- Laudo de 11 de enero de 2013 (asunto 2012/A/2862, *FC Girondins de Bourdeaux vs. FIFA*).
- Laudo de 5 de diciembre de 2013 (asunto 2013/A/3139, *Fenerbahçe SK vs. UEFA*).
- Laudo de 6 octubre de 2014 (asunto 2014/A/3516, *G. Yerolimpos vs. World Karate Federation*).

- Laudo de 30 de abril de 2019 (asuntos 2018/O/5794, *M. C. Semenya vs. IAAF*; y 2018/O/5798, *Athletics South Africa vs. IAAF*).

#### **Otros tribunales arbitrales y órganos resolutorios**

- Resolución de la Comisión Reguladora en el asunto *FA vs. Stretford* de 2008.
- Laudo de 13 de agosto de 2019 emitido por el TAB, asunto 1368/19.