

Nº 37  
Primer trimestre 2024

# Gablex

REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 37

Marzo 2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

## **Número 37. Marzo 2024**

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC**

**Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO**

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.





## DIRECCIÓN

### **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.  
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.  
Funcionario de carrera en excedencia.

### **D. Leopoldo J. Gómez Zamora**

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



## COMITÉ CIENTÍFICO

### **D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

### **D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

### **D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

## CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

### **D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

### **D<sup>a</sup> Concepción Campos Acuña**

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local.



**D. Jordi Gimeno Beviá**

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.  
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y  
Justicia. Gobierno de Cantabria.  
Cuerpo de Letrados.

**D. David Larios Risco**

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La  
Mancha.

**D. José Joaquín Jiménez Vacas**

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior  
de Administración General de la Comunidad de Madrid

**D. Javier Mendoza Jiménez**

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de  
la Universidad de La Laguna.



## SUMARIO

### EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

### **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

#### **SECCIÓN NACIONAL**

#### LOS CONTRATOS RESERVADOS (I)

D<sup>a</sup>. María Elena Moleón Alberdi.....15

#### NON BIS IN IDEM Y CARGOS PÚBLICOS

Susana E. Castillo Ramos Bossini.....55

#### EVOLUCIÓN DEL INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: ANÁLISIS JURÍDICO-ACTUAL DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA A LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

D. Fernando Blanco Silva.....139

#### PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. ALGUNAS REFLEXIONES A RAÍZ DEL CASO PUIGDEMONT

D<sup>a</sup>. Paula Arroyo Guillén .....213





UNA VISIÓN ACTUAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS  
CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

D<sup>a</sup>. Margarita Ríos Mantecón .....293

**SECCIÓN INTERNACIONAL**

LITIGIOS CLIMÁTICOS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS  
HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN A SU DESARROLLO EN  
EUROPA Y AMÉRICA LATINA

D. José Luis Villegas Moreno .....361

**RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

LAS RELACIONES ELECTRONICAS ENTRE LAS  
ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y LOS REGISTROS

D. Luis Manuel Benavides Parra.....437

**RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**

EL TRIBUNAL SUPREMO RESPALDA LA INACTIVIDAD  
REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO PARA NO  
REGLAMENTAR EN DEFENSA DEL MEDIOAMBIENTE.  
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA N.º 1252/2023.

D. Salvador Moreno Soldado

D. Pablo Ayerza Martínez.....463

**BASES DE PUBLICACIÓN.....517**



## EDITORIAL

En el número 37 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional, una reseña de legislación y una reseña de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D<sup>a</sup>. María Elena Moleón Alberdi con el artículo que lleva por título "Los contratos reservados (I)" analiza como son una herramienta esencial para la inclusión social de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D<sup>a</sup>. Susana E. Castillo Ramos Bossini con el artículo que lleva por título: "Non bis in idem y cargos públicos". La autora reflexiona si el sistema sancionatorio administrativo, añadido al resto de responsabilidades anudadas a las conductas irregulares de los cargos públicos, cumple la función a éste encomendada en el sistema de integridad que configura el actual marco normativo sobre buen gobierno.

A continuación, D. Fernando Blanco Silva realiza un estudio sobre la "Evolución del inicio de la actividad empresarial: análisis jurídico-actual de la autorización previa a la declaración responsable".



D<sup>a</sup>. Paula Arroyo Guillén analiza en profundidad los “Problemas de aplicación de la orden europea de detención y entrega. Algunas reflexiones a raíz del caso Puigdemont”.

A continuación, D<sup>a</sup>. Margarita Ríos aborda un tema de máximo interés con el artículo doctrinal “Una visión actual de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual”.

La sección internacional cuenta con el excelente trabajo de D. José Luis Villegas Moreno. En palabras del autor, la investigación tiene por objeto una aproximación a este importante y novedoso aspecto de la justicia ambiental ante la crisis climática, con especial interés sobre los derechos humanos y más en concreto de los derechos de las generaciones futuras. Se aspira a una aproximación al estado de los litigios climáticos tanto en Europa como en América Latina, a través de los casos más destacados o emblemáticos que ya han sido decididos judicialmente o que están en curso. Y detectar las tendencias al respecto. Se abordan temas clave del momento actual: el cambio climático, los derechos humanos y la herramienta del litigio climático para determinar el combate desde esa perspectiva de derechos humanos frente a la gravísima crisis climática que afecta a la humanidad.

Dentro de la sección de reseña de legislación, D. Luis Manuel Benavides Parra examina las relaciones electrónicas entre las administraciones públicas y los registros.

Por último, el número de la Revista Gabilex se cierra con la reseña de jurisprudencia. D. Salvador Moreno Soldado y D. Pablo Ayerza Martínez hacen un análisis jurídico de la Sentencia n.º 1252/2023 del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso interpuesto contra la inactividad reglamentaria del Gobierno de la Nación.

El Consejo de Redacción



**Castilla-La Mancha**

Gabilex

Nº 37

Marzo 2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN NACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



## LOS CONTRATOS RESERVADOS (I)

**D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Elena Moleón Alberdi**

Abogada del Iltre. Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana

**Resumen:** Los contratos reservados, en el marco de una contratación socialmente responsable, son una herramienta esencial para la inclusión social de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión. El presente trabajo tiene por objeto analizar su escasa utilización pese al carácter obligatorio. Asimismo, comprobar si la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ha transformado de manera fundamental y positiva el panorama de esta reserva de mercado. Mediante el análisis de distintos textos se ha logrado comprobar las razones de su tímido cumplimiento, y el aumento paulatino de esta reserva a favor de los centros especiales de empleo y empresas de inserción desde la entrada en vigor de la Ley. La comprensión de las causas y la adopción de medidas adecuadas de supervisión y el apoyo son fundamentales para garantizar un cumplimiento efectivo de estos contratos y promover la inclusión sociolaboral.

El presente estudio se dividirá en dos partes: en la primera se abordará conceptos, evolución normativa, su



naturaleza y justificación en el ámbito europeo y nacional. En la segunda se proporcionarán datos sobre los contratos reservados en España desde la entrada en vigor de la Ley de Contratos y su grado de cumplimiento, control y ejecución.

**Palabras claves:** Contratación pública, contratos reservados, empresas de inserción, centros especiales de empleo, empleo, economía social.

**Abstract:** Reserved contracts, in the framework of socially responsible procurement, are an essential tool for the social inclusion of people with disabilities or at risk of exclusion. The aim of this paper is to analyse their scarce use despite their mandatory nature. Likewise, to check whether Law 9/2017 of 8 November on Public Sector Contracts has fundamentally and positively transformed the panorama of this market reserve. Through the analysis of different texts, it has been possible to verify the reasons for its timid compliance, and the gradual increase of this reserve in favour of special employment centres and insertion companies since the entry into force of the Law. Understanding the causes and adopting appropriate monitoring and support measures are essential to ensure effective compliance with these contracts and to promote socio-labour inclusion.

This study will be divided into two parts: the first will address concepts, regulatory evolution, its nature and justification at the European and national level. The second will provide data on contracts reserved in Spain



since the entry into force of the Contract Law and their degree of compliance, control and execution.

**Keywords:** Public procurement, reserved contracts, insertion companies, special employment centers, employment, social economy.

**SUMARIO:** 1.- INTRODUCCIÓN. 1.1.- OBJETO DE ESTUDIO Y JUSTIFICACIÓN. 1.2.- METODOLOGÍA. 2.- LOS CONTRATOS RESERVADOS COMO HERRAMIENTAS DE IMPULSO A LAS POLÍTICAS DE EMPLEO, INCLUSIÓN SOCIAL E INSERCIÓN LABORAL 2.1.-ORIGEN.2.2. OBJETIVO Y FUNDAMENTO DE LOS CONTRATOS RESERVADOS. 2.3.- EL DERECHO EUROPEO. 2.4.- EL DERECHO ESPAÑOL. 2.4.1. Planteamiento. 2.4.2. En especial, la D.A 4ª. 3.- CONCEPTO DE CONTRATO RESERVADO. 3.1.- EMPRESAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LOS CONTRATOS RESERVADOS DE LA D.A 4ª. 3.1.1.- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social. 3.1.2.- Empresas de inserción laboral.3.1.3.- Los principios de igualdad y libre competencia y los contratos reservados

## 1.- INTRODUCCIÓN

### 1.1.- OBJETO DE ESTUDIO Y JUSTIFICACIÓN

Es objeto de este trabajo el análisis de los contratos reservados o reserva de mercado, así como la implicación de los gestores de la contratación pública en el fomento de las políticas de empleo, inclusión social e





inserción laboral. A través de estas herramientas se quiere fortalecer el Estado de Bienestar fomentando la integración social y profesional de personas pertenecientes a colectivos en exclusión social. Y ello dada la trascendencia económica que tiene la contratación pública para la implementación de políticas públicas y de la exigencia recogida en el artículo 1.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (-en adelante LCSP-), de llevar a cabo una contratación en la que se incluya el valor social en las compras, al establecer que *"en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales (...) se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social"*, y la obligación de toda Administración Pública de reservar un porcentaje de su contratación a la participación exclusivamente de Centros Especiales de Empleo (CEE) de iniciativa social y a Empresas de Inserción social (EI), que señala la D.A 4ª de la LCSP.

## **1.2.- METODOLOGÍA**

El presente trabajo se centra en el análisis y estudio de una figura legislativa que ha experimentado importantes transformaciones en los últimos años: la reserva de contratos a favor de EI y CEE. A lo largo de esta investigación, se realizará un breve recorrido por las bases legislativas que respaldan esta figura,



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

comenzando con la aprobación de la Directiva de 2004/18/CE para ir pasando por las modificaciones legislativas que han existido hasta la aprobación de la LCSP, con el fin de establecer el marco normativo actual sobre esta materia.

Se analizarán los dos tipos de entidades que pueden beneficiarse del derecho a participar en contratos reservados: las EI y los CEE de iniciativa social. Asimismo, se señalarán sus principales características, se analizará su impacto en la economía y se dará cuenta de las actividades que desarrollan, destacando su importancia en la promoción de la inclusión sociolaboral de colectivos con especiales dificultades para integrarse en el mercado ordinario de trabajo.

Igualmente, se expondrán los distintos métodos utilizados para establecer la reserva de participación en contratos específicos o en los respectivos lotes. Estos métodos que combinan distintos aspectos: (1) el uso de un porcentaje del volumen de la contratación o de una cantidad fija y, (2) la decisión de limitar o no los sectores a los que se les aplicará la reserva.

De esta manera, se proporcionarán datos de los contratos reservados celebrados en España entre 2017 y 2020 en los distintos niveles de Administraciones, lo que permitirá obtener una visión global de la reserva de mercado desde la entrada en vigor de la LCSP. El objetivo principal será comprobar si esta nueva legislación ha supuesto un punto de inflexión en el ámbito de la contratación socialmente responsable, buscando una contratación pública que contribuya al logro de objetivos sociales propios del Estado del Bienestar. En definitiva,



evaluar el impacto de la LCSP en la contratación socialmente responsable y su contribución en el fomento de la inclusión sociolaboral de colectivos con especiales dificultades en el mercado de trabajo.

## **2.- LOS CONTRATOS RESERVADOS COMO HERRAMIENTAS DE IMPULSO A LAS POLÍTICAS DE EMPLEO, INCLUSIÓN SOCIAL E INSERCIÓN LABORAL**

### **2.1.- ORIGEN**

Pese a que el Derecho originario, formado por los Tratados constitutivos o fundacionales<sup>1</sup> recoge entre sus prioridades la lucha social y la eliminación de las desigualdades, la introducción de los aspectos sociales en la contratación pública no estaba prevista en las primeras Directivas 77/62/CEE<sup>2</sup> y 71/305/CEE<sup>3</sup>. Las

---

<sup>1</sup>Tratado de París (18 de abril de 1951), que da origen a la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) extinguida en 2002, los Tratados de Roma (Tratado Euratom y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, 25 de marzo de 1957), y el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht, 7 de febrero de 1992).

<sup>2</sup>Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (OJ L 13 15.01.1977, p. 29, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1977/62/oj>)

<sup>3</sup>Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

primeras manifestaciones sobre la posibilidad de introducir estos aspectos en los procedimientos contractuales aparecen en un primer momento en *"El Libro Verde sobre la Contratación pública en la UE"*<sup>4</sup> (1996) y posteriormente en la *"Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos"*<sup>5</sup> (2001), así como en la *"Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible"*<sup>6</sup> (COM 2002). Se trata de textos de la Unión Europea de carácter no vinculante cuyo objetivo era perseguir que los Estados miembros utilizaran sus compras públicas para la consecución de objetivos sociales. Entendía la Comisión que las adquisiciones de los bienes y servicios por parte de los entes públicos podían contribuir a orientar la actuación de los operadores económicos. No obstante, no es hasta la tercera generación de Directivas

---

de los contratos públicos de obras (OJ L 185 16.08.1971, p. 9, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1971/305/oj>)

<sup>4</sup>Europa, C. (1996). Libro Verde: La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro. Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre. Web: [https://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_es.pdf](https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf)

<sup>5</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52001DC0566&from=ES>

<sup>6</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52002DC0347>



en materia de contratación pública, la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2004/17/CE cuando ya se recoge, con carácter expreso, la posibilidad de utilizar aspectos sociales, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Justicia Unión Europea (en adelante TJUE).

Así, el considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE señalaba que *"(...) el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades -definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato"*.

Por tanto, es a partir de dicho momento cuando los procedimientos de contratación empiezan a considerarse como un instrumento para la consecución de políticas sociales, teniendo presente que el significado económico de la contratación es considerable en todos los países. Justamente, la participación de las compras públicas en la Unión Europea (UE) representa alrededor de un 19% del Producto Interior Bruto (PIB), y en España cerca del 20% del PIB<sup>7</sup>, una cifra de negocio que alcanza alrededor de unos 200.000 millones de euros, lo que supone una importante herramienta para implementar políticas públicas. Ello se plasma en la denominada *"Estrategia Europa 2020"*, mecanismo para la consecución de un crecimiento inteligente, sostenible e

---

<sup>7</sup>Observatorio de Contratación Pública:  
<https://www.obcp.es/que-es-el-obcp>



integrador, y alcanzar una economía con alto nivel de empleo y de cohesión social, adoptada en el Consejo Europeo en junio de 2010.

## **2.2.- OBJETIVO Y FUNDAMENTO DE LOS CONTRATOS RESERVADOS**

La contratación pública se ha convertido en un instrumento jurídico al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines. Ha propiciado un importante impulso en las políticas de empleo, inclusión social e inserción laboral de aquellos colectivos marginados o excluidos del mercado de trabajo. En este sentido, cabe afirmar que el objetivo y fundamento de la reserva de contrato, pretendido tanto por la legislación comunitaria como la legislación española para llevar a cabo los objetivos marcados por la Estrategia Europa 2020 y contribuir a una contratación socialmente responsable, se centra fundamentalmente en el beneficio social que aportan, pues no todas las empresas y/o entidades son iguales ni contribuyen con el mismo valor social en el empleo de los colectivos más desfavorecidos.

En este sentido, tanto la legislación europea como la española se han centrado en promover este tipo de contrataciones siguiendo objetivos de marcada índole social, tal y como se verá en los apartados siguientes.

## **2.3.- EL DERECHO EUROPEO**

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre



contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, remarca con mayor contundencia que su antecesora el aspecto social de la contratación pública e impone a los Estados miembros un mandato para adoptar medidas efectivas que garanticen el cumplimiento de compromisos sociales. El Considerando 2 indica que la contratación pública cumple un papel clave en la Estrategia Europa 2020, y debe utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, a través de misma deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública a fin de permitir la utilización de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, además de la consecución de la eficiencia del gasto público y el acceso de las pymes a la contratación pública.

Del mismo modo, el Considerando 3 establece que, en la aplicación de la Directiva, se deberá tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>8</sup>, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato.

Por su parte, el artículo 20 de la citada Directiva 2014/24/UE dispone que los Estados miembros podrán

---

<sup>8</sup> Los Estados parte de la Convención tienen la obligación de promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar la plena igualdad ante la ley.



reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. Asimismo, el artículo 77 recoge la posibilidad de que los Estados miembros reserven a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud a determinadas entidades de economía social.

Asimismo, del Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE se desprende que uno de los instrumentos para la consecución de estas políticas sociales es la reserva de contratos a empresas sociales<sup>9</sup> que busquen la inserción laboral de las personas en riesgo de exclusión social. En este sentido, prevé que los Estados miembros puedan reservar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o determinados lotes de contratos públicos a dichos

---

<sup>9</sup>Las empresas sociales son organizaciones que, con independencia de su forma jurídica, combinan una actividad empresarial con un objetivo social. Su finalidad principal es tener un impacto social, en lugar de maximizar los beneficios de sus propietarios o accionistas. Información obtenida en el siguiente enlace:[https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy\\_es](https://ec.europa.eu/growth/sectors/social-economy_es).





talleres o empresas, o realizar dichos procedimientos en el marco de programas de empleo protegido.

De lo expuesto se desprenden dos tipos de reservas. La primera, destinada a aquellos operadores económicos que cuenten entre sus objetivos con la inserción de personas pertenecientes a colectivos de exclusión, se contempla en la D.A 4ª de la LCSP. La segunda, dirigida a ciertas organizaciones en procedimientos para la adjudicación de determinados servicios de naturaleza social, cultural y de la salud, está recogida en la D.A 48ª. La primera de las reservas tiene carácter obligatorio y la segunda potestativa. Ahora bien, y a pesar de esta distinción, será objeto de estudio en este trabajo únicamente la reserva de contratos para el fomento del empleo y la inserción laboral de aquellos colectivos en riesgo de exclusión social, dado su carácter obligatorio.

En igual sentido se pronuncian las Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, al imponer una contratación pública estratégica. Así se refleja en los artículos 24 y 38 respectivamente.

En definitiva, dado el gran volumen de recursos que impulsa la contratación pública, ésta no debe ir encaminada únicamente a la obtención de la mejor



oferta y garantizar la prestación objeto del contrato con el menor coste posible, sino que debe favorecer la consecución de objetivos en beneficio de la colectividad, mediante el establecimiento de medidas que fomenten el empleo y la inserción en favor de los colectivos con mayores dificultades de ocupación.

## **2.4.- EL DERECHO ESPAÑOL**

### **2.4.1. Planteamiento**

En lo referente al derecho español, la integración del carácter social en la contratación pública se ha introducido a través de diversas normas. La primera de ellas la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), a la que siguió el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP). No obstante, ambas disposiciones legislativas otorgaban a las Administraciones Públicas la posibilidad, no la obligación, de incorporar aspectos en materia social. Concretamente, y respecto a los contratos reservados, tanto la D. A 7ª de la LCSP como la D. A 5ª del TRLCSP establecían tal posibilidad.

Aunque en un primer momento el TRLCSP no imponía la reserva de contratos, tal previsión pasó a ser de carácter obligatorio con la aprobación de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Señaló que los



gobiernos de las Comunidades Autónomas "*fijarán*", mediante acuerdo, un porcentaje mínimo de contratos públicos respecto de los cuales se reservará el derecho a participar en los mismos o su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, por centros especiales de empleo y empresas de inserción.

En cuanto a la vigente LCSP, la D.A 4ª señala que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán los porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Añade dicha Disposición que tal reserva se fijará para las entidades que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa, o bien se establecerá un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, siempre a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los CEE de iniciativa social, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 %.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

También, esta Disposición queda reforzada por el artículo 99.4 de la LCSP al señalar que se podrá reservar lotes para centros especiales de empleo de iniciativa social o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido.

Con este marco normativo, se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable mediante Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros el día 12 de abril de 2019, a propuesta de las Ministras de Hacienda, de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Este Plan tiene como principal propósito impulsar la contratación pública estratégica y socialmente responsable, fomentando el uso de todas las medidas previstas en la LCSP al respecto e impulsar las tareas preparatorias necesarias para la aprobación del Acuerdo de Consejo de Ministros al que hace referencia la D.A 4ª. Ahora bien, este Plan será de aplicación únicamente a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y demás entidades que integran el sector público estatal en los términos del artículo 3 de LCSP.

#### **2.4.2. En especial, la D.A 4ª**

Como se ha expuesto, desde la aprobación de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, ya se imponía a las Administración Pública la reserva de contratos. Sin



embargo, no ha sido hasta la aprobación de la LCSP cuando se ha tomado conciencia del alcance de esta obligación, y ello obedece a dos razones: por una parte, a la determinación del artículo 1.3 de la LCSP que profundiza en el valor social que tiene la contratación para llevar a cabo políticas sociales; y por otra, al hecho de que la propia D.A 4ª obliga, en lo que a la Administración General del Estado (AGE) se refiere, a un porcentaje mínimo de reserva de contratos para el caso de que el Consejo de Ministros no acordare la aprobación de porcentaje alguno, y ello al disponer que si en el plazo máximo de un año a contar desde la aprobación de la Ley no se adoptase acuerdo, los órganos de contratación del sector público estatal deben aplicar un mínimo del 7%, el cual deberá incrementarse hasta un 10 % a los cuatro años de su entrada en vigor.

Pese a ello, hoy en día el porcentaje de la reserva de mercado se torna insuficiente<sup>10</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta que una de las líneas fundamentales que pretende la Estrategia Europa 2020 es la integración social, reforzando para ello el empleo, la lucha contra la pobreza y la exclusión social y territorial. Por esta razón, la reserva de contratos a CEE de iniciativa social y a empresas de inserción constituyen una extraordinaria

---

<sup>10</sup>Dato extraído de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon). Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2021. Abril 2023, p. 66. Web: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica2023.pdf>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

herramienta para ese desarrollo integrador y de cohesión social que se pretende.

En este sentido, los contratos reservados no suponen un mayor coste para la Administración. Es un gasto incluido en las licitaciones previstas que llevan aparejado al mismo tiempo una serie de beneficios sociales y de empleo que se derivan de la actividad que realizan las empresas de inserción y los centros especiales de empleo con los colectivos con los que trabajan<sup>11</sup>.

Además, en este contexto integrador es fundamental hacer referencia a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas<sup>12</sup>, que entre sus objetivos señala reducir las desigualdades entre países potenciando y promoviendo la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra

---

11Pintos Santiago, J. (2021). Los contratos reservados: Política social a coste cero. Jaime Pintos: Consultoría en Contratación Pública, web. <https://www.jaimepintos.com/los-contratos-reservados-politica-social-a-coste-cero/>

12 El 25 de septiembre de 2015, los 193 Estados que conforman la ONU aprobaron formalmente en la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York, la llamada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia.



condición, así como adoptar políticas de protección social y lograr progresivamente una mayor igualdad.

Sin embargo, desde el punto de vista de los principios de libre competencia e igualdad, esta reserva plantea algunas críticas. Así, la determinación de qué empresas son susceptibles de calificarse de “economía social” o en riesgo de exclusión entra en el plano de lo subjetivo, lo que puede plantear ciertas dificultades en la aplicación efectiva de los contratos reservados. Además, al limitarse la participación a un determinado grupo de empresas que sean merecedoras de tal calificación existe el riesgo de que se reduzca la competencia y, en consecuencia, la calidad de las prestaciones objeto de contrato.

### **3.- CONCEPTO DE CONTRATO RESERVADO**

No existe una definición legal de los contratos reservados o la reserva de mercado. Este concepto responde a una figura de creación jurisprudencial que se remonta al año 2001 con la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup>Véase el apartado [68] de Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos



La normativa europea reconoce la posibilidad de utilizar la contratación pública para la consecución de objetivos sociales, previendo que los Estados miembros puedan establecer reservas de participación en determinadas licitaciones a empresas y/o entidades que tengan como principal objetivo la integración social y profesional de personas con discapacidad o desfavorecidas, siempre que en sus plantillas cuenten con un porcentaje mínimo de personas con estas características.

De las definiciones doctrinales<sup>14</sup> que existen al respecto se pueden extraer los siguientes elementos comunes: un elemento estratégico, consistente en aprovechar las compras públicas como herramienta para el desarrollo de políticas sociales; otro, de carácter cuantitativo, dado que se reserva un porcentaje de las compras públicas con dicho fin y un último elemento que se proyecta sobre la planificación y permitirá establecer el ámbito en que se desarrollará los contratos reservados.

Con base en lo expuesto, se podría definir a los contratos reservados como aquellas licitaciones en las que una Administración Pública o el conjunto de éstas,

---

14 Mendoza Jiménez, J. (2017). Guía Rápida sobre los contratos reservados. ¿Qué son? ¿Cómo se aplican?, p. 6. Web. <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-contratos-reservadosJMendoza.pdf> y Lesmes Zabalegi, S y Álvarez de Eulate Bada, L. (2015), Guía para la aplicación de contratos reservados para empresas de inserción.





deciden de manera estratégica, cuantificada y planificada, reservar parte de sus compras públicas a determinadas empresas y/o entidades sociales, con el fin de contribuir a su desarrollo y consolidación.

### **3.1.- EMPRESAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LOS CONTRATOS RESERVADOS DE LA D.A 4ª**

#### **3.1.1.- Centros Especiales de Empleo de iniciativa social**

Los CEE de iniciativa social actualmente se encuentran regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, así como en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

El artículo 43 del RDL 1/2013 los define como centros cuyo objetivo principal es realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado. Tienen como finalidad asegurar un empleo remunerado a las personas con discapacidad, a la vez que son un medio de inclusión en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, deberán prestar los servicios de ajuste personal y social que requieran estas personas, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine



reglamentariamente. Añade su apartado cuatro<sup>15</sup>, que estarán promovidos y participados por una o varias entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido el carácter social en sus estatutos en más de un 50%. Pueden ser de distintas tipologías: asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social. También pueden ser entidades cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades indicadas, siempre que reviertan sus beneficios en oportunidades de empleo, ya sea en el propio centro o en otro de la misma naturaleza.

Por tanto, los requisitos que han de cumplir estos centros son: (1) que su actividad participe regularmente en el mercado produciendo bienes y servicios, (2) que no tengan ánimo de lucro, (3) que su fin sea proporcionar a los trabajadores con discapacidad un trabajo productivo y remunerado, ajustado a sus características personales, facilitando así su integración laboral, (4) que estén promovidos o participados en más de un 50 % por una o varias entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido el carácter social y, (5) que los beneficios se reinviertan en su totalidad a la creación de empleo de personas con discapacidad.

---

15La D.A.14ª de la LCSP modificó el artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013 e incluyó el apartado 4.



Por esta razón, lo que ha pretendido el legislador español con la modificación del artículo 43 del RDL 1/2013, es atribuir la reserva de la D.A 4ª exclusivamente a los CEE sin ánimo de lucro, pues son éstos los que optimizan sus beneficios en valor social y no en beneficio económico de las empresas.

### **3.1.2.- Empresas de inserción laboral**

Las empresas de inserción social se contemplan en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (en adelante LREI). Estas empresas, tienen como objetivo la integración y la formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social a través de las acciones y medidas que se establece en la propia Ley (artículo 1.2 LREI).

Por su parte el artículo 4 de la LREI las define como aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas que, legalmente constituidas, y debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social sea la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.

Las personas que acceden a estas empresas de inserción sociolaboral son contratadas durante un periodo de tiempo determinado, que oscila entre los seis



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

meses y los tres años<sup>16</sup>. En este periodo, además de recibir formación y orientación, desempeñan un trabajo remunerado, lo cual les permitirá posteriormente entrar en el mercado laboral ordinario.

Así, y para tener la consideración de EI será necesario el cumplimiento de dos condiciones: (1) que realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios; (2) y que su objeto social tenga como fin principal la integración y formación sociolaboral de personas que presentan especiales dificultades de acceso al mercado laboral. Asimismo, se les exige el cumplimiento de una serie de requisitos conforme al artículo 5 de la LREI, esto es:

1. Estar promovidas<sup>17</sup> y participadas por una o varias entidades. Esta participación será, al menos, de un 51% del capital social para las sociedades mercantiles; en el caso de sociedades cooperativas y sociedades laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes

---

<sup>16</sup>Artículo 15.4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

<sup>17</sup>El artículo 6 LREI determina que tendrán tal consideración las entidades sin ánimo de lucro, incluidas las de derecho público, las Asociaciones sin fines lucrativos y las Fundaciones, cuyo objeto social contemple la inserción social de personas especialmente desfavorecidas, que promuevan la constitución de empresas de inserción.



legislaciones que les sea de aplicación a los socios colaboradores o asociados.

2. Encontrarse inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. Mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30% durante los primeros tres años de actividad; y de al menos el 50% del total de la plantilla a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquéllos inferior a dos.

4. No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social.

5. Aplicar, al menos, el 80 % de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción. De esta exigencia se desprende que deben constituirse obligatoriamente sin ánimo de lucro.

6. Presentar anualmente un balance social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

7. Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral.

### **3.1.3.- Los principios de igualdad y libre competencia y los contratos reservados**

Los CEE de iniciativa social son una fuente esencial para la integración sociolaboral de personas en riesgo de exclusión social, pues pretenden la contratación y desarrollo profesional de personas con discapacidad, siendo su objetivo esencial proveer a los/as trabajadores/ras con discapacidad de un trabajo productivo y remunerado apropiado a sus características personales, y facilitar, de esta manera, su integración en el mercado ordinario de trabajo. Ocurre lo mismo con las EI, que pretenden la inserción de personas particularmente desfavorecidas, en situación de exclusión o marginación, y que debido a sus carencias sociales, económicas, educativas y de cualificación laboral encuentran especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo.

Sin embargo, uno de los inconvenientes que encuentra la aplicación de la reserva de contratos en favor de estas últimas entidades es la posible vulneración de los principios de igualdad de trato y libre competencia consagrados en el artículo 1 de la LCSP, lo cual implica garantizar su cumplimiento en todos y cada uno de los procedimientos de licitación previstos en la Ley. Igualmente, el artículo 132.1 del mismo cuerpo legal consagra estos principios cuando determina que "*los órganos de contratación darán a los licitadores y*



*candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”.*

No obstante, la implementación de estos principios permitiría una discriminación en positivo, y ello en la medida en que esta reserva de mercado pretende la integración sociolaboral de personas en situación de exclusión social a través de empresas de carácter social cuyas características, dimensión, medios económicos, humanos y técnicos, resultan deficientes con respecto al del resto de las empresas que operan en el mercado, lo que les impide participar en igualdad de condiciones en los procedimientos de licitación. Así, una expresión de esa discriminación en positivo la tenemos precisamente en el segundo párrafo del artículo 132.1 de la LCSP, cuando dispone que *“en ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta”.*

El principio de igualdad de trato entre los licitadores se muestra necesario y razonable pues requiere que situaciones comparables reciban un trato igualitario. Por esta razón, se alzan elementos correctores que impidan que empresas fuertes se vean beneficiadas en perjuicio de aquellas entidades sociales que, por sus características especiales, no puedan

participar en la contratación pública en igualdad de condiciones<sup>18</sup>.

Por otra parte, la efectividad de la reserva de mercado deriva de la propia voluntad del legislador de dotar de una particular protección a estas entidades sociales, a las que les reconoce especiales dificultades de acceso al mercado de las contrataciones públicas, lo que justifica que se les reserva una parte<sup>19</sup>. Por consiguiente, sólo será posible asegurar el principio de igualdad de trato cuando exista una verdadera competencia entre iguales.

De lo expuesto cabe concluir que, en atención al fin que se persigue con la reserva de mercado, no se conculcan los principios de igualdad, competencia y proporcionalidad al especificarse el carácter de iniciativa social de las empresas y/o entidades establecidos en la propia Ley, lo cual se desprende de la voluntad del legislador al modificar el artículo 43 del RDL 1/2013, cuya fundamentación se encuentra en regular la figura de los CEE de iniciativa social, por su valor social y no

---

<sup>18</sup>Burzaco Samper, M. (2020). Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos, p. 9.

<sup>19</sup>Mendoza Jiménez, J. (2021). ¿Qué es la contratación pública responsable? Gobierno, web.<https://www.gobierno.es/blog/20211025-podcast-mendoza>





económico<sup>20</sup>. Aunque los tribunales tanto administrativos como jurisdiccionales han reconocido la legalidad de dicha restricción y así lo han manifestado reiteradamente en sus resoluciones<sup>21</sup>, no se trata de una cuestión pacífica. Los recursos interpuestos por entidades y empresas justamente se fundamentan en la posible vulneración de los principios de igualdad y de competencia al considerar que la reserva de contratos

---

20 Sentencia núm. 3533/2022 de 19 de octubre de 2022, dictada por el TSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

21- Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA). Esta resolución considera que la posibilidad de reservar un contrato lo es en función de la finalidad de las empresas de contribuir eficazmente a la reinserción de las personas con discapacidad o dificultades de acceso al mercado laboral y no en función de la tipología de las entidades.

- La Resolución 860/2018, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). Indica que la reserva lo único que hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato reservado, lo cual no quita que se aplique los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia entre ellas.

- Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 23 de noviembre de 2022. Impugna la Resolución 55/2021, de 22 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León que considera ajustada a derecho la reserva a los CEE de iniciativa social.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

que introduce la D.A.4ª, en relación con la D.F 14ª de la LCSP resulta contraria al artículo 20 de la Directiva 24/2014/UE, al excluir de la misma a los CEE de iniciativa empresarial.

El conflicto radica en que la normativa española establece una serie de requisitos adicionales que no se señalan en la normativa europea. El artículo 20 de la Directiva exige a los CEE el cumplimiento de dos requisitos. El primero, que al menos el 30 % de sus empleados sean personas con discapacidad o desfavorecidas. El segundo, que tengan como fin fundamental promover la integración social y profesional de las personas en riesgo de exclusión. Por su parte, la normativa nacional exige otros dos requisitos. Uno, han de recibir de manera directa o indirecta el apoyo y la participación en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro. Dos, deberán reinvertir íntegramente sus beneficios en su propio establecimiento o en otro centro de la misma naturaleza. Por todo ello, los CEE de iniciativa empresarial quedan excluidos de la reserva.

Asimismo, la terminología que utiliza el legislador europeo para determinar a las entidades beneficiarias de la reserva tiene carácter genérico: talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. Esta generalidad responde a la necesidad de dar cabida a la gran variedad de nombres con las que son designadas estas entidades o empresas en los ordenamientos jurídicos de los



Estados miembros<sup>22</sup>. Además, tampoco existe en el Derecho de la Unión Europea una definición clara y precisa de lo que son las empresas de iniciativa social<sup>23</sup>. A pesar de ello, el legislador europeo sí ha tenido claro el carácter social de estas entidades, ya que, el Considerando 36 de la Directiva hace referencia a empresas de carácter social.

Por este motivo, el Derecho comunitario ha dotado a los legisladores de los Estados miembros de cierto margen de discrecionalidad a la hora de definir y concretar cuáles son los operadores económicos y entidades que cumplen con una función social. De esta manera, y para dar cumplimiento al mandato comunitario, el legislador español goza de libertad para reservar procedimientos de licitación en favor de operadores económicos que desempeñen un fin social,

---

22Rodríguez González, A. y Senent Vidal, M<sup>a</sup> J. (2019). Contratación pública responsable, empresas de economía social e igualdad. Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa nº 35/2019, p. 9. Web: <http://ciriect-revistajuridica.es/wp-content/uploads/rev.-35.pdf>

23 El artículo 2 apartado (15) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo Plus (FSE+), da una noción de lo que es una "empresa social". (UE) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo Plus (FSE+), COM (2018), de 30 de mayo de 2018. Web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0382&from=DA>



mientras que los Estados miembros están llamados a regular la reserva de contratos indicando las características definitorias de los beneficiarios<sup>24</sup>. Al respecto, el TJUE señala que la Directiva permite a los Estados miembros establecer mayores requisitos de los indicados en la propia Directiva. Así, lo ha llevado a cabo el legislador español al incrementar las condiciones de las empresas o entidades cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas. Por esta razón, el TJUE considera, en definitiva, que la legislación nacional no se opone a la Directiva en este aspecto al restringir la reserva a los centros de empleo de iniciativa social<sup>25</sup>.

Por lo expuesto, los Tribunales nacionales estiman ajustada a la normativa comunitaria la reserva de contratos a favor de los CEE de iniciativa social que establece la LCSP.

También ha generado algún que otro conflicto la tipología de contratos susceptibles de reserva<sup>26</sup> de la

---

24 Informe 19/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 7.

25 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de fecha 6 de octubre de 2021 (Asunto C-598/19). La cuestión prejudicial que plantea el TSJ Vasco es si la D.A.4ª de la LCSP se opone al artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE en el sentido de limitar el alcance subjetivo de esta reserva a determinados licitadores.

26 Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de Aragón 62/2017, de 11 de mayo de 2017, pp. 7-



Disposición, exponiendo de manera concreta que la reserva está prevista para contratos de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI y no a otros tipos de contratos, si bien esta limitación sectorial se circunscribe al ámbito de la Administración estatal como se verá más adelante.

En resumen, y para cerrar esta primera parte, señalar que el marco normativo de la reserva de mercado se encuentra en el artículo 20 de la Directiva 2004/24/UE y en la D.A 4ª de la LCSP. El primero de ellos, establece la posibilidad de que los Estados miembros reserven el derecho a participar en determinados contratos a los diferentes CEE y EI. Por su parte, la D.A 4ª señala la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con dicha previsión y tomar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento y control. Asimismo, esta Disposición queda reforzada por el artículo 99.4 del mismo texto legal, al permitir reservar lotes en favor de estos centros y/o empresas.

Serán determinantes para el desarrollo de esta reserva legal las características de las entidades, la composición de sus plantillas, sus objetivos sociales y fines fundacionales, dado que no todas las empresas son iguales ni proporcionan el mismo beneficio social en el empleo de los colectivos más desfavorecidos.

---

12. El Tribunal considera nulo los pliegos que rigen un contrato reservado como contrato de servicios siendo incorrecta su calificación al tratarse de un contrato de obras.



En el próximo artículo comprobaremos que los contratos reservados se han convertido en un instrumento jurídico determinante para el impulso de políticas sociales e inclusivas. En este sentido, la Disposición Adicional 4ª de la LCSP ha supuesto un antes y un después no solo por reforzar su implantación sino, especialmente, por imponerla mediante porcentajes, así como por aumentar la implicación de los gestores de la contratación pública en el fomento de políticas sociales.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BURZACO SAMPER, M. (2018) "La contratación pública como instrumento activo de innovación social". Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 33/2015, pp. 17-18.
- BURZACO SAMPER, M. (2019) "Concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores y discriminación positiva en las reservas de contratos: un análisis desde los conflictos". Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa nº 35/2019, pp.9-10.
- MENDOZA, J; LESMES ZABALEGI, S & ÁLVAREZ DE EULATE BADA, L. (2015) "*Guía para la aplicación de contratos reservados para empresas de inserción*", p.6. [https://www.gizatea.net/wp-content/uploads/Guia-contratos-reservados-EI\\_cas.pdf](https://www.gizatea.net/wp-content/uploads/Guia-contratos-reservados-EI_cas.pdf)
- MENDOZA JIMÉNEZ, J. (2017). "Guía Rápida sobre los contratos reservados. ¿Qué son? ¿Cómo se aplican?". Gobierno de Canarias.



- MENDOZA JIMÉNEZ, J. (2021) ¿Qué es la contratación pública responsable? Gobierno. <https://www.gobierno.es/blog/20211025-podcast-mendoza>
- MOLEÓN ALBERDI, M E. (2019) "Los Aspectos sociales y medioambientales en la Contratación Pública". Revista Gabilex, Nº 19, pp.92-94. <https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es>
- PINTOS SANTIAGO, J & CÁCERES LUARTE, N (2017) "Análisis particular de los criterios medioambientales a la luz de la situación española y chilena". Contratación Administrativa Práctica nº 150, Editorial Wolters Kluwer, pp. 2-5.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2020) "Cómo aplicar la igualdad de género en las distintas fases del procedimiento de contratación". Componente estratégico de la contratación. El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 50-51.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2021) "Los contratos reservados: Política social a coste cero. Jaime Pintos: Consultoría en Contratación Pública". Disponible en <https://www.jaimepintos.com/los-contratos-reservados-politica-social-a-coste-cero/>
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. & SENENT VIDAL, Mª J. (2019) "Contratación pública responsable, empresas de economía social e igualdad", Revista Jurídica de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Economía Social y Cooperativa, Nº 35/2019, p.9.  
<http://ciriec-revistajuridica.es/wp-content/uploads/rev.-35.pdf>

### **Otras referencias:**

- Consejo de Ministros (2019). Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. (BOE nº 125, de 25 de mayo de 2019).
- Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales. DOUE núm. 134, de 30 de abril de 2004, p. 98.
- Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DOUE núm. 134, de 30 de abril de 2004, p. 127.
- Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DJ 185 16.08.1971, p. 9)





- Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (OJ L 13 15.01.1977, p.29).
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (2021). Informe 2/2021 de 1 de junio sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019, relativo a los contratos reservados a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido en relación a los contratos tramitados en el ejercicio 2020.
- Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (2022). Informe 10/2022 de 6 de octubre sobre el cumplimiento del Acuerdo de Gobierno de 22 de mayo del 2019 relativo a los contratos reservados a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido en relación a los contratos tramitados en el ejercicio 2021.
- Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. BOE 299, de 14 de diciembre de 2007, p. 51336.
- "Libro Verde: La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro". Comunicación de la Comisión Europea. 1996-11-27. Web: [https://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_es.pdf](https://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Parlamento Europeo y Consejo (2018). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo Plus (FSE+), da una noción de lo que es una "empresa social". (UE) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Social Europeo Plus (FSE+), COM 382 final, de 30 de mayo de 2018, 15).
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (2013). Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre. Desestimación del recurso especial interpuesto por la FEDERACIÓN DE EMPRESAS DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS DE ZARAGOZA (FETRAZ), frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de traslados de puestos de trabajo de unidades administrativas, su equipamiento y documentación y de traslado de archivos, organización de almacenes y preparación de actos institucionales en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón. Boletín Oficial de Aragón, núm. 220, de 23 de octubre de 2013, pp. 10.409-10.413.
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (2017). Acuerdo 62/2017, de 11 de mayo. Resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE CONSTRUCTORES CONTRATISTAS DE OBRAS y por la CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y SERVICIOS DE ZARAGOZA frente al Anuncio y los Pliegos que rigen la licitación del contrato reservado para la ejecución de «Actuaciones de mejora de la accesibilidad en el viario público municipal por empresas de inserción o



centros especiales de empleo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza. Boletín Oficial de Aragón, núm. 104, de 25 de mayo de 2017.

- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (2018). Resolución 67/2018, que desestima el recurso interpuesto contra los pliegos del contrato de servicio de mantenimiento y limpieza de los contenedores de aceite de cocina usado en la vía pública del Ayuntamiento de A Coruña al entender, pp. 4-8.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) (2018). Resolución 860/2018, de 1 de octubre, que desestima el recurso interpuesto contra los pliegos rectores del procedimiento de contratación del servicio de imprenta para la Cosellería de Economía Sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, reservado a Centros Especiales de Empleo.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) (2021), Sentencia de fecha 6 de octubre de 2021 (Asunto C-598/19). Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) contra Diputación Foral de Guipúzcoa y Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM).
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (2022). Sentencia de 23 de noviembre de 2022 (Recurso: 673/2021).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (2022). Sentencia de 19 de octubre de 2022 (Recurso: 239/2018).
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (2022). Sentencia de 16 de diciembre de 2022 (Recurso: 54/2019).





## **NON BIS IN IDEM Y CARGOS PÚBLICOS**

**D<sup>a</sup>. Susana E. Castillo Ramos-Bossini**  
Doctora en Derecho. Investigadora

**Resumen:** A través de este trabajo se pretende analizar si el sistema sancionatorio administrativo, añadido al resto de responsabilidades anudadas a las conductas irregulares de los cargos públicos, cumple la función a éste encomendada en el sistema de integridad que configura el actual marco normativo sobre buen gobierno. A ello se intentará dar cumplida respuesta examinando su relación con otras responsabilidades, distintas a las administrativas, en las que pueden incurrirse por los altos cargos como consecuencia de su actuación. Sin embargo, como afirmación provisoria, cabe adelantar que dicha normativa se ha realizado con notorias deficiencias de las que convendría tomar nota si de verdad se pretende construir un sistema integral de integridad pública que contemple instrumentos preventivos y de gestión de riesgos por supuesto, pero también herramientas de tipo reactivas tendentes a exigir las responsabilidades que procedan por el incumplimiento y el uso irregular del patrimonio público empezando, y he aquí el objeto del presente trabajo, con su adecuado engarce con otras responsabilidades



potencialmente exigibles como consecuencia de las conductas irregulares de los cargos públicos.

**Palabras clave:** altos cargos, responsabilidad, integridad, buen gobierno

**Abstrac:** Through this work, it is intended to analyze whether the administrative sanction system, added to the rest of the responsibilities tied to the irregular conduct of public officials, fulfills the function entrusted to it in the integrity system that configures the current regulatory framework on good governance. An attempt will be made to provide a complete response by examining its relationship with other responsibilities, other than administrative ones, which may be incurred by senior officials as a result of their actions. However, as a provisional statement, it should be noted that said regulation has been carried out with notorious deficiencies that should be taken note of if the intention is really to build a comprehensive public integrity system that includes preventive and risk management instruments, of course, but also reactive type tools tending to demand the responsibilities that proceed for non-compliance and irregular use of public assets starting, and here is the purpose of this work, with its adequate linkage with other potentially enforceable responsibilities as a consequence of the irregular conduct of the charges public.

**Key words:** public office, responsibility, integrity, good governance



**SUMARIO:**I.INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVA DE LOS CARGOS PÚBLICOS ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES? II. LA VIRTUALIDAD DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES AL ALTO CARGO. III. LAS NUEVAS ORIENTACIONES DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN. IV. LA EXISTENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD Y SU COMPATIBILIDAD CON LA RESPONSABILIDAD DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. IV.1 Responsabilidad penal. IV.2 Responsabilidad contable. IV.3 Responsabilidad derivada de otros procedimientos sancionadores. IV.4 La responsabilidad derivada de la legislación presupuestaria. V. CONCLUSIONES: ¿DEBERÍAMOS ABORDAR UNA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN DE BUEN GOBIERNO EN LO QUE SE REFIERE A LA COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES EXIGIBLES A LOS ALTOS CARGOS? VI. BIBLIOGRAFIA.

## **I.INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS CARGOS PÚBLICOS ¿MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES?**

La responsabilidad del Estado y de las personas a su servicio constituye un principio fundamental del Derecho público de cualquier país. Desde luego, dicho principio es esencial en todo Estado de Derecho y en toda sociedad que pretenda regirse por el principio democrático y aspire a un adecuado funcionamiento de





las instituciones que conforman el poder público. Y es que la actitud recta y ejemplar de los cargos públicos es una condición esencial para el buen funcionamiento del Gobierno y de la Administración. Es un clásico referirse al cuadro de Lorenzetti que luce en el Palazzo Comunale de Siena que fue descrito por GARCIA PELAYO como imagen del buen gobierno “la justicia, iluminada por la sabiduría, integra a los hombres en la concordia, y desde ella en la corporación o cuerpo místico de la comuna bajo el gobierno impersonal y abstracto del bien común, el cual, constantemente inspirado por las virtudes políticas, asegura un orden pacífico del que se excluye toda violencia, salvo a los malhechores, obtiene sin presión los impuestos de los ciudadanos”<sup>1</sup>.

Se trata, pues, de un principio clave para el buen funcionamiento del Poder Público, del Gobierno y de la Administración, del buen gobierno y de la buena administración, y el reto es conseguir el necesario equilibrio entre la responsabilidad de los cargos públicos y del personal al servicio de esta (sujetos a una relación laboral o estatutaria) y la protección de la ciudadanía frente a conductas irregulares de éstos<sup>2</sup>. El punto de equilibrio se alcanza con la posibilidad por parte de éstos

---

<sup>1</sup> GARCÍA-PELAYO, M., “El buen y el mal gobierno”, Obras completas, II, CEPC, Madrid, 2009, p. 1239.

<sup>2</sup> Es preciso aclarar que en el presente trabajo aludiremos a “alto cargo” y “cargo público” de forma indistinta dada que se utiliza un concepto funcional en la normativa. Y ello, a pesar de que uno de los objetivos de la Ley de Altos Cargos de la Administración General del Estado fue ofrecer una definición sobre qué es un alto cargo. Sin embargo, lo cierto es que no existe en nuestro derecho positivo actual, ni en el estatal ni en el autonómico, un concepto preciso y correctamente delimitado de alto cargo.



últimos de exigir la indemnización directamente del Estado cuyo patrimonio y solvencia es suficiente aun cuando dichos daños se hayan producido por conductas dolosas o negligentes de ese personal, sin perjuicio, de que, en determinados casos, los cargos y empleados públicos hayan de responder vía acciones de regreso o vía sancionadora/disciplinaria.

La irrupción en nuestro ordenamiento de un sistema sancionador administrativo en 2013 a través de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante LTBG), añadido a la responsabilidad penal y contable ya existente en nuestro marco legal, y susceptible de ser aplicado a los cargos públicos por el correcto ejercicio de sus funciones fue una de las respuestas del legislador contemporáneo a distintas circunstancias, entre la que no fue menor la crisis económica gestada a partir de 2008, que fueron determinantes para la exigencia de la ciudadanía de mayor compromiso con la ética y la integridad<sup>3</sup>. De esta forma, y en el ámbito político, su

---

<sup>3</sup> Ciertamente, hasta hace pocos años, y aunque la legislación histórica española sí que se había hecho eco de un sistema de responsabilidad típicamente administrativo (baste señalar aquí el juicio de residencia) no habíamos articulado en nuestro ordenamiento un sistema de responsabilidad de los cargos públicos que, junto a la penal y contable tradicionalmente existentes, protegiese en forma efectiva los contenidos atinentes al buen gobierno y a la buena Administración. La responsabilidad administrativa ha estado carente de regulación explícita en nuestro ordenamiento y si la responsabilidad civil, penal y administrativa ha sido un elemento común al régimen de los funcionarios públicos prácticamente desde el inicio del sistema de función pública



principal manifestación se produjo con el denominado 15-M que, a su vez, tuvo como resultado más relevante la fragmentación del espectro político con la aparición de fuerzas políticas que, en sus programas, incluyeron la idea de exigencia de integridad como un elemento esencial de su acción política.

Y es que, los efectos de dicha crisis se manifestaron en distintas direcciones. En lo que afecta a este estudio singularmente es de destacar la disminución de la credibilidad de la ciudadanía en las instituciones básicas de la vida democrática, sobre todo, la referida a la confianza en la denominada clase política. Los estudios demoscópicos del CIS desde hace años son bastante elocuentes y muestran hasta qué punto la ciudadanía ha perdido la confianza en los partidos políticos y en los propios responsables y cargos públicos. Al respecto, y a título de ejemplo, en el barómetro del CIS (marzo 2016) ya se mantenía una elevada preocupación por la corrupción y el fraude (47,5%), pero es que años después se ha considerado, en ciertos momentos, a los “políticos” como el segundo problema nacional con un 49’5 % de los encuestados (enero de 2020). Ambos problemas en la percepción de la ciudadanía española solo eran superados por el desempleo. Por su parte, la ONG *Transparency International*, en el ranking global que elabora cada año sobre el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), ha señalado que, en 2021 que son los últimos datos disponibles en el momento de elaborar este trabajo, España había bajado un punto con respecto

---

en nuestro país, no ha sido así en el caso de los cargos públicos que, a salvo de la legislación histórica, carecían en nuestro sistema de exigencia de responsabilidad administrativa.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

al año anterior (61 puntos), por debajo de países como Portugal, Lituania o Corea del Sur. Una mayor puntuación significa menor percepción de corrupción, siendo así que, una economía como la española, que se sitúa entre las 15 primeras del mundo no debiera estar por debajo de los 70 puntos. España, de otro lado, ocupa la posición 34/180 del ranking global del IPC, junto con Lituania. Cabe finalmente hacernos eco de que España se ubica en el puesto número 14/27 de la Unión Europea, habiendo bajado igualmente dos posiciones con respecto al año anterior.

Se podría pensar que estos datos no son significativos ya que, al fin y al cabo, se trata tan solo de la disminución de un punto. Sin embargo, y al menos en mi opinión, creo que la lectura correcta a los mismos, junto a seguir llamando a no bajar la guardia en esta materia de exigencia de integridad en el manejo del erario público y el correcto ejercicio del poder público, pasa por ser consciente de que los mismos reflejan algo que sustenta la hipótesis que se mantendrá en el estudio que aquí se presenta, a saber: la legislación dictada en materia de buen gobierno, y más en concreto la referida a la exigencia de responsabilidad administrativa de los cargos públicos objeto del presente estudio, no está ofreciendo los resultados esperados. Al menos por ahora y mucho nos tememos que, con el actual marco normativo, difícilmente los ofrecerá a medio y largo plazo dada la artificiosa, asistemática y confusa regulación que se ha realizado de ese sistema sancionatorio. Basta leer el Informe del Tribunal de Cuentas sobre fiscalización del cumplimiento de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno en las entidades



locales (nº 1418), de 22 de diciembre de 2020 para apreciar las carencias en el funcionamiento efectivo del sistema sancionatorio establecido. Pocas nueces en definitiva para tanta norma estatal y autonómica en la materia.

Si ciertamente la existencia de un régimen sancionador no es condición suficiente para la prevención de estas conductas irregulares y es preciso potenciar una cultura de integridad y construir un sistema integral de integridad pública que contemple un abanico de instrumentos dirigido a la prevención y a la gestión de riesgos, conviene no minusvalorar la importancia de un funcionamiento efectivo del aparato sancionatorio como instrumento disuasorio de conductas que resultan contrarias al sistema establecido. Y es que, como es suficientemente conocido, si existe un buen sistema de represión, las expectativas tienden a generalizarse de tal forma y manera que, en general, los destinatarios de las normas tenderán a cumplir el sistema normativo en su conjunto de forma voluntaria y espontánea para tratar de evitar, en último término, ser objeto de sanción. A *sensus* contrario, si el sistema no es adecuado o produce confusión entre los actores llamado a aplicarlo, y si además, como todavía es nuestro caso, no existe un sistema preventivo lo suficientemente vigoroso y correctamente articulado, lo más probable es que los valores y principios que se pretenden proteger queden al más completo albur.

La pregunta, por tanto, que precede a la hipótesis que se formulará no puede ser otra que la siguiente: ¿cumple el sistema sancionatorio administrativo añadido al resto de responsabilidades anudadas a las conductas irregulares de los cargos públicos la función a éste



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

encomendada en el sistema de integridad que configura el actual marco normativo sobre buen gobierno? Es esta la cuestión que primigeniamente abordará el presente trabajo y al que se tratará de dar cumplida respuesta examinando su relación con otras responsabilidades, distintas a las administrativas, en las que pueden incurrirse por los altos cargos como consecuencia de su actuación.

La hipótesis, por su parte, como afirmación provisoria y que se tratará de demostrar a lo largo de estas líneas, es que dicha normativa se ha realizado con notorias deficiencias de las que convendría tomar nota si de verdad se pretende construir un sistema integral de integridad pública que contemple instrumentos preventivos y de gestión de riesgos por supuesto, pero también herramientas de tipo reactivas tendentes a exigir las responsabilidades que procedan por el incumplimiento y el uso irregular del patrimonio público empezando, y he aquí el objeto del presente trabajo, con su adecuado engarce con otras responsabilidades potencialmente exigibles como consecuencia de las conductas irregulares de los cargos públicos.

## **II.LA VIRTUALIDAD DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES AL ALTO CARGO.**

Como en su momento puso de relieve ARROYO ZAPATERO este principio, cuyo origen ha de buscarse en



el *ius puniendi* estatal<sup>4</sup>, no es sino un subprincipio del principio de legalidad en materia penal que, sin embargo, tiene trascendencia constitucional al haber sido admitido por el Tribunal Constitucional como objeto del recurso de amparo<sup>5</sup>. En el plano del ejercicio del *ius*

---

<sup>4</sup> El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española de la lengua expone el origen de este principio y explica que:

*"No dos veces por lo mismo».* Adopta también otras formas: *ne bis in idem* y *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*. El origen de la idea es muy antiguo, con probabilidad en el derecho ateniense del siglo iv a. C. (Demóstenes, *In Leptinem* 147: «las leyes no permiten dos procesos judiciales contra las mismas personas por los mismos hechos»), pero la regla como tal procede del jurista romano Gayo, *Digesto* 50, 17, 57: *bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* ('la buena fe no consiente que se exija dos veces lo mismo'). Con la práctica forense medieval, la expresión se redujo a solo *non bis idem exigatur*, y finalmente a *non bis in idem*. Está presente en numerosas fuentes del derecho romano. El jurista Ulpiano, *Digesto* 48, 2, 7, 2, afirma: «No se debe consentir que uno sea acusado de los mismos delitos de que fue declarado libre». Una constitución del año 289 de los emperadores Diocleciano y Maximiano, *Código de Justiniano* 9, 2, 9, establece: «Quien fue acusado de un crimen público no puede volver a ser acusado del mismo crimen por otro».

<sup>5</sup>ARROYO ZAPATERO, L., "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, pág. 10. El principio es considerado como un Principio General del Derecho, así lo subraya MUÑOZ QUIROGA, A., "El principio "non bis in idem", *R.E.D.A.* núm. 45, año 1.985, págs 129 y ss. en su comentario a la STC de 3 de octubre de 1.983, subrayando con GARCIA DE ENTERRIA ("La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas", *R.E.D.C.*, núm. 1, pág. 119) el valor conformador del Ordenamiento de los principios



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*puniendi* del Estado dicho principio plantea, como es conocido, distintas cuestiones, a saber: la compatibilidad entre una sanción penal y una sanción administrativa, la compatibilidad entre dos sanciones distinguiendo, a su vez, si éstas son o no de heterotutela, la propia compatibilidad de dos sanciones disciplinarias y la problemática derivada de la subordinación de la autoridad administrativa a la autoridad judicial. Y su fundamento se ha pretendido sustentar en distintas instituciones: la cosa juzgada, el principio de legalidad, la seguridad jurídica, el propio principio de proporcionalidad, etc<sup>6</sup>.

Y es que, claramente asentado en la doctrina de nuestros tribunales tras una evolución que comenzó tras

---

generales. Así, GARCIA DE ENTERRIA, y respecto del valor de éstos en el espacio europeo, expone que "el punto de entendimiento entre jueces de 21 naciones distintas, de países de common law y de Derecho Romano, germánicos y latinos, cristianos y musulmanes y de diversa procedencia profesional, es el manejo y articulación de principios generales y de conceptos técnicos, de apotegmas instrumentales, y, en definitiva, de todo el arsenal, modesto por su empaque teórico, pero perfectamente operativo, que es la tópica jurídica".

<sup>6</sup> ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Principio non bis in ídem", en Lozano Cutanda, Blanca, *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 762 y ss. dio cuenta de los distintos fundamentos que de dicho principio ha efectuado la doctrina.





la Constitución de 1978<sup>7</sup>, se reitera por éstos que el principio "non bis in idem" presenta una doble dimensión<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005 p.470 ha puesto de manifiesto que, si bien es un hecho constatable su aplicación habitual, la evolución y plasmación de su contenido y su alcance había sido realizado básicamente por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa sectorial hasta tiempos muy recientes en que se recogió en las normas generales de régimen jurídico y procedimiento administrativo. El citado autor explica cómo las consecuencias del principio pueden explicarse sistemáticamente en una serie de círculos que expresan el alcance de la prohibición.

<sup>8</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional se expone exhaustivamente en la STC 188/2005, de 5 de agosto que recuerda que:

"Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, el principio "non bis in idem" tiene su anclaje constitucional en el art. 25.1 CE, en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de Ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, Ff3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el art.14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU-hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977 - y en el Art. 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales -que, aunque firmado por nuestro país, aun no ha sido objeto de ratificación-, protegiendo "al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción -administrativa o penal-, sino frente a la nueva persecución



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

a) La material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto "en más de una ocasión por el mismo hecho y con el mismo fundamento", y "tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada ( SSTC 154/1990, de 15 de octubre , FJ 3 177/1999, de 11 de octubre , FJ 3 y ATC 329/1995, de 11 de diciembre , FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente" (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3)<sup>9</sup>.

---

punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado -absolución o sanción- del mismo" (STC 2/2003, de 16 de enero , FF.J.J. 2 y 8).

<sup>9</sup> El Diccionario antes referido explica dicha vertiente del siguiente modo:

*"Garantía del ciudadano que consiste en la prohibición de perseguirlo o de sancionarlo dos veces (con dos penas, con una pena y una sanción o con dos sanciones) por el mismo ilícito. Según la jurisprudencia constitucional, es un derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE que goza de la protección del recurso de amparo. También se denomina non bis in idem material o sustantivo. El non bis in idem prohíbe castigar dos veces lo mismo, y la jurisprudencia ha declarado que concurre «lo mismo» en los supuestos de triple identidad de sujeto, hecho y fundamento o bien jurídico protegido por la norma (SSTC 2/2003 y 48/2007). Por su parte, la triple identidad, que es el presupuesto para que resulte aplicable el*



b) La procesal o formal<sup>10</sup>, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción "la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal "( SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 y 229/2003, de 18 de diciembre y en la jurisprudencia europea en el caso Franz Fischer contra Austria y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria)<sup>11</sup>.

---

*non bis in idem*, tiene lugar en los concursos de normas punitivas, y no en los concursos de infracciones que no guardan relación con la garantía *non bis in idem*. LRJSP, art. 31; LPSPV, art. 18; SSTC 2/1981 y 180/2004".

<sup>10</sup> En esta segunda vertiente el Diccionario Panhispánico expone que se trata de:

*"Regla que conlleva un doble deber de la Administración: por un lado, el deber de no tramitar el procedimiento sancionador por hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo que genera el deber de suspenderlo o de no incoarlo siquiera, y, por otro lado, el deber de respetar la declaración de hechos probados que incluya la sentencia penal firme en el procedimiento sancionador ulterior cuando pueda sancionarse a posteriori. La jurisprudencia constitucional ha elaborado esta regla como parte integrante del non bis in idem y la ha ubicado en el artículo 25.1 de la Constitución Española. Además, la ha denominado de forma impropia «non bis in idem procedimental» o «vertiente procedimental del non bis in idem material». SSTC 77/1983 y 177/1999"*.

<sup>11</sup> Bien es cierto que, como ha puesto de relieve en un documentado estudio ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía del non bis in ídem y el procedimiento administrativo*



Respecto de la primera vertiente, primigeniamente la jurisprudencia de nuestros tribunales admitió esa duplicidad de sanción. Buena muestra de ello son las SSTs de 21 de junio de 1.966 (Ar. 3924), 7 de abril de 1.967 (Ar. 2156) y 14 de junio de 1.978 (Ar. 2371) y, si bien alguna resolución jurisdiccional prohibió tal duplicidad por unos mismos hechos (STS de 7 de marzo de 1.978, Ar. 923), dicha línea puede afirmarse que no era la mayoritaria en el ámbito judicial.

La situación cambió, como no podía ser de otra forma, tras la CE que, aun cuando no recogió el principio de forma expresa (sí se hizo en el anteproyecto constitucional B.O.C. 5 enero 1.978)<sup>12</sup>, sí fue determinante para que la jurisprudencia constitucional admitiese que iba íntimamente vinculado al principio de legalidad y tipicidad expresamente recogidos en el

---

*sancionador*, Iustel, Madrid, 2008, en realidad se trataría de tres reglas diferentes y, junto a las referidas en el cuerpo de este estudio, habría que añadir una tercera, a saber: el non bis in ídem procesal o derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito y su repercusión en el procedimiento administrativo sancionador.

<sup>12</sup> Ha de tenerse presente, sin embargo, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que se firmó en Nueva York en las Navidades de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977, publicándose en el B.O.E. núm. 103, de 30 de abril) lo incluye en su artículo 14.7: «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».



mismo<sup>13</sup>, y sin perjuicio de que, básicamente a partir de la STC 2/2003, de 16 de enero, se matizase esa prohibición de una doble sanción en la actuación judicial . Su recepción a nivel normativo ha sido, sin embargo, francamente decepcionante .

No obstante, si la jurisprudencia constitucional confirmaba su inclusión en la tabla de derechos fundamentales, a la vez se negaba su vigencia dentro de las denominadas relaciones de sujeción especial que, a nuestro juicio, caracterizan específicamente la relación que une a un alto cargo con el Estado.

---

<sup>13</sup> En este sentido, la STC de 30 de enero de 1.981 estableció: "El principio general del Derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración... Si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución.."



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Bien es cierto que, desde ese momento y no sin cierta polémica<sup>14</sup>, la jurisprudencia de nuestros tribunales vino

---

<sup>14</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETA, E., *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 265 y ss. Aunque este autor, una referencia ineludible cuando se aborda esta cuestión, se pregunta si ¿las relaciones especiales de poder bastan para eludir el "bis in idem" que parecen implicar los catálogos de faltas disciplinarias en relación con los delitos del Título VII del Libro II del C.p.? Y es que para este autor es preciso proceder a superar la tesis cuantitativa y cualitativa de diferenciación entre ilícito disciplinario e ilícito penal, afirmando la necesidad de configurar los ilícitos disciplinarios en relación al bien jurídico protegido. Así, la protección de bienes jurídicos es el punto común entre ambos derechos, pero también es el punto diferencial, consistiendo la misma en que, por una parte, el ataque al bien jurídico protegido por el derecho disciplinario es necesario para que se produzca el ataque al bien jurídico protegido por el Derecho penal en los delitos de funcionarios, y por otra, en la diferente titularidad de los bienes jurídicos, siendo el titular el Estado en el primer caso y la sociedad en el segundo. Así, existe una diferencia cualitativa, por cuanto en los primeros para la determinación del bien jurídico se examina la conducta del funcionario en relación a los ciudadanos mientras en los segundos para idénticos fines es relevante la relación del funcionario con el Estado. Termina señalando dicho autor que, en función de la señalada relación de progresión de los desvalores implicados, respectivamente, por los ilícitos disciplinarios y penales, la concurrencia de ambas calificaciones sobre una misma conducta, deberá resolverse normalmente según el principio de consunción. Cuando lo que concurren sea un delito y una falta disciplinaria



admitiendo la posibilidad de sancionar dos veces en el ámbito de estas relaciones, aunque ciertamente con algunas matizaciones. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1.985, de 27 de noviembre estableció que:

*"Es cierto que la regla non bis in idem no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral),*

---

que no presentan tal relación (por ejemplo, asesinato y falta de cometer un delito doloso), deberán aplicarse las restantes reglas del concurso, según la que corresponda.

Es de interés en esta polémica, y respecto en concreto los funcionarios públicos, el trabajo de QUINTANA LOPEZ, T., "El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *REDA*, nº 52, 1986 pág. 595 para quien la teoría de este autor habría de salvar dos obstáculos: primero, que la sanción en vía penal sea superior que en vía administrativa; y el segundo obstáculo está en las conductas delictivas contenidas en el artículo 7.1.c) del R.D. 33/86 (que sanciona como falta grave las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño grave a la Administración o a los administrados), que no deben identificarse con los delitos propiamente funcionariales, sino con cualquiera de los tipificados penalmente.

Más recientemente es preciso hacer referencia a CANO CAMPOS, T., "Non bis in Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001, pp. 191-249.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta".*

Y las SSTC 23/1.986, de 14 de febrero, 66/1.986, de 23 de mayo y 94/1.986, de 8 de julio se pronunciaron diciendo que dicho principio:

*"...impone por una parte la prohibición de que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad, inadmisibles reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado y, por otro la prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez por la Administración".*

Y es que, como corroboraría con posterioridad la jurisprudencia constitucional (STC 154/1990, de 15 de octubre), este principio "ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos", aunque ello no significa "que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos." Y es que, en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la





Administración, el principio "non bis in idem" opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, por tanto, puede decirse que, a diferencia de la potestad sancionadora de heterotutela en la que el principio "non bis in idem" resulta de aplicación plena, en el ámbito disciplinario este principio, en su manifestación de incompatibilidad de sanción penal y administrativa por unos mismos hechos, no resultaría de aplicación plena. Inclusive cabe, asimismo, en principio la compatibilidad entre una sanción administrativa de heterotutela y una sanción disciplinaria de autotutela dado, en teoría, el distinto fundamento que las guía y el distinto bien jurídico que protegen (STC 76/1.990, de 26 de abril)<sup>15</sup>. Por último, y en cuanto al ámbito disciplinario, no parece

---

<sup>15</sup> Dicha sentencia razona que *"no es igual la situación en que unos y otros (ciudadanos) se encuentran respecto de la Administración tributaria....Una sanción esta la de suspensión, que es en cierto modo accesoria a la de multa en tales supuestos, pero que no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o por un funcionario profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración tributaria"*.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

discutible la vigencia del principio y, de esta forma, no podrán imponerse dos sanciones por unos mismos hechos, realizados por el mismo sujeto y con el mismo fundamento<sup>16</sup>.

Así se estableció por la jurisprudencia desde la década de los ochenta<sup>17</sup>, y así se viene reiterando desde entonces sin fisura alguna de relevancia bien que matizada su aplicación solo si es el mismo bien jurídico desde la STC 243/1991 (con posterioridad confirmada por la STC 188/2005, de 5 de agosto)<sup>18</sup>. Y es que,

---

<sup>16</sup> Un exhaustivo estudio sobre la incidencia del principio en las relaciones de sujeción especial, con numerosas referencias jurisprudenciales, puede encontrarse en MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., *La doctrina del principio non bis in ídem y la relación de sujeción especial*, Bosch, Barcelona, 2012.

<sup>17</sup> Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1.985 (Ar. 723)

<sup>18</sup> La STC 188/2005 razona que este Tribunal ha abordado el juego del principio "non bis in ídem" dentro de las llamadas relaciones de sujeción o de supremacía especial, afirmando que "La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serán aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre



cuando nos hallamos ante una relación de sujeción especial, la jurisprudencia es constante al considerar que son distintos los fundamentos de la condena penal y de la sanción disciplinaria, al velar aquella por la protección de los bienes jurídicos fundamentales que se hallan en el núcleo de los tipos delictivos previstos por el Código penal, en tanto que la sanción disciplinaria vela por la credibilidad y la confianza de los ciudadanos en las instituciones y en los que tienen a su cargo, tanto para proteger sus derechos, como con el objetivo de servir al interés general. Dicha posición ha sido, al menos en mi opinión, refrendada por la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia de 16 de junio de 2022 (app nº 1735/13, *Goulandris and Vardinogianni v. Greece*) donde era objeto de análisis la compatibilidad entre dos sanciones derivadas de un ilícito urbanístico y una sanción penal y en la que, tras declarar el Tribunal que si bien, y a los efectos de la Carta Europea de Derechos Humanos, dichas sanciones calificadas en dicho país como administrativas tienen carácter penal va a desestimar, respecto de la multa impuesta por la no demolición (una multa que aquí denominaríamos coercitiva), que la misma tenga la misma naturaleza que la pena de prisión y considera que no es aplicable el principio non bis in idem. Dice así:

---

otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990.

Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección" (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2).



*"70. La Corte observa que la multa de conservación se originó por el hecho de que los muros de piedra contruidos ilegalmente se mantuvieron en su lugar. En el proceso penal, los demandantes fueron acusados y condenados por haber construido ilegalmente los muros de piedra excediendo los requisitos del permiso de construcción. La multa de conservación se impuso por conservar las construcciones ilícitas y seguir infringiendo la legislación urbanística, y esto constituyó un elemento fáctico importante del procedimiento administrativo que no formaba parte de la condena de los demandantes por construcción ilícita. Los hechos que motivaron el proceso penal y la condena no fueron los mismos ni sustancialmente los mismos que motivaron la imposición de la multa de conservación en el proceso administrativo"*

En definitiva, que en esa jurisprudencia con la que coincide en nuestra doctrina HUERGO LORA, es susceptible de distinguirse el tipo de medida sancionatoria atendiendo a la finalidad de la misma<sup>19</sup>, bien es cierto que, como más adelante se expondrá, es preciso andar con extremada cautela cuando afirmamos estos extremos dado el concepto de sanción penal que

---

<sup>19</sup> HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, p. 438 sostiene que, en definitiva, la exclusión de la aplicación del principio en el ámbito disciplinario no responde sino a las mismas razones por las que también se excluye de su aplicación otras medidas que no tienen carácter sancionatorio como, a título de ejemplo, señala la prohibición del ejercicio de una actividad.



se maneja en el ámbito europeo a efectos de la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales y del Protocolo en desarrollo de esta.

Y es que lo cierto, sin embargo, es que todo ello se mantiene no sin discusión. Y es preciso plantearse en cada caso si efectivamente se está produciendo la efectiva protección de dos bienes jurídicos distintos. A estos efectos, la STS de 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5155) estableció unos criterios generales de sumo interés y, en concreto<sup>20</sup>, la sentencia establece que es preciso discernir dos supuestos: aquellos en que las acciones o conductas habrían sido constitutivas de infracción penal aunque no las hubiese realizado un funcionario (en nuestro caso un alto cargo) en cuyo caso cabría duplicidad sancionadora, de aquellos otros en que la condición de funcionario es elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal, en cuyo supuesto no podría procederse a sancionar penal y disciplinariamente. De esta forma, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionó dicha posibilidad cuando se trataba de delitos "propios" de funcionarios<sup>21</sup>, y es que como ya señalara TOLIVAR ALAS, la construcción del alcance de dicho principio

---

<sup>20</sup> La sentencia fue objeto de comentario por MARINA JALVO, B., "Non bis in ídem e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía", Revista de Administración Pública, nº 155, 2001, pp. 183 y ss.

<sup>21</sup> A respecto, cabe señalar aquí la STS de 16 de diciembre de 2008 que deja sin efecto la sanción impuesta a un empleado de correos, que ya había sido condenado judicialmente, precisamente por su función de funcionario. Pero como se expone no ha sido unánime dicho proceder y así cabe remitirse, entre otras, a la STS de 27 de febrero de 2009 (RJ 2101/2009).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

podría estar aún inacabado<sup>22</sup>. En este sentido, y a pesar de dicha compatibilidad de sanciones, la solución más acertada en estos casos, al menos desde nuestro punto de vista, sería la exploración de la aplicación de las

---

<sup>22</sup> TOLIVAR ALAS, L. "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada", *Documentación Administrativa*, nº 280-281, 2008, p. 156 quien se pregunta "En el caso de los funcionarios –y de otras personas especialmente sujetas a la administración– la incomunicación habitual entre lo penal y lo administrativo puede no sólo ser gravosa sino conducir a profundas injusticias. y vuelvo sobre los intereses protegidos: muchos tipos penales de delitos cometidos por funcionarios – o por cualquiera, en ocasiones– llevan aparejada una pena, principal o accesoria, de inhabilitación absoluta, de inhabilitación especial o de suspensión en empleos o cargos públicos. ¿tiene sentido que, además, en aras de un sutil interés protegido diferente al de la norma penal, a la misma persona y por los mismos hechos, se la pueda sancionar por vía disciplinaria yendo más lejos de la propia pena y pudiendo, incluso, separar definitivamente del servicio a quien el Código punitivo sólo aleja temporalmente del mismo? podría pensarse –y así se ha defendido por parte de la doctrina– que la conducta administrativa queda absorbida por la reprensión judicial penal".

Más recientemente LÓPEZ ESPEJO, J., "La configuración del non bis in ídem en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador", *Revista de Estudios Europeos*, volumen 79, enero-junio 2022, pp. 619-639, aun refiriéndose a otro ámbito también ha mantenido similar opinión argumentando que ni en España, pero tampoco en otros países de nuestro entorno, el alcance y extensión del principio.



reglas previstas para el concurso ideal de delitos<sup>23</sup>. Dicha idea, en su momento propugnada por OCTAVIO DE TOLEDO, consistiría en la aplicación de una única pena, la del delito más grave (consiguientemente, la infracción penal) en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos. No obstante, ni nuestra legislación ni nuestros tribunales han llegado a tal conclusión a que nos referimos y admiten esa doble

---

<sup>23</sup> Aunque, como ha puesto de manifiesto CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 135 y ss. no existe en nuestro ordenamiento (LRJSP) una regulación completa ni sistemática del concurso de normas y del concurso de infracciones que constituiría una garantía del non bis in ídem. A este respecto, expone que en el concurso (aparente) de normas lo que concurren son las propias normas, pues el autor ha infringido varias normas o la misma norma varias veces mientras que en el concurso de infracciones hay una pluralidad de ilícitos que, en el caso del concurso ideal, derivan de un solo hecho. Aunque, como pone de manifiesto dicho autor, sin previsión alguna en la LRJSP si se contempla en leyes sectoriales que han impuesto distintas soluciones desde la acumulación a la imposición de la sanción más grave por aplicación del principio de proporcionalidad. En realidad, y a juicio de IZQUIERDO CARRASCO, M., "La determinación de la sanción administrativa", *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001, pág. 231 nos encontramos en concurso de infracciones cuando ninguna de las normas "capta en su totalidad el contenido disvalioso del hecho" en la medida en que cada una de las normas tipificadoras de infracciones lo hace para proteger los bienes jurídicos diversos. Por ello imponer varias sanciones no vulnera esta garantía por no concurrir los requisitos que habitualmente se exigen para su aplicación: un solo hecho ha lesionado o pone en peligro varios bienes jurídicos o el mismo bien jurídico ha sido lesionado varias veces.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

sanción por unos mismos hechos como se ha mantenido por la doctrina que se ha ocupado de ello<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> QUINTANA LOPEZ, T., op. cit. pag. 593. en relación con ello pone de relieve que:

*"Si el actual orden constitucional acepta la convivencia del citado principio con la duplicidad de sanciones, siempre que se manifiesten en el marco de las relaciones de supremacía especial de la Administración con sus funcionarios, se debe a la independencia de ordenamientos; el general, que pretende con la sanción penal la protección del orden social, y, por ello, impone al funcionario como a cualquier ciudadano una pena por la comisión de un hecho tipificado penalmente; paralelamente la Administración está legitimada para tutelar su orden interno, y en función de ello sancionar al funcionario que con su actividad pone en peligro su propio funcionamiento. Esta argumentación pacíficamente presta cobertura a la compatibilidad de sanciones administrativa y penal, cuando está última obedece a un delito que no está singularizado por poder ser única y exclusivamente cometido por los funcionarios, sin embargo, es dudosa su convivencia con el principio non bis in idem, cuando el delito por el que impone la sanción penal es de los que sólo pueden ser cometidos por personas sometidas al régimen funcional"*

De esta forma, entiende que:

*"de tal forma que si los hechos que dieron lugar a la incoación de un expediente administrativo han sido considerados por la jurisdicción penal como constitutivos de delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, o bien de los cometidos por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, y con base en ellos está tramitándose el*





En cuanto a la segunda de las reglas no supone sino una consecuencia, lógica por demás si se quiere, del principio non bis in ídem. En realidad, y como se expuso, se trata del *non bis in ídem* procesal o procedimental. La esencia de esta regla deriva de la necesidad de garantizar la coherencia en las declaraciones que realicen los distintos órganos que tienen encomendada la potestad punitiva, en aquellos casos en que se actúa conjuntamente la potestad disciplinaria y la potestad penal sobre un mismo sujeto y por unos mismos hechos, aunque con diferente fundamento (o ataque a bien jurídico) y evitar, ha de añadirse, la posibilidad, no ya tan solo que la

---

*correspondiente proceso penal, la Administración habrá de abstenerse de iniciar o continuar el expediente sancionador, según impone expresamente el precepto, pero además tampoco podrá reanudar e imponer ninguna sanción disciplinaria duplicando la pena judicialmente señalada"*

Solución ésta última que no fue ajena al constituyente y, como indica tanto este autor cómo PRIETO SANCHÍS, L., "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982, el Diputado Peces-Barba en uno de los debates de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, señaló "Nosotros entendemos que esta existencia del principio de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos no excluye, primero, las sanciones disciplinarias a los funcionarios, que no sean constitutivas al mismo tiempo de delito. Segundo, que si esas sanciones son al mismo tiempo constitutivas de delito, la condena, en el caso de que se produzca, lleva aparejada, o debe o puede llevar, el consiguiente reflejo en su condición de funcionario".



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

calificación jurídica de los hechos resulte diferente sino inclusive que estos sean contradictorios, o incluso que se declare la inexistencia de los mismos, lo que provocaría, en último término, la necesidad de acudir a reponer la situación jurídica individualizada del sancionado lo que hace aconsejar, como solución más adecuada, la alternativa que opta por suspender la tramitación del expediente disciplinario hasta que la sentencia penal fije los hechos y con ello proceder a la calificación jurídica que proceda<sup>25</sup>.

En este sentido ya se expresó la jurisprudencia constitucional que, desde la STC 77/83, de 3 de octubre, señala entre los límites aplicables a la potestad

---

<sup>25</sup> En este sentido, cuando en el proceso penal tramitado de forma previa ha recaído una sentencia condenatoria que declara la inexistencia de los hechos juzgados o la no participación en ellos del imputado, así como cuando se pone fin a aquél antes de iniciar la fase de juicio oral con un auto de sobreseimiento libre que declare idénticos extremos, no puede tramitarse un procedimiento administrativo sancionador en el que se aprecie la triple identidad de sujeto hechos, y fundamento. Por el contrario, cuando el proceso penal previo concluye con una sentencia absolutoria en la que no se declare la inexistencia de los hechos juzgados o la falta de participación en ellos del sujeto imputado (por ejemplo, sobreseimiento libre en el que se declare que los hechos no son constitutivos de delito), se puede iniciar un procedimiento sancionador con idéntico objeto o bien continuar su tramitación si éste hubiese quedado suspendido. A mayor abundamiento, si no se estima la existencia de delito, cualquier autoridad deberá ajustarse para sancionar los hechos declarados probados en la resolución judicial.



sancionadora de la Administración, la regla que se analiza:

*"La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control "a posteriori" por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en los que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) La necesidad de respetar la cosa juzgada. La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema"*

Y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 16 de junio de 2011 rec. 1697/2008) se ha pronunciado en dicha línea específicamente en materia disciplinaria y penal argumentando que es necesaria la actuación previa de la Jurisdicción Penal ante la existencia de unos hechos que, a priori, revisten caracteres de delito y en numerosas ocasiones se ha hecho eco del principio de subordinación de la Administración al Juez Penal (por todas la STS de 10 de marzo de 2011 rec. 3197/2008) razonando que:



*"La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera" dado que "el principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de la normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".*

Y de esta forma, y como consecuencia de lo dicho, los segundos deberán en todo caso respetar, cuando actúen "a posteriori" el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado<sup>26</sup>, pues en otro caso se produce un

---

<sup>26</sup> Bien es cierto que cosa distinta es la virtualidad que las pruebas obtenidas en el proceso penal puedan tener en el procedimiento sancionador cuya validez ha sido cuestionada. Así HUERGO LORA, A., "Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los medios de obtención de pruebas", en el volumen colectivo coordinado por A. Huergo Lora *Problemas actuales del*



ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones establecidas por dicho precepto y así, como indica la STS de 29 de septiembre de 2013 (rec. 2838/2012), “no se trata de hacer una valoración en vía disciplinaria distinta de los hechos declarados probados, sino que lo que impide dicho principio, como ocurre en el caso analizado, es que hechos que la sentencia penal, de carácter preferente, da por no probados, se consideren probados luego en el expediente disciplinario, pues como se dice en la sentencia recurrida los hechos no pueden existir y no existir en ambos procedimientos penal y disciplinario”<sup>27</sup>.

---

*Derecho Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, 2018, p.41

<sup>27</sup> Mayor enjundia plantea la cuestión de si, impuesta una sanción administrativa, esta goza del efecto de cosa juzgada a los efectos del principio *non bis in idem*, de tal forma que la firmeza en vía administrativa de una sanción que no fue juzgada, no se podía considerar como cosa juzgada al no alcanzarle el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales. De esta forma, y como han puesto de manifiesto GÓMEZ TOMILLO, M., “Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH”, InDret, nº 2, 2020 y GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/existe-la-cosa-juzgada-administrativa> si desde la STC 2/2003 la posición que se había mantenido era la que se plasmaba en la siguiente reflexión:

*“En cuanto al reconocimiento de efecto de cosa juzgada de la resolución administrativa, se ha de señalar que, en sentido estricto, dicho efecto es predicable tan sólo de las resoluciones*



Por tanto, y en esos supuestos, no existe una absoluta independencia en cuanto a la declaración de los hechos probados entre el procedimiento disciplinario y el proceso penal. Así lo puso de manifiesto tempranamente PEREZ BARRIOS<sup>28</sup>, quien, sistematizando la

---

*judiciales, de modo que sólo puede considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en cuyo haz de garantías se ha reconocido el respeto a la cosa juzgada (por todas, SSTC 67/1984, de 7 de junio, FJ 2; 159/1987, de 26 de octubre, FJ 2; 189/1990, de 26 de noviembre, FJ 1; 151/2001, de 2 de julio, FJ 4), el desconocimiento de lo resuelto en una resolución judicial firme, dictada sobre el fondo del litigio. De otra parte, se ha de tener presente que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre). De modo que, sin haberse producido dicho control judicial ulterior por la jurisdicción contencioso-administrativa, al haber desistido el sancionado del recurso interpuesto, la resolución administrativa carece de efecto de cosa juzgada."*

Sin embargo, resoluciones posteriores como la STC 60/2015 o 148/2021 parecieran indicar que derivado del principio de seguridad jurídica, que reclamaría "la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes".

Cuestión esta última que, en la jurisprudencia europea y en concreto en la sentencia TEDH de 16 de junio de 2022, pareciera encarrilarse en esta nueva posición.

<sup>28</sup> PEREZ BARRIOS, A., "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración: sus límites", *Revista Vasca*



jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, procedió a distinguir las siguientes situaciones:

- Sentencias penales absolutorias: sólo existe vinculación para la Administración respecto de la apreciación de los hechos, cuando en la sentencia penal se declara que tales hechos no han existido o que el funcionario no ha tenido intervención en los mismos, pero no existe tal vinculación cuando se declara que tales hechos no han sido probados.

- Sentencias penales condenatorias: vincula la relación de hechos ciertos y probados por la jurisdicción penal, pero cuando el órgano administrativo sancionador funde exclusivamente la sanción disciplinaria en ser punible penalmente el hecho imputado.

Declaraciones estas últimas avaladas por el Tribunal Constitucional, quien en sentencia 35/1.990, de 1 de marzo, estableció que:

*" Es evidente, por tanto, que, declarados probados unos determinados hechos por los Tribunales de la jurisdicción penal, y habiendo sido aceptada dicha declaración por el propio recurrente, resulta paradójico e ilógico aducir como no probados en el expediente administrativo los mismos hechos, pues es claro, también en este supuesto, que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del*

---

*de Administración Pública, núm. 13, 1985, pp. 241 y s. Es preciso referirse, respecto de estos aspectos, al reciente y detallado trabajo de GÓMEZ TOMILLO, op. cit., págs. 437-453.*



*Estado. Y aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por la Administración y los Tribunales de Justicia también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los Tribunales de Justicia, únicos competentes para ello, y admitida la declaración de hechos probados por el propio recurrente, no es posible apreciar violación del derecho de presunción de inocencia por parte de la Administración"<sup>29</sup>.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior, y a propósito de la legislación tributaria y la imposición de sanciones administrativas y penales<sup>30</sup>, bien puede

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido la STC 98/1.989, de 1 de junio que aclara que:

*"... La diferencia entre ambas resoluciones reside en el terreno de la calificación jurídica de lo que constituye un mismo soporte fáctico; esto es, de unos hechos, que en el ámbito penal son valorados de manera diferente de la que resulta de su apreciación en el orden disciplinario..."*

<sup>30</sup> Distingue el artículo 66 del RGIT - artículo 180 de la LGT (2003)- los efectos de la sentencia penal sobre la reanudación del procedimiento tributario:

- Si la sentencia es condenatoria, se impide la imposición de sanción administrativa. Se refiere a la garantía del principio *non bis in ídem* de prohibición de doble sanción por los mismos hechos y de la preferencia de las penas sobre las sanciones administrativas.

- De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, por lo que la Administración podía, además de practicar las correspondientes liquidaciones,





resumirse en la STS de 24 de febrero de 2016 (rec. 4134/2014) que, a propósito de la invocación de la doctrina de los tribunales europeos de la que seguidamente daremos cuenta, consideró que no era de aplicación y que no había vulneración del principio "non bis ídem" procesal ya que sólo prohíbe que exista un procedimiento administrativo sancionador posterior al proceso penal absolutorio por el mismo ilícito cuando aquél pueda equipararse por su complejidad y gravedad a un proceso penal, lo que no acontecía en el caso español. Ciertamente, y frente a esta resolución jurisdiccional, hay nuevos datos y resoluciones de las que ahora daremos cuenta que quizás ponga en duda un argumento del Tribunal Supremo basado hasta ese momento, casi en exclusiva, en la calificación y regulación en el ordenamiento interno de ese principio ya que lo que realmente se debate es la garantía del principio *non bis in idem* en la sucesiva tramitación de dos procedimientos, uno penal y otro posterior administrativo sancionador tributario respecto de la interpretación dada por el TEDH al artículo 4 del Protocolo nº7 y la noción de *materia penal* en la prohibición de doble persecución por los mismos hechos.

Una vez vistas las anteriores declaraciones jurisprudenciales y argumentos doctrinales, no cabe sino afirmar que, como se ha podido comprobar, en principio es plenamente posible la exigencia a los altos cargos no solo de la responsabilidad disciplinaria derivada de la LTBG, sino también de la que eventualmente se derivase cuando los hechos realizados fueran constitutivos de una infracción penal. Hasta aquí no parecía haber problema

---

imponer las sanciones procedentes con base en los hechos que los Tribunales hubiesen considerado probados.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

alguno dada la contundencia de la jurisprudencia española en esta materia, aunque como ahora se verá, quizás la jurisprudencia europea imponga un nuevo planteamiento no contemplado hasta ahora.

Pero, en cualquier caso, más problemático resulta, como veremos tras analizar la jurisprudencia europea, la relación de esta responsabilidad contemplada en la LTBG con otras eventuales y posibles responsabilidades derivadas de las previsiones establecidas en la normativa contable, la establecida en la legislación presupuestaria o, inclusive, en otras normas administrativas especiales. Más problemático y, desde nuestro punto de vista, más discutible su conciliación con lo que el principio del que hemos dado cuenta representa. Aunque, como ya se ha adelantado en forma previa, nos referiremos a fin de disponer de un completo panorama a los relativamente recientes pronunciamientos sobre esta materia de los tribunales europeos que, como ahora veremos, resultan de sumo interés a los efectos mencionados.

### **III. LAS NUEVAS ORIENTACIONES DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**

Para el análisis de esta jurisprudencia es preciso partir del concepto de sanción penal utilizado por el artículo 50 de la CEDH y su correspondiente protocolo, que no es sino lo que se ha denominado una noción autónoma en el contexto de aplicación de esta norma. Y es que, a los efectos de evitar que una mera calificación por parte de



un Estado de una sanción como administrativa, deje materialmente sin efecto la prohibición recogida en dichos preceptos, la jurisprudencia europea establece que para determinar si una sanción calificada formalmente como administrativa puede considerarse penal a los efectos de la Carta, se han de considerar tres aspectos<sup>31</sup>: la calificación jurídica en el Derecho nacional - criterio meramente formal y preliminar-, la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción impuesta (criterios establecidos en *Engel y otros c. los Países Bajos*, §§ 82-83, y más recientemente reafirmados en *Jussila c. Finlandia* [GC], § 30)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> En este sentido, véase BARCELONA LLOP, J., "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Derecho y Sociedad*, nº 54 (I) pág. 209 quien expone que: "Con ese modo de razonar, el Tribunal se asegura de que únicamente él delimita el campo de aplicación del precepto, conjurando así el riesgo de que los Estados sustraigan de su órbita ciertos asuntos mediante el expediente de calificarlos como administrativos y no como penales. Tal es, con carácter general, la utilidad de la doctrina de las nociones autónoma que, en el caso que nos ocupa, adquiere un interés particular una vez que el Tribunal ha admitido que el legislador nacional dispone de libertad para tipificar conductas como infracciones administrativas. De ahí que, sin perjuicio de que el ordenamiento estatal contemple un régimen sancionador administrativo y de que la elección escape en principio al control jurisdiccional europeo, la aplicación de las garantías convencionales no dependa de la calificación de la medida en el orden interno sino de la que le otorgue el Tribunal".

<sup>32</sup> Expone el autor citado en la nota anterior, pág. 210, que "Por razones fáciles de comprender, el criterio menos relevante es el primero, pues si la noción de materia penal es autónoma en el sentido expuesto más atrás, que el Derecho del Estado tipifique la sanción como administrativa no puede



Y a estos efectos, es preciso tener en cuenta la muy relevante sentencia del TEDH de 11 de septiembre de 2018 (Caso Aumatell i Arnau c. España) que tenía por objeto las multas coercitivas previstas en el artículo 92.4.a) de la LOTC que, pese a lo mantenido por el TC a este respecto, consideraría que revisten naturaleza penal a los efectos del CEDH<sup>33</sup>. Y para llegar a esa

---

ser nunca decisivo. Con respecto a los otros dos, cabe su análisis por separado aunque, según constante afirmación jurisprudencial, procede un examen cumulativo si un análisis tal "ne permet pas d'aboutir á une conclusion claire quant á l'existence d'une accusation en matière pénale". Pueden concurrir ambos o uno de ellos. Además, y por lo que a las sanciones pecuniarias se refiere, que su cuantía sea reducida no impide que se reconozca carácter penal a una medida si así se desprende de su naturaleza. A este enfoque, que privilegia la entraña de la injerencia sobre la entidad de la sanción, contribuye que la misma se mida por el rasero de la que podría imponerse y no por el de la que ha sido impuesta; más todavía, en Chambaz (2012) el Tribunal ha afirmado la aplicabilidad del artículo 6 teniendo en cuenta la sanción que podría llegar a imponerse aun cuando no se haya impuesto ninguna (40)".

<sup>33</sup> Recordemos, para conocer el contexto en que se produce el debate judicial, que el 8 de septiembre de 2017, la Comunidad Autónoma de Cataluña aprobó la Ley 20/2017, denominada "de transitoriedad jurídica y fundacional de la República", siendo la misma recurrida por inconstitucionalidad y solicitándose la suspensión de la citada ley, suspensión que fue acordada el 12 de septiembre de 2017 por medio de providencia del Pleno del Tribunal Constitucional en el marco del proceso constitucional nº 4386/17.



conclusión, el Tribunal analiza la extensión del ámbito subjetivo de personas a las cuales es aplicable la norma incumplida, el tipo y la naturaleza de los intereses protegidos, la existencia de una finalidad disuasoria y

---

El 8 de septiembre de 2017, haciendo caso omiso de las citadas providencias constitucionales, la sindicatura electoral central, en aplicación de la Resolución 807/XI, nombró a los miembros de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales de Arán, Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, de la que la demandante formaba parte (véase párrafo 9 anterior).

De esta forma, y una vez constatado el incumplimiento de la providencia de 7 de septiembre de 2017, el Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de noviembre de 2017, recordó a los miembros de la sindicatura electoral central la suspensión de la Resolución 807/XI. Mediante notificación personal, les otorgó 48 horas para que le informaran. El Tribunal acordó igualmente advertir a los miembros de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales sobre su notificación de las providencias de 7 y de 13 de septiembre de 2017. Dicho auto fue notificado personalmente a la demandante, por medio de un requerimiento judicial.

Ante la falta de respuesta y la pasividad de los miembros de la sindicatura electoral y de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales para cumplir las providencias del Tribunal Constitucional, el 20 de septiembre de 2017 el Alto Tribunal en Pleno y en el marco del proceso constitucional nº 4332/17, resolvió imponer una multa coercitiva diaria de 12.000 euros a los miembros de la sindicatura electoral central, y de 6.000 euros a los miembros de las sindicaturas electorales de las demarcaciones territoriales de Arán, Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona, de la que la demandante formaba parte (véase párrafo 9 y 14 anteriores). En su auto, el Tribunal advirtió que la multa coercitiva cesaría cuando los miembros de las sindicaturas justificasen que habían renunciado a sus cargos como miembros de las sindicaturas respectivas.



represiva y la severidad de la sanción impuesta (§§ 52-54) para concluir que *“Teniendo en cuenta los diversos aspectos del asunto, y habiendo examinado su importancia respectiva, el Tribunal debe reconocer el predominio de aquellos que presentan una naturaleza penal (ver mutatis mutandis Valico S.r.l c. Italia (dec.), nº 70074/01, CEDH 2006-III) y decide concluir que la multa impuesta a la demandante en el caso de autos tiene tintes penales”* (§ 55).

Asimismo, y en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que asumió los denominados criterios Engel<sup>34</sup>, es importante señalar, respecto de este punto, en primer lugar, la sentencia de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, (asunto C-617/10, Akerberg Fransson) que declaró que los Estados miembros disponen de total libertad para decidir aplicar un sistema de protección de los intereses financieros -en este caso, aplicado a la

---

<sup>34</sup> Un estudio de sumo interés para conocer la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación y el alcance de la vertiente nacional del principio *ne bis in idem* aplicado a la imposición y acumulación de sanciones administrativas y penales puede consultarse en HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales”, *Revista de Estudios Europeos*, número extraordinario monográfico 1-2019, págs. 286-304. Más recientemente también puede verse el trabajo de LÓPEZ ESPEJO, J., “La configuración del *non bis in idem* en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 79, 2022.



recaudación del IVA- que combine la imposición de sanciones administrativas y penales para el castigo de unos mismos hechos punibles. Ahora bien, la utilización de esta doble vía punitiva solo se consideraría compatible con el principio *ne bis in idem* reconocido por el Derecho de la Unión, siempre y cuando la sanción impuesta formalmente por vía administrativa no pudiera ser considerada, materialmente, de naturaleza penal. Para determinar si una sanción formalmente administrativa posee realmente carácter penal, el TJUE encomendó al órgano *a quo* la tarea de realizar un examen de adecuación y proporcionalidad de dicha sanción claramente inspirado en los criterios fijados por la STEDH Engel que, como se ha expuesto más arriba, fue la primera sentencia en establecer criterios para determinar la naturaleza penal o no de una sanción a los efectos de la CEDH.

Y, con arreglo a dicha idea establecida, las sentencias dictadas con fecha 20 de marzo de 2018, por la Gran Sala del TJUE contemplan cuatro relevantes pronunciamientos en los asuntos Menci (asunto C-524/15)<sup>35</sup>, Galrsson Real Estate y otros (asunto C-

---

<sup>35</sup> En la sentencia Menci, -que deriva de infracciones en materia de impuesto sobre el valor añadido (IVA)-tras haber concluido definitivamente un procedimiento administrativo sancionador, se inició un proceso penal por los mismos hechos. Primero analiza la naturaleza o no penal del procedimiento o sanción que debe determinarse aplicando la autoridad nacional los criterios que el TJUE ha adoptado a través de su jurisprudencia: la calificación jurídica en el Derecho nacional - criterio meramente formal y preliminar-, la propia naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción impuesta, aunque el TJUE realiza por sí mismo este examen preliminar sobre la naturaleza penal de la sanción



---

administrativa. Para que la limitación al derecho fundamental garantizado en el artículo 50 CDFEU se considere compatible con el Derecho de la Unión, deben cumplirse los requisitos establecidos en el propio art. 52.1 CDFUE: que esté claramente establecida por la ley nacional, persiga un interés general, respete el contenido esencial de tales derechos y sea proporcional, requisitos que asimismo examina. El Tribunal de Luxemburgo considera, en materia de infracciones del IVA, que parece legítimo que un Estado miembro trate, por una parte, de disuadir y sancionar cualquier incumplimiento, deliberado o no, de las normas de declaración y cobro del IVA mediante la imposición de sanciones administrativas fijadas, en su caso, a tanto alzado y, por otra parte, de disuadir y sancionar incumplimientos graves de dichas normas, que son especialmente nefastos para la sociedad y que justifican la adopción de sanciones penales, más graves. Dedicamos el final de su respuesta a examinar la compatibilidad de esta nueva interpretación del artículo 50 de la Carta a la luz del artículo 4 del Protocolo nº 7 CEDH interpretado por el TEDH. A este respecto, el TJUE se limita a recordar que el Tribunal de Estrasburgo declaró, tras la STEDHA y B. c. Noruega, que la acumulación de sanciones tributarias y penales sobre la misma infracción tributaria no viola el principio *ne bis in idem* garantizado por el CEDH, siempre y cuando exista un vínculo material y temporal suficiente entre ambos procedimientos. Consecuentemente, la solución que propone el TJUE en la presente sentencia, es que el artículo 50 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permita incoar un proceso penal por impago del IVA luego de haber impuesto a esa misma persona una sanción administrativa firme de carácter penal, siempre y cuando dicha normativa: persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos y sanciones, esto es, la lucha contra las infracciones en materia de IVA, y esos procedimientos y sanciones tengan finalidades





537/2016) y Zecca y Di Puma (asuntos C-596 y C-597/2016) en las que dicho Tribunal<sup>36</sup>, a propósito de la

---

complementarias; contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas, y; establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

<sup>36</sup> En el asunto *Garlsson*, el tribunal *a quo* planteó la aplicación del art. 50 CDFUE en una situación en la que se inició un procedimiento administrativo sancionador a pesar de existir previamente una condena penal firme contra la misma persona por los mismos hechos. En este sentido, tras aplicar el mismo razonamiento utilizado en *Menci*, la Gran Sala entendió que la acumulación de procedimientos y, eventualmente, de sanciones de naturaleza penal no cumpliría con el principio de proporcionalidad en su vertiente de estricta necesidad, en la medida en que la condena pueda, habida cuenta del perjuicio ocasionado a la sociedad por la infracción cometida, ser apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, por lo que añadir a ésta una sanción administrativa de carácter penal podría suponer una violación del principio *ne bis in idem*.

Finalmente, en los asuntos acumulados *Di Puma* y *Zecca*, la Gran Sala entendió que la tramitación de un procedimiento administrativo por unos hechos que se han declarado no probados en vía penal carece de todo fundamento, pues excede ostensiblemente de lo necesario para cumplir con el objetivo general de proteger la integridad de los mercados financieros y la confianza del público en los instrumentos financieros -se trataba de operaciones con información privilegiada-. Por lo tanto, una normativa como la italiana que impide la apertura de un procedimiento administrativo sancionador por unos mismos hechos por los que una misma persona ha sido absuelta no es contraria al Derecho de la Unión.



interpretación de la normativa del IVA y los mercados financieros, establece unos criterios que sirven para valorar, ya sea en el ámbito administrativo o penal, cuándo es compatible la acumulación de procedimientos y sanciones. Pues bien, en dichas sentencias que constituyen un mandato al legislador, no al juez como acontece en la jurisprudencia española derivada de la STC 2/2003, se establece que esa doble sanción es posible siempre que se den tres condiciones: la primera, que se persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la acumulación de procedimientos y sanciones y que esas sanciones tengan finalidades complementarias; la segunda, que se establezca normativamente una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas; por último, que se establezcan normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

Dicha jurisprudencia ha tenido continuidad en la sentencia dictada el 22 de marzo de 2022 por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto Bpost, C-117/2020), en la que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Bruselas, viene a reconocer que el principio fundamental *non bis in idem* aplicable en el ámbito



sancionador administrativo, no es un derecho ilimitado<sup>37</sup>.

De esta forma, y una vez afirmada que la regla *non bis in idem* resulta aplicable a los procedimientos que, a pesar de su naturaleza administrativa, se califican como «penales» atendiendo a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la sanción que puede imponerse, conforme a los denominados «criterios Engel», doctrina que como ya sabemos fue elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Engel y otros c. Países Bajos* de 8 de junio de 1976, § 80 a 82), examina si concurre el doble requisito: por una parte, que exista una resolución anterior firme (requisito del «bis») y, por otro, que la resolución anterior y los procedimientos o resoluciones posteriores tengan por objeto los mismos hechos (requisito del «idem»)<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Un comentario detallado a esta sentencia puede encontrarse en MARTIN VALERO, A.I., "Las sentencias del TJUE, Gran Sala, de 22 de marzo de 2022 (C-177/2020 y C-151/2020), asuntos Bpost y Nordzucker y otros", *Actualidad Administrativa*, nº 5, 2022.

<sup>38</sup> A juicio del Tribunal no es lo mismo hechos idénticos que hechos similares y razona que:

36. A este respecto, debe precisarse además que, teniendo en cuenta la jurisprudencia recordada en el apartado 33 de la presente sentencia, el requisito del «*idem*» exige que los hechos materiales sean idénticos. En cambio, *el principio non bis in idem no resulta aplicable cuando los hechos de que se trate no sean idénticos, sino solo similares.*

37. En efecto, la identidad de los hechos materiales se entiende como un conjunto de circunstancias concretas derivadas de acontecimientos que son, en esencia, los mismos, en la medida en que implican al mismo autor y están indisolublemente ligados entre sí en el tiempo y en el espacio



Respecto al «bis», el TJUE entra a valorar en su sentencia si la acumulación de los dos procedimientos es un requisito estrictamente necesario para que este principio resulte aplicable. Y en cuanto al «idem», si en aquellos casos en que los hechos son idénticos, pero se castigan infracciones diferentes -en cuanto protegen intereses jurídicos distintos, el principio de proporcionalidad permite justificar una limitación a este derecho fundamental teniendo en cuenta razones de necesidad e interés general, sobre la base del artículo 52, apartado 1, de la Carta<sup>39</sup>.

(véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de febrero de 2009 (LA LEY 30734/2009), *Sergueï Zolotoukhine c. Rusia*, CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, §§ 83 y 84, y de 20 de mayo de 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, CE:ECHR:2014:0520JUD003523211, §§ 49 a 52).

<sup>39</sup>Razona el Tribunal que:

41. A tenor del artículo 52, apartado 1, primera frase, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por esta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Según la segunda frase del mismo apartado, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, *solo podrán introducirse limitaciones de esos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

42. En el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, como parece deducirse de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia, la intervención de cada una de las autoridades nacionales



Y el TJUE, tras constatar una conexión temporal suficientemente estrecha entre los dos procedimientos tramitados y entre las resoluciones adoptadas en virtud de la normativa sectorial y del Derecho de la Competencia, llega a la conclusión de que la acumulación de procedimientos y sanciones en relación con la persona jurídica afectada no resulta desproporcionada<sup>40</sup>, habida cuenta, en particular, de que

---

afectadas, respecto de la cual se afirma que ha dado lugar a una acumulación de procedimientos y sanciones, estaba establecida por la ley.

43. Esta posibilidad de acumular procedimientos y sanciones respeta el contenido esencial del artículo 50 de la Carta siempre que la normativa nacional no permita perseguir y sancionar los mismos hechos por la misma infracción o con el fin de lograr el mismo objetivo, sino que contemple únicamente la posibilidad de acumular procedimientos y sanciones en virtud de normativas diferentes.

<sup>40</sup> Entiende el Tribunal que:

48. *Por lo que atañe al respeto del principio de proporcionalidad, este exige que la acumulación de procedimientos y sanciones prevista por la normativa nacional no exceda los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución de los objetivos legítimos perseguidos por dicha normativa, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas por esta no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia de 20 de marzo de 2018, Menci C-524/15, apartado 46 y jurisprudencia citada).*

49. A este respecto, es preciso destacar que las autoridades públicas pueden optar legítimamente por respuestas jurídicas complementarias frente a determinadas conductas perjudiciales para la sociedad mediante procedimientos diversos que conformen un conjunto coherente con el que se



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

estos dos procedimientos constituyen respuestas jurídicas complementarias y vinculadas, pero con distinto fundamento, frente a un mismo comportamiento<sup>41</sup>.

---

aborden los distintos aspectos del problema social de que se trate, siempre que estas respuestas jurídicas combinadas no supongan una carga excesiva para la persona afectada (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de noviembre de 2016, A y B c. Noruega, EC:ECHR:2016:1115JUD002413011, §§ 121 y 132). Por tanto, *el hecho de que dos procedimientos persigan objetivos de interés general distintos que es legítimo proteger de manera acumulada puede ser tenido en cuenta, en el contexto del análisis de la proporcionalidad de una acumulación de procedimientos y sanciones, como factor que pretende justificar tal acumulación, siempre que dichos procedimientos sean complementarios y que la carga adicional que supone la acumulación pueda justificarse por los dos objetivos perseguidos.*

<sup>41</sup> Y, con ese criterio, resuelve finalmente en los siguientes términos:

*"El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, leído en conjunción con el artículo 52, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una persona jurídica sea multada por una infracción del Derecho de la competencia de la UE cuando, por los mismos hechos, esa persona ya ha sido objeto de una resolución firme a raíz de un procedimiento relativo a una infracción de las normas sectoriales relativas a la liberalización del mercado de referencia, siempre que existan reglas claras y precisas que permitan prever qué actos u omisiones pueden ser objeto a una duplicidad de procedimientos y sanciones, así como a prever que habrá coordinación entre las dos autoridades competentes; que los dos conjuntos de*



Es decir, a juicio del TJUE, cabe la doble sanción, bien es cierto que para ello han de concurrir determinados requisitos, a saber: en primer término, que existan normas claras y precisas que permitan prever qué actos y omisiones pueden ser objeto de una acumulación de procedimientos y sanciones; asimismo debe concurrir la coordinación entre las dos autoridades competentes de tal forma que los dos procedimientos se hayan tramitado de manera suficientemente coordinada y próxima en el tiempo y a estos efectos valora especialmente que exista una disposición específica en el ámbito del Derecho nacional que así lo establezca; en tercer lugar, y en base al principio de proporcionalidad a que el conjunto de las sanciones impuestas corresponda a la gravedad de las infracciones cometidas habiéndose tenido en cuenta la sanción ya impuesta en primer término.

Pero volvamos de nuevo a la jurisprudencia emanada del TEDH que ha seguido profundizando en los criterios a tener en cuenta en relación a la cuestión debatida<sup>42</sup>. Ya en las sentencias de 30 de abril de 2015, (asuntos 3453/12, 9028/13 y 42941/12, Kapetanios y otros c. Grecia), y sentencia de 9 de junio de 2016, (asuntos 66602/09 y 71879/12, Sismanindis y Sitaridis), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantuvo que el

---

*procedimientos se han llevado a cabo de manera suficientemente coordinada dentro de un plazo próximo”.*

<sup>42</sup> Un estudio detallado de la evolución de la jurisprudencia del TJUE respecto del principio *non bis in idem* desde los momentos previos al Protocolo 7 hasta la actualidad puede verse en MARTÍNEZ CANTON, S. y PÉREZ CORDÓN, R., “La identidad de procedimientos en el principio non bis in idem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 52, 2020.



precepto veda tanto la reiteración de la pena como del propio procedimiento. Por ello, tratándose de los mismos hechos, una sentencia penal absolutoria impide la incoación de un procedimiento administrativo y la imposición de una sanción por esta vía. Si, tras aplicar los criterios de la STEDH Engel para determinar si la sanción formalmente administrativa aplicada al caso concreto debía ser o no ser considerada de naturaleza sustancialmente penal, esto es: la calificación por la ley nacional de la infracción como administrativa o penal, su gravedad intrínseca y la severidad de la sanción, la Sala apreciaba que la sanción formalmente administrativa poseía en realidad naturaleza penal, se consideraba que existía una vulneración del principio *ne bis in idem*.

No obstante, la Sentencia A. y B. contra Noruega, de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), demandas números 24130/11 y 29758/1, sienta una nueva y complementaria doctrina en relación con los que denomina procedimientos mixtos al declarar compatible con el artículo 4 Protocolo nº7 CEDH la imposición de una dualidad de sanciones sustancialmente penales. Concluye el Tribunal afirmando que no se había vulnerado el derecho de los demandantes pues, si bien se habían impuesto sanciones diferentes por autoridades diferentes y en procedimientos diferentes, existía entre ellos un vínculo tanto material como temporal lo suficientemente estrecho como para considerar que se inscribían en un mecanismo integrado. El carácter o no penal de la sanción administrativa ya no debe ser considerado, por sí mismo, motivo suficiente para entender vulnerado el principio *ne bis in idem*, y la sentencia ofrece las pautas para la admisibilidad de ese





doble procedimiento indicando que el Estado demandado debe demostrar de manera convincente que el proceso dual en cuestión estaba "suficientemente conectado en cuanto al fondo y al tiempo". Es decir, compete al Estado demandado demostrar que se combinaron de manera integrada ambos procedimientos para formar un todo coherente. Esa conclusión tiene como consecuencia, según dicha sentencia, que no sólo los fines perseguidos y los medios utilizados para lograrlos sean en esencia complementarios y estén vinculados en el tiempo, sino también que las posibles consecuencias de organizar el tratamiento jurídico de la conducta en cuestión sean proporcionadas y previsibles para las personas afectadas. Bien es cierto que si la sentencia ofrece unos criterios hasta cierto punto precisos para la determinación del "vínculo material suficiente" mucho menos detallada y precisa lo es sobre la consideración del "vínculo temporal suficiente"<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Según dicha sentencia los factores materiales para determinar si hubo una conexión suficientemente estrecha en el fondo y en el tiempo incluyen:

- a) si los diferentes procedimientos perseguían fines complementarios y, por lo tanto, abordaban, no solo en abstracto sino también en concreto, diferentes aspectos de la mala conducta social involucrada;
- b) si la dualidad de los procedimientos en cuestión era una consecuencia previsible, tanto en el derecho como en la práctica, de la misma conducta impugnada (ídem);
- c) si los conjuntos de procedimientos pertinentes se llevaron a cabo de manera que se evitaran, en la medida de lo posible, las desventajas adicionales resultantes de la duplicación de procedimientos y, en particular, la duplicación en la recolección, así como en la evaluación de las pruebas, en particular a través de una interacción adecuada entre las diversas autoridades competentes para asegurar que el



Es decir, y como se está exponiendo, en un primer estadio la jurisprudencia europea vedó, con independencia de la calificación que se realice por la normativa nacional, una doble sanción cuando ambas reacciones punitivas pudieran ser calificadas como penales, pero en un segundo estadio se concluye que no basta esta *ratio* sino que van a ser estos últimos criterios (vínculo material y temporal suficiente) los decisivos para la admisibilidad de la doble sanción más allá de que se trate o no de sanción administrativa o penal.

---

establecimiento de los hechos en un proceso sea replicado en el otro;

d) y, sobre todo, si la sanción impuesta en los procesos que quedaron firmes en primer lugar fue tomada en cuenta en los que quedaron firmes en último lugar, para evitar que al final la persona interesada sufriera una carga excesiva; este último riesgo es menos probable que se presente cuando existe un mecanismo de compensación diseñado para garantizar que el monto total de las sanciones impuestas sea proporcional (ibíd., §§ 131-32).

Y añade, asimismo, que es más probable que los procedimientos combinados cumplan con los criterios de complementariedad y coherencia si las sanciones que se impondrán en los procedimientos no clasificados formalmente como "penales" son específicas para la conducta en cuestión y, por lo tanto, difieren del "núcleo duro del derecho penal" (ibíd., § 133)".

Un detalladísimo estudio de los requisitos a que se acaba de hacer referencia puede encontrarse en BARCELONA LLOP, J., op. cit., págs. 220 y ss.



Y es esto último lo que se ha aplicado plenamente en la sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de junio de 2022 (app nº 1735/13, Goulandris and Vardinogianni v. Greece), a la que ya nos referimos con anterioridad, y que va a analizar en el concreto caso que era objeto de enjuiciamiento dichos vínculos. Recordemos, respecto de este asunto, que en el caso se impusieron dos sanciones -por la construcción de forma ilegal y por el mantenimiento de la construido- y ambas según el Tribunal pueden ser calificadas de sanciones a los efectos de aplicación del CEDH siendo irrelevante que como multas administrativas no estén castigadas con penas de prisión. De esta forma, y para el Tribunal, dichas sanciones se dirigen a todos los ciudadanos en general y tienen un carácter grave dada la elevada cuantía de las mismas por su método de cálculo.

Y, con ello, y una vez que ha establecido su carácter penal por dichas razones el Tribunal admitiendo que cabe que el poner punitivo del Estado se aplique con dos procedimientos, uno de carácter administrativo y otro estrictamente penal siempre que se persigan fines complementarios como acontece en el presente supuesto, sujeta dicha posibilidad a que concurran los requisitos materiales que ya fijó en la Sentencia A y B contra Noruega a los que nos hemos referido con anterioridad y, en este sentido, y junto al carácter complementario el Tribunal considera que tenían, a pesar de no haberse dejado debida constancia, un carácter previsible. Más problemas, sin embargo, presentarían otros requisitos, a saber: si ambos procedimientos se coordinaron entre sí para evitar, en la medida de lo posible, las desventajas adicionales resultantes de la duplicación de procedimientos y, en particular, la duplicidad en la obtención y valoración de



la prueba en que se constata que, a pesar de partir de un elemento común (el informe de inspección) luego se siguieron procedimientos paralelos y no coordinados; y, asimismo, al analizar si la sanción impuesta en los procesos que quedaron firmes en primer lugar fue tenida en cuenta en los que quedaron firmes en último lugar, para evitar que al final la persona interesada sufriera una carga excesiva, niega dicha circunstancia que no fue tenida en cuenta para la imposición de la sanción penal.

Y con relación a la exigencia de un vínculo temporal suficiente se estima, por parte del Tribunal, dado el elevado plazo de tiempo que transcurrió desde que se impuso la sanción administrativa y penal que la conexión temporal entre ambos procedimientos no fue suficiente para evitar una duplicidad de procedimientos. Y, con ese conjunto de razonamientos, el TEDH concluye que ni los dos procedimientos estuvieron suficientemente vinculados en cuanto al fondo y al tiempo ni las sanciones finalmente impuestas tuvieron un carácter proporcionado por lo que se violó el art. 4 del protocolo nº7 del CEDH.

#### **IV.LA EXISTENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD Y SU COMPATIBILIDAD CON LA RESPONSABILIDAD DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO.**

Como vamos seguidamente a comprobar, en la materia analizada un mismo hecho en la normativa de responsabilidad aplicable a altos cargos puede dar lugar no a una, ni siquiera a dos, sino inclusive a tres responsabilidades diferentes cuando se trata de



actuaciones realizadas en la esfera económico-financiera. En mi opinión dicho resultado no es reflejo, y ello con independencia de que finalmente se incurra o no en la infracción del principio que hemos estudiado, sino de una mal resuelta exigencia de responsabilidad en este campo que debiera ser enfrentada y ser objeto de solución.

Ciertamente el artículo 30 de la LTBG, que es consciente de dicha anómala situación, recoge determinadas previsiones en orden a conciliar las responsabilidades derivadas de esa norma con otras normativas sancionadoras existentes, a saber: la penal, la contable, la responsabilidad por otras infracciones administrativas contempladas en normas especiales y la específicamente establecida en la Ley General Presupuestaria. Adelantemos ya que dicha regulación tiene márgenes de franca mejoría y, tanto en lo que se refiere a su sistemática, como si nos referimos a su consideración sustantiva, podría haberse ofrecido mejores soluciones según lo hasta aquí expuesto que podría producir, en cualquier momento, declaraciones de los tribunales europeos contrarias a dicha situación.

#### **IV.1 Responsabilidad penal.**

En primer lugar, y por este orden, el apartado 6 de dicho artículo se refiere específicamente a la responsabilidad penal bien que, como podremos comprobar, con ciertos silencios que es preciso interpretar con arreglo a los criterios establecidos por la jurisprudencia.

En este sentido, y conforme a lo que se previene específicamente en el artículo 30.6 LTBG, *“cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la*



*Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal”* lo que no es sino la aplicación concreta a los altos cargos de las prevenciones que, en esta materia, ya se habían consagrado de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros tribunales. De un lado, y en la vertiente material y aún sin hacerlo constar de forma expresa, se admite la compatibilidad entre la responsabilidad penal y la disciplinaria derivada de las infracciones previstas en la LTBG con las matizaciones que a esta doble sanción se han establecido con carácter general y a las que líneas atrás nos referíamos<sup>44</sup>; pero, de otro, y más claramente en cuanto a su vertiente procedimental, la aplicación de las dos consecuencias de las que, también con anterioridad, dábamos cuenta, a saber: en primer término, suspensión del procedimiento administrativo y, en segundo lugar y aunque de nuevo no se contempla de forma expresa, pendencia del resultado de éste respecto de los hechos declarados probados con las importantes matizaciones que, a este respecto, se

---

<sup>44</sup> RIVERO ORTEGA, R., *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, 2020, pág.129, recuerda estas matizaciones realizadas a la posibilidad de una doble sanción y, al referirse al non bis in ídem, mantiene la proximidad en el fundamento y la razón de ser de los principales delitos contra la Administración pública y las infracciones disciplinarias, en tanto unos y otros persiguen el objetivo de prevenir la arbitrariedad, los abusos y excesos de autoridades y empleados públicos.



desprende de la jurisprudencia europea en la materia de la que dábamos cuenta páginas atrás.

Se consagra así la tradicional prevalencia de la potestad punitiva penal sobre la potestad sancionadora administrativa, que se complementa con la previsión contenida en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud *“en los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”*.

En cualquier caso, y en este punto, es preciso recordar lo que con anterioridad poníamos de manifiesto, es decir, admitiendo el distinto fundamento que puede acontecer en una y otra sanción, y su correlativa consideración como pena a los efectos del artículo 50 CEDH, resulta conveniente preguntarse si concurren los requisitos que hemos visto se derivaban de la jurisprudencia europea, pues mucho me temo que un test respecto de éstos podría arrojar un resultado negativo en determinados supuestos.

#### **IV.2 Responsabilidad contable.**

La relación entre las responsabilidades derivadas de las previsiones establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y de la LTBG es objeto de atención específica en el segundo párrafo del artículo 31.1 LTBG que previene que *“la responsabilidad [sancionadora conforme a la LT] será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto, sin perjuicio de dar*



*conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable”.*

Y es que, derivado de lo previsto en el artículo 18.1 LOTC, la jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Si bien, siendo compatibles al tenor de dicha previsión legal, lo cierto es que no aclara el precepto, a diferencia de lo que veíamos en relación con la responsabilidad penal, si dichos procedimientos pueden ser tramitados conjuntamente o si resulta o no prevalente lo dispuesto en la jurisdicción contable respecto de los hechos declarados probados. La doctrina, a estos efectos, ha mantenido posiciones distintas: para unos, no habiéndose establecido nada al respecto en forma expresa, no resultan de aplicación dichas previsiones<sup>45</sup>; para otros, sin embargo, sí habría de suspenderse el procedimiento previsto en la LTBG<sup>46</sup>. Desde mi punto de

---

<sup>45</sup> TERUEL LOZANO, G. y MOLINA GARCÍA, M. J., “El Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas ante la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, 2017, p. 336.

<sup>46</sup> PALOMAR OLMEDA, A., «Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general», en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, 2017 p. 1590 y LAVILLA RUBIRA, J.J., “Infracciones y sanciones en materia económica-





vista, y sin perjuicio del silencio de la Ley en este punto, creo que esta segunda posición, quiero decir la suspensión del procedimiento, atiende en mayor medida a las exigencias de seguridad jurídica que en esta materia hay que tener en cuenta. Muy en cuenta.

Pero de nuevo es preciso cuestionarse si esta, no ya doble, sino triple sanción que eventualmente sea impuesta por los mismos hechos está suficientemente coordinada en su vertiente material y procedimental con las responsabilidades que pudieran derivarse en vía penal y disciplinaria.

#### **IV.3 Responsabilidad derivada de otros procedimientos sancionadores.**

---

financiera de los cargos públicos” en Castillo Blanco, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020, p. 730 siendo que para este último ha de tenerse en cuenta, “de una parte, los potenciales efectos negativos asociados a la tramitación simultánea de ambos procedimientos, puestos de relieve a propósito de la responsabilidad patrimonial prevista en la LGP, y, de otra, que, de haber querido la LT que tuviera lugar la misma, lo hubiera establecido expresamente (como hace la segunda frase de su art. 30.7), debe entenderse que tal tramitación simultánea no es posible, debiendo suspenderse las actuaciones correspondientes al procedimiento sancionador regulado por la LT en el caso de que se sustancie un procedimiento de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas y quedando interrumpido el plazo de prescripción de la infracción presuntamente cometida hasta que se resuelva aquél”.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

El apartado 7 del artículo 30, por su parte, vendrá a establecer la preferencia de la responsabilidad sancionadora derivada de otras normas sobre la fundada en la LTBG, al prever que, *“cuando los hechos estén tipificados como infracción en una norma administrativa especial, se dará cuenta de los mismos a la Administración competente para la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador, suspendiéndose las actuaciones hasta la terminación de aquel”*.

Distintas cuestiones se plantean con la previsión establecida en dicho apartado junto a las ya expuestas de coordinación, proporcionalidad y el resto de requisitos derivados de la jurisprudencia europea que lucen por su ausencia en dichas previsiones. La primera de ellas no puede ser otra que preguntarse a qué normas puede referirse tal precepto y, al respecto, no parece que quepa entender que el precepto se refiere a la normativa establecida en la legislación presupuestaria ya que, in fine, el propio precepto la excluye expresamente. Por otro lado, es preciso preguntarse qué efectos, presupuesta la compatibilidad material que el precepto presupone entre ambos tipos de responsabilidad, se producen respecto de los plazos de prescripción de las infracciones establecidas en la LTBG que, en opinión de LAVILLA RUBIRA, debe entenderse suspendido hasta tanto se concluye el procedimiento sancionador previsto en la norma especial<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> LAVILLA RUBIRA, op. cit., p. 327 mantiene que: “El corolario de esta previsión es, al igual que ocurre en relación con la responsabilidad penal, que, si el procedimiento sancionador



En cualquier caso, y a la vista de dichas dificultades, quizás hubiese sido más útil explorar más decididamente una conciliación entre la normativa sancionadora prevista en la LTBG y la responsabilidad sancionadora derivada de estas otras normas administrativas especiales como ha propuesto el autor al que nos referíamos con anterioridad<sup>48</sup>.

---

instruido en virtud de la llamada norma administrativa especial concluye con una resolución sancionadora, no cabrá iniciar o proseguir la tramitación del procedimiento sancionador fundado en la LTBG, ya que, en caso contrario, se vulneraría la prohibición del *bis in idem*, consagrada por el artículo 31.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("LRJSP"), en estos taxativos términos: "*no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*" (ello siempre, claro está, que efectivamente concurren las tres identidades referidas). En caso contrario (esto es, si no se impone sanción ninguna en el procedimiento tramitado conforme a la otra norma), quedará levantada la suspensión y, en consecuencia, sí cabrá, lógicamente, iniciar o continuar el procedimiento sancionador derivado de la LT".

<sup>48</sup> LAVILLA RUBIRA, op. cit., p. 328 que expone que "Por lo demás, y sin cuestionar la prevalencia aludida en el párrafo precedente, no parece irrazonable que se hubiera establecido, supuesto que las sanciones previstas por los apartados 2 y 4 del artículo 30 LT no estarán ordinariamente contempladas por las "normas administrativas especiales" (con la excepción, acaso, de la publicidad oficial a la que se refiere la letra a) de aquél), que, en el caso de que el procedimiento sancionador instruido en virtud de dichas normas concluya con una resolución que declare la existencia de responsabilidad, se impongan en todo caso en virtud de la misma, además de las



#### **IV.4 La responsabilidad derivada de la legislación presupuestaria.**

La Ley General Presupuestaria contempla, asimismo, una responsabilidad por la realización de determinados hechos en el ámbito económico-financiero que, de nuevo, comportan cuando se incurre en los mismos una responsabilidad que si bien en principio no reviste carácter sancionador y por ello podría resultar compatible con la exigencia de la responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, y como ha puesto de manifiesto LAVILLA RUBIRA, en ningún caso esa primigenia conclusión se traduce en que ello no provoque ningún tipo de problema sobre todo en la medida en que el apartado 7 in fine del artículo 30 viene a establecer que se considerará normativa especial la prevista en la LGP respecto de las infracciones previstas en el artículo 28, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador<sup>49</sup>.

---

sanciones tipificadas por la norma especial, las previstas por la LTBG.

<sup>49</sup> En efecto, LAVILLA RUBIRA, op. cit., p. 728 expone que: "Dicho eso, la tramitación simultánea de ambos procedimientos genera dificultades y dudas desde las dos perspectivas que se consideran seguidamente. La primera es la resultante de la posibilidad de que ambos procedimientos concluyan con resoluciones contradictorias. En efecto, supuesta la identidad, anteriormente puesta de relieve, entre algunas de las infracciones muy graves tipificadas por el artículo 28 LT y algunos de los hechos que pueden generar



responsabilidad patrimonial tipificados por el artículo 177.1 LGP, no puede descartarse en modo alguno la posibilidad de que, por ejemplo, en un procedimiento se declare que un alto cargo o asimilado ha comprometido un gasto sin crédito suficiente y en otro se concluya que sí existía tal crédito o que no se produjo compromiso ninguno de gasto. Es cierto que tal eventual contradicción pudiera desaparecer en instancias posteriores, al recurrirse en su caso las correspondientes resoluciones, pero también lo es que la superación de aquélla no es segura en absoluto, supuesto que la resolución sancionadora dictada al amparo de la LT sería recurrible en vía contencioso-administrativa (art. 31.5 LT) y las que se dicten en el procedimiento de responsabilidad patrimonial disciplinado por la LGP lo serán ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (art. 180.2, último párrafo, LGP), sin que en ninguno de los dos casos esté garantizado el acceso a la casación contencioso-administrativa por razón del valladar que al mismo supone la exigencia de que concorra interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y, de no tener lugar la superación de la contradicción que en su caso se haya producido, se podría vulnerar, en función de las circunstancias, el principio *non bis in idem* en sentido amplio, pues el mismo supone, según ha declarado el Tribunal Constitucional (por ejemplo, Sentencia 77/1983, de 3 de octubre), *“la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”*.

Por último, no puede dejar de ponerse de relieve que parecería razonable que la segunda frase del artículo 30.7 LT se hubiera referido, además de a la LGP, a la normativa presupuestaria



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Bien es cierto que esa posibilidad, y a pesar de ser una medida sin carácter sancionatorio, pudiera ser notoriamente contradictoria con las propias previsiones establecidas en el artículo 30.8 LTBG que, como es conocido, anudan a la comisión de los hechos en esta materia la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente<sup>50</sup>.

---

que en cada caso sea aplicable a la Administración de que se trate.”

<sup>50</sup> Al respecto, LAVILLA RUBIRA, op. cit., p. 728 indica que: “En segundo término, ha de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 30.8 LT, la comisión de las infracciones previstas en el artículo 28 conllevará *“la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente”* y *“la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la [LGP]”*. Esto es, la consecuencia indemnizatoria (y, debe entenderse, resarcitoria) resultante del procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado por la LGP se asocia *ipso iure* por la LT a la declaración de la responsabilidad sancionadora por ella regulada. Y, si ello es así, no se explica la simultaneidad en la tramitación de los procedimientos prevista por el artículo 30.7 LT, ya que, siendo las consecuencias indemnizatorias comunes a ambos, lo lógico sería dar prioridad en la tramitación a uno de ellos, el cual probablemente debería ser el sancionador conforme a la LT, ya que sus consecuencias potenciales engloban las del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Todo ello en el bien entendido de que la responsabilidad patrimonial surgirá solo, conforme al artículo 176 LGP, si hay dolo o culpa grave y con el alcance que para uno y otro caso se prevé en el artículo 178, mientras que la responsabilidad sancionadora únicamente requiere culpabilidad (art. 28, primera frase, LT),



Y es que la realidad es que, a la vista de esta problemática, no se alcanza a entender, ni siquiera parecería aconsejable ni respetuoso con una correcta interpretación del significado del principio nos bis in ídem, que la solución actual sea la más adecuada a fin de resolver la problemática que plantea la subsistencia de esa doble tipificación, cómo infracción y como hecho que genera una responsabilidad patrimonial en la LGP, y las consecuencias y dificultades interpretativas derivadas de ello.

### **V.CONCLUSIONES ¿DEBERÍAMOS ABORDAR UNA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN DE BUEN GOBIERNO EN LO QUE SE REFIERE A LA COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES EXIGIBLES A LOS ALTOS CARGOS?**

Un escenario de integridad exige una arquitectura institucional-organizativa adecuada si queremos que, en forma eficaz, las responsabilidades derivadas de la comisión de infracciones administrativas de este tenor sean exigidas de forma efectiva. Si atendemos a lo acontecido hasta el momento, no parece que haya duda de que el protagonismo en la lucha contra la corrupción ha correspondido a las instituciones de tipo penal, o jurisdiccionales (jueces y fiscalía anticorrupción), o a las unidades operativas de los cuerpos policiales establecidas en esta materia (la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal de la Policía Nacional y la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil), lo que pugna, por las limitaciones intrínsecas a este tipo de actuaciones,

---

esto es, dolo o culpa, aunque ésta no sea grave (art. 28.1 LRJSP).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

con una adecuada gestión del buen gobierno y una buena administración. No parece que, sin embargo y afirmado lo anterior, hayamos transitado ese reto con el rigor exigible al menos en lo que se refiere a la inserción de este nuevo sistema de responsabilidad en el escenario ya existente de responsabilidades penales y contables.

Y es que, a la vista de lo expuesto cabe preguntarnos si el estándar de protección ofrecido por la jurisprudencia, tanto del TJUE al hacer suyos los criterios ENGEL como del TEDH, constituyen o no un grado de protección superior que, en el qué en la actualidad, se deriva de la jurisprudencia del TC y TS de nuestro país<sup>51</sup>. Resulta

---

<sup>51</sup> De distinta opinión a la que estoy manteniendo resulta la de VELASCO CABALLERO, F. (véase <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/04/10/nueva-jurisprudencia-de-non-bis-in-idem-del-tjue-afecta-a-espana/>) que estima que:

“Y dicho todo esto, ¿va a cambiar algo para España tras la jurisprudencia europea en *Menci*, *Di Puma* y *Garlsson*? En principio no. Recordemos, en primer lugar, que lo que ha dicho el TJUE sólo rige allí donde se aplica el Derecho europeo por los Estados miembros (STJUE *Åkerberg Fransson*). En segundo lugar, considero que, de conformidad con el art. 53 CEDH, incluso cuando se aplique Derecho europeo (como cuando se liquide IVA, que es un impuesto armonizado por la Directiva 2006/112/CE) en principio las autoridades españolas se rigen por el estándar iusfundamental del art. 25.1 CE, no por el –aparentemente más liviano– europeo del art. 50 CEDF. Cabría plantearse una excepción a la luz de la doctrina *Melloni* del TJUE (que ya sabemos que declaró la primacía de la Decisión marco 2009/299/JAI sobre la orden de





procedente por distintas razones, pero, al menos, por dos que me parece oportuno traer a colación. De un lado, por la propia posición del Abogado General (BOBEK) que<sup>52</sup>, a propósito de sus conclusiones a la

---

detención europea respecto de la Constitución española). En un hipotético supuesto en el que el Derecho derivado europeo *obligase* a los Estados miembros a la doble sanción (o al doble procedimiento punitivo), este mandato europeo, siempre que fuera conforme con las exigencias materiales del art. 50 CEDF (respeto al contenido esencial, proporcionalidad) desplazaría el estándar de protección del art. 25.1 CE: *obligaría* a España, por ejemplo, a tramitar un procedimiento administrativo sancionador después de haber tramitado un proceso penal. Pero como digo, este supuesto es más bien hipotético. Pues una cosa es que una Directiva europea *prevea* la existencia de sanciones administrativas, o incluso obligue a los Estados a contar con sanciones administrativas como garantía de cumplimiento de las normas sustantivas europeas (como la Directiva 2003/6/CE, sobre manipulaciones del mercado) y otra cosa es que esa *directiva prevea expresamente e imponga* el “bis in ídem” penal y administrativo, lo que es bien distinto”.

<sup>52</sup> Y es que, como detalla en sus conclusiones, debe tenerse en cuenta que:

1. El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») consagra la noble idea de un espacio jurídico único. En este espacio, nadie puede ser juzgado o sancionado más de una vez por la misma infracción. La protección concedida anteriormente a nivel de los Estados miembros se ha actualizado al nivel de la Unión.
2. La materialización de esta idea en el Derecho de la Unión ha sido algo difícil por varias razones. Cabe destacar tres. Primero, en un espacio legal compuesto como el de la Unión Europea, ya sea horizontalmente (Estados miembros - Estados miembros) o verticalmente (Estados miembros - Unión Europea), la aplicación práctica de la idea da como resultado un mayor nivel de complejidad. Simplemente hay



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

sentencia Bpost se preguntó si el artículo 50 de la Carta, que consagra el principio *non bis in idem*, debe tener idéntico contenido con independencia del ámbito del Derecho de la Unión en el que se aplique proponiendo un criterio unificado que, al menos en nuestro ordenamiento, resulta suficientemente conocido para la

---

demasiadas variables. En segundo lugar, se están introduciendo nuevos segmentos, niveles y subcampos regulatorios. Se están creando nuevos órganos o autoridades responsables de su supervisión. Esto a veces implica una superposición de mandatos que crea confusión sobre quién es responsable de investigar y sancionar. En tercer lugar, está la "multiplicación de Engel". Los propios criterios expansionistas, creado originalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ('ECHR') para ampliar su jurisdicción en virtud del artículo 6 (1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos ('ECHR'), ahora también se utilizan en otros contextos. Esto incluye la evaluación de lo que constituye un "delito" a los efectos del Artículo 50 de la Carta. Como resultado, muchas reglas y procedimientos que se consideraban conceptualmente administrativos en el pasado ahora se consideran criminales.

3. La combinación de estos tres factores ha ampliado considerablemente la gama de procedimientos y sanciones a los que se ha vuelto aplicable el principio *ne bis in idem*. Encontrar un equilibrio razonable entre la protección de los derechos fundamentales y la salvaguardia de los intereses legítimos al castigar determinados comportamientos ha resultado difícil a lo largo de los años. La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, desarrollada a través de interacciones con el TEDH, se caracteriza por la fragmentación y la inconsistencia. Difícilmente puede calificarse de (*ne*) *bis in idem*, sino de *quater* o *quinquies in idem*, quedando también la incertidumbre en relación con *bis*.



apreciación del principio *non bis in idem* en el marco del artículo 50 de la Carta, en sustitución de lo que hoy en día es, en opinión del Abogado General, un mosaico fragmentado y parcialmente contradictorio de regímenes paralelos. Ese criterio de apreciación unificado, a juicio del Abogado General, debería descansar en una triple identidad: del infractor, de los hechos pertinentes y del interés jurídico protegido. Bien es cierto que, ciertamente, la apreciación de esa identidad descansa en criterios complementarios ya existentes en la propia jurisprudencia europea. Pero, por otro lado, existe una razón objetiva que debe impulsar a hacerlo que no es otra que aquella que deriva de que la aparente calma en que se desenvolvía la vigencia del principio y su aplicación por parte de nuestros tribunales se ha visto, sin duda, espoleada por las recientes sentencias europeas a las que nos hemos referido con anterioridad. Tan es así que el reciente ATS de 15 de mayo de 2022 (rec. 6723/2021) ha considerado que las siguientes cuestiones presentan interés casacional objetivo<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Los hechos que son objeto del litigio judicial son los siguientes:

1º. En el año 2003 se inició un procedimiento inspector por parte de la AEAT a la sociedad Vinos Padró, S.L. en el seno del cual se comprobaron, entre otros conceptos y periodos impositivos, el correspondiente al IVA del año 1999.

2º. El 14 de julio de 2004, la AEAT denunció al Ministerio Fiscal las actuaciones referidas a este y otros impuestos, que presentó denuncia penal contra los administradores de la sociedad por la presunta comisión de delitos contra la Hacienda Pública.

3º. Con fecha 8 de enero de 2015, el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Tarragona dictó sentencia por la que condenó al administrador de la sociedad por ocho delitos fiscales. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de



"2.1. Determinar si, conforme al artículo 66 del Reglamento General de Inspección Tributaria (actual artículo 250 de la Ley General Tributaria), la Administración tributaria puede iniciar o continuar un procedimiento sancionador administrativo cuando el órgano jurisdiccional penal haya dictado resolución en la que, aun considerando acreditada la comisión del delito, se declara prescrita la responsabilidad criminal por prescripción.

---

Tarragona en sentencia de 30 de julio de 2015, a excepción del delito fiscal del IVA, 1998, que se consideró prescrito. Mediante auto aclaratorio de 29 de noviembre de 2015, la Audiencia Provincial declaró también prescrito el delito correspondiente al IVA de los periodos de 1999.

4º. El día 3 de febrero de 2016, el órgano tributario competente recepcionó el auto indicado y, consiguientemente, continuó las actuaciones de comprobación respecto del IVA 1999 que culminaron mediante acuerdo de liquidación notificado el 6 de julio de 2016. Asimismo, el 3 de marzo de 2016 se inició procedimiento sancionador que finalizó mediante acuerdo sancionador notificado al obligado tributario el 26 de julio de 2016.

5º. Frente a dichos acuerdos de liquidación y sanción, la mercantil formuló reclamación económico-administrativa ante el TEAC, que la desestimó en resolución de 24 de junio de 2020.

6º. Finalmente, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución, que se tramitó bajo el número 597/2020 ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y que fue estimado parcialmente en lo relativo a la impugnación del acuerdo sancionador.



2.2. Aclarar, matizar, precisar o, en su caso, corregir la jurisprudencia sobre el principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental a la luz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en particular, aclarar si resulta posible, en todo caso, la iniciación o continuación de un procedimiento sancionador administrativo tras no apreciar el tribunal penal la existencia de delito o, por el contrario, si resulta imperativo verificar que la infracción o sanción administrativa no tiene naturaleza penal y, en su caso, la compatibilidad de la dualidad del procedimiento penal y administrativo con el principio *non bis in idem* conforme la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Es decir conviene y resulta preciso preguntarse, y sin perjuicio de la sentencia que en su día se dicte sobre este asunto, si atendiendo a los pronunciamientos realizados por el TJUE, y a lo ya argumentado páginas atrás en torno a la posibilidad de establecer un concurso ideal de infracciones, si resulta legítimo dicho proceder de la normativa española relativa a la compatibilidad de procedimientos y sanciones a altos cargos, tanto en su vertiente sustantiva como procedimental, atendiendo a las condiciones establecidas por la doctrina judicial europea en este aspecto<sup>54</sup>, y todo ello a sabiendas de las limitaciones que la invocación de las previsiones

---

<sup>54</sup> Cabe remitirnos, para estudiar el alcance de dicha jurisprudencia, al trabajo de HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., “La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales”, Revista de Estudios Europeos, nº extraordinario monográfico 1-2019, pp. 286-304



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

establecidas en el artículo 50 de la Carta Europea impone y que serían de plena aplicación en este sector<sup>55</sup>. Desde luego más moderada resulta en este concreto

---

<sup>55</sup> Como es conocido el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, estableciendo que *"nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante Sentencia penal firme conforme a la ley"*. Asimismo, y en el mismo sentido, el art. 4 del Protocolo nº 7 del CEDH dice que: *"1. Nadie podrá ser juzgado o castigado nuevamente en un proceso penal bajo la jurisdicción del mismo Estado por un delito por el cual ya haya sido absuelto o condenado por una sentencia firme de conformidad con la ley y el procedimiento penal de ese Estado"*.

No obstante, es de subrayar que reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas la STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg Fransson*) mantiene que los derechos fundamentales recogidos en el ordenamiento jurídico europeo en general y, en la Carta, en particular, solo pueden ser aplicados en las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión Europea, pero no fuera de ellas lo que se traduce en que solo cuando la normativa del Estado está comprendida en el marco del Derecho de la Unión Europea, podrá ser revisada por el TJUE. Y como podemos imaginar el estatuto jurídico de los altos cargos es una materia que dudosamente puede ser incluida dentro del ámbito competencial de la UE a pesar de la vis expansiva de ésta en materias que podrían considerarse de responsabilidad institucional de los estados miembros.



punto alguna normativa autonómica que mantiene, con mayor firmeza, la vigencia del principio *ne bis in ídem*<sup>56</sup>.

Pues bien, en mi opinión, la conclusión resultante sería algo así como, si se me permite decirlo coloquialmente, según y cómo. Me explico. Creo que lleva razón VELASCO CABALLERO cuando argumenta, desde su punto de vista, que “no puede sorprender que los niveles de protección de los dos derechos fundamentales, el europeo y el español, no sean propiamente coincidentes”<sup>57</sup>. Y añade literalmente: “Podríamos decir

---

<sup>56</sup> En este sentido, el artículo 76.2 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña establece que: “*El régimen sancionador del presente capítulo no se aplica si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal y tampoco si, de acuerdo con la ley, puede ser aplicable otro régimen de responsabilidad administrativa o de naturaleza jurisdiccional, siempre que se dé también identidad de sujeto y fundamento*”. Declaración cuya virtualidad es relativa dado que, en ciertos supuestos, la legislación estatal tiene carácter básico y por ello sería de plena aplicación.

<sup>57</sup> Indica el autor, a este respecto, que: “Esta jurisprudencia del TJUE no es contradictoria, pero tampoco simétrica, respecto de la del Tribunal Constitucional español. Por dos razones fundamentales. Primero, porque el TJUE se centra en identificar *hasta dónde puede la ley* (en las cuestiones prejudiciales, las leyes italianas) limitar el derecho de “*non bis in ídem*” del art. 50 CEDF. En cambio, el TC español, en la doctrina que quedó sentada en la STC 2/2003, se ha centrado en declarar cuál es el *alcance frente a los jueces y Administración del derecho* a no sufrir “*bis in ídem*” (penal más administrativo) que contiene el art. 25.1 CE. Por supuesto que, en hipótesis, también en España sería posible que una ley limitara el alcance del derecho fundamental del art. 25.1 CE y que el TC, al enjuiciar tal hipotética ley, definiera hasta



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

que el estándar de protección europeo es *ligeramente más bajo* que el español, aunque ni siquiera esto sería exacto, pues se trata de dos jurisprudencias estructuralmente distintas”.

Distinta, o al menos complementaria a la mantenida por dicho autor, resulta mi opinión cuando nos referimos a la responsabilidad administrativa de los altos cargos que, recordémoslo de nuevo aquí, deriva de una relación de sujeción especial. Como ya sabemos si bien la prohibición de una doble sanción es absoluta en el ámbito de las relaciones de heterotutela a las que básicamente se han referido los tribunales europeos en las sentencias referidas, el concepto de sanción penal a efectos de aplicación del artículo 50 de la Carta permitiría incluir plenamente en la misma, al menos en mi opinión, las sanciones derivadas de la legislación de buen gobierno y, en estos supuestos y a diferencia de las sanciones impuestas en relaciones de sujeción general -permítasenos la expresión dada la problemática que presenta la misma-, la situación no resulta coincidente dado que, en principio y sin restricción alguna, en el ordenamiento y en la jurisprudencia española, se admite la doble sanción, administrativa (disciplinaria) y penal, sin prácticamente ningún otro

---

dónde puede llegar el legislador en su faculta de limitación del derecho fundamental. Pero, por ahora, esto no ha ocurrido. Así que tenemos dos jurisprudencias estructuralmente distintas: la del TJUE define el contenido del derecho fundamental europeo *frente al legislador*; el TC define el contenido del derecho fundamental español *frente a la Administración y los jueces*”.





condicionante, requisito o restricción, mientras la situación resultante en el ámbito de las exigencias que la jurisprudencia europea plantea podrían ser otras distintas.

En efecto, si atendemos a la jurisprudencia constitucional sentada básicamente a partir de la STC 2/2003 que, apartándose de la doctrina establecida en la STC 177/1999, vino a establecer que el principio non bis in idem, como garantía material, integra el derecho fundamental al principio de legalidad del art. 25.1 de la CE y tiene por finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, pero se fundamenta también en el principio de culpabilidad y proporcionalidad. En este sentido, y a juicio de esta jurisprudencia, no se produce reiteración punitiva, prohibida constitucionalmente, aunque haya identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuando el órgano judicial toma en consideración la anterior sanción administrativa para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal ya que materialmente sólo ha existido una sola sanción.

A tenor de la jurisprudencia europea, como ya se ha puesto de manifiesto, es también admisible la imposición de dos sanciones<sup>58</sup>, una administrativa y otra penal, y

---

<sup>58</sup> Como indica GÓMEZ TOMILLO, M., con quien coincidimos en este punto, op. cit, pág. 454 "Cuando haya habido un sobreseimiento libre o provisional o sentencia absolutoria, es posible que se siga un ulterior procedimiento administrativo sancionador, cuando no haya una perfecta coincidencia objetiva o subjetiva entre delito e infracción administrativa, pero siempre y cuando la Administración se encuentre vinculada con las conclusiones alcanzadas en el procedimiento penal. Ello es especialmente posible cuando el delito sea doloso y la infracción administrativa culposa. Si la absolución



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

ello aun cuando concorra identidad de sujeto, hecho y fundamento. Hasta aquí no existen notorias diferencias. La distinción surge que dicha conclusión se admite siempre que haya una suficiente conexión temporal entre los dos procedimientos y concurren tres específicos requisitos basados en el fundamento plural de la prohibición de bis in idem material: a) Que se evite la duplicidad probatoria b) Una expresa previsión legal que así lo permita por ser complementarios de tal forma que lo hagan previsible c) Que el resultado finalmente alcanzado no pueda ser calificado de desproporcionado en la visión integral de la sanción global que suponen.

Y mucho me temo que esto no es lo que sucede en el ordenamiento jurídico español. De forma tal que estas últimas consideraciones suponen, en mi opinión, una matización a la situación existente en nuestro ordenamiento que merecería ser considerada en aquellos ámbitos que pueden ser considerados como de sujeción especial y de los que dimos cuenta con anterioridad.

---

se debió a un defecto procedimental, la cuestión es discutible, pero entendemos que cabe un ulterior procedimiento sancionador administrativo, al no ponerse con ello en riesgo ninguno de los fines que inspiran la prohibición de bis in idem formal. Nada diverso puede concluirse cuando se aprecie la prescripción del delito, cuyas reglas no necesariamente tienen que coincidir con las administrativas (y se trata de una cuestión de legalidad ordinaria). Por último, en los casos de sobreseimiento en los limitados casos en los que en España cabe el ejercicio del principio de oportunidad penal, el criterio del Ministerio Fiscal, no vincula a la Administración, si bien en la práctica es difícil desoir su punto de vista”.



Si a la vista de las declaraciones jurisprudenciales y los argumentos doctrinales no cabe sino afirmar que, como se ha podido comprobar en el estudio realizado, en principio es plenamente posible la exigencia a los altos cargos no solo de la responsabilidad disciplinaria derivada de la LTBG, sino también de la que eventualmente se derivase cuando los hechos realizados fueran constitutivos de una infracción penal, más problemático resulta, a la luz de la jurisprudencia europea (TEDH y TJUE) y los denominados criterios Engel, la relación de esta responsabilidad contemplada en la LTBG con otras eventuales y posibles responsabilidades derivadas de las previsiones establecidas en la normativa contable, la establecida en la legislación presupuestaria o, inclusive, en otras normas administrativas especiales dada la inexistencia de criterios claros y coordinados en el tiempo para la exigencia de dichas responsabilidades.

Más problemático y, desde nuestro punto de vista, más discutible su conciliación con lo que el principio *non bis in idem* representa en esa jurisprudencia como será objeto de examen por el Tribunal Supremo en la cuestión con interés casacional pendiente de resolución que ha sido planteada recientemente. Pero, en cualquier caso, el que en la materia analizada un mismo hecho en la normativa de responsabilidad aplicable a altos cargos puede dar lugar no a una, ni siquiera a dos, sino inclusive a tres sanciones diferentes, sea cual sea la denominación que adopten, cuando se trata de actuaciones realizadas en la esfera económico-financiera no es reflejo, y ello con independencia de que finalmente se incurra o no en la infracción del principio que hemos estudiado, sino de una mal resuelta exigencia de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

responsabilidad en este campo que debiera ser enfrentada y ser objeto de solución.

Un sistema de responsabilidad administrativo que no haga descansar en la jurisdicción penal, tan solo, la defensa del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos exige, como cuestión previa y necesaria, que se sepa y quede perfectamente delimitada esta cuestión. No solo esta, obviamente, pero necesariamente esta.

Este tipo de déficits en la normativa explican, a pesar de los avances que se están produciendo en los últimos años, el fracaso que las políticas de integridad pública están cosechando en nuestro país. No creo que se pueda cosechar peor resultado que el incumplimiento sistemático de las disposiciones legales con el beneplácito de los poderes públicos en cualquier ámbito objeto de regulación como al principio se puso de manifiesto, pero si, además, nos referimos a una materia cómo la ética y la integridad pública podemos estar resquebrajando el contrato social con la ciudadanía que sustenta el sistema democrático y logrando el mayor de los descréditos.

## **VI. BIBLIOGRAFIA.**

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., "Principio non bis in ídem", en Lozano Cutanda, Blanca, *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, 2010.



ARROYO ZAPATERO, L., "Principio de Legalidad y Reserva de Ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, pag. 10.

BARCELONA LLOP, J., "Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Derecho y Sociedad*, nº 54 (I).

CANO CAMPOS, T., "Non bis in Idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo Sancionador", *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001

CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

GALLARDO CASTILLO, M.J., *Los principios del. Potestad sancionadora. Teoría y Práctica*, Iustel, Madrid, 2008.

GARCIA DE ENTERRIA "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1.

GARCÍA-PELAYO, M., "El buen y el mal gobierno", *Obras completas*, II, CEPC, Madrid, 2009.

GÓMEZ TOMILLO, M., "Non bis in idem en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo. Especial consideración de la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, nº 2, 2020.

HUERGO LORA, A., *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., "La aplicación del principio *ne bis in idem* en la nueva jurisprudencia del TJUE sobre la acumulación de sanciones administrativas y penales", *Revista de Estudios Europeos*, número extraordinario monográfico 1-2019

HUERGO LORA, A., "Diferencias de régimen jurídico entre las penas y las sanciones que pueden y deben orientar su utilización por el legislador, con especial referencia a los medios de obtención de pruebas", en el volumen colectivo coordinado por A. Huergo Lora *Problemas actuales del Derecho Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, 2018.

IZQUIERDO CARRASCO, M., "La determinación de la sanción administrativa", *Justicia Administrativa*, número extraordinario 2001.

LAVILLA RUBIRA, J.J., "Infracciones y sanciones en materia económica-financiera de los cargos públicos" en Castillo Blanco, F.A. (dir.) *Defensa del Patrimonio Público y represión de conductas irregulares*, Iustel, Madrid, 2020

LÓPEZ ESPEJO, J., "La configuración del non bis in idem en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como elemento de integración europea. Especial referencia al Derecho tributario sancionador", *Revista de Estudios Europeos*, nº 79, 2022.



MARINA JALVO, B., "Non bis in ídem e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía", *Revista de Administración Pública*, nº 155, 2001

MARTÍNEZ CANTON, S. y PÉREZ CORDÓN, R., "La identidad de procedimientos en el principio non bis in ídem ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 52, 2020.

MUÑOZ QUIROGA, A., "El principio "non bis in idem", R.E.D.A. núm. 45, año 1.985.

NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005

OCTAVIO DE TOLEDO Y URBIETA, E., *La prevaricación del funcionario público*, Universidad Complutense de Madrid, 1980.

PALOMAR OLMEDA, A., «Infracciones y sanciones en el ámbito de la gestión económica-presupuestaria y de orden general», en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, 2017.

PEREZ BARRIOS, A., "La nueva configuración de la potestad disciplinaria de la Administración: sus límites", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 13, 1985.  
PRIETO SANCHÍS, L. "La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982.



QUINTANA LOPEZ, T., "El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios", *REDA*, nº 52, 1986.

RIVERO ORTEGA, R.: *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos*, Editorial Iustel, Ediciones El Cronista Administrativo, Madrid, 2020.

TERUEL LOZANO, G. y MOLINA GARCÍA, M. J., "El Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas ante la Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson Reuters, 2017.

TOLIVAR ALAS, L. "Concurrencia de sanciones: una construcción inacabada", *Documentación Administrativa*, nº 280-281, 2008.







## **EVOLUCIÓN DEL INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: ANÁLISIS JURÍDICO DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA A LA DECLARACIÓN RESPONSABLE<sup>1</sup>**

**D. Fernando Blanco Silva**

Ingeniero Industrial y Graduado en Derecho. Xunta de Galicia.

**Resumen:** A lo largo de este siglo XXI el inicio de la actividad empresarial ha experimentado importantes cambios, que se analizan en el presente artículo. El Reglamento de Actividades Molestas Insalubres Nocivas y Peligrosas (R.A.M.I.N.P.) obligaba a que antes de iniciar esta actividad el empresario realizase una comunicación previa al ayuntamiento, que éste debía de analizar, solicitar posibles subsanaciones y, cuando así lo consideraba, emitir una autorización municipal denominada licencia de actividad que permitía al promotor empezarla. Este procedimiento es desplazado

---

<sup>1</sup> El presente artículo es un resumen del Trabajo Fin de Grado realizado por el autor para obtener el grado en derecho en la Universidad Internacional Isabel I de Castilla



a partir de 2009 por un procedimiento de comunicación previa, en el que el empresario simplemente comunica el inicio de una actividad (sector primario, secundario o terciario) indicando que cumple la normativa en vigor, con la excepción de una serie de actividades reguladas mediante normativa específica. Mediante este nuevo procedimiento de comunicación responsable es el empresario el que asume las responsabilidades legales de un posible incumplimiento de la normativa en vigor, lo que puede derivar en situaciones complejas.

Estos cambios en el inicio de actividad dinamizan la actividad económica, al suprimir un trámite administrativo que exigía un acto positivo por el ayuntamiento y que en muchos casos provocaba grandes retrasos y además aparecía la discrecionalidad e incluso arbitrariedad por el poder municipal, pero al mismo tiempo se relaja el cumplimiento de la normativa, ya que la comprobación de la normativa se realiza a posteriori de ser entregada la documentación, y cuando se detecta una posible incidencia la actividad ya ha sido iniciada, dejando en el aire la seguridad jurídica del promotor que de buena fe ha iniciado la actividad y que incluso puede tener una muy difícil subsanación.

**Palabras clave:** Comunicación previa, Ley 17/2009, licencia de actividad, R.A.M.I.N.P. , empresario.

**Abstract:** Throughout this 21st century, the beginning of business activity in Spain has experienced important changes, which are analyzed in this article. The Regulation of Unhealthy, Harmful and Dangerous Nuisance Activities (R.A.M.I.N.P.) required that before starting this activity the businessman made a prior communication to the city council, the city council had to analyze it, request possible corrections and when



considered so, issue a municipal authorization called activity license that allowed the promoter to start it. This procedure has been replaced since 2009 by a prior communication procedure, in which the entrepreneur simply communicates the start of an activity (primary, secondary or tertiary sector) indicating that it complies with the regulations in force, with the exception of a series of activities regulated by specific regulations. Through this new responsible communication procedure, it is the employer who assumes the legal responsibilities of a possible breach of the regulations in force, which can lead to complex situations.

These changes in the beginning of activity stimulate economic activity, by eliminating an administrative procedure that required a positive act by the city council and that in many cases caused great delays and also appeared discretion and even arbitrariness by the municipal power, but at the same time the compliance of the regulations is relaxed, since the verification of the regulations is carried out after the documentation is delivered, and when a possible incident is detected, the activity has already been started, leaving the legal security of the promoter in the air, who good faith has started the activity and it may even be very difficult to remedy.

**Keywords:** Prior communication, Law 17/2009, activity license, R.A.M.I.N.P., entrepreneur.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: EL LIBRE INICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN UN CONTEXTO DE LIBRE MERCADO. 2. EL LIBRE INICIO DE LA ACTIVIDAD



EMPRESARIAL EN ESPAÑA. 3. REQUISITOS PARA INICIAR LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA A LA DECLARACIÓN RESPONSABLE. 4. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL HASTA EL SIGLO XXI MEDIANTE LA AUTORIZACIÓN PREVIA DEL R.A.M.I.N.P. 5. LA DEROGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA MEDIANTE LA LEY 17/2009 Y LEY 25/2009. 6. ACTIVIDADES SOMETIDAS AL CONTROL MEDIOAMBIENTAL: LEY 21/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. 7. LA DECLARACIÓN RESPONSABLE COMO NORMA GENERAL EN LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL: APLICACIÓN DE LA LEY 21/1992 DE INDUSTRIA. 8. LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL EMPRESARIO Y LA ADMINISTRACIÓN: ALGUNAS LIMITACIONES DE LA COMUNICACIÓN PREVIA. 8.1. Actuación de buena fe con incumplimiento de normativa. 8.2. Aclarar la responsabilidad del propietario y de la administración mientras se ha incumplido la normativa pero con eficacia de la comunicación previa. 8.3. Dudas del cumplimiento de la legalidad. 8.4. Abuso por parte del empresario de la situación de provisionalidad. 8.5. Falta de prescripción administrativa en caso de incumplimientos de normativa de licencia de actividad. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Bibliografía. Referencias legislativas. Referencias jurisprudenciales. ÍNDICE DE FIGURAS

ABREVIATURAS:

B.O.E.: Boletín Oficial del Estado.

B.O.I.C.: Boletín Oficial de las Islas Canarias.



CC.AA.: Comunidades Autónomas.

C.E.N.D.O.J.: Centro de Documentación Jurídica del Consejo General del Poder Judicial.

D.O.Ga.: Diario Oficial de Galicia.

P.G.O.M.: Plan General de Ordenación Municipal.

T.F.G.: Trabajo Fin de Grado.

## **1. INTRODUCCIÓN: EL LIBRE INICIO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN UN CONTEXTO DE LIBRE MERCADO**

Actualmente el modelo económico de economía de libre mercado es el adoptado por la inmensa mayoría de los países del mundo, aunque evidentemente hay matices de cada uno de ellos, sólo de forma excepcional podemos identificar fuera de ésta el modelo comunista que se mantiene en Cuba, Vietnam, Laos y Corea del Norte o el modelo chino, un híbrido entre la economía de mercado y el modelo de producción centralizada (Clarín, 2019), (Sornoza Parrales et al, 2018).

El origen de la economía de libre mercado está en la aparición del estado liberal en Inglaterra durante el siglo XVII aunque la implantación generalizada en Europa se produce como consecuencia de la Revolución Francesa a principios del siglo XIX, en todos los países bajo el dominio napoleónico. Este modelo tiene como principal característica que los individuos tienen teóricamente la posibilidad de elegir su propio futuro, la profesión que desean tener, el lugar en el que van a vivir y en



particular la libertad de iniciar una actividad económica (Vargas Hernández, 2007). Durante el siglo XIX y primeras décadas del siglo XX este modelo económico se configura como un modelo liberal tradicional, y “como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne el menos posible, o como se dice hoy, del Estado mínimo (reducido al mínimo indispensable)” (Bobbio, 1996).

Dentro de la economía de mercado, y en oposición al modelo tradicional del siglo XIX y principios del siglo XX, aparece el modelo económico intervencionista, cuyas bases son propuestas por John Maynard Keynes con posterioridad a la Crisis Económica de 1929 en los Estados Unidos. Keynes propone un modelo alternativo al liberalismo tradicional, en el que el Estado asumiría un papel “dinamizador” de la economía, en oposición al “estado mínimo” que propugnaba la ideología liberal (Jahan et al, 2014).

La crisis económica de 1929 en EE.UU. tuvo como resultado una depresión económica e incremento del paro de forma sostenida. Durante los años posteriores a la crisis los economistas liberales confiaban en una reestructuración natural del mercado propuesta por Adam Smit en tu Teoría de la Mano Invisible (Gache, Otero, 2010), pero ésta no acababa de llegar sino que las tasas de paro se mantenían en porcentajes muy elevados durante años, al mismo tiempo que millones de trabajadores estaban ociosos sin existir por falta de demanda de bienes y servicios.

La propuesta de Keynes para los EE.UU fue incrementar la demanda por la vía de la inversión pública mediante un plan de obras públicas y el incremento del gasto público en general (Ocampo, 1983). De una u otra forma



todos países apuestan por estas políticas expansivas a partir de la segunda mitad del siglo XX, superando la presencia del estado que proponía Keynes en EEUU; Austria, Inglaterra, Alemania, Francia o Suecia son países en los que el un estado interviene directamente en la economía, presta servicios públicos como la sanidad o educación básica, equilibra los ingresos, crea sistemas de seguridad social y promueve el gasto público sustituyendo en muchos casos a las empresas, tanto en sectores estratégicos (telecomunicaciones, correos, energía, transportes..) cómo en otros en los que las barreras de acceso son muy elevadas como puede ser el caso de la industria pesada. Las políticas keynesianas se basan en una participación del estado en la economía en los ciclos económicos recesivos, momento en el que el estado actúa como motor de la economía, mientras que este papel quedaría frenado en los casos de ciclos expansivos (Blanco Silva et al, 2021). El modelo de Keynes tiene vigencia hasta los años setenta, aunque sus propuestas son asumidas en mayor o menor medida hasta la actualidad, ya que todos los estados de las economías de libre mercado tienen algún tipo de presencia en la dinamización de la economía, incluso los que se presentan como los más liberales.

Giandomenico Majone, en su artículo "Del Estado positivo al estado regulador: Causas y consecuencias de cambios en el modo de gobierno" expone que los países de la Europa Occidental pasan del "estado positivo" al "estado regulador" a partir de los años setenta; según este autor a principal característica del "estado positivo" sería su intervencionismo (seguiría las propuestas de Keynes), mientras que el estado regulador se limitaría a

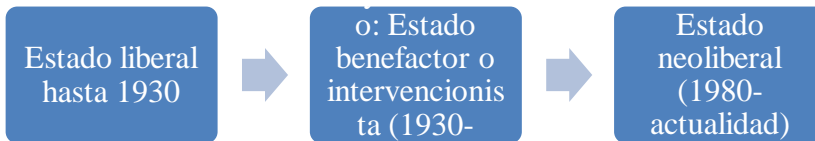




la regulación de la actividad para garantizar la seguridad de las personas, del medioambiente, una economía sostenible....pero moderando su papel como agente económico. Majone cita tres hitos fundamentales que caracterizan de forma relevante la intervención pública en la economía: redistribución de la renta, estabilización macroeconómica y regulación de los mercados (Majone, 1999).

María Guadalupe Huerta Moreno utiliza el concepto "estado benefactor" en la línea del estado positivo que propone Majone, como una institución participante en la economía e impulsora de la actividad empresarial, en oposición al concepto del estado liberal tradicional. Aunque utiliza distintas terminologías (estado benefactor en lugar de estado positivo, y estado neoliberal en vez de estado regulador). En los países con menos recursos económicos (la autora propone el caso de México) no existiría un estado benefactor con estas características aunque sí hay un estado intervencionista que buscaría los mismos objetivos, caracterizado por una menor inversión pública. Esta autora también hace referencia al cambio que se produce la finales de los años setenta, como una evolución hacia un modelo neoliberal en el que el estado deja de tener un papel de organizador de la economía, Huerta Moreno habla de una evolución desde el estado liberal (hasta los años treinta), que se convierte en estado benefactor, o estado intervencionista, y que evoluciona hacia el estado neoliberal (a partir de los años setenta), (Huerta Moreno, 2005).

Figura 1: Evolución del modelo económico de estado liberal en el siglo XX.



Fuente: Elaboración propia

A partir de los años ochenta se impone el modelo neoliberal; en éste el papel del estado es más limitado, aparece la liberalización de muchos sectores y en general la presencia de la Administración pública en la actividad económica se limita a los sectores estratégicos o con grandes barreras de entrada (defensa, comunicaciones, telecomunicaciones, infraestructuras públicas, correos...) incluso abriendo la puerta a la empresa iniciativa privada en algunos de ellos; no obstante el Estado sigue teniendo la obligación de regular la actividad económica aunque los requisitos son cada vez menores. El modelo neoliberal se caracteriza por minimizar la intervención del estado y disminuir el gasto público; ahora los poderes políticos vuelven a confiar que el sistema económico se autorregulará (Teoría de la Mano Invisible de Adam Smit), y que la intervención estatal altera los mercados, redundando en una ineficiencia de los mismos. Así en muchos sectores el papel del estado disminuye drásticamente y se limita a resolver conflictos entre los intereses propios de cada participante, en lugar del intervencionismo, y recibe el nombre de estado regulador.



El concepto de "estado regulador" ya había nacido en EEUU ya la finales del siglo XIX, coincidiendo con el estado liberal tradicional y tiene una secuencia cíclica con momentos de auge y pérdida de fuerza a lo largo del siglo XX ( Paramio, 2008).

El gobierno neoliberal de Ronald Reagan trata inicialmente de "desregular la economía" entendiendo como tal una liberalización masiva de la actividad que facilitaría el libre mercado; no obstante a partir de 1983 la regulación se convierte en una de las características principales del modelo económico de los EEUU, que se traslada posteriormente al Reino Unido de Margaret Thatcher, en estos modelos "reguladores" el papel de la administración pública es sustituido por los organismos que asumen esta función (Braithwaite, 2008). Aunque el componente regulador del estado aparece en todos los modelos económicos del capitalismo aquí analizados (liberalismo, intervencionismo y neoliberalismo) es obvio que adquiere más presencia en los modelos neoliberales, en oposición a los modelos de economía intervencionista, en los que las administraciones asume mayoritariamente esta función de regular. En el modelo propuesto por Keynes, el Estado asumía un papel de emprendedor que incluso podían coexistir la iniciativa pública o privada en sectores con más barreras de entrada (por ejemplo en el eléctrico o telecomunicaciones), estos sectores estratégicos estaban además muy regulados, siendo habitual que los actores privados tuvieran que disponer de una autorización explícita antes del inicio de las actividades empresariales (por ejemplo en España la adjudicación de frecuencias de radiodifusión y televisión o la implantación de estaciones de servicio, que era un monopolio estatal).



En este modelo neoliberal aparece la desaparición progresiva del estado como agente económico; la intervención se va a limitar a la gestión de servicios públicos (sociales, educación, sanidad...), los sectores estratégicos (defensa) o con grandes barreras de entrada (energía, telecomunicaciones, infraestructuras públicas, correos, agua, transporte aéreo o por ferrocarril...); no obstante en todos éstos se fomenta la introducción gradual del sector público, en el resto de la actividad económica el Estado no participa como un agente sino que se limita a aprobar la normativa urbanística, industrial, ambiental, tributaria, competencia... que lo regula.

Ludolfo Paramio habla de un "capitalismo regulado" en el contexto neoliberal, en el área social (educación, salud, protección social...) el estado sigue siendo el principal promotor de la actividad mientras que en las áreas económicas tradicionales el estado actúa mediante una regulación normativa y auditorías realizadas por organismos independientes del ejecutivo que garanticen la transparencia y la eficiencia (Paramio, 2008).

En la transición desde el estado keynesiano al estado neoliberal la venta de empresas públicas es un claro exponente de la reducción del papel del estado como agente sectorial en los sectores económicos comunes (los no sociales); en este contexto, la regularización del estado tiene como fin "garantizar que los sectores privatizados están al servicio de las necesidades de los ciudadanos, como alternativa a la gestión directa por un estado empresario" o "asegurar la eficiencia de los



mercados, haciéndolos más competitivos como sucedía en la Unión Europea” (Muñoz, 1993).”

Dentro de este contexto de los estados reguladores, debemos identificar también dos grandes tendencias en los países desarrollados; por un lado estaría un estado más “regulador” (o con mayor cantidad de normativa desarrollada) típico de los países europeos (Unión Europea y países de la Europa Occidental) con estados fuertes (Mayntiz, R, 2001), en oposición al modelo anglosajón (EEUU y Gran Bretaña) en el que los requisitos para la realización de las actividades empresariales son menores, y existe menos presencia de la burocracia.

## **2. EL LIBRE INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESPAÑA**

En España el sistema económico es de libre mercado desde que la Revolución Francesa implanta este modelo, aunque con las variaciones lógicas de los más de los dos siglos transcurridos hasta el momento. Durante los primeros años del franquismo éste modelo se combinó con la autarquía aunque a partir de los años sesenta la apertura económica y la liberalización de la importación de bienes hacen de la economía española un modelo homologable a las democracias liberales europeas, con las lógicas deficiencias de un gobierno dictatorial.

Ya en democracia la Constitución Española reconoce en su artículo 38 *“la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación”*, lo que proclama la



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

economía española como una economía de libre mercado.

Al igual que en el resto de países del entorno en España existe libertad de establecimiento, la libre competencia y unidad de mercado, pero existe la regulación de las actividades de los particulares, con intención de garantizar la protección al medio ambiente, del entorno urbano o de la vivienda digna, de forma que el función del Estado buscar una solución de compromiso entre los derechos de los participantes en el sector (Socías Camacho, 2018).

Esta libertad de establecimiento está referida la que las personas físicas o jurídicas de los Estados Miembros pueden iniciar una actividad económica en igualdad de condiciones, siempre que cumplan los requisitos normativos vigentes. En el caso de España, y por extensión de Portugal, la implantación de la democracia coincide con el paso desde el estado benefactor al estado neoliberal, y existe un pequeño retraso en el tiempo porque no es hasta los años ochenta cuando se configura el modelo de estado de las autonomías que hoy conocemos. Un ejemplo del freno del estado cómo promotor de la actividad económica son los procesos de reconversión y reindustrialización de los años ochenta (Pascual, 1993), que se dispara con la privatización de empresas públicas de los años noventa (Bel G. & Costas A, 2001).

La integración plena en la Comunidad Económica Europea a principios de los años noventa obliga a España a adaptarse a las directivas comunitarias y a evolucionar



de forma paralela con el resto de los países del entorno, por lo que se implantan las medidas propias del que denominamos estado regulador. La regulación de la que estamos hablando consiste en el desarrollo de leyes sectoriales (Ley 21/1992, de 16 de julio , de Industria, Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, Ley 32/2003, de 3 de noviembre , general de las telecomunicaciones...) que promueven la iniciativa privada, limitándose el papel de la administración pública a la regulación para garantizar que el mercado es eficiente, imparcial y se desarrolla en condiciones de seguridad y un marco jurídico estable para los participantes. Un ejemplo claro de este cambio es la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, en la que el papel de las Administraciones se limitan a la regulación de la normativa industrial (electricidad, instalaciones térmicas, gas, petrolíferos...) pero desaparece como norma general el procedimiento de autorización previa, para el inicio de actividades industriales de menor entidad (por ejemplo trabajar como empresa instaladora, implantación y puesta en funcionamiento de pequeñas instalaciones..) y sobre todo que desaparece la figura del estado como el principal promotor de la actividad industrial (Lazo Vitoria, 2000).

Un punto muy importante que inicia esta Ley 21/1992 (y los sucesivos reales decretos que la desarrollan) es que desaparece la administración como organismo inspector, pasando como forma general a ser las inspecciones realizadas por organismos de control autorizado independientes, y sólo de forma excepcional el estado asume estas competencias inspectoras.



Otro ejemplo muy claro de la transición desde el modelo intervencionista al estado regulador es la implantación de estaciones de servicio, una actividad que hasta los años ochenta estaba en manos del Estado (incluso existía una Delegación del Gobierno en Campsa), siendo discrecional la concesión de los permisos para la implantación de nuevas gasolineras. A partir de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de los hidrocarburos, la implantación es libre e incluso con posterioridad a 2013 la legislación limita a un 30% la cuota de mercado de un mismo operador al por mayor por el junto en una misma provincia, lo que de facto impide el aumento de la cuota de mercado REPSOL como principal operador en España. Esta limitación de la cuota de mercado sigue a la normativa europea, que evita monopolios y concentraciones en manos unas pocas empresas (oligopolio). (Rodríguez & Watt, 2003).

Hoy el papel regulador del Estado se limita a reglamentos sectoriales, referidos tanto al sector público como privado, que posteriormente evoluciona hacia una "sociedad de auditoría". Al igual que ocurría con las inspecciones de instalaciones o vehículos (que deja de hacer el estado para ser realizadas por los organismos de control autorizado) el papel regulador es desplazado parcialmente por organismos reguladores teóricamente independientes (Comisión Nacional de la Energía, Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones...) o empresas monopolísticas que se han ido privatizando a finales del siglo XX y primeros años del siglo XXI (Repsol, Red Eléctrica de España o Enagás).





### **3. REQUISITOS PARA INICIAR LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA A LA DECLARACIÓN RESPONSABLE**

Antes de proseguir este documento es importante citar que a la hora de realizar cualquier trámite administrativo vamos a discriminar entre los actos que requieren de una actuación explícita por parte de la administración pública en forma de resolución, inscripción en un registro público, validación por un funcionario... de aquellos actos en los que el administrado realiza una simple comunicación, siendo discrecional la comprobación por parte de la administración, en este segundo grupo vamos a distinguir entre la comunicación (aquella que se realiza antes de iniciarse la actividad) y la declaración responsable (que serían otras comunicaciones a la administración una vez que ya se está ejerciendo); en los dos casos la administración puede hacer la comprobación por muestreo, aleatoria o de oficio cuando se detecta alguna irregularidad, como sería el caso de las declaraciones de impuestos, pero no siempre se realiza esta comprobación.

A la hora de iniciar una actividad empresarial el primer paso son los requisitos de tipo fiscal. En aplicación de los principios de una economía de libre mercado en España la normativa en general no marca exigencias particulares para iniciar una actividad económica, si no que permite el ejercicio a cualquier persona con "capacidad civil de obrar", física o jurídica, pero debe realizar diferentes trámites ante las administraciones. En el caso de ser persona física no existen apenas trabas (mayor de edad, no estar inhabilitado legalmente o ser persona capaz para administrar bienes) siendo precisa el alta cómo autónomo en la Seguridad Social, o figuras



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

similares (Régimen Alternativo de los Trabajadores Autónomos, colegios profesionales...).

En el caso de ser persona jurídica la complejidad es mayor, el primer requisito es que ésta se haya establecido como tal con una forma legal (sociedad de responsabilidad limitada, comunidad de bienes, sociedad colectiva, sociedad comanditaria, sociedad anónima, sociedad cooperativa...). El primer paso para realizar una constitución formal es la redacción del Acta Fundacional y aprobación de los estatutos ante notario (o por otros procedimientos que se establezcan legalmente) (Broseta Pont M.; Martínez Sanz F., 2015). La constitución ante notario entraría dentro del modelo de autorización previa, porque aunque se trata de un proceso sencillo y rápido es preciso que el notario eleve a público los acuerdos adoptados por los socios en un documento escrito comprobando que se cumple la normativa, mediante una escritura pública. De forma coetánea la sociedad obtendría el correspondiente Número de Identificación Fiscal de la empresa (N.I.F.); la obtención del N.I.F. es un requisito que podemos identificar también con una actuación positiva, porque aunque no existe complejidad en obtenerla es precisa una actuación de la Agencia Tributaria emitiendo dicho documento. Algunas formas sociales como las cooperativas están sometidas a requisitos adicionales como figurar en un registro autonómico en el que deben inscribir el inicio de la actividad y los cambios relevantes, una vez comprobado por el responsable del registro que se puede ejercer la actividad (Jordán Rodríguez, M., 2007); un ejemplo de este tipo de registro es la inscripción necesaria en el Registro Gallego de



Cooperativas (<http://emprego.ceei.xunta.gal/portada-cooperativas>). También pueden ejercer la actividad mercantil o industrial otras personas jurídicas que no están establecidas como empresas, por ejemplo asociaciones culturales, juveniles, clubes deportivos... de forma complementaria para sus fines. No obstante, existen algunos límites legales para asegurarse que se conserva el fin de las mismas, y no están realizando fraude, ya que la actividad comercial no debe ser la principal. Este tipo de sociedades precisan de inscripción de la actividad en diferentes registros sectoriales, así como de sus modificaciones; la inscripción en un registro se realiza después que sus responsables verifiquen que los estatutos son acordes con la normativa por lo que también es una forma de autorización previa. Pongamos por ejemplo que una asociación deportiva tiene de forma complementaria una actividad comercial (una cantina en los partidos o un club náutico que vende gasolina a embarcaciones), es preciso que el registro de asociaciones deportivas apruebe esta actividad asegurándose que es compartida y no al revés.

Otro requisito de tipo fiscal es el alta en el Impuesto de Actividades Económicas (I.A.E.), que para autónomos y pequeñas empresas funciona de facto como un censo de empresas y profesionales. Cuando la persona física o jurídica ha decidido en que actividad(es) pretende trabajar debe darse de alta en el I.A.E. La inscripción en este impuesto es automática, después de realizar la correspondiente solicitud, por lo que se puede vincular a la modalidad de declaración responsable .

Además del I.A.E. en algunos casos es preciso que la entidad o profesional se inscriba en algún registro particular, para lo cual deben justificar la capacidad



administrativa y profesional de la persona física o jurídica, por ejemplo para ejercer como organismos de control autorizado para la realización de inspecciones industriales una empresa es preciso que disponga de capacidad financiera (persona jurídica establecida, aval bancario, CIF.), administrativa (medios suficientes, seguro de responsabilidad civil) y técnicos (empleados con una cualificación determinada, número de empleados propios suficientes...).

Otro ejemplo de demostración de una cualidad es la necesidad de disponer de un título académico para ejercer una actividad reglada (médicos, enfermeros, arquitectos, ingenieros, abogados...), que es revisado por los colegios profesionales.

En algunos casos para ejercer una actividad es suficiente con tramitar la inscripción ante el correspondiente registro; en unos casos será suficiente con la comunicación previa mientras que en otros se exigirá un acto positivo de la administración confirmando la validez de la inscripción.

Una vez que se cumplen los requisitos aquí citados (constitución y obtención del N.I.F. en el caso de personas jurídicas, alta en Seguridad Social en personas físicas, alta en el I.A.E. y registros varios...) se puede empezar la actividad. En este momento los requisitos fiscales a cumplir son básicamente el cumplimiento del pago de impuestos directos (Impuesto de la Renta de las Personas Físicas o Impuestos de Sociedades segundo sea persona física o jurídica) e indirectos (declaración trimestral del I.V.A). El pago de



tributos y de tasas administrativas en general las podemos enmarcar dentro de las categoría de declaración responsable puesto que la comprobación por parte de la Agencia Tributaria o las agencias autonómicas se hace a posteriori del pago, y no en todos los casos.

#### **4. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL HASTA EL SIGLO XXI MEDIANTE LA AUTORIZACIÓN PREVIA DEL R.A.M.I.N.P.**

Aunque España formaba parte de los países con economías de libre mercado, a finales del siglo XX cuando un empresario deseaba iniciar una actividad empresarial existían múltiples barreras económico-administrativas para iniciarla, en particular se necesitaba una autorización explícita emitida por la autoridad municipal para cualquier actividad empresarial (incluso las más sencillas y menos molestas). En las actividades más complejas era necesario un permiso ambiental, sanitario o industrial (emitido por la Comunidad Autónoma), de forma que se hacía tedioso el inicio de la actividad empresarial.

Durante el franquismo el Estado buscaba el control total de toda la sociedad, siendo la actividad económica una de éstas. En la línea de lo expresado en el apartado 4.1. INTRODUCCIÓN: EL LIBRE INICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN ESPAÑA EN UN CONTEXTO DE LIBRE MERCADO, en el tardofranquismo el estado incentivaba la actividad económica mediante el Instituto Nacional de Industria y existía un intervencionismo que podíamos considerarlo de "tutorización", en la que la propia Administración controlaba el inicio de las actividades empresarias mediante Decreto 2414/1961, de 30 de



noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (R.A.M.I.N. P. en lo sucesivo). Este es un Reglamento que exige una autorización explícita emitida por el ayuntamiento para iniciar una actividad empresarial denominada licencia de actividad. El R.A.M.I.N.P. fue una norma que estuvo de aplicación durante cuarenta y seis años (hasta 2007), e incluso una vez derogado tuvo una aplicación subsidiaria mientras que las comunidades autónomas no aprobaran normativa substitutiva. El R.A.M.I.N.P. establece como competencia municipal "la concesión de licencias para el ejercicio de las actividades reguladas", así como la vigilancia del cumplimiento de normativa durante la duración de la misma. Las actividades incluidas estaban recogidas en un Anexo I. Nomenclátor que regulaba prácticamente todas las actividades que en ese momento eran ejercidas en España, desde tipografías (imprentas) a tiendas de alimentación o ocio (teatros), así como todo tipo de fábricas o actividades productivas; además este Anexo I no es excluyente, porque abre la necesidad de exigir licencia a cualquier otra actividad no se había podido encuadrar en alguna de las clasificaciones citadas, si el ayuntamiento las considerara asimiladas a las incluidas.

En su contenido el R.A.M.I.N.P. incluye la posibilidad de denegación de la licencia "por razones de competencia municipal" (artículo 30.1), por lo que de facto suponía que el ayuntamiento podía actuar de forma arbitraria e impedir la apertura de establecimientos, con la simple denegación de la licencia de actividad por silencio administrativo, ya que éste era negativo.



Podemos considerar que este Reglamento es el primer documento de protección ambiental aprobado en España ya que su primer artículo establece como objetivo “evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuáles se aplica indistintamente en el mismo la denominación de actividades, produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad y higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes”.

La normativa ambiental es una normativa compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, conforme el primero aprobará las leyes básicas, y la tramitación es regulada por las CC.AA., además éstas podrán aportar normativa adicional que refuerce la protección del medio ambiente en sus respectivos territorios.

El R.A.M.I.N.P. era la pieza clave para que los ayuntamientos controlasen el inicio de actividad en su territorio, lo cual daba lugar a un complejo mapa jurídico. Por ejemplo la Ley 37/2003, de 17 de noviembre del ruido era competencia estatal mientras que las CC.AA. aprobaban sus propias normas ambientales (Decreto 442/1990, de 13 septiembre de Evaluación de impacto ambiental de aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia..) y cada ayuntamiento podía a su vez reforzar la protección en caso de ruidos.



En este ámbito es importante citar que el artículo 84.1c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través del "sometimiento a la comunicación previa o a la declaración responsable de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (sustituida por la Ley 39/2015 en la actualidad).

Durante los últimos años de vigencia del R.A.M.I.N.P. se producía una situación asimétrica en toda España respecto a la licencia de actividad, ya que algunos ayuntamientos exigían ésta de forma estricta para iniciar cualquier actividad económica en sus límites mientras que otros daban por válida la comunicación previa conforme se iba a iniciar una actividad (o la declaración responsable de una modificación de ésta), siendo suficiente que el administrado comunicase el inicio o comunicación, presentase la documentación correspondiente (normalmente un proyecto técnico a cargo de profesional competente) y pagase las tasas, sólo se procedía a la exigencia de la licencia de actividad cuando era necesario cumplir otro tipo de normativa adicional (por ejemplo ambiental, sanitaria, industrial...), y permitían el funcionamiento de la empresa sin contar con la licencia de actividad emitida para aquellas actividades de escaso impacto (por ejemplo comerciales, pequeños establecimientos, cafeterías y restaurantes...). El motivo de este comportamiento era obviamente facilitar la implantación de nuevos negocios y en general





facilitar la actividad económica, aunque siempre a costa de relajar las exigencias en el control de las mismas.

Sobre este comportamiento "inadecuado" es importante citar la Resolución 700/2021 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso - sección 2, sobre el funcionamiento durante años de la entidad mercantil Analgon S.L dedicada a la fabricación de pinturas que disponía de licencia de actividad desde 1979, emitida por el ayuntamiento según el R.A.M.I.N.P. En el año 2020 el titular realizó una comunicación previa al Ayuntamiento de Arganda del Rey indicando sucesivas modificaciones de la fábrica de pinturas realizada desde 1979, indicando que el Ayuntamiento era concededor de estos cambios, a lo que el ayuntamiento contestó denegando la ampliación citada, aun siendo concedora de ésta previamente. Es especialmente importante que la Resolución del T.S.J. de Madrid hace constar explícitamente que "ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, tasas o impuestos, ni la tolerancia municipal, implican acto tácito de otorgamiento de licencia".

La Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera deroga explícitamente el Reglamento de Actividades Molestas Insalubres Nocivas y Peligrosas aunque sin resolver el enredo jurídico que se había producido para iniciar las actividades. La derogación es compleja porque la Ley 34/2007 solo regula una parte de las actividades que recogía el R.A.M.I.N.P. y la Disposición derogatoria única establece que el propio R.A.M.I.N.P. "mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

se dicte esta normativa". Según Baena Pinedo, "la derogación que llevó a cabo no fue total, sino que producía efecto únicamente en aquellas Comunidades Autónomas que tuvieran aprobada una regulación sobre el tema, y en tanto no se regulara por las demás. Esta ambigüedad dio lugar a una serie de pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo respecto a la persistencia de la aplicabilidad de la dicha norma, aun a pesar de su derogación expresa y de la existencia de leyes reguladoras del tema en distintas Comunidades Autónomas" (Baena Pinedo, 2012).

En el artículo "Informe con respeto a la aplicación del régimen de distancias establecido en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas" (Ares Falcó et al, 2011) el autor describe el procedimiento de adaptación legislativa una vez que se produce esta derogación parcial conforme las comunidades autónomas fueron aprobando legislación reguladora de las llamadas actividades clasificadas, y desplazando al RAMINP, que se convertía en norma inaplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma que había aprobado esa normativa.

## **5. LA DEROGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA MEDIANTE LA LEY 17/2009 Y LEY 25/2009**

La necesidad de agilizar la actividad empresarial y en particular las exigencias de la Unión Europea para dinamizar este genera la derogación del R.A.M.I.N.P. en 2007 y que las comunidades autónomas deben empezar a implantar procesos de control de la actividad empresarial, en base a los posibles impactos



ambientales o de otro tipo. Aunque la licencia de actividad era una competencia de tipo municipal de la España predemocrática las Comunidades Autónomas asumieron en sus estatutos de autonomía las competencias en cuanto a la actividad económica interior y de desarrollo de normativa ambiental, por lo que eran éstas las que debían regular cuáles eran los procedimientos de obtención de la licencia de actividad, aunque siempre cumpliendo normativa estatal y sobre todo europea, pero son los ayuntamientos los que debían conocer y vigilar el cumplimiento de la normativa, y emitir dicha licencia cuando el R.A.M.I.N.P. estaba en vigor.

La integración económica de España dentro de la Unión Europea obligó a armonizar la normativa española con la comunitaria; la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, establece una serie de principios de aplicación general para facilitar el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio dentro de la UE; este documento supone la supresión general de las autorizaciones previas en las actividades de servicios en la U.E., que también fue aplicado de forma general en las comunicaciones entre personas físicas y jurídicas con las administraciones; esta Directiva reconoce que la aplicación será más lenta y progresiva en algunas actividades, siendo los casos más claros los de las oficinas de farmacia o el sector del taxi. Su fin es por un lado promover la realización de actividades de servicios así como facilitar que cualquier ciudadano de la UE pueda ejercer la actividad profesional en idénticas condiciones que un ciudadano de un Estado Miembro.



La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, se trasponen a España en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, entendiendo el concepto de servicios en un aspecto más amplio. Esta liberalización de los servicios propiciada por la Unión Europea afecta al régimen de licencias en el ámbito local; así tras la aprobación de la Ley 17/2009 se debió modificar la Ley de Bases de Régimen Local eliminando de forma general el régimen de licencia de actividad como una exigencia previa para la instalación y/o inicio de actividades, que de forma transitoria obligaba el R.A.M.I.N.P. para las CC.AA. que no habían legislado al respecto, aunque a su vez provocó un vacío jurídico por este mismo motivo, ya que no estaba prevista la nueva situación, al mismo tiempo que la comprobación del cumplimiento de la normativa de ruidos (y en general de la normativa ambiental) seguía siendo competencia municipal, careciendo los pequeños ayuntamiento de los medios para hacerla

Aunque el Tratado de la Comunidad Europea de 1957 ya consagraba la libertad de establecimiento y prestación de servicios en su interior, ésta no estaba plenamente alcanzada después de cincuenta años, y existían muchas limitaciones para que los prestadores ofrecieran sus servicios fuera de los correspondientes estados. La Directiva 2006/123/CE establece una serie de principios de aplicación general para facilitarlos.

El sector servicios, por sus características, está sometido a una regulación compleja, ya que por encima de la normativa española debe cumplirse la comunitaria. En



España el R.A.M.I.N.P. era obsoleto e insuficiente, limitando la productividad, el crecimiento, la creación de empleo o el bienestar económico porque impedía la libre competencia o el establecimiento de personas físicas y jurídicas de otros Estados Miembros. La Ley 17/2009 que desarrolla la Directiva 2006/123/CE busca incentivar la competencia en los distintos servicios y garantizar la igualdad en el ejercicio profesional del sector servicios para todos los ciudadanos de la Unión Europea, evitar obstáculos al ejercicio de las actividades de servicios y facilitando la creación de empresas. No obstante, existen sectores en los que aún se mantienen algunas restricciones como pueden ser los estratégicos (correos, energía, telecomunicaciones, transportes...) o sanitario. Otro objetivo de la Ley 17/2009 era simplificar los procedimientos e incrementar la calidad en los servicios públicos mediante un marco regulador transparente. Entrando en su articulado, el objeto de la Ley 17/2009 es establecer las disposiciones generales para facilitar la libertad de establecimiento a prestadores y la libre prestación de servicios simplificando los procedimientos y fomentando una mejora de calidad en los servicios. El ámbito de aplicación incluye todos los servicios que se realizan a cambio de una prestación económica en territorio español por prestadores establecidos en España o en otros Estados Miembros, con una serie de excepciones que se desarrollarán mediante legislación específica:

- Servicios no económicos de interés general
- Servicios financieros
- Servicios y redes de comunicaciones electrónicas (telecomunicaciones)
- Transporte urbano, marítimo, aéreo... con excepción de las empresas logísticas
- Empresas de trabajo temporal



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Servicios sanitarios, incluyendo las farmacéuticas, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, cuando están regulados a profesiones sanitarias.
- Servicios audiovisuales, incluidos los cinematográficos, distribución, transmisión o radiofonía
- Actividades de juego, incluyendo loterías.
- Actividades que supongan ejercicio de la autoridad pública, en particular notarios, registradores de la propiedad y registradores mercantiles.
- Servicios sociales como los relativos a viviendas sociales, atención a la infancia, apoyo a las familias y personas necesitadas
- Seguridad privada
- Ámbito tributario.

La Ley 17/2009 introduce en el ordenamiento jurídico español la definición de declaración responsable, como el "documento suscrito por la persona titular de una actividad empresarial o profesional en el que declara, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad".

La Ley 17/2009 establece el impulso de la declaración responsable de forma general, pero para su entrada en vigor era necesario modificar otras leyes y decretos, para lo que se aprueba la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En el caso particular de los conceptos de comunicación previa y declaración



responsable la Ley 25/2009 los incorpora al derecho administrativo (Bauzá Martorell, 2010). El artículo 2 de esta Ley 25/2009 modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común introduciendo el artículo 71bis. Declaración responsable y comunicación previa, reproducimos a continuación sus primeros apartados:

*1. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifieste, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos por la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente al dicho reconocimiento o ejercicio. (..).*

*2. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos de identificación y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, según lo establecido en el artículo 70.1.*

La Ley 30/1992 fue derogada por la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aunque esta segunda mantiene las definiciones de declaración



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

responsable y comunicación previa en su articulado con pequeñas modificaciones formales (artículo 69)<sup>2</sup>.

Es importante decir que la Ley 17/2009 y la Ley 25/2009 provocaban una cierta inseguridad jurídica porque impulsaba este modelo de trámite administrativo aunque no lo aprobaba de forma clara, por lo que era necesario concretarla para ciertos sectores. Este fue el caso de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que en general permite el inicio de la actividad después de realizar la "comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente y previa al inicio de la actividad" pero aclara que "cuando dichos servicios se presten mediante ondas hertzianas terrestres necesitarán licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente (artículo 22)", es decir que permitiría realizar actividades de comunicación (programas de TV, radiodifusión o interactivos) siempre que no se utilicen los canales tradicionales de ondas hertzianas (por ejemplo se podría retransmitir por canales propios de internet). Mediante esta configuración se evita que un operador "pirata" pueda aprovechar un vacío jurídico realizando la comunicación previa de que va a iniciar la actividad y después estar dilatando el cierre al alegar que está aplicando las leyes 17/2009 o 25/2009.

---

<sup>2</sup> Es importante citar un pequeño matiz que se introduce en la Ley 39/2015. Mientras que en la modificación de la Ley 30/1992 que introducía la Ley 25/2009 se hablaba de "comunicación previa" en la redacción de la Ley 39/2015 simplemente se denomina "comunicación".





Tal y como hemos citado antes la comunicación previa tiene como novedad que es el administrado (el empresario) el que se responsabiliza de cumplir la normativa, aunque no es la primera vez que se emplea en España. Tal y como hemos citado previamente ya esta Ley 21/1992 establecía que la actividad industrial como norma general podrá ser iniciada mediante la simple comunicación (sin necesidad de autorización explícita; otras leyes que ya establecían este modelo son la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones o la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, respectivamente para declarar que el solicitante no está incurso en una prohibición para ser beneficiario de una subvención o que puede realizar contratos con la administración pública (Rodríguez Font, 2009).

Es importante citar que la Ley 17/2009 establece por primera vez la definición de la declaración responsable indicando que se incentivará este modelo de trámite aunque no es hasta el año 2012 cuando de forma oficial se suprime la necesidad de la autorización previa como norma general en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (Fresneda Genovart, 2014), en concreto en su artículo 3. Inexigibilidad de licencia establece:

*1. Para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales y servicios definidos en el artículo anterior, no podrá exigirse por parte de las administraciones o entidades del sector público la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente.*

2. Tampoco están sujetos a licencia los cambios de titularidad de las actividades comerciales y de servicios. En estos casos será exigible comunicación previa a la administración competente a los solos efectos informativos.

3. (...)

El artículo 4. Declaración responsable o comunicación de esta Ley 12/2012 establece el procedimiento general que sustituye a la licencia de actividad o licencia previa,

*1. Las licencias previas que, de acuerdo con los artículos anteriores, no puedan ser exigidas, serán sustituidas por declaraciones responsables, o bien por comunicaciones previas, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativas al cumplimiento de las previsiones legales establecidas en la normativa vigente. En todo caso, el declarante deberá estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo.*

*2. La declaración responsable, o la comunicación previa, deberán contener una manifestación explícita del cumplimiento de aquellos requisitos que resulten exigibles de acuerdo con la normativa*



*vigente incluido, en su caso, estar en posesión de la documentación que así lo acredite y del proyecto cuando corresponda.*

3. (...)

Tal y como citábamos antes la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera incluía en su Disposición derogatoria única la derogación del R.A.M.I.N.P., siendo las comunidades autónomas las que deberían aprobar la normativa que lo sustituiría. En el momento que la administración municipal debe permitir la implantación de nuevos establecimientos comerciales no tendría sentido aprobar una normativa exclusiva para el sector servicios (que facilitase su implantación con una simple comunicación previa) y una mucho más exhaustiva para actividades del sector secundario o primario, por lo que las Comunidades Autónomas pasan a legislar de forma general la implantación de nuevas actividades empresariales con una comunicación previa, y esto sería suficiente para empezar la actividad, marcando como límite que la propia actividad empresarial no precise de la realización de obras<sup>3</sup>. Así las CC.AA. han aprobado

---

3 La comunicación previa se limita a actividades empresariales, y excluye la realización de obras para el inicio de estas actividades (por ejemplo, construcción de edificios, acondicionamiento de locales...) que deben someterse a la disciplina urbanística. Los procesos de tramitación son aprobados por los ayuntamientos como entidad competente, y sigue exigiéndose la licencia de obra para la obra nueva o modificaciones sustanciales, no obstante los ayuntamientos también han ido aprobando procedimientos similares en los que las obras menores pueden ser comunicadas mediante la comunicación previa. Respecto a esto se establece una



normas que desarrollan el procedimiento sustitutivo como son las siguientes, Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa (Canarias), Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid, Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears, Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. En todos estos casos las administraciones autonómicas aprueban un procedimiento en el que como norma general el empresario deberá realizar la comunicación previa a la autoridad competente (el municipio) en el que indica la acción realizada (apertura de un establecimiento, ampliación, cierre, cambio de titular...) indicando que se cumplen los criterios legales y se presenta la documentación administrativa (poder de representación, copia de N.I.F. o C.I.F.s, altas en la

Seguridad Social o en el Impuesto de Actividades Económicas, pago de tasas..) como técnica (proyecto, certificado de inspección a cargo de Organismos de Control Autorizado, documentación relativa a la prevención de riesgos laborales de los trabajadores,

---

interesante incidencia en la actividad de inspección y control por parte del ayuntamiento competente, ya que si el tiempo en realizar esta actividad ha sido excesivo podría incluso convalidarse la actuación aunque esta sea contraria a derecho (Berberoff Ayuda, 2018)



inscripción en un registro específico...) y en su caso una autorización sectorial específica (ambiental, industrial, sanitaria...) e inmediatamente pueden realizar la actividad o la modificación de la misma; sólo en aquellos casos establecidos por ley se podrá condicionar el inicio de una actividad a superar un requisito previo. Una vez realizada la presentación de los documentos por parte del empresario es cuando las administraciones públicas pueden (y deben) realizar los actos de control, "tras la presentación de las Declaraciones Responsables/Comunicaciones, comienzan las facultades de comprobación, control e inspección de la Administración. Estos documentos deben ser analizados y también debe girarse visita de introspección al establecimiento, todo ello con el fin de comprobar que el local se adecúa a la normativa aplicable y al uso que se realiza" (Gavieiro González, 2018).

Una vez realizada la declaración responsable el ayuntamiento podrá realizar cualquier solicitud de documentación adicional o incluso exigir el cumplimiento de normativa cuando se dude de ésta, aunque deberá ser realizada de forma racional. Con el fin de facilitar estas comunicaciones muchos ayuntamientos han habilitado portales en los que hacer la comunicación previa, como los siguientes<sup>4</sup>:

- Ayuntamiento de Vitoria:  
<https://sedeelectronica.vitoria-gasteiz.org/j30->

---

4 En otros casos se utiliza este mismo procedimiento de comunicación previa para obras menores, como es el caso del Ayuntamiento de Zaragoza  
(<https://www.zaragoza.es/sede/servicio/tramite/3311>)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

01s/contenidoAction.do?idioma=es&uid=u\_2aefe85e\_12c103ffda4\_\_7fe8

- Ayuntamiento de Vigo:  
[https://sede.vigo.org/expedientes/tramites/tramite.jsp?id\\_tramite=724&lang=cas](https://sede.vigo.org/expedientes/tramites/tramite.jsp?id_tramite=724&lang=cas)
- Ayuntamiento de Santiago de Compostela:  
[http://www.santiagodecompostela.gal/e\\_santiago/tramites/tramite.php?id\\_t=6&txt=xestions&lg=cas](http://www.santiagodecompostela.gal/e_santiago/tramites/tramite.php?id_t=6&txt=xestions&lg=cas)

En cada uno de los casos citados vamos a tener matices, por ejemplo, en Vitoria se indica la validez para todas las comunicaciones, en Vigo se exige que los locales no precisen de obras de adaptación mientras que en Santiago se excluyen otras comunicaciones que precisen de una comunicación específica como las siguientes:

- *La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas que se desarrollen en establecimientos públicos con una capacidad superior a 500 personas, o que presenten una especial situación de riesgo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa técnica en vigor.*
- *La instalación de terrazas al aire libre o en la vía pública, anexas al establecimiento.*
- *La celebración de espectáculos y actividades extraordinarias y, en todo caso, los que requieran la instalación de escenarios y estructuras móviles.*



- *La celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas o deportivas que se desarrollen en más de un término municipal.*
- *La celebración de espectáculos y festejos taurinos.*
- *La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas cuya normativa específica exija la concesión de autorización.*

Estos procedimientos citados (la comunicación previa y declaración responsable) son reforzados en Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. Así, el primer aspecto tiene como base el establecido en el artículo 28.7 de la Ley 39/2015 que dice que “los interesados se responsabilizarán de la veracidad de los documentos que se presenten”. Este aspecto es clave dado que aclara que la responsabilidad sobre la documentación presentada recae en el interesado (y no sobre la administración, que lo podrá comprobar en caso de duda o incidencias).

La Ley 39/2015 permite la presentación de documentación en persona, la distancia o por medios electrónicos a través de una ventanilla única para el acceso a actividades de servicios. La ventanilla única tiene como fin que los prestadores pueden realizar por vía electrónica y a distancia todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, además de facilitar información a los interesados.



## **6. ACTIVIDADES SOMETIDAS AL CONTROL MEDIOAMBIENTAL: LEY 21/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL**

Decíamos antes que la normativa autonómica permite como norma general que las actividades puedan iniciarse después de una simple comunicación previa a la autoridad municipal aunque existen matices importantes, en particular aquellas que están sometidas a controles previos adicionales. En los documentos normativos antes citados establecemos explícitamente que con la comunicación se hace constar el cumplimiento de toda la normativa en vigor, y analizaremos el control ambiental porque es el único de tipo global.

La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental es una norma que regula la tramitación ambiental de proyectos concretos, así como planes y programas establecidos por administraciones públicas y grandes empresas; en este caso nos interesa la evaluación de los proyectos, existiendo dos opciones, como son la evaluación ambiental ordinaria y la evaluación ambiental simplificada; el ámbito de aplicación de la Ley 21/2013 en cuanto a los proyectos está recogido en sus Anexos I (proyectos que deben realizarse la evaluación ambiental ordinaria) y Anexo II (evaluación ambiental simplificada), hay un listado muy amplio de proyectos afectados, siendo la diferencia entre los anexos la magnitud, por ejemplo están obligados a la evaluación ambiental ordinaria los parques eólicos de más de 30 MW, pero están sometidos a la evaluación ambiental simplificada todos los parques de potencia implantada de más de 100 kW (Blanco Silva et al, 2016).





La Ley 21/2013 unifica dos documentos previos como son el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, y a la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En cuanto al contenido y alcance la Ley 21/2013 apenas varía, siendo sus modificaciones procedimentales, que sí consigue hacer muy similares los procedimientos de evaluación de planes y programas con los de proyectos.

La evaluación ambiental de proyectos (sea estratégica o simplificada) siempre va a tener una misma secuencia, el promotor encarga a un proyectista titulado con competencias reconocidas por la normativa (normalmente ingeniero) la elaboración del proyecto técnico que define la actuación. Este proyecto que deberá incorporar un documento técnico llamado Estudio de Impacto Ambiental elaborado por técnico que describe los efectos de la nueva actividad sobre el medio ambiente, medidas para minimizarlo, propuesta de Plan de Vigilancia...

A continuación, la administración autonómica establece un periodo de consultas a los organismos afectados (organismo competente en aguas, patrimonio cultural, navegación aérea, dominio marítimo-terrestre si está en zona de costa...) y a las personas físicas o jurídicas interesadas, así como el trámite de información pública en el que los posibles afectados pueden hacer alegaciones, la administración analiza estas alegaciones y puede pedir que el promotor modifique este documento inicial. En el procedimiento simplificado no es necesario que el proyecto se someta a información

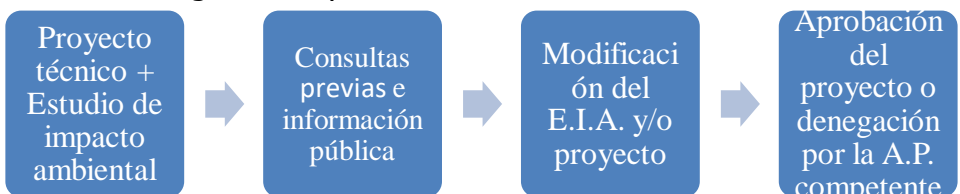
<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

pública (sólo consultas tanto a las personas interesadas como a los organismos que deban informar).

Finalmente se emite una resolución autorizando el nuevo proyecto o denegándolo, en el caso de autorizar el nuevo proyecto el documento final se denomina Declaración de Impacto Ambiental (procedimiento ordinario) o Informe de Impacto Ambiental (procedimiento simplificado), la emisión de este documento final (D.I.A. o I.I.A.) será anunciada en Boletín Oficial del Estado o en el diario correspondiente de la Comunidad Autónoma y contendrá la información del Estudio de Impacto Ambiental, la información de la tramitación administrativa y finalmente los criterios adicionales impuestos por la propia administración autonómica para garantizar que los efectos ambientales del proyecto son asumibles.

Una vez emitido el documento final el administrado tiene un plazo de cuatro años para iniciar la ejecución del proyecto (ampliable a seis años si se solicita antes de la finalización del plazo y la actuación no se ha podido iniciar), y en caso de no iniciarse en este plazo caducaría el mismo.

Figura 2: Procedimiento de aprobación de un proyecto ambiental según la Ley 21/2013



Fuente: Elaboración propia



En algunos casos las administraciones autonómicas establecen un trámite ambiental adicional, para proyectos de impacto ambiental medio que no están recogidos en el ámbito de aplicación de esta Ley 21/2013. En Galicia la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia recoge la relación de actividades no afectadas por la Ley 21/2013 (por ejemplo gasolineras) o aquellas por debajo del umbral que marcaba el Real Decreto Legislativo 1/2008 en vigor (por ejemplo el Real Decreto a la Ley 9/2013 incluye en su ámbito de aplicación aquellas instalaciones de combustión industrial entre 1 MW y 50 MW cuando el R.D.L. 1/2008 marcaba la obligación de superar la evaluación ambiental a partir de los 50 MW.

La autorización ambiental tiene como gran ventaja que se trata de un proceso que además de estudiar los propios efectos ambientales exige que el proyectista haga una relación de impactos que se provocan, y que se deben indicar las administraciones u organismos que deben emitir una autorización similar, así no sólo abarca el impacto ambiental sino también el planeamiento urbanístico o la afección al patrimonio cultural.

A su vez las comunidades autónomas pueden legislar adicionalmente incrementando los niveles de protección ambiental mediante la aprobación de leyes o decretos que regulan actividades menos agresivas que las reguladas por la Ley 21/2013 como pueden ser estaciones de servicio o combustión industrial menor a 1 MW.

En otros casos la actividad es de tipo administrativo, y no es necesaria el trámite ambiental, pero sí que el



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

titular figure en un registro de control para que la administración responsable tenga conocimiento y pueda realizar un control adicional al municipal, este sería por ejemplo:

- Instalaciones de generación eléctrica con energías renovables de pequeño tamaño como fotovoltaicas o minieólicas usadas en autoconsumo (que no precisan trámite ambiental).
- Instalaciones sanitarias (clínicas y hospitales privados, fisioterapia...).
- Instalaciones sanitarias de rayos X
- Instalaciones de producción de alimentos
- Agencias de viajes
- Actividades profesionales de colegiación obligatoria cuando se trata de profesiones reguladas como son la de abogado, ingeniero e ingenieros técnicos, arquitectos y aparejadores, médico, enfermero, técnicos en prevención de riesgos laborales... en el que cualquier persona que está ejerciendo profesionalmente se debe dar de alta en el correspondiente colegio profesional.

## **7. LA DECLARACIÓN RESPONSABLE COMO NORMA GENERAL EN LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL: APLICACIÓN DE LA LEY 21/1992 DE INDUSTRIA**

Las competencias en el sector industrial están repartidas entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma. La Constitución Española no recoge la actividad industrial en su contenido explícito, si no que ésta va incluida en la planificación de la actividad económica ya citada en el Artículo 149.1.13, además hay otros artículos de la Constitución que



contienen de forma transversal a actividad industrial como la defensa de consumidores y usuarios (Artículo 51.1) o la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (Artículo 38), además del derecho y deber de conservar el medio ambiente en buenas condiciones (Artículo 45.2) que ya se citó antes. Adicionalmente, las Comunidades Autónomas, dentro de las competencias recogidas en los diferentes estatutos, desarrollarán de forma subsidiaria las competencias en materia de industria, en el caso de Galicia el artículo 30.2 del Estatuto de Autonomía de Galicia, sin perjuicio del que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear.

Así, las competencias se reparten de manera que el estado establecerá las bases de la planificación industrial a nivel estatal, siendo estas particularizadas por las propias Comunidades Autónomas. Además es competencia autonómica exclusiva el control de que las instalaciones cumplan la normativa en seguridad industrial, y además establecer requisitos adicionales a la normativa estatal. En desarrollo de este reparto de competencias, se aprobaron diferentes leyes y reales decretos.

Desde la aprobación de la Constitución (1978) y en particular desde la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (1986), era necesario aprobar una Ley que desarrollara las competencias en industria a nivel nacional, aclarando las competencias estatales y autonómicas, aunque no es hasta 1992 cuando se aprueba la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que va a ser la norma básica del sector en España, y que



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

en su desarrollo se aplicará otra normativa jurídica posterior como el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por lo que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial o el Real Decreto 559/2010, de 7 de mayo, por lo que se aprueba el Reglamento del Registro Integrado Industrial.

La principal novedad de esta Ley 21/1992 de Industria es su nuevo enfoque comunitario, basado en el progresivo relevo de la tradicional intervención estatal, sustituyendo la autorización explícita de inicio de actividad por una comunicación previa, declaración responsable o certificaciones que realizan los propios empresarios o entidades independientes (organismos certificadores), con la correspondiente supervisión a posteriori de sus actuaciones por los poderes públicos. Esto es aplicable para la iniciativa industrial, pero también para aquellas actuaciones en el campo de la seguridad industrial que realiza cualquier empresario, por ejemplo la puesta en funcionamiento potencia instalada o una nueva caldera. Podríamos considerar que este trámite es precursor de la Comunicación Previa que hoy conocemos, aunque se limitaría al ámbito industrial y para aquellas actividades sin riesgo importante.

Esta Ley 21/1992 reconoce la libertad de inicio para la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales como norma general para las actividades aunque se requerirá el cumplimiento de los requisitos cuando lo exige explícitamente una ley o un reglamento en vigor. Este aspecto formaría parte de la libre implantación de la actividad industrial cuando una



norma no obliga a una autorización explícita, esta misma tendencia aparece en los reglamentos derivados de la Ley 21/1992 de Industria para los registros (instaladores electricistas, calefacción, gas y petrolíferos, talleres mecánicos. ascensores...).

Un ejemplo de esto es la implantación de nuevas actividades profesionales. Hasta la Ley 17/2009 los reglamentos sectoriales (Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, Reglamento de Ascensores..) los registros exigían disponer de recursos humanos (profesionales cualificados), materiales mínimos (herramientas, equipos...) y de seguros de responsabilidad civil que se deben presentar ante un registro autonómico para el inicio de actividad, así el organismo autonómico debería analizar esta documentación y en el caso de cumplirse debería inscribir la actividad, siendo requisito imprescindible disponer de un número de registro para iniciar la misma (acto positivo de la administración). A partir de la Ley 17/2009 se permite de forma general el inicio de la actividad una vez realizada la comunicación previa ante lo correspondiente registro para el desarrollo de la actividad en toda España con duración indefinida, y no es necesario esperar a que el organismo autonómico tramitase la inscripción (es suficiente presentarla). Hoy en algunos casos la inscripción es un procedimiento automático en el que el administrado cumplimenta los datos y aporta la documentación específica mediante la correspondiente herramienta telemática, mientras que en otros existe un acto administrativo posterior (por ejemplo, emisión de un número de registro) pero la actividad ya se puede empezar una vez realizada la comunicación sin ser necesario esperar a la confirmación. El incumplimiento



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de los requisitos legales supondrá el cese de la actividad aunque deberá abrirse el expediente informativo correspondiente, y darle trámite de audiencia al afectado por lo que este no es inmediato.

#### - Industrias que requieren autorización administrativa previa

Cada vez son menores y limitadas a actividades muy sensibles (lo más clara las relacionadas con la tecnología termonuclear). A pesar de que la norma impone el libre inicio de la actividad como norma general, la administración podrá exigir excepcionalmente la existencia de una autorización previa cuando la normativa así lo especifique explícitamente, por ejemplo en las actividades estratégicas (infraestructuras de transporte y distribución eléctrica, redes de gas natural...), tecnologías peligrosas (por ejemplo la tecnología nuclear), recursos limitados (explotación de yacimientos geológicos, generación eléctrica...). Estas actividades precisan disponer de una autorización previa y la normativa recogerá las condiciones para otorgarlas, mientras que en el resto de los casos es suficiente una declaración responsable.

### **8. LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL EMPRESARIO Y LA ADMINISTRACIÓN: ALGUNAS LIMITACIONES DE LA COMUNICACIÓN PREVIA**

El problema más habitual es que la comunicación previa o la declaración responsable imputan al promotor la responsabilidad de conocer si su actuación (sea el inicio de la actividad o una modificación de la misma) cumple





íntegramente la normativa, que en muchos casos no es fácil de determinar e incluso puede tratarse de una actuación discrecional por la administración competente. De la información disponible en la red hemos detectado las siguientes incidencias que consideramos resaltables. Es importante indicar que la mayoría de las sentencias encontradas en el buscador jurídico C.E.N.D.O.J. se refieren a procedimientos de comunicación previa con implicaciones urbanísticas, bien por la realización de obras menores sin realizar dicha comunicación previa o debido a que existe la combinación de obras con la actividad empresarial y por encima de las obras. En este trabajo nos hemos centrado en las sentencias en las que el componente de actividad es el más importante. Sería imposible describir todas las situaciones que se producen, por lo que en grandes rasgos hemos modelizado en los siguientes puntos que se analizan a continuación.

### **8.1. Actuación de buena fe con incumplimiento de normativa**

La situación más común se produce cuando el empresario piensa que ha realizado la comunicación de forma correcta pero no alcanza la efectividad; en algunos casos la deficiencia se debe a un fallo del propio empresario y en otros a que su representante (gestoría, ingeniero proyectista, técnico...) no lo ha realizado correctamente pero le indica al titular que sí está realizada. Esto provoca un problema muy serio en la seguridad jurídica del empresario porque no es consciente de la deficiencia y ha actuado de buena fe, y además está totalmente indefenso ante cualquier sanción o actuación de la administración competente porque ésta no le realiza un requerimiento ni le



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

comunica que no está efectuada la comunicación, siendo probablemente el principal problema del procedimiento de declaración responsable.

Otro caso distinto se produce cuando realiza la comunicación de forma deficiente, y la administración competente (el Ayuntamiento) reclama la subsanación con un requerimiento, ya que al menos el empresario es consciente de la situación y de un posible funcionamiento irregular. Tal y como expresamos antes la comunicación previa tiene sentido en el caso de actividades que no tienen un impacto ambiental, acústico o industrial importante, pero en aquellas actividades "clasificadas" exigen de otra tramitación adicional, aunque el ayuntamiento debe comunicárselo al empresario.

Una incidencia repetida es aquella en la que el titular (empresario) considera que la actividad no exige tramites adicionales, y el empresario considera que está cumpliendo la normativa cuando en la práctica no es así. Un ejemplo de esta situación se produce en Salamanca (Castilla y León) en la apertura de la clínica Nepsa Rehabilitación Neurológica, que aparentemente es una actividad cuya única tramitación es la comunicación previa ante el ayuntamiento. Esta se produce el 6 de noviembre de 2017, siendo comunicada fehacientemente el inicio de actividad, y el Ayuntamiento de Salamanca le exige una serie de documentación adicional relación a las obras (proyecto básico), incidencia en la salubridad, incidencia en el medio ambiente y riesgos potenciales para las personas o bienes, así como las medidas correctoras propuestas,



planos de emplazamiento y otros documentos firmados por técnico competente. Después de este requerimiento el titular le ha ido entregando al Ayuntamiento la documentación pertinente en sucesivas entregas (es cierto que existen retrasos injustificados) pero el 30 de octubre de 2018 el titular realizar una última entrega que él considera definitiva. En su solicitud el titular solicitó formalmente que todas las notificaciones se hicieran por correo postal certificado, pero el Ayuntamiento ha realizado una comunicación por notificación electrónica que el titular no recibe; debido a que el titular no ha contestado esta comunicación (porque no la había recibido) el Ayuntamiento decidió el desistimiento y archivo del expediente el 9 de abril de 2019, y en el mes de mayo realiza una visita a la clínica comprobando que ésta seguía la actividad. Esto significaba que la clínica estaba realizando la actividad sin tener comunicación previa, por lo que el ayuntamiento le abre un expediente sancionador imponiéndole una multa de 2.002 €, además de la obligación de cierre inmediato del local. Esta actuación del Ayuntamiento fue denunciada ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Salamanca, Sección 1ª, que le dio la razón al titular de la clínica, anulando la resolución del Ayuntamiento, y obligándole a devolver la cantidad de 2.002 € (Resolución 226/2021).

Otra incidencia similar se produce en el Ayuntamiento de Astigarraga (Guipúzcoa) en el que existe una modificación de actividad gradual de una empresa, que obtiene licencia de actividad en el año 1968 para la fabricación de hormigón, y en el año 1988 inicia la venta de materiales y maquinaria de construcción, sin comunicar la modificación de la actividad; en 1991 obtiene una licencia de obras y en la solicitud de la



licencia el titular ya indica que está ejerciendo la nueva actividad de venta de materiales y maquinaria de construcción), sin exigir el ayuntamiento la licencia de actividad para la misma (que debería de haber exigido). En 2012 el Ayuntamiento deniega la legalización de la actividad después de presentar el correspondiente proyecto por considerar que esta actividad era incompatible urbanísticamente con el nuevo planeamiento urbanístico, hasta que en el año 2018 ordenan el cese de la actividad ejercida porque esta ha cambiado desde la inicial (fabricación de hormigón) a otra distinta (almacén y venta de materiales y maquinaria de construcción, mantenimiento y abastecimiento de gasóleo a pequeña escala) que además es incompatible con el planeamiento urbanístico. En el año 1991 se concedió una licencia de obras en la que el empresario declaraba que se estaba realizando una nueva actividad (venta de materiales de construcción), pero no fue comunicado formalmente con una solicitud de modificación de la licencia de actividad. Además de ser difícil establecer el límite entre algunas de las actividades realizadas (fabricación de hormigón con la venta de materiales de construcción) parece difícil justificar el cese completo de una actividad cuando hay indicios suficientes de que el Ayuntamiento era conecedor de la actividad que allí se estaba haciendo (en particular porque en 1991 el recurrente obtuvo una licencia de obras para modificar una actividad teóricamente inexistente). El problema que aparece es que el actual P.G.O.M considera que estas actividades son incompatibles con el uso del suelo, y tampoco puede aplicarse la condición de excepcionalidad (actividad en funcionamiento antes de aprobarse el P.G.O.M.) porque



carecía de comunicación previa; además también parece abusivo que el ayuntamiento decretó el cese total de toda actividad (incluso la venta de materiales de construcción que podría ser la continuación de la actividad de fabricación original) por incumplir la normativa urbanística de este momento. Finalmente el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó parcialmente la reclamación del demandante, y ordenó retrotraer la situación por considerar irregularidades en el cese de la actividad (Sentencia 162/2021 del T.S.J.P.V<sup>5</sup>).

## **8.2. Aclarar la responsabilidad del propietario y de la administración mientras se ha incumplido la normativa pero con eficacia de la comunicación previa**

Citamos en esta línea la sentencia 607/2021 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 3ª; en el año 2017 el Ayuntamiento de Madrid declaró la ineficacia de la declaración responsable de la comunicación de la modificación de actividad mediante la Resolución de la Gerente de la Agencia de Actividades por incumplir los recorridos de evacuación. En el año 2013 la empresa Inversiones Barajas S.L. realiza una comunicación responsable de una ampliación de una terraza de un bar (modificación de actividad autorizada previamente); el Ayuntamiento de Madrid tenía un plazo de un mes para realizar la inspección correspondiente que no cumplió

---

5 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativa. Sentencia 162/2021



(no hizo la inspección en ese mes)<sup>6</sup>, por lo que el titular consideraba que el silencio administrativo era suficiente para validar la comunicación. En 2015 el Ayuntamiento de Madrid ordena el cese inmediato de la ampliación y la vuelta a la situación inicial y esto es recurrido por la vía administrativa hasta que en 2017 la Gerente de Actividades emite la declaración definitiva de ineficacia, y el titular presenta la correspondiente demanda por la vía contencioso-administrativa alegando la indefensión. En primera instancia el juzgado de lo contencioso le dio la razón al Ayuntamiento, pero en segunda el T.S.J.M. le da la razón al denunciante. En la sentencia el T.S.J.M. establece que es decisivo que el Ayuntamiento de Madrid incumple la obligatoriedad de realizar una inspección durante el primer mes y que esto le permite al titular ejercer la actividad mientras que el Ayuntamiento no decreta el cese de la misma, pero el cese debe estar vinculado exclusivamente a un incumplimiento claro de la normativa, y no podrá ser sancionado mientras que no se establezca este, no obstante el T.S.J. de Madrid también aclara que mediante esta "prescripción" no se

---

6 La Disposición Adicional Novena de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid y el artículo 19.4 de la Ordenanza de Apertura de Actividades Económicas del Ayuntamiento de Madrid imponen al Ayuntamiento llevar a cabo una comprobación (material) de que las instalaciones se ajustan al proyecto presentado en el plazo máximo de un mes desde la comunicación al mismo de la finalización de las obras o de la finalización de las medidas correctoras o de la realización de la declaración responsable .



podrá nunca legalizar el funcionamiento de la terraza si se incumple la normativa.

### **8.3. Dudas del cumplimiento de la legalidad**

Otra situación similar se produce cuando el ayuntamiento competente tiene dudas si se cumple o no la legalidad, y si en ese caso debe declarar o no la ineficacia de la comunicación previa. La Sentencia 485/2021 del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Sala de lo Contencioso, analiza la demanda de Orange España S.A.U. al Ayuntamiento de AS Pontes de García Rodríguez (A Coruña) en el que este le niega de la entrada en funcionamiento de una antena de telefonía móvil. El 4 de febrero de 2019 Orange España hizo la Comunicación previa, y cinco meses después (10 de julio de 2019) el Ayuntamiento declaró la suspensión de la eficacia debido a que dudaba si se cumplía la normativa (Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones), estando pendiente del dictamen solicitado al Ministerio de Economía y Empresa; el Ayuntamiento decidió que mientras que el Ministerio no resolviese el expediente la antena no podría funcionar. Orange España ha optado por la vía judicial, y ganado tanto en la primera instancia (Juzgado de lo Contencioso de Ferrol) como al recurso presentado por el propio Ayuntamiento, en el T.S.X.G., que considera la validez de la comunicación previa, aunque condicionada siempre al cumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones, es decir que el Ayuntamiento no podrá declarar la ineficacia mientras que no fuese emitido el informe negativo por el Ministerio.

Otro problema es la difícil limitación entre las actividades que podemos considerar clasificadas (que exigen actos



positivos) de las generales se registra en el Ayuntamiento de San Cristóbal de la Laguna (Santa Cruz de Tenerife). En Canarias está en vigor *el Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa*, que distingue entre actividades clasificadas y las actividades comunes aunque evidentemente hay zonas grises entre ambas; este caso existe una importante zona difusa sobre la actividad de antenas de telefonía, que el ayuntamiento considera que sí es una actividad clasificada y que exige adicionalmente la presentación de otros documentos adicionales (y no es suficiente la presentación de la comunicación previa), aunque el promotor considera que sí es suficiente (Resolución 121/2014)<sup>7</sup>.

Otro caso en el que no es sencillo aclarar la situación de legalidad son las actividades complementarias a una principal, como es el caso de un taller educacional en Santa Eulalia des Riu (Illes Balears) que se desarrolla en una parcela de uso agrario. Los promotores de la actividad (International School Green Project S.L.) empezaron a impartir talleres educacionales para niños de 3 a 6 años, sin la comunicación previa, alegando que no existen cambios sustanciales en la actividad principal, pero el ayuntamiento consideraba que es necesaria dicha comunicación. El artículo 104.2 de la Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación,

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso, de 5 de junio de 2014 (Resolución 121/2014).





acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears la considera una infracción muy grave, pudiendo alcanzar la multa hasta 100.000 €. El empresario alega que no realizó la Comunicación Previa pero sí se realizó una comunicación del Plan de Autoprotección, por lo que en ningún caso se puede considerar que el empresario trató de evadir el cumplimiento de la ley, sino un simple matiz en la interpretación de la normativa, alegando que la actividad complementaria no tenía la entidad suficiente para ser considerada una variación esencial. Esto finalmente fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, que considera que el empresario tenía obligación de realizar esta comunicación aunque valora positivamente la comunicación del Plan de Autoprotección y que en ningún caso ha habido mala intención (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, Sala de lo Contencioso, de 8 de febrero de 2022. Resolución 92/2022).

Otra incidencia es el momento de aplicación de la normativa, con un ejemplo interesante en un parking en Madrid, de un edificio construido en 1930 y que constaba como aparcamiento privado en el propio ayuntamiento en 1975 pero que se ha ido convirtiendo en un parking público progresivamente. En el año 2017 el Ayuntamiento de Madrid decide ordenar el cese de la actividad porque considera que no ha existido comunicación previa de establecimiento público, y además cuenta con el problema añadido que no se puede cumplir el reglamento en vigor de los aparcamientos públicos por motivos estructurales (por ejemplo, en cuanto a la existencia de ventilación). Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia le dio la razón a los vecinos al considerar que la actividad de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

aparcamiento público estaba ya contemplada en la licencia urbanística original, ya que este concepto no existía en 1975 (Sentencia 311/2020<sup>8</sup>).

#### **8.4. Abuso por parte del empresario de la situación de provisionalidad**

Otro problema surge en la eficacia provisional de la comunicación previa que puede beneficiar al empresario, y de los actos de ésta derivados, como ha analizado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sección 2ª de Tarragona, en la Resolución 157/2018. En este caso de forma reiterada un empresario de Poboleda (Tarragona) realiza una comunicación de apertura de un local destinado a "venta y degustación de productos típicos y artesanías", que en la práctica era un bar con uso musical y nocturna, que además el propietario ha exprimido las fechas de comunicación para poder tenerlo abierto de forma irregular durante varios meses de verano, aprovechando que es complejo que el ayuntamiento decretara el cierre. El propietario realizó una comunicación responsable al ayuntamiento el 31 de julio de 2015, para la venta y degustación de productos típicos y artesanías, pero ha estado trabajando como un local nocturno con uso de la vía pública y ensuciando la calle durante varios meses (con las correspondientes denuncias de los vecinos), pero no es hasta el 5 de febrero de 2016 cuando el ayuntamiento ordena la medida cautelar de clausura de la actividad. El 19 de

---

8 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, de 29 de junio de 2020. Sentencia 311/2020



febrero de 2016 el promotor realiza una nueva comunicación previa (y reabre el establecimiento) comunicando que la actividad a realizar será la de bar; los vecinos se vuelven a quejar de que realiza una actividad con grandes ruidos, con ocupación de vía pública no concedida y similares, y que el propietario del establecimiento realiza una nueva comunicación al ayuntamiento solicitando licencia de mesas y sillas exteriores (que carecía); finalmente el ayuntamiento el 2 de agosto de 2016 decreta el cierre del local por existir ruidos excesivos.

El propietario del local presento un recurso ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Tarragona, en base a que no estaba regulado en el ayuntamiento la existencia de ruidos excesivos, a lo que el Tribunal Contencioso Administrativo desestimó. En este caso es importante poner que el propietario aunque no tenía razón ha estado estirando los plazos y trámites al máximo posible, y que siendo consciente que estaba incumpliendo la normativa ha podido tener el local abierto, aprovechándose de que la comunicación previa permite la actividad.

### **8.5. Falta de prescripción administrativa en caso de incumplimientos de normativa de licencia de actividad**

Un problema serio es la dejación de funciones inspectoras por parte de la administración competente, que genera una falta de seguridad jurídica que es bastante anómala en la jurisprudencia española, En esta línea es interesante analizar el caso del ARYAN GYM S.L. situado en Madrid. Este gimnasio inicia su actividad en 1989 obteniendo la licencia de actividad (regulado en su



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

momento por el R.A.M.I.N.P.), y en 1999 realiza una ampliación de las instalaciones (y de la actividad) incorporando una piscina, que según el propietario entrega documentación administrativa al ayuntamiento, éste le requiere la entrega de documentación complementaria y finalmente se subsana la documentación, no recibiendo requerimiento adicional ni emitiéndose la licencia de actividad correspondiente, por lo que dan por sentado que se cumple la normativa en sentido del silencio administrativo.

Veinte años después y tras una investigación de oficio del Ayuntamiento de Madrid éste decreta que la obra de ampliación no cumplía la normativa urbanística y que además no se ha realizado la comunicación previa de forma suficiente, y reconociendo que el propio Ayuntamiento no respondió en 1999 solicitando documentación adicional. En Resolución de 26 de mayo de 2021 el Ayuntamiento de Madrid revoca la licencia de actividad por existir incumplimientos en el uso de la piscina. La Resolución 699/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 2ª, reconoce la existencia de unos derechos por parte del titular de la actividad, pero aclara que “ni la tolerancia municipal, implican acto tácito de otorgamiento de licencia, conceptuándose la actividad ejercida sin licencia como clandestina e irregular que no legitima el transcurso del tiempo, pudiéndose acordar la paralización o cese de tal actividad por la autoridad municipal en cualquier momento”, alegando la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1.988 en esta misma línea. Esto tiene cierta lógica porque mediante este “silencio



administrativo” se podrían alcanzar una convalidación de un acto ilegal, pero al mismo tiempo se genera una situación muy compleja ya que existe la incompleta indefensión por parte del empresario, al que se le permite realizar la actividad de forma irregular durante años, y en un determinado momento se le impide seguir realizándola.

Esta incidencia sobre la falta de prescripción se produce en los casos en los que hay modificaciones sustanciales que no han sido comunicadas, bien de forma única o de forma adicional a la actividad principal. Este caso se produce en la empresa Analgón S.L. situada en el Ayuntamiento de Arganda del Rey (Madrid), que una vez obtenida la licencia de actividad según el R.A.M.I.N.P. en 1979 ha ido realizando sucesivas ampliaciones de la instalación de tipo urbanístico (nuevo almacén, entreplanta y vestuarios) y de la actividad (exposición y venta de productos de pinturas que inicialmente no hacía), que no fueron comunicadas explícitamente. El 19 de agosto de 2019 el titular realizó una declaración responsable de ampliación de la actividad, en la que además de ésta comunicaba la realización de obras ya realizadas como obra menor (recordemos que las obras menores pueden realizarse como una simple comunicación previa), y en Resolución de 24 de febrero de 2020 el Ayuntamiento de Arganda del Rey acordó la denegación de la solicitud de modificación de la licencia de actividad original, ordenando adicionalmente el cese de la actividad no amparada por la licencia exigida. Debido a que la actividad autorizada era simplemente la fábrica de pinturas ahora se ve impedida la ampliación de la actividad (es decir la exposición y venta de pinturas) pero por motivos urbanísticos, ya que no se había autorizado dicha ampliación de las instalaciones



previamente, y el Ayuntamiento consideró que ésta no podía realizarse por una simple comunicación previa no pudiéndose aplicar la excepcionalidad de la consolidación por funcionamiento previo al Plan General de Ordenación Municipal. Esta actuación fue recurrida posteriormente por la vía contencioso-administrativa, y en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 2ª, de 3 de diciembre de 2021. Resolución 700/2021, éste le da la razón al Ayuntamiento de Arganda del Rey, por tratar de legalizar una actuación urbanística mediante la licencia de actividad. Es importante citar que en esta Sentencia el T.S.J. de Madrid literalmente establece:

- Ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, tasas o impuestos, ni la tolerancia municipal, implican acto tácito de otorgamiento de licencia
- No existe prescripción adquisitiva de las licencias de actividad conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Otro ejemplo similar se produce en la sala de fiestas situada en la Calle Orense de Madrid, que tenía licencia de actividad concedida en 1988 por el antiguo R.A.M.I.N.P., que en 2015 realizó una comunicación previa de modificación de actividad no siendo atendida hasta 2018, cuando el Ayuntamiento de Madrid declaró la ineficacia de la misma porque este tipo de actividad que ocasiona contaminación acústica exige además el informe favorable del cumplimiento de normativa como actividad clasificada, es decir que no es suficiente la comunicación previa. En este caso el Tribunal Superior



de Justicia de Madrid reconoció explícitamente la pasividad del Ayuntamiento de Madrid, que ha tardado tres años en actuar, y que el funcionamiento en precario de la actividad tampoco es sancionable. El T.S.J. pone de manifiesto en la Resolución 591/2021<sup>9</sup> que transcurrido el plazo marcado desde la comunicación previa (dos meses en este caso) el promotor puede realizar la actividad, pero esto no implica que esta pueda legalizarse por el paso del tiempo, aunque no es responsabilidad del titular el funcionamiento irregular entre 2015 y 2018, cuando además el propio Ayuntamiento era conocedor de las denuncias de los vecinos.

## CONCLUSIONES

Finalizamos el presente artículo afirmando que la dinamización de la actividad empresarial va a ser difícilmente compatible con la seguridad jurídica de los empresarios a la hora de estas actividades industriales, por lo que proponemos las siguientes conclusiones:

**Primera:** La principal conclusión a la que hemos llegado es la incompatibilidad entre la agilización de la actividad económica y el control burocrático (o de otro tipo) de la misma, el realizar cualquier tipo de control ralentiza las actividades empresariales, y en el caso que estos se relajen se agilizan, lo cual da lugar a una interesante

---

9 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 2ª, de 25 de octubre de 2021. Resolución 591/2021



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

controversia entre las ventajas e inconvenientes de la declaración responsable y la autorización previa.

**Segunda:** Cuando la administración competente (en este caso el ayuntamiento) opta por la comunicación previa como forma de iniciar una actividad se agiliza la actividad económica, pero al mismo tiempo se relajan los controles de la actividad empresarial, porque la responsabilidad de cumplimiento de la normativa recae en su totalidad en manos del empresario. Aquí nos podemos encontrar una inmensa casuística, desde el desconocimiento de la necesidad de cumplir una norma al cumplimiento erróneo de la misma (cuando sabe que debe cumplirse), tanto en la fase de inicio de actividad como en el funcionamiento o en la realización de cambios en la misma (ampliaciones, modificaciones, cierre...).

En todos los casos decae la seguridad jurídica del promotor, ya que está indefenso ante cualquier incidencia grave o difícilmente subsanable, ya que no tiene ningún tipo de derecho a reclamar a la administración competente, y la reclamación a otros profesionales (por ejemplo, a ingenieros, arquitectos, directores de obra y proyectistas, gestores administrativos...) tiene un recorrido limitado a un error claro de éstos.

**Tercera:** Cuando la administración opta por un control muy estricto de la actividad empresarial antes de iniciarse éste desincentivará a los promotores, de forma que se frenará el inicio de la actividad o de posibles ampliaciones de ésta. Esto es lo que ocurría cuando





estaba en funcionamiento el R.A.M.I.N.P., ya que las trabas burocráticas para empezar actividades ralentiza este inicio e incluso aparece un componente de discrecionalidad por la administración competente (ayuntamiento).

**Cuarta:** Es realmente muy difícil encontrar una solución de compromiso entre ambas, en la que se pueda dar algún tipo de seguridad jurídica al promotor al mismo tiempo que se agilice la actividad industrial. Aparece como un objetivo a alcanzar definir una solución intermedia, que aprovechara las ventajas de la comunicación por el promotor sin decaer en la calidad del control, para esto se podría recurrir a entidades colaboradoras con la administración (organismos de control autorizado, colegios profesionales...) que tuvieran que emitir un acto vinculante en el momento de realizarse la comunicación, esto sería por ejemplo que cuando se da de alta una nueva instalación que precisa de un informe de inspección fuese necesario que un O.C.A. informase de que se han aportado los documentos de inspección, o que un colegio profesional diese fe que esta persona es técnico competente. Mediante estas dos opciones no garantizamos en absoluto que se cumple toda la normativa, pero sí dos criterios que son imprescindibles, y que sin ellos ni podría considerarse válido el procedimiento.

**Quinta:** Partiendo de las conclusiones citadas hasta el momento queda pendiente como futura línea de actuación encontrar una solución que consiga la seguridad jurídica del promotor y al mismo tiempo facilite la implantación de actividades. La opción más inmediata es mediante un proceso telemático que pueda controlar de forma activa que la documentación



presentada es real, y se corresponde a las necesidades del procedimiento. Para esto es necesario que la aplicación informática exija los documentos en particular, por ejemplo cuando pide una fotocopia de un DNI pueda verificar que se entrega al menos un documento PDF con una extensión hasta 1 MB; otro ejemplo sería que si pide un documento específico, como certificado de inspección emitido por un Organismo de Control Autorizado o proyecto redactado por ingeniero o arquitecto, el titular lo tiene que presentar cubriendo los datos mínimos. En el caso de un certificado de inspección tendría que indicar al menos el nombre del Organismo, resultado de la inspección, fecha de emisión del certificado... y en el caso de un proyecto técnico el autor, colegio profesional, fecha de firma... de forma que si no existe dicho documento (o el archivo que pretende presentar el titular no es tal) la herramienta pueda detectarlo e impedir la presentación; también es interesante que las herramientas exijan que los documentos PDF vengán firmados electrónicamente en estos casos (Certificado de Inspección, Proyecto...).

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

### **Bibliografía**

Ares Falcó, P., Escudero Villafáfila, R. & Hernández Herrera, D. (2011). Informe con respecto a la tasa municipal por aprovechamiento del dominio público impuesta a los operadores de telefonía móvil. Cuadernos de derecho local, (26), 208-212.



Aparicio Cabrera, A. (2013). Historia económica mundial 1870-1950. *Economía informa*, 382, 99-115.

Bauzá Martorell F.J. (2010). Declaración responsable y comunicación previa, consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Omnibus. *Diario La Ley* (7419), 1.

Baena Pinedo (2012). La persistencia del reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. *Revista de administración pública*, (189), 403-423.

Bel, G., & Costas, A. (2001). La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política. *Revista de Historia Industrial. Economía y Empresa*, (19-20), 105-132. *Valladolid*

Berberoff Ayuda, D. (2018) Comunicación previa, declaración responsable, urbanismo y seguridad jurídica. Disponible en <https://derecholocal.es/opinion/comunicacion-previa-declaracion-responsable-urbanismo-y-seguridad-juridica>

Blanco Silva, F., López Díaz, A. (2016). La Tramitación Ambiental De Nuevos Establecimientos En La Comunidad Autónoma Gallega Después De La Lei 9/2013 Do Emprendemento Y De La Ley 21/2013 De Evaluación Ambiental. *Revista Galega de Economía*, 25(3), 17-26.

Blanco Silva, F. ; López Díaz, A. & Baamonde Rial, A. (2021). Los fondos de recuperación del covid 19 de la unión europea: keynesianismo 4.0. *Apuntes de economía y sociedad*, 2(2), 28--36.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Bobbio, N. (1996). El futuro de la democracia. *Estudios Políticos*, 4(1).

Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de derecho mercantil*. Tecnos.

Bustelo, F. (1994). *Historia económica: introducción a la historia económica mundial: historia económica de España en los siglos XIX y XX*. Editorial Complutense.

VV.AA. (29 de septiembre de 2019). Lista corta. Los únicos 5 países comunistas que quedan en el mundo. Clarín. Disponible en [https://www.clarin.com/viste/ultimos-5-paises-comunistas-queadan-mundo\\_0\\_l2tKWQmI.html](https://www.clarin.com/viste/ultimos-5-paises-comunistas-queadan-mundo_0_l2tKWQmI.html)

Coscolluela Montaner, L. C. (2021). *Manual de derecho administrativo. Parte general*. Aranzadi/Civitas.

Fresneda Genovart, A. (2014). El actual régimen de intervención administrativa. Disponible en [https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/414/Fresneda,%20Adrian\\_Socias.pdf?sequence=1](https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/414/Fresneda,%20Adrian_Socias.pdf?sequence=1)

Gache, F. L., & Otero, D. (2010). Adam Smith: la mano invisible o la confianza. *Visión de futuro*, 14(2), 0-0. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/vf/v14n2/v14n2a03.pdf>

Gavieiro González, S. (2018). Análisis de la jurisprudencia sobre las comunicaciones previas y declaraciones responsables de actividades comerciales o de servicios. *Revista de administración pública*, (205), 195-219.



Jahan, S., Mahmud, A. S., & Papageorgiou, C. (2014). ¿Qué es la economía keynesiana. *Obtenido de Finanzas y Desarrollo del FMI: goo. gl/fcR3Bp*.

Jordán Rodríguez, M. (2007). Capítulo 15. La economía social y las políticas públicas en Galicia.. *La Economía Social en las Políticas Públicas en España*, 288.

Huerta Moreno, M. G. (2005). El neoliberalismo y la conformación del Estado subsidiario. *Política y cultura*, (24), 121-150.

Lazo Vitoria, X.. (2000). La normalización industrial. *Revista de administración pública*, (151), 548-551.

Majone, G. (1999). Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. *Revista do Serviço Público*, 50(1), 5-36.

Mayntiz, R. (2001). El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. *Reforma y democracia*, (21), 7-22.

Muñoz, O. (Ed.). (1993). *Hacia el Estado regulador*. Santiago: cieplan.

Ocampo, J. A. (1983). De Keynes al análisis post-keynesiano. Disponible en <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/1579>

Paramio, L. (2008). El regreso del Estado: entre el populismo y la regulación. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (42), 31-48.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Pascual, H. (1993). Reconversión y reindustrialización en España. Los nuevos dinamismos espaciales. *Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Vall*

Perdomo, J. V., & Betancur, C. M. M. (1997). *Derecho administrativo*. Temis.

Rodríguez Font, M. (2009). Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local. Disponible en [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/641/RODRIGUEZ\\_p261\\_300Ranuario2009\\_completo-6.pdf?sequence=1](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/641/RODRIGUEZ_p261_300Ranuario2009_completo-6.pdf?sequence=1)

Rodríguez, C., Watt, R.. (2003). El mercado español de carburantes: un análisis de oligopolio. *Economía industrial*, 353, 123-128.

Sornoza Parrales G. I., Parrales Poveda, M. L., Sornoza Parrales, D. R. & Guaranda Sornoza, V. F. (2018). Reforma económica China: de economía planificada a economía de mercado. *Revista Venezolana de Gerencia*, 23(83), 521-529. Disponible en Reforma económica China: de economía planificada a economía de mercado (redalyc.org)

Vargas Hernández, J. G. (2007). Liberalismo, neoliberalismo y postneoliberalismo.

### **Referencias legislativas**

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023>



Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.  
<https://www.boe.es/doue/2006/376/L00036-00068.pdf>

Constitución Española (1978). B.O.E. 311, de 29 diciembre de 1978.  
[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. B.O.E. 80, de 3 de abril de 1985.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con>

Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. B.O.E 176, de 23 de julio de 1992.

<https://www.boe.es/eli/es/l/1992/07/16/21/con>

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [Disposición derogada]. B.O.E. 285, de 27 de noviembre de 1992.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>

Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. B.O.E. 241, de 8 de octubre de 1998.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/1998/10/07/34/con>

Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. [Disposición derogada]. B.O.E. 264, de 4 de noviembre de 2003.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/03/32/con>

Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. B.O.E. 276, de 18 de noviembre de 2003.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/17/37/con>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. B.O.E. 276, de 18 de febrero de 2004.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/17/38/con>

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. [Disposición derogada]. B.O.E. 261, de 31 de octubre de 2007.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2007/10/30/30>

Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente [Disposición derogada]. B.O.E. 102, de 29 de abril de 2006.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2006/04/28/9>

Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. B.O.E. 275, de 16 de noviembre de 2007.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2007/11/15/34/con>

Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos [Disposición derogada]. B.O.E. 23, de 26 de enero de 2008. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2008/01/11/1>

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. B.O.E. 24 de diciembre de 2009.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2009/11/23/17/con>

Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre





acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. B.O.E. 308, 23 de diciembre de 2009. <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/12/22/25>

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. B.O.E. 79, de 1 de abril de 2010. <https://www.boe.es/eli/es/l/2010/03/31/7/con>

Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. B.O.E. 311, de 27 de diciembre de 2012. <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/12/26/12/con>

Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. B.O.E. 296, de 12 de diciembre de 2013. <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/09/21/con>

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. B.O.E. 236, 2 de octubre de 2015. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>

Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental de Galicia. B.O.E. 143, de 16 de junio de 1995. <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/1995/01/02/1>

Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid. B.O.E. 247, de 13 de octubre de 2012. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-15595>

Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades en las Illes Balears. 23 de enero de 2014.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-655>

Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. B.O.E. 25, de 23 de enero de 2014. <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2013/12/19/9/con>

Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. B.O.E. 292, de 7 de diciembre de 1961.

Decreto 442/1990, de 13 septiembre de Evaluación de impacto ambiental de aplicación en la Comunidad Autónoma de Galicia. B.O.E. 143, de 16 de junio de 1995. <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/1995/01/02/1>

Decreto 52/2012, de 7 de junio, por el que se establece la relación de actividades clasificadas y se determinan aquellas a las que resulta de aplicación el régimen de autorización administrativa previa B.O.I.C. 117, de 15 de junio de 2012.

<http://www.gobiernodecanarias.org/boc/2012/117/00.html>

### **Referencias jurisprudenciales**

Sentencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Tarragona, sección 2ª de 4 de septiembre de 2018, Resolución 157/2018



Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso, de 5 de junio de 2014. Resolución 121/2014

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 2ª de 3 de diciembre de 2021, Resolución 699/2021.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, Sala de lo Contencioso, de 8 de febrero de 2022. Resolución 92/2022.

Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1.988

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 2ª, de 3 de diciembre de 2021. Resolución 700/2021

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, sección 2ª, de 25 de octubre de 2021. Resolución 591/2021

Sentencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Salamanca, sección 1ª, Resolución 226/2021.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativa. Sentencia 162/2021

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 2ª, de 29 de junio de 2020. Sentencia 311/2020



## **PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. ALGUNAS REFLEXIONES A RAÍZ DEL CASO PUIGDEMONT**

**D<sup>a</sup>. Paula Arroyo Guillén**

Opositora a la Carrera Judicial y Fiscal

**Resumen:** La Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) fue un motivo de esperanza para la cooperación judicial internacional, ante la tradicional extradición. Pese a la excepcional oportunidad de crear un riguroso instrumento normativo que habilite un verdadero progreso, el avance quedó aletargado ante las puntuales, pero notables, deficiencias técnicas que presentó.

El estudio realizado a través del caso Puigdemont, elegido por su indudable actualidad, trasluce el perceptible desánimo de cooperación, en el ámbito penal, de los países de nuestro entorno, pese al espíritu colaborador surgido con la creación del llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Cabe destacar que estas consideraciones son realizadas mediante el



cotejo de la normativa internacional-penal española con la belga y alemana.

**Palabras clave:** Puigdemont, orden europea de detención y entrega, euroorden, principio de reconocimiento mutuo, principio de especialidad, doble tipificación.

**Abstract:** The European Arrest Warrant (EAW) was a reason for hope for international judicial cooperation in the face of traditional extradition. Despite the exceptional opportunity to create a rigorous normative instrument that would enable real progress to be made, the advancement was slowed down by the occasional, but notable, technical shortcomings it entered.

The study carried out through the Puigdemont's case, chosen for its undeniable topicality, reveals the noticeable discouragement of cooperation, in the criminal field, of the countries around us, despite the spirit of collaboration that arose with the creation of the so-called Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ). It should be noted that these considerations are made by comparing the Spanish international criminal law with the Belgian and the German law.

**Keywords:** Puigdemont, European Arrest Warrant, Principle of Mutual Recognition, Principle of Speciality, Double Criminality.



**Sumario:** I. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO. II. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. 1. Ámbito de aplicación. 1.1 Ámbito de aplicación material. 1.2 Ámbito de aplicación espacial. 1.3 Ámbito de aplicación temporal. 2. Principio de especialidad: posible enjuiciamiento por otras infracciones. 3. La denegación de ejecución de la euroorden. 3.1. La recíproca tipificación penal. 3.2 El principio de territorialidad. 3.3. El principio de non bis in ídem. 3.4. La problemática en relación a la sentencia dictada en rebeldía. La identidad constitucional y el contenido absoluto de los derechos fundamentales. III. REFLEXIONES EN TORNO AL CASO PUIGDEMONT. 1. La sistemática ausencia de cooperación belga. 1.1 La falta de una orden de detención nacional. El asunto Bob-Dogi. 1.2 Control de competencia: ¿existe tal facultad? 1.3 Posible vulneración de los derechos fundamentales. Especial referencia a Aranyosi y Căldăraru. 2. Dinamarca: la instrumentalización de la cooperación para el provecho propio. 3. La denegación del Tribunal Superior de Justicia de Schleswig-Holstein. 3.1 El control de la doble incriminación. El asunto Grunzda, deslocalización de los hechos y valoración de los elementos normativos. 3.2 Principio de especialidad. Vinculación de los hechos o de la calificación jurídica. 4. La congelación italiana desde Cerdeña. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. EL AMARGO SABOR DE LA INEFICACIA QUE DEJA EL CASO PUIGDEMONT. VI. BIBLIOGRAFÍA



## **I.INTRODUCCIÓN**

Con el propósito de generar en la Unión Europea un espacio de cooperación judicial, se creó la comúnmente conocida como euroorden. Nacida con el ánimo de ser la evolución de la tradicional extradición, cumplió las expectativas de agilizar los procedimientos, aunque dejando atrás la oportunidad de ser dotada del rigor jurídico tan necesario en un instrumento de tal calibre. Y es que, su importancia no se limita a las relaciones intracomunitarias, si no que afecta directamente a los derechos y garantías personales, reconocidos nacional e internacionalmente, del sujeto cuya detención se ordena.

El presente trabajo tiene como objetivos poner de manifiesto las posibles imprecisiones de la misma, pero también destacar sus aciertos, que no son pocos. Desde un estudio del nacimiento de tal mecanismo de cooperación procesal y de los principios de los que emana, pasaremos a desmembrar la columna vertebral de tal instrumento de cooperación, para terminar en los límites que ésta se autoimpone bajo las denominadas "causas de denegación".

La reflexión práctica de tal asunto se realiza a partir del Caso Puigdemont por su innegable actualidad. Es el que ha reabierto el debate público acerca de la realidad del espacio de libertad, seguridad y justicia e, incluso, el conocimiento generalizado de la existencia de tal instrumento. Desde el punto de vista jurídico, el estudio del mismo permite vislumbrar las fallas prácticas, pero, no solo desde el foco nacional sino



también desde el de los países de nuestro entorno, así como intuir su voluntad o desánimo de cooperar, o cuando menos, la desconfianza en los sistemas jurídicos de los otros Estados.

Quizás, lo determinante ha sido profundizar en el acervo jurídico español de tal materia y en las trasposiciones que los diferentes países dan a las Decisiones Marco relativas a la cooperación penal y los procedimientos de entrega en los Estados miembros (Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI, 2008/947/JAI y 2009/299/JAI) junto con la doctrina extranjera que reflexiona acerca de tales extremos. Precisamente, esta y las comunicaciones e informes del Consejo de la Unión, son las que con más clarividencia y lucidez abordan el tema, aportando una comprensión del fondo del asunto.

## **II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO**

La Unión Europea ya no es solo un espacio concebido como mercado común cuyo objetivo principal sea la cooperación económica. Así lo recuerda, convenientemente, RUIZ YAMUZA (2018, pág. 1063) “el art. 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala que la Unión constituye un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ) y diseña dos estrategias fundamentales de cooperación judicial: armonización legislativa y reconocimiento mutuo de resoluciones”. En concreto, el apartado 3 del citado artículo 67 señala que “La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el





racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”. Interesa destacar, por lo que al objeto de este trabajo se refiere, la importancia que tiene la cooperación penal y judicial en la consecución del citado ELSJ, siendo uno de los elementos fundamentales el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal. Precisamente con este objetivo, la UE ha ido elaborando en los últimos años diversas directivas en las que se regulan los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo, entre ellos, la orden europea de detención y entrega<sup>1</sup>, que en nuestro ordenamiento han sido traspuestos y recogidos, en distintas normas que, se unificaron en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE.

Así pues, como señala el art. 82.1 TFUE, “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las

---

<sup>1</sup> Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Su aprobación, como se desarrolla en el considerando 2 de la DM OEDE responde al programa de medidas destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal que figura en el punto 37 de las conclusiones del Consejo de Tampere y adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, menciona la cuestión de la ejecución mutua de las órdenes de detención.



sentencias y resoluciones judiciales". De ahí que, la base jurídica de la citada OEDE "se encuentre en el principio de reconocimiento mutuo, casi automático, de las resoluciones judiciales" (García Sánchez, 2007, pág. 321). En este mismo sentido apuntaba la exposición de motivos de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega "la aplicación del principio de reconocimiento mutuo determina que, recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno. De esta forma los motivos por los que la autoridad judicial puede negarse a la ejecución están tasados en el texto de la ley y su naturaleza permite una apreciación objetiva por parte de la autoridad judicial"<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> En la vigente ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE se señala en la exposición de motivos que "este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las



En definitiva, como afirma MIRANDA RODRIGUES (2006, pág. 31) "el núcleo esencial del reconocimiento mutuo reside en el hecho de que en el momento en el que una autoridad judicial competente adopta una decisión [...], esta decisión debe surtir efecto pleno y directo en el conjunto del territorio de la Unión".

El problema es que estos instrumentos de cooperación basados en el reconocimiento mutuo, como apunta RODRÍGUEZ YAGÜE (2018, pág. 90), "se construye(n) a su vez sobre el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos, esto es, en que están en condiciones de proporcionar a través de su sistema jurídico una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, de tal manera que puedan eliminarse, o en su caso reducirse o relajarse de manera relevante, las garantías exigidas entre los mismos de cara a formalizar su cooperación". Por ende no pueden obviarse los problemas que este sistema genera y que han sido puestos de manifiesto incluso desde las instituciones europeas, como el Consejo de la UE que señala que "la confianza mutua puede verse afectada por diferentes problemas -en particular de orden práctico o de naturaleza política-" y que estos problemas "se relacionan, entre otras cosas, con diferencias en la ejecución y aplicación del Derecho de la Unión, el Estado de Derecho y los ámbitos de especial sensibilidad con respecto a los derechos fundamentales, como las condiciones carcelarias y la duración de la prisión preventiva" por lo que "se requiere un esfuerzo continuo

---

autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro".



para estimular y potenciar esta confianza”<sup>3</sup>, de ahí que resulte lógico el escepticismo de muchos juristas a la implantación del concepto de reconocimiento mutuo, como acertadamente señala DE KERCHOVE (2006, pág. 22), puesto que se pretendía “trasladar al ámbito jurídico un concepto que ha sido eficaz en el ámbito económico”.

Rememoremos que el sistema de cooperación judicial que garantiza el reconocimiento mutuo se construye con normas nacionales dentro de cada Estado desde, no solo el mandato de las normas comunes de la UE, sino la propia pertenencia de las mismas al acervo jurídico interno. Así lo recuerda DE JORGE MESAS (2015, pág. 4) destacando “el efecto directo de las directivas una vez transcurrido el plazo de implementación sin haberse llevado a cabo su transposición, la doctrina de la interpretación conforme de las decisiones marco (doctrina Pupino)<sup>4</sup>, el efecto obligatorio de las decisiones marco y directivas o la sumisión al TJUE”.

---

<sup>3</sup> Cfr. Conclusiones del Consejo sobre reconocimiento mutuo en materia penal «Promover el reconocimiento mutuo fomentando la confianza mutua» (2018/C 449/02)

<sup>4</sup> En esta importante decisión se señaló que “el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b).” STJUE (Gran Sala, de 16 de junio de 2005, Asunto C-105/03, María Pupino (ECLI:EU:C:2005:386).



### **III. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA**

El art. 1.1 de la DM 2002/584/JAI viene a definir la orden europea de detención y entrega como aquella “resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativas de libertad”. Consecuentemente, existen “dos autoridades que intervienen en este procedimiento, de un lado, la autoridad judicial de emisión, que es el Juez que está conociendo de esta causa y, de otro, la autoridad judicial de ejecución” (Gimeno Sendra & Díaz Martínez, 2018, pág. 501).

#### **1. Ámbito de aplicación**

##### **1.1 Ámbito de aplicación material**

Como acertadamente PENÍN ALEGRE (2013, pág. 506) explica, la ODE tiene como objeto la detención y entrega de un sujeto incurso en un procedimiento penal, ya sea para:

- a. El enjuiciamiento del requerido

Es decir, destinada al ejercicio de acciones penales relacionadas con hechos para los que la ley del Estado emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses.

Según el Auto del Tribunal de Justicia en el asunto Openbaar Ministerie/A (ECLI:EU:C:2015:634) tal



condicionamiento ha de interpretarse “en el sentido de que se opone a que la entrega con fundamento en una orden de detención europea se someta en el Estado miembro de ejecución no solo a la condición de que el hecho por el que se ha emitido constituya un delito según el Derecho de ese Estado miembro, sino también a que sea punible según ese mismo Derecho con una pena privativa de libertad de una duración máxima no inferior a doce meses”.

Cabe recordar que la finalidad de la ODE no es trasladar al sospechoso de un delito como medida para la obtención de pruebas, pues para eso ya existe la Orden Europea de Investigación, sino al encausado o imputado.

b. O para el cumplimiento de la pena (ejecución)

Esto es, para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de al menos cuatro meses<sup>5</sup>, que haya sido emitida a raíz

---

<sup>5</sup> No obstante, las autoridades judiciales competentes habrán de calibrar si es una medida proporcionada solicitar una ODE para los casos en los que quede por cumplir una reducida parte de la pena. Asimismo, cuando el requerido resida en otro Estado miembro, se aconseja a las autoridades competentes del Estado de emisión que consideren la posibilidad de transmitir la pena ejecutoria al Estado miembro de residencia, en lugar de emitir una ODE, teniendo en cuenta los lazos sociales y la posibilidad de una mejor rehabilitación en dicho Estado miembro, así como otros requisitos de conformidad con la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de



del dictado de una sentencia judicial firme (asunto Bob-Dogi, ECLI:EU:C:2016:385).

Así, para la emisión de una ODE en España ha de existir un procedimiento penal abierto que esté dirigido contra el requerido a raíz de los motivos tasados con anterioridad<sup>6</sup>.

En cuanto a la ejecución de la misma por un Estado miembro, la DM OEDE no excepciona ningún delito de su ámbito de aplicación. No obstante, designó un sistema dual para la determinación del ámbito material, dependiendo de la exigibilidad de control de la doble tipificación, bajo ecuanímes exigencias de un mínimo punitivo o umbral de duración de la pena en el Estado de emisión.

En palabras de MARTINEZ MADERO (2006, pág. 99) "el legislador español optó por una lista de tipos penales en positivo<sup>7</sup>, renunciando a establecer un catálogo propio

---

noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (*Comunicación de la Comisión "Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas" [2017/C 335/01]*).

<sup>6</sup> Véanse tales motivos en la legislación española en la Ley 23/2014.

<sup>7</sup> Vide artículo 20. 1 de la Ley 23/2014, en el orden expuesto: pertenencia a una organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de menores y pornografía infantil, tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo de los productos del delito,



de excepciones o reservas en aras a la uniformidad, así como la rapidez en la aplicación de la DM". El problema

---

falsificación de moneda, delitos informáticos, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario y agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materias nucleares o radiactivas, tráfico de vehículos robados, violación, incendio provocado, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques y sabotaje, así como para los siguientes delitos, cuando la resolución objeto de reconocimiento imponga una sanción pecuniaria, según el orden establecido por el artículo 20.2 de la misma Ley: conducta contraria a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones a la legislación de conducción y de descanso y a las normas reguladoras de transporte de mercancías peligrosas, contrabando de mercancías, infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial, amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia durante los acontecimientos deportivos, vandalismo, robo y, por último, infracciones establecidas por el Estado de emisión en virtud de normas comunitarias.





principal es la aludida falta de concreción de determinados tipos penales<sup>8</sup>, aunque existen algunos de palmaria significación, como el homicidio voluntario (u homicidio doloso 138.1 CP) o lesiones (147 y ss. CP), hay otros de los que se ofrece una simple acepción genérica y se ha de precisar su alcance y significado, como puede ser “la corrupción”.

Así, en la legislación de nuestro país, según el vigente art. 47 de la Ley 23/2014, no será necesario un control de doble tipificación para los delitos tasados en el art. 20. 1 de la misma ley (*vide* nota al pie 7) castigados con pena privativa de libertad por una duración máxima de, al menos, tres años. Para el resto, será necesario que sea requerido en los términos establecidos anteriormente.

## 1. 2 **Ámbito de aplicación espacial**

Según el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, (COM/2020/270 final)* es evidente, dada su creación mediante un acto legislativo propio y exclusivo de la

---

<sup>8</sup> Cuestión muy criticada por GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (2006, pág. 5) cuando se opone al a la inexigibilidad de la doble incriminación por “la falsedad del presupuesto del que parte, que se expone de forma apodíctica, como si la lista incluyera descripciones claras de hechos universalmente penalizados, lo cual es del todo incierto, pues es manifiesta la defectuosa definición e inconcreción del significado de muchas de ellas, susceptibles de albergar conductas de lo más dispar (por ejemplo, corrupción o delito informático)”.



Unión Europea, que será aplicable para el territorio de la Unión, es decir, para los veintisiete Estados miembros incluidas Dinamarca e Irlanda<sup>9</sup>.

Aun así, recordemos que tales actos se pretenden desenvolver en el llamado *espacio judicial europeo* - actual ELSJ- que, como apunta GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2006, pág. 2), “a la espera, seguro inútil, de cristalización en un proyecto serio de una idea en tal sentido (es decir de, por ejemplo, una propuesta que supusiera atribuir a los jueces europeos jurisdicción en la totalidad del territorio de la Unión para restringir el poder de persecución penal de los Estados distintos al suyo), que permita vislumbrar un sincero interés de creación de un verdadero espacio judicial europeo en el orden penal, tal dimensión no es más que una metáfora, con vocación de convertirse en mito jurídico, expresiva de una ilusión europeísta de la jurisdicción, de contenido incierto y límites confusos”.

### 1. 3 Ámbito de aplicación temporal

Las disposiciones de la DM OEDE se aplicarán a solicitudes cursadas a partir del 1 de enero de 2014, salvo para Francia, Italia y Austria que limitaron su aplicación a una fecha de comisión de los hechos en aplicación del art. 32 DM OEDE (Penín Alegre, 2013, pág. 505). Otros países han utilizado este mismo instrumento

---

<sup>9</sup> Reino Unido no está sujeto a la Decisión Marco desde que finalizó el período de transición el 31 de diciembre de 2020.



para determinar fechas diferentes para la entrada en vigor.

## **2.Principio de especialidad: posible enjuiciamiento por otras infracciones**

El principio de especialidad implica que la persona entregada a causa de una orden de detención no puede ser procesada, condenada o privada de libertad de cualquier otra forma por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado esta (Castillejo Manzanares, 2003, pág. 12)<sup>10</sup>. De ahí que, como enuncia la STS 3138/2014 (ECLI:ES:TS:2014:3138), se considere que su naturaleza es doble<sup>11</sup> pues, por un lado, funciona como prerrogativa del Estado, en tanto en cuanto tiende a proteger la soberanía del Estado requerido<sup>12</sup> como, por otro, supone una garantía para el reclamado<sup>13</sup> pues “ambos resultarían perjudicados si, una vez efectuada la entrega, éste pudiera ser enjuiciado o condenado por

---

<sup>10</sup> En este mismo sentido, art. 27. 1 DM OEDE “la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega”.

<sup>11</sup> En este sentido, *vide* LÓPEZ ORTEGA (2007, pág. 301) así como la STJUE Leymann y Pustarov (ECLI:EU:C:2008:669).

<sup>12</sup> En este sentido, *vide* MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2019, pág. 25).

<sup>13</sup> En este sentido, *vide* PÉREZ CEBADERA (2008, pág. 58) así como BACHMAIER WINTER (2018, pág. 34)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

hechos distintos que no hubieran permitido la extradición<sup>14</sup>.

Ahora bien, esta exigencia puede ser prescindible y así lo será en los supuestos que recogen los apartados 1 y 3 del art. 27 DM OEDE (traspuestos a la legislación española en el art. 60 de la ley 23/2014) o para el caso de que se solicite una "ampliación de extradición".

Por ello, como recuerda PENÍN ALEGRE (2013, pág. 508), "es aconsejable que se efectúe la reclamación del sujeto por todos aquellos delitos que tuviera pendientes en el Estado de emisión. Lo que representa un problema en los países como España es que AJ de emisión no está centralizada". Además, carecería de fundamento tal principio si se permitiese la utilización fraudulenta de tal figura (Marcos Francisco, 2011) pues "no hay por qué excluir un pronunciamiento del Estado requerido para la persecución de esos otros delitos que pudieron haberse incluido en la petición extradicional y no lo fueron" (Cezón González, 2003, pág. 275).

### **3.La denegación de ejecución de la euroorden**

La euroorden no fue primigenia en materia de cooperación jurídica penal internacional, aunque es cierto que fue una novedad especialmente eficaz frente a su predecesora, la extradición. Así lo expone el considerando primero de la DM OEDE, cuando suprime el procedimiento formal de extradición, entre los Estados Miembros, "para las personas que eluden la justicia

---

<sup>14</sup> En este mismo sentido, STS 1705/2010 (ECLI:ES:TS:2010:1705)



después de haber sido condenadas por sentencia firme” para ser reemplazado, como se añadía en las Conclusiones adoptadas por la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el art 6 TUE, permitiendo “acelerar los procedimientos de extradición relativos a las personas sospechosas de haber cometido un delito”.

Como señala PENÍN ALEGRE (2013, págs. 504-505), el primer efecto práctico de la sustitución del sistema de extradición (es decir, de los diferentes convenios que regulaban el mismo y sus trasposiciones a la legislación interna de cada Estado) “es la simplificación del caos normativo que regulaba la extradición dentro de la UE. En él convergían distintos niveles jurídicos de regulación, superponiéndose progresivamente. Ninguno de ellos dejaba sin efecto al anterior, sino que venían a “complementarlo”. Esa búsqueda de celeridad procedimental ha dado lugar a que el art. 2.2 DM OEDE recoja supuestos en los que no será necesario el control de la doble tipificación<sup>15</sup> para que esta ya no pueda suponer un problema para el

---

<sup>15</sup> Como ya se anunciaba, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2006, pág. 3) ha sido duramente crítico con tal laxitud, por la colisión que produce con el principio de legalidad, fundamento del principio de doble incriminación. Desde la perspectiva totalmente opuesta, que entiende inconexos ambos principios, véase aquella formulada por MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2019, págs. 17-21), así como NIETO MARTÍN (2018, pág. 26) a raíz del análisis del asunto *Advocaten Voor Der Wereweld* (ECLI:EU:C:2007:261)



reconocimiento de resoluciones extranjeras (*vide infra* para el desarrollo de tales ideas, apartado 4. 1).

En el caso español, la Ley 23/2014 recoge las causas obligatorias y facultativas para denegar la entrega de una persona reclamada a través de una OEDE. Siguiendo a PÉREZ CEBADERA (2008, pág. 121), que establece una clara diferenciación atendiendo a si el objeto de la euroorden es reclamar a una persona para enjuiciarla o para ejecutar una sentencia condenatoria dictada en el Estado de emisión, esta sería la situación vigente:

	<b>CAUSAS DE DENEGACIÓN OBLIGATORIAS LOEDE</b>	<b>CAUSAS DE DENEGACIÓN FACULTATIVAS LOEDE</b>
<b>PARA ENJUICIAMIENTO</b>	Art. 32. 1, a): Cosa juzgada* Art. 32. 1, b): Prescripción del delito Art. 32. 1, c): Fallo de forma en la solicitud de reconocimiento Art. 32. 2 en relación con el 20. 4: Ausencia de doble incriminación Art. 48. 1, a): Indulto Art. 48. 1, b): Sobreseimiento libre en España	Art 48. 2, a): Litispendencia Art. 32. 3: Extensión de la jurisdicción española Art. 48. 2, c): Jurisdicción extraterritorial



	Art 48. 1, c): Sobreseimiento libre en otro Estado de la UE Art. 48. 1, d): Cosa juzgada en un tercer Estado <sup>16</sup> Art 48. 1, e): Edad Art. 48. 2, a): Litispendencia	
<b>PARA EJECUCIÓN DE UNA CONDENA</b>	Art. 32. 1, c): Fallo de forma en la solicitud de reconocimiento Art. 32. 1, d): Inmunidad Art 32. 2 en relación con el 20. 4: Ausencia de doble incriminación Art. 48. 2, b): Nacionalidad Art. 32. 1, b): Prescripción de la pena	

En cuanto a los motivos para la no ejecución facultativa, la autoridad judicial de ejecución solo puede alegar aquellos transpuestos a su legislación nacional. El Tribunal de Justicia ha aclarado que la lista de motivos es exhaustiva (en particular, en sus sentencias en el

<sup>16</sup> A sensu contrario CEDEÑO HERNÁN (2006, pág. 105) arguye que debe operar como causa de denegación facultativa pues "al margen de la Unión, no hay una norma general de *ius cogens* que imponga el reconocimiento de eficacia a resoluciones extranjeras y, en consecuencia, prohíba el doble enjuiciamiento o la doble sanción de un sujeto por los mismos hechos ante tribunales de distintos Estados".



asunto Wolzenburg (ECLI:EU:C:2009:616), asuntos acumulados Aranyosi y Căldăraru (ECLI:EU:C:2016:198), asunto Lanigan (ECLI:EU:C:2015:474) y, asunto Melloni (ECLI:EU:C:2013:107)).

### **3.1.La recíproca tipificación penal**

La doble incriminación ya no debería suponer un problema para la ejecución de una orden europea de detención y entrega (en lo que sigue, OEDE), a diferencia de lo que acontecía con la tradicional extradición. Esta idea, como adelantábamos, se pone de manifiesto en el artículo 2.2 DM OEDE cuando dispone que “darán lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, en las condiciones que establece la presente Decisión Marco y sin control de la doble tipificación de los hechos (...)”. En adelante, este principio se articula como un supuesto facultativo de denegación, como puede observarse tras lo dispuesto en el art. 4.1 en correlación con el art. 2.4 de la DM OEDE (traspuesto por la legislación española en sus arts. 48. 2 a) y 20. 3 y 4 de la Ley 23/2014): la autoridad judicial podrá denegar la entrega cuando “los hechos que motiven la orden de detención europea no fueren constitutivos de delito de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de ejecución”.

En este contexto, han surgido diferentes trabas a la efectividad de este instrumento que se han bifurcado en dos sentidos. Por un lado, en las dificultades que se presentan por la confusa lista de delitos del artículo 2. Por otro lado, por la conversión de dicha causa





facultativa en obligatoria por algunos EEMM como Alemania<sup>17</sup>.

En primer lugar, la falta de precisión jurídica de la lista ya expuesta con anterioridad<sup>18</sup> genera serios problemas para obtener verdaderamente una reducción efectiva en el campo de aplicación de la doble incriminación. Como apunta BARBE (2006, pág. 198) no es necesaria una referencia europea para todos los delitos, pues se habría convertido el control de la doble incriminación en una verificación de si el supuesto por el cual se dictaba una OEDE tenía cabida no en un texto nacional sino europeo.

La existencia de la OEDE debería animar a los EEMM a minimizar sus discordancias en sus textos legales para facilitar dicha verificación. En cambio, como demuestra la praxis, esto solo podría ser conseguido mediante la emisión de una directiva comunitaria en este sentido.

En segundo lugar, como acertadamente señala RUIZ YAMUZA (2018, pág. 1068), una de las principales contrariedades "surge por la transposición en muchos Estados miembros de un motivo de denegación

---

<sup>17</sup> Véase, la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal (IGR), la cual requiere en su art. 3.1 y 81.4 para la extradición, que el delito sea también un acto contrario a la ley alemana o, *mutatis mutandis*, que hecho ilícito pudiera constituir también un delito según la legislación alemana.

<sup>18</sup> *Vide ut supra*, apartado I: ámbito de aplicación.



originariamente facultativo como motivo obligatorio”<sup>19</sup>. Afortunadamente, este no es el caso español.

Nuestro Tribunal Constitucional incide en la existencia de ese margen de discrecionalidad expresado en la Decisión Marco y en la Ley 3/2003. En concreto, se ha expresado en la STC 191/2009 (ECLI:ES:TC:2009:191), a raíz del acuerdo de entrega a Francia de un ciudadano francés para cumplir una pena de 20 años de prisión por un delito de violación. El Alto Tribunal expone en la misma que de las causas de denegación facultativas “no se deriva para el órgano judicial una obligación legal de denegar la entrega cuya falta de aplicación pudiera suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, por el contrario, ello sólo abre la facultad, disponible por tanto para el Juez, de rechazar la solicitud del Estado requirente, derivándose del art. 24.1 CE únicamente un deber de aportar razones para la decisión que haya de tomar”.

En sentido contrario a esta tesis apunta GÓNZALEZ-CUÉLLAR (2006, pág. 1) que califica como chapucera la actuación del legislador. La utilización de la expresión “podrá denegar” en el apartado 2 del art. 12 de la Ley 3/2003<sup>20</sup> con relación a los motivos de no

---

<sup>19</sup> En concreto, según el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, son 16 los Estados miembros de la Unión que traspusieron el motivo de denegación opcional como obligatorio.

<sup>20</sup> Así, en la normativa vigente, el art. 48.2 a) de la Ley 23/2014.



ejecución facultativos, es buena muestra de la inadmisibile impericia técnica de los redactores de la normativa, que no cayeron en la cuenta de que la discrecionalidad se atribuye, en el texto europeo, a los Estados y carece de sentido referirla en la ley nacional a la autoridad judicial.

Se hace evidente que, por tanto, el control de la doble tipificación solo puede ser ejercido por el estado ejecutante de la OEDE para aquellos delitos no recogidos en el art. 2.2 DM OEDE, y este deberá realizarse desde una de las dos vertientes en que se bifurca el entendimiento de este principio (Quintero Olivares, 2006, pág. 225). O bien, formal, la cual implica la similitud de tipicidades entre el Estado emisor y el ejecutante, o bien material, que entraña la comprobación de que aquella infracción hubiera podido ser juzgada por los tribunales españoles en una situación fáctica similar a aquella en que se encuentra el Tribunal del Estado requirente. El tribunal atenderá a este último criterio, es decir, acordará la ejecución cuando el hecho motivo de la OEDE sea constitutivo de delito para la legislación del mismo<sup>21</sup>.

Siendo así, con carácter general, no presentará grandes problemas prácticos. Aunque, cabe preguntarse si el artículo 2.2 DM OEDE excluye toda posibilidad de control de la doble tipificación por parte del Juez del Estado de ejecución.

---

<sup>21</sup> Cuestión que será ampliada en adelante (*vide infra* apdo. IV. 3.1 "El control de la doble incriminación. El asunto Grunzda, deslocalización de los hechos y valoración de los elementos normativos).



### 3.2.El principio de territorialidad

Como explica GÓMEZ-RODULFO DE SOLÍS (2017, pág. 18), "la autoridad judicial española puede denegar la ejecución de una orden cuando la persona reclamada lo sea por hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio". En cierto modo, entendemos que el principio de territorialidad entraña un análisis de la doble tipificación en su plano material.

En esta línea, los artículos 32 y 48 de la Ley 23/2014 establecen dos causas de denegación de la entrega. Por un lado, el apartado 3 del art. 32 genera un problema, resumido con el aforismo latino *locus commissi delicti*<sup>22</sup>, pues para la legislación española la ejecución parcial en territorio español es equivalente a la plena ejecución en el mismo, pese a que los hechos más significativos de la infracción hayan podido darse en territorio extranacional (Quintero Olivares, 2006, pág. 236). Quizás, el ejemplo práctico más claro de la incongruencia de esta decisión del legislador español, viene a darse con la criminalidad organizada internacional. Carece por completo de sentido que los tribunales españoles pretendan enjuiciar un delito que ha sido cometido con mayor significación en otro Estado miembro.

Por otro lado, el apartado c) del art 48. 2 refiere aquellos tipos no perseguibles por el Estado español debido a que el ordenamiento nacional veta la posibilidad

---

<sup>22</sup> O lugar de comisión del delito



de persecución de los mismos cuando se hayan cometido en territorio fuera de la nación. La competencia extraterritorial de los tribunales españoles está regulada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>23</sup> y queda muy restringida, con la salvedad de la existencia del principio de jurisdicción universal, regulado en el art 23.4 de esta ley.

### **3.3.El principio de *non bis in ídem***

En términos generales, y sin perjuicio de posteriores matizaciones, este principio clásico del derecho penal y procesal penal comporta la necesidad de impedir que una persona sea sancionada o sometida a un proceso de naturaleza igualmente sancionadora en más de una ocasión y con base en unos mismos hechos y/o razones. Tradicionalmente este principio presenta su fundamento en dos aforismos latinos que representan sus dos facetas: la procesal, *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (nadie debe ser juzgado dos veces por un mismo hecho) y la material, *nemo debet bis puniri pro delicto* (nadie debe ser sancionado dos veces por un mismo delito).

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDF) declara, entre los derechos relacionados con la justicia, el principio "*non bis in ídem*" en su artículo 50, bajo la rúbrica "derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el

---

<sup>23</sup> Indica QUINTERO OLIVARES (2006) los defectos que impiden a los Tribunales españoles juzgar delitos cometidos fuera del territorio nacional, entre los que destaca no haber proclamado el principio de personalidad pasiva ni el principio de justicia supletoria.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

mismo delito” estableciendo que nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

Este derecho, con alcance transnacional, ha de ser interpretado, para entender su sentido, conforme a lo regulado entre los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, (en adelante, CAAS), pues es el propio TJUE en el asunto Spasic (ECLI:EU:C:2014:58), el que dictamina la compatibilidad de ambos preceptos. En concreto es el art. 54 del CAAS el que trata la aplicación del principio *non bis in ídem*:

*“Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”*

De la literalidad de esta norma ya se desprende la existencia de límites al *ne bis in ídem*, pues si bien éste opera en toda su extensión allí donde el acusado ha sido anteriormente absuelto, tratándose de sentencias condenatorias sólo entra en juego si se dan ciertas condiciones. Da en el clavo CEDEÑO HERNÁN (2006, pág. 88) cuando desvela lo que esto significa, y es que “si por cualquier circunstancia (*v. gr.* porque el condenado se haya sustraído a la acción de la Justicia)



no es posible ejecutar la sentencia condenatoria recaída en un Estado, cualquier otro Estado está en disposición de volver a enjuiciar esos mismos hechos”.

Pero ¿qué entendemos por “los mismos hechos”, es decir, *bis in ídem*, en aras del art. 54 del CAAS? Se han venido acogiendo dos opciones interpretativas: por un lado, la teoría naturalista entiende que “hecho” se refiere a suceso acaecido, no a su calificación jurídica; por otro lado, la teoría normativa arguye que, tal concepto, se trata de una expresión de contenido jurídico y que viene referido no al hecho natural histórico sino a su subsunción en un tipo penal.

Para algunos, entre los que destaca DE LA OLIVA (2008, pág. 171), tal locución, ha de considerarse “equivalente y superadora del concepto infracción, utilizado por la CDF” determinando intrascendente la calificación jurídico-penal de los hechos: “lo que importa es el *factum* y no un *crimen*”.

La doctrina del TJUE ha optado por una perspectiva que oscila entre ambas teorías. En concreto, el asunto Van Esbroeck (ECLI:EU:C:2006:165) limita tal expresión (los mismos hechos) a la “identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica<sup>24</sup> o del

---

<sup>24</sup> Es evidente, como propugnan CEDEÑO HERNÁN & AGUILERA MORALES (2008) que es impensable valorar tales criterios para apreciar tal identidad de hechos por las diferencias normativas entre Estados. Obviamente un cambio en la calificación jurídica de los mismos hechos no puede abrir las puertas a un nuevo enjuiciamiento. Si así fuera, quedaría



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

interés jurídico protegido<sup>25</sup>". Para ello, de conformidad con los asuntos Gasparini y otros (ECLI:EU:C:2006:610), los tribunales nacionales competentes deben determinar si los hechos materiales de ambos procedimientos constituyen un conjunto de hechos indisolublemente ligados en el tiempo, en el espacio y por su objeto. Se deduce el especial énfasis dispuesto por el Tribunal en la existencia efectiva de relación material entre los hechos concernidos y no tanto en la existencia de una identidad absoluta entre los hechos materiales. Lo confirma el asunto Van Straaten (ECLI:EU:C:2006:614), permitiendo que no sean "los mismos" los sujetos implicados para apreciar "los mismos hechos"<sup>26</sup>.

---

vacío el contenido del *ne bis in ídem* a nivel europeo porque las legislaciones penales de los Estados miembros no están unificadas. Este es el motivo de que el *ídem* se refiera a los mismos hechos materiales y no al mismo delito o calificación jurídica de los hechos.

<sup>25</sup> A sensu contrario, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional de la homogeneidad del bien jurídico, que pasó a impostarse en el art. 789.3 LECrim, implica que la sentencia no podrá condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad del bien jurídico protegido.

<sup>26</sup> Parte de la doctrina difiere de tal postura pues, salvo para casos excepcionales (hechos delictivos que no pueden ser cometidos por más de un sujeto y de aquellos otros hechos cuyos resultados dañosos no pueden atribuirse a una conducta delictiva), se viene a considerar a "el sujeto como elemento identificador del objeto del proceso y, por ende, de la condena", con lo que si los sujetos de los procesos o de las condenas no coinciden, ninguna vulneración del *ne bis in ídem* se habrá producido (Aguilera Morales, 2006, pág. 26).





Por tanto, como explica SANZ HERMIDA (2008) se otorga competencia a los órganos jurisdiccionales nacionales para que realicen “en cada asunto una consideración global de los comportamientos fácticos concretos que dieron lugar a actuaciones penales ante los órganos jurisdiccionales de los Estados implicados, de modo que solo podrá apreciarse la concurrencia de esa identidad objetiva si el órgano jurisdiccional del segundo procedimiento comprueba que los hechos materiales, en virtud de sus vínculos en el tiempo y espacio, así como por su objeto, forman un conjunto indisoluble”.

El asunto Kretzinger (ECLI:EU:C:2007:441), finalmente, brinda unos frutos que habían tratado de ser recogidos en numerosas cuestiones prejudiciales previas: la sentencia avala acudir a “la unidad de intencionalidad criminal como nexo de enlace que permite considerar los mismos hechos a distintos tramos de una compleja actividad delictiva de la misma naturaleza e imputable a la misma persona”. Sin embargo, este criterio no es la panacea, no basta por sí solo para apreciar tal identidad fáctica, como nos advierte posteriormente el Tribunal en el asunto Kraaijenbrink (ECLI:EU:C:2007:444): una relación subjetiva entre hechos que han dado lugar a actuaciones penales en dos Estados contratantes diferentes no implica necesariamente la existencia de una relación objetiva entre los hechos materiales en cuestión, los cuales, por consiguiente, podrían distinguirse desde el punto de vista temporal y espacial así como por su naturaleza (Sanz Hermida, 2008, pág. 131).

Por último, el art. 54 del CAAS condiciona tal prohibición a la existencia de “sentencia firme”. La



jurisprudencia iniciada a raíz del asunto Miraglia (ECLI:EU:C:2005:156) en el Tribunal de Estrasburgo exige un pronunciamiento de fondo en sentido amplio, comprensivo tanto de aquellos condenatorios como absolutorios, siempre que exista sentencia definitiva (firme). Aunque la interpretación teleológica ofrecida por el TJUE permite presumir que tales términos no deben interpretarse de forma literal sino que, por el contrario, hay que entender incluidas todo tipo de resoluciones que, aunque no adopten forma de sentencia, suponen un enjuiciamiento definitivo de los hechos pues la finalidad propia de la norma es evitar que una persona, al ejercer su derecho de libre circulación, sea enjuiciada varias veces por los mismos hechos ante diversos tribunales de la Unión. En definitiva, según la sentencia del TJUE que resuelve el asunto Mantello, el carácter “definitivo” (firme) de una sentencia se define con arreglo al Derecho del Estado miembro donde se ha dictado la misma. Por tanto, una resolución que, según el Derecho del Estado miembro que haya incoado diligencias penales contra una persona, no extingue definitivamente la acción pública en el ámbito nacional para determinados hechos, en principio, no puede constituir un impedimento procesal para que en otro Estado miembro de la Unión se inicien o prosigan diligencias penales por los mismos hechos respecto a dicha persona<sup>27</sup>. La Ley 23/2014 huye del término “sentencia firme” para utilizar la expresión

---

<sup>27</sup> Apartados 35 y 36 de la sentencia del TJUE a raíz del asunto Mantello (ECLI:EU:C:2010:683).



“juzgada definitivamente”<sup>28</sup> o “resolución definitiva”<sup>29</sup> cuyo contenido parece más amplio. Sin embargo, a raíz de la interpretación realizada por CEDEÑO HERNÁN (2006, pág. 96) acerca del sobreseimiento libre como causa de denegación de la OEDE, se desprende que las sentencias firmes son las únicas resoluciones válidas como causa de denegación obligatoria. El resto de resoluciones operarán como causa facultativa.

Quizás, como señala SANZ HERMIDA (2008, pág. 255), sea acuciante “la necesidad de una más concreta definición de los elementos que integran la prohibición del *bis in ídem*”.

A pesar de lo aducido, la prueba palmaria de que el *ne bis in ídem* dista mucho de ser tratado en el CAAS como un derecho fundamental es su art. 56, en tanto en cuanto se prevé la posibilidad de doble proceso y de doble condena. Se recoge así el conocido por la doctrina bajo el término “Anrechnungsprinzip”<sup>30</sup> (accounting

---

<sup>28</sup> Art 48. 1 d) Ley 23/2014 “Cuando la persona objeto de la orden europea de detención y entrega haya sido *juzgada definitivamente* por los mismos hechos (...)”

<sup>29</sup> Art. 48.1 b) Ley 23/2014 “Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea de detención y entrega haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una *resolución definitiva* por los mismos hechos (...)”

<sup>30</sup> Conclusiones del Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (ECLI:EU:C:2002:516 ) sobre los asuntos Gözütok y Brugge, dispone que en la sentencia Wilhem aun cuando se habla de aplicación del principio *ne bis in ídem bajo el principio Anrechnungsprinzip* (o principio de toma en consideración) *cuando se realiza una* exigencia general de equidad [...] requiriendo que se tenga en cuenta cualquier decisión



principio) o el denominado principio de “toma en consideración” que permite un nuevo enjuiciamiento o nueva sanción, pero impone la obligación de descontar su duración o *quantum* de la eventual sanción o pena que pudiera imponerse y que, junto al principio de agotamiento del procedimiento o de exclusión (“Erledigungsprinzip”), explica la eficacia del *ne bis in idem*.

En concreto, la aplicación de tal principio se bifurca en cuatro motivos de denegación de la ejecución de una OEDE:

- a. Cosa juzgada como motivo de denegación obligatoria: art. 32. 1, a) de la Ley 23/2014 (3.2 DM OEDE)

Mientras el art. 32. 1 a) de la Ley 23/2014 prevé la denegación de la euroorden cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución española se desprenda que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro distinto del Estado de emisión, el art. 3.2 DM dispone que la denegación provendrá del conocimiento por la autoridad de ejecución de que la persona reclamada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro.

La única interpretación lógica que explica la disidencia entre el precepto europeo y su trasposición es ofrecida por CEDEÑO HERNÁN (Cedeño Hernán, 2006) quien entiende que el “legislador español estaba pensando en

---

sancionadora anterior, al determinar la sanción que en su caso se impusiera”(apartado 11) en realidad se trata de otra cosa.



la posibilidad, nada descabellada, de que el Estado de emisión de la orden hubiera dictado sentencia de condena contra la persona reclamada y solicitase la entrega de esta, no para juzgarla de nuevo, si no para ejecutar la condena. (...). Sin embargo, tal posibilidad quedaba salvada en la DM OEDE por los condicionamientos<sup>31</sup> impuestos *in fine*". En realidad, el legislador no ha solucionado un problema que había pasado desapercibido en la DM OEDE, sino que, por el contrario, ha enturbiado la situación generando una nueva dificultad. Quizás, como señala PÉREZ CEBADERA (2008) `la expresión "juzgada definitivamente" debería haber sido sustituida por el concepto "sentencia firme".

b. Sobreseimiento libre: art. 48. 1, b de la Ley 23/2014 (4.3 DM OEDE)

El art. 12.2 c) de la LOEDE dispone que la autoridad judicial de ejecución española podrá denegar la ejecución de la orden europea "cuando se haya acordado el sobreseimiento libre en España por los mismos hechos". En este caso, no le ha bastado a la Ley española, en su trasposición, con copiar lo dispuesto en la DM OEDE cuyo art. 4.3 regula que se podrá denegar la OEDE "cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal o bien concluirla".

---

<sup>31</sup> *Vide*, art. 3.2 DM y art. 12.1 a) LOEDE "siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena".



Según BELLIDO PENADÉS (2008) del tenor del precepto de la DM OEDE se desprende que lo relevante para la denegación es que “en otro Estado miembro se haya dictado con anterioridad una resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales por ellos, con independencia de que mediante esa resolución se hubiera decidido no iniciar el proceso penal o poner fin al mismo una vez iniciado, lo que también puede suceder mediante mecanismos consensuales, en virtud del principio de oportunidad que rige en el ordenamiento procesal penal de algunos Estados Miembros”. Así las cosas, el evidente cambio terminológico entre la trasposición nacional y la norma europea, según CEDEÑO HERNÁN (2006, pág. 100), obedece a la expulsión en nuestro sistema procesal del llamado “principio de oportunidad”<sup>32</sup> a raíz de la vigencia y primacía del principio de legalidad a la vista del art. 25.1 CE.

No obstante, la configuración de este supuesto choca con la interpretación que ofrece el TJUE en el asunto Gözütok y Brugge sobre el art. 54 CAAS cuando concluye que también impedirá un segundo procedimiento el seguimiento previo de un proceso de extinción de la

---

<sup>32</sup> Cuestión que, presumiblemente, será modificada por la nueva LECrim. El texto presentado como anteproyecto recoge tal situación en el título XXV de la exposición de motivos bajo la rúbrica “mecanismos alternativos a la acción penal. Principio de oportunidad” ([https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20\(1\).pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20(1).pdf))



acción pública en el que el Ministerio Fiscal haya ordenado el archivo de un proceso penal.

En cualquier caso, las causas que dan lugar al sobreseimiento libre<sup>33</sup> son idénticas a los motivos que podría tener como fundamento una sentencia absolutoria. La diferencia radica en el momento del proceso en que se dictan, pero ambas tienen efectos de cosa juzgada material y, por tanto, capacidad para impedir un nuevo proceso. Y es que, como acertadamente arguye CEDEÑO HERNÁN (2006, págs. 101-102), "flaco favor se le hace al sujeto respecto del cual se ha dictado un auto de sobreseimiento libre con el loable fin de no prorrogar más allá de lo estrictamente necesario el proceso penal cuando no hay sólidos argumentos para defender que la acusación es insostenible", lo cual constituye la *ratio essendi* del sobreseimiento libre, "si en el futuro, el mismo sujeto podrá ser entregado, vía euroorden, para ser juzgado de nuevo por los mismos hechos"<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> (*vide* art. 637 LECrim): cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa, cuando el hecho no sea constitutivo de delito o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

<sup>34</sup> Conviene traer a colación las Conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer para los asuntos acumulados Gözück y Brügge. Entiende que la proscripción del *bis in idem* no solo nace de las sentencias firmes sino también de otras resoluciones. pues lo contrario sería un absurdo: "por ejemplo, una persona absuelta en sentencia firme por haber acreditado que no participó en los hechos delictivos no podría ser juzgada de nuevo en otro Estado Miembro, mientras que el encausado que, en fase de investigación, obtiene del juez de instrucción



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Siendo así, a la vista de lo expuesto, la inclusión del sobreseimiento libre como motivo de denegación facultativa constituye un craso error y, como aduce PÉREZ CEBADERA (2008, pág. 128) habrá que entender que esta causa es obligatoria salvo que se quiera quebrantar el principio *ne bis in ídem*.

- c. Sobreseimiento libre en otro Estado miembro de la Unión Europea: art. 48. 1, c) de la Ley 23/2014 (4.3 DM OEDE)

El segundo motivo de aparente denegación facultativa, relacionado con la prohibición del *bis in ídem* a nivel europeo, queda recogido de idéntica forma en el art. 12.2 d de la LOEDE y 4.3 *in fine* de la DM OEDE. La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la euroorden cuando sobre la persona reclamada "haya recaído en otro Estado miembro de la Unión Europea una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales".

- d. Cosa juzgada en tercer Estado: art. 48. 1, d) de la Ley 23/2014 (4.5 DM OEDE)

La entrega será denegada cuando la persona reclamada haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado de condena.

---

un auto de sobreseimiento libre por la misma razón, vería pender la espada de Damocles de un nuevo proceso".





Según PÉREZ CEBADERA (2008, pág. 131) la interpretación de tal precepto conjuntamente con el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>35</sup> deriva en que tal causa ha de ser entendida como de denegación preceptiva. En cambio, para otros como CEDEÑO HERNÁN (2006, pág. 105) es un motivo de denegación facultativa, pues "al margen de la Unión, no hay una norma general de *ius cogens* que imponga el reconocimiento de eficacia a las resoluciones extranjeras y, en consecuencia, prohíba el doble enjuiciamiento o la doble sanción de un sujeto por los mismos hechos ante tribunales de distintos estados"<sup>36</sup>.

En cualquier caso, ha de entenderse, cuanto menos discutible está división de la validez de los efectos de cosa juzgada de las resoluciones en función de la cualidad de socio o no de la Unión Europea del Estado del que emanen. Esta solo puede entenderse derivada (que no justificada) en virtud del fundamento<sup>37</sup> de

---

<sup>35</sup> "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país"

<sup>36</sup> Como seguidamente y de manera extremadamente oportuna señala (Cedeño Hernán, 2006), la ausencia de consagración del *non bis in ídem* en su dimensión internacional puede explicarse ante la falta del presupuesto básico necesario de todo sistema de reconocimiento de resoluciones extranjeras: la confianza mutua.

<sup>37</sup> En esta instancia no podemos tratar como fundamento el principio de confianza mutua, en virtud del cual cada Estado confía en el sistema de justicia de los otros, que además tienen un sustrato común basado en la democracia y en los principios rectores de un Estado de Derecho, pues solo es aplicable a



equivalencia en que se funda el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, que vendría a coincidir con el “principio del Estado de procedencia”, por el cual las autoridades de un Estado deben aceptar los resultados de la decisión de otro como equivalentes a las de sus propios órganos, incluso aunque no se trate de forma igual o similar la materia objeto del reconocimiento (de Hoyos Sancho, 2005, págs. 814-815).

Ha de advertirse que no todos los países han optado por seguir el modelo de la norma comunitaria y, en concreto, el art. 4.5 DM OEDE ha sido convertido en causa de denegación obligatoria por 13 legislaciones estatales, lo cual no hace sino contribuir una vez más a lo que la doctrina ha venido denominando “la geometría variable” del principio de reconocimiento mutuo dentro del espacio judicial europeo en materia penal (Jimeno Bulnes, 2008).

### **3.4. La problemática en relación a la sentencia dictada en rebeldía. La identidad constitucional y el contenido absoluto de los derechos fundamentales**

El derecho de una persona acusada de un delito a estar presente y comparecer en el juicio es uno de los principios básicos de todo sistema judicial penal. Queda incluido en el derecho a un proceso equitativo y las consecuentes garantías de defensa, establecidas en el artículo 6 CEDH, según lo interpreta el Tribunal Europeo

---

todos aquellos que han ratificado el CEDH (de Hoyos Sancho, 2005, pág. 815).



de Derechos Humanos. A tenor de lo dispuesto en la *Directiva 2016/343 de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio*, se configura el derecho a un juicio justo como uno de los principios básicos de una sociedad democrática y debe garantizarse en toda la Unión<sup>38</sup>. En este sentido se ha pronunciado el TEDH esgrimiendo que, conforme a este derecho fundamental, un justiciable puede exigir legítimamente ser “oído” y disfrutar, en particular, de la posibilidad de formular oralmente alegaciones en su defensa, de oír las declaraciones que lo incriminan, de interrogar y de contrainterrogar a los testigos (TEDH, sentencias de 23 de noviembre de 2006, *Jussila c. Finlandia* [ECLI:EU:C:2011:845]).

Sin embargo, como cualquier otro derecho fundamental, no tiene carácter absoluto<sup>39</sup>. En consecuencia, nada impide la celebración de juicios en ausencia, ni al propio particular renunciar por propia voluntad a las garantías de un proceso equitativo de manera expresa o tácita<sup>40</sup>. Sin embargo, la renuncia al

---

<sup>38</sup> Considerandos 33 y 34 de la Directiva 2016/343

<sup>39</sup> véase, en particular, la sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, apdos. 52 y 55.

<sup>40</sup> *Vide*, en este sentido, asunto *Melloni* cuando dispone que “el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. Más concretamente, no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando



derecho a participar en la vista debe constar de manera inequívoca y rodearse de un mínimo de garantías<sup>41</sup> conformes a su gravedad (STEDH, de 13 de marzo de 2018, Vilches Coronado y otros c. España).

La inexistencia de unos estándares comunes mínimos europeos, en este sentido, es una fuente de desconfianza entre los países miembros. Y no es para menos pues la propia Comisión Europea, en el *Informe de Impacto de 27 de noviembre de 2013*<sup>42</sup>, puso de relieve la existencia de no pocas deficiencias en la protección de tales derechos.

Antaño, la Decisión marco 2009/299/JAI modificó la DM OEDE tratando de establecer unos estándares mínimos comunes, suprimiendo el artículo 5, apartado 1, e insertando un nuevo artículo 4 bis sobre resoluciones dictadas en rebeldía. Estas normas refieren situaciones en las que una autoridad judicial de ejecución ha recibido

---

haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto”.

<sup>41</sup> Entre las que destacan, el derecho a ser informado de los cargos, la fecha del juicio, la asistencia de letrado (aunque haya incomparecencia personal) o que la ejecutabilidad de la condena dictada en rebeldía está sujeta a la posibilidad de un recurso posterior. Este último, como acertadamente señalan DEMETRIO CRESPO Y SANZ HERMIDA (2019, pág. 560), a raíz del Caso Colozza, permite la posibilidad de que el condenado pueda obtener de un tribunal que le haya oído una nueva determinación del fondo de la acusación.

<sup>42</sup><https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0478:FIN:EN:PDF>



una OEDE relativa a la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad derivada de ciertos procedimientos en el Estado miembro de emisión en el que la persona no estaba presente, concediendo a la autoridad judicial del Estado requerido la posibilidad de denegar la OEDE<sup>43</sup>. Pero, este condicionamiento para la ejecución de una OEDE al cumplimiento de determinadas garantías cuando se pretenda la entrega de una persona condenada en ausencia, incluido en nuestra legislación en el art. 49 de la Ley 23/2014, es poco esclarecedor frente al compromiso de los Estados miembros de respetar el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>44</sup>, por las vicisitudes legislativas de cada país ante la regulación, a partir de esos estándares, de los juicios en ausencia y por las diferentes dimensiones de los derechos fundamentales según la nación.

Así, algunos Tribunales constitucionales han abierto la veda a objeciones a la cooperación por haber superado, como ha sido denominado por la jurisprudencia, "el contenido absoluto" o la "identidad constitucional" de los derechos fundamentales<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Quizás, hubiese sido oportuno, para afianzar el carácter esencial de la garantía de estar presente en el juicio, como apunta VILLAMARÍN LÓPEZ (2017, pág. 30), haber establecido como punto de partida que los juicios en ausencia han de celebrarse de forma excepcional.

<sup>44</sup> Así apunta el considerando 12 del Preámbulo de la DM OEDE: "(...) la presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo (...)".

<sup>45</sup> A tal respecto, art. 1.3 DM OEDE, aclarando que la misma "no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de



(Demetrio Crespo & Sanz Hermida, 2019, pág. 568)<sup>46</sup>. A lo sumo, viene a establecerse por la doctrina de nuestro TC un deber de respeto diferente a los derechos fundamentales según se proyecten *ad intra* o *ad extra*. La STC 91/2000 (ECLI:ES:TC:2000:91) expone que mientras, en el plano interno, todas las características que la CE consagra para cada derecho vincula a los poderes públicos españoles, en la aplicación *ad extra* es más reducido, pues solo el núcleo irrenunciable de los derechos fundamentales, el contenido absoluto de los mismos<sup>47</sup>, puede alcanzar proyección universal pero no cada una de las configuraciones específicas que nuestra constitución les otorga<sup>48</sup>. Es por esto que los poderes

---

respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 TUE”.

<sup>46</sup> Expresiones acuñadas por los autores a raíz de la STS 91/2000 de 30 de marzo o, BverfG en la sentencia de 15 de diciembre de 2015.

<sup>47</sup> En concreto, la STC dispone que “Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la C.E. proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege”.

<sup>48</sup> Así, según la STC 91/2000, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, “no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo, las que pueden proyectarse en la valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros, determinando, en su caso, la inconstitucionalidad «indirecta» de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control”.



públicos nacionales pueden causar una violación indirecta de algunos derechos fundamentales si reconocen una resolución que pueda considerarse que no respeta el contenido absoluto del derecho<sup>49</sup>. Tal doctrina formulada a raíz de la extradición es también susceptible de aplicación al sistema de entrega en la Unión Europea según la SSTC 177/2006, de 5 de junio, o 199/2009, de 28 de septiembre.

La doctrina sentada a raíz del Caso Melloni difiere de tales consideraciones, pues asemeja los niveles de protección con indiferencia del ámbito en el que nos encontremos, entendiendo que el contenido esencial de los derechos fundamentales viene a ser establecido en los arts. 47 y 48.2 de la Carta de la UE. Es por esto que el TC aclaró su doctrina con la STC 26/2014 de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:2014:26), estableciendo, que el contenido absoluto<sup>50</sup> de los derechos fundamentales ha

---

<sup>49</sup> Así sintetiza CUERDA RIEZU (2003, pág. 28) el razonamiento del tribunal: “para apreciar una vulneración de un derecho fundamental previsto en nuestra Constitución, cometida por un poder público extranjero e indirectamente imputable a un poder público español, es necesario que exista una ilegalidad cualificada o, si se prefiere, una impugnación de un contenido reducido de nuestros derechos fundamentales, que conforma el denominador común en el ámbito internacional”. En este mismo sentido, se pronuncia el TEDH en el caso Soering (ECLI:CE:ECHR:1989:0707JUD001403888) cuando compele a los Estados partes a denegar la extradición de un individuo hasta asegurarse de que el país de destino no vulnera ninguna de las garantías previstas en el CEDH.

<sup>50</sup> Recordemos que, en la medida que el reconocimiento mutuo descansa en la confianza en que el sistema jurídico del resto de EEMM es respetuoso con el contenido absoluto de estos



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de ser determinado de conformidad con el art. 10.2 CE y el derecho de la Unión. Por tanto, la ejecución de una orden de detención no debe pender de la posibilidad de la revisión de la sentencia que condena al requerido en el estado de emisión si el interesado se encuentra en una de las cuatro situaciones previstas en la DM OEDE.

Estas vicisitudes sobre los niveles de protección de los derechos fundamentales han sido también planteadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante, TCA) en la sentencia BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015- 2 BvR 2735/14 (ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr27351451) tomando en consideración el principio de culpabilidad individual (*individuelle Vorwerfbarkeit*), que forma parte de la "identidad constitucional"<sup>52</sup> del derecho a la

---

derechos, los tribunales deben interpretar la normativa exigiendo que el respeto sea efectivo. De este modo, aun partiendo de la confianza en el sistema judicial extranjero, la alegación de una concreta violación con visos de realidad podrá ser examinada por algunos tribunales en cuanto llamados a velar por la tutela judicial efectiva. Tal facultad es defendida por algunos autores, entre los que destacan VOGEL (2001, pág. 175), GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (2006, pág. 3) o PENÍN ALEGRE (2013, pág. 501).

<sup>51</sup> [http://www.bverfg.de/e/rs20151215\\_2bvr273514en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html)

<sup>52</sup> Considerado como un conjunto de derechos inalienables, inherentes a un derecho fundamental. Para el caso, el apdo. 53 de la sentencia viene a establecer que "el principio de culpabilidad individual se fundamenta en la garantía de la dignidad humana, formando parte de la identidad constitucional del mismo que no es alienable de acuerdo con el art. 79.3 de la Ley Fundamental".





dignidad de la persona del art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). Tal doctrina esgrime que la preminencia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea (*Anwendungsvorrang des Unionsrechts*<sup>53</sup>) frente al derecho nacional queda limitada por los principios constitucionales que quedan fuera del alcance de la integración europea (*Integrationfest*), lo cual no contradice la filosofía del asunto Melloni, en tanto en cuanto no exime a los tribunales nacionales de garantizar los derechos fundamentales que, en el contexto de la cooperación internacional<sup>54</sup>, vienen establecidos en la Ley de cooperación internacional en materia penal, entre las que se encuentra la dignidad humana. Como contemplan REINBACHER & WENDEL (2016, pág. 711), “el Tribunal Constitucional Federal alemán evita el conflicto, asumiendo el paralelismo sustancial entre los derechos fundamentales a nivel nacional y europeo”.

Todo ello se traduce en que, si no se cumplen los mínimos de protección establecidos en la Ley Fundamental, no deberá concederse la entrega solicitada y, en consecuencia, el Estado requerido deberá denegar el reconocimiento cuando en el Estado requirente no exista medio de revisión de la sentencia dictada en

---

<sup>53</sup> Lo cual significa, en el ordenamiento jurídico alemán que, dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por regla general, no se aplica el Derecho alemán, aunque este siga vigente y continúe aplicándose en los casos que no están dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

<sup>54</sup> Motivos 74 y 75 BvergG “el principio de confianza mutua se tambalea si hay indicios de que los requisitos indispensables para la protección de la dignidad humana no se cumplirían en el caso de una extradición”.



ausencia<sup>55</sup>. Esto debería encendernos las luces de alarma, como advierte el magistrado DA SILVA OCHOA (2018), pues supone que “el Tribunal Constitucional Alemán se reserva un control indirecto de la constitucionalidad de la normativa europea; sin advertir necesidad de elevar cuestión prejudicial alguna sobre la Decisión Marco”.

Sin embargo, la sentencia Aranyosi y Căldăraru, “sin mencionar la anterior resolución del TCA citada, trata de limitar su impacto y mantener la caja de Pandora al menos semicerrada” (Meyer, 2016, pág. 285) para así “dejar abierta la puerta a la posibilidad de cierto control por parte de los estados miembros, con el fin de evitar cualquier consecuencia perjudicial para el contenido absoluto de los derechos fundamentales” (Demetrio Crespo & Sanz Hermida, 2019, pág. 572).

El TJUE ha admitido que puedan limitarse los principios de reconocimiento y de confianza mutuos “en circunstancias excepcionales”<sup>56</sup> permitiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales abstenerse de aplicar la DM OEDE. En la presente, por ejemplo, estaba en

---

<sup>55</sup> Motivo 74 VbergfC “A este respecto, el tribunal que decide sobre la admisibilidad de la extradición tiene la obligación de investigar tanto la situación jurídica (del imputado), como la práctica jurídica del Estado miembro solicitante si la persona interesada ha presentado indicios suficientes que justifiquen dicha investigación. Si concluidas las investigaciones el tribunal tiene conocimiento de que el Estado requirente no cumple las normas establecidas en la Ley Fundamental, el tribunal no puede permitir la extradición”.

<sup>56</sup> *Vide*, en este sentido, el dictamen 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 191.



juego una posible infracción a la prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, establecida en el art. 4 de la Carta. El Tribunal luxemburgués deja claro, en palabras de LAENARTS (2017, pág. 834), “que la confianza recíproca no puede confundirse con «confianza ciega»<sup>57</sup>, sino que, por el contrario, debe ser «ganada» por el Estado miembro emisor a través del cumplimiento efectivo de los estándares de los derechos fundamentales de la UE, y esta garantía, en el marco de la OEDE, debe ser apreciada atendiendo al carácter absoluto y, en consecuencia, no sujeto a limitaciones, de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes<sup>58</sup>”. Por ello, la autoridad judicial de ejecución aplazará la decisión sobre la entrega del individuo requerido hasta cerciorarse de la inexistencia de riesgo<sup>59</sup> para los derechos fundamentales

---

<sup>57</sup> En este mismo sentido y para más abundancia véase VOGEL (2001, págs. 187-188).

<sup>58</sup> Tal derecho está garantizado de modo absoluto e ilimitable, por un lado, por ser indisoluble del respeto de la dignidad humana, recogido en el artículo 1 de la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333) y, por otro lado, por la estricta disposición como tal por el artículo 4 de la Carta. Además, el considerando décimo tercero de la DM OEDE prohíbe “la extradición” a un Estado en el que el requerido corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

<sup>59</sup> Párrafo 98 de la sentencia del asunto “Si, a la luz de la información facilitada con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco, y de cualquier otra información de la que disponga la autoridad judicial de ejecución, ésta constata que existe un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra un trato inhumano o



del mismo. Así, coloca al juez como un ente capaz conciliar los tres intereses fundamentales que están en juego en el marco de la cooperación judicial: las relaciones internacionales (salvaguarda de la soberanía), la eficacia de la cooperación (evitar la impunidad) y la tutela de los derechos fundamentales (Muñoz de Morales Romero, 2017).

Al fin y al cabo, las condiciones impuestas son meros requisitos procesales que ha de haber cumplido el Estado emisor conforme a su legislación nacional, impidiendo la denegación cuando el imputado “conociendo la fecha prevista del juicio, haya sido defendido en él por un letrado al que haya dado el correspondiente mandato, garantizando con ello que la asistencia letrada es real y efectiva. En este sentido será indiferente que el letrado haya sido escogido, nombrado y pagado por el imputado o haya sido designado y pagado por el Estado, dándose por supuesto que el imputado deberá haber optado deliberadamente porque (*sic.*) lo represente un letrado en lugar de comparecer personalmente en el juicio”<sup>60</sup>. Así, se disipan las dudas que puedan surgir sobre el respeto del Estado emisor al contenido esencial del derecho a un juicio justo. Una vez más, se vislumbra, como acertadamente concluyen SANZ HERMIDA y DEMETRIO CRESPO (2019, pág. 574), “el bache en que han caído la mayoría de los instrumentos de Derecho de la UE (como en la OEDE) se

---

degradante, como el mencionado en el apartado 94 de la presente sentencia, deberá aplazarse la ejecución de esa orden, pero no abandonarse” (*vide*, por analogía, la sentencia de 16 de julio de 2015, Lanigan).

<sup>60</sup> Considerando 10 DM 2009/299/JAI.



atribuye a la ausencia de un mecanismo que garantice la protección equivalente de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos”.

#### **IV. REFLEXIONES EN TORNO AL CASO PUIGDEMONT**

El 1-O de 2017 es conocido por ser el día en que se llevó a cabo el referéndum ilegal para decidir la secesión de Cataluña de la nación española. Días después, el Parlament inicia el proceso constituyente de la república catalana y emite una declaración unilateral de independencia. Es por esto que el senado aplica el, hasta ese momento, baldío art. 155 CE y el gobierno de Rajoy destituye a Puigdemont. La Fiscal General de Estado presenta querrela contra el mismo por los delitos de sedición y malversación y en un intento de ignorar el proceso penal para depurar sus responsabilidades por los hechos narrados, este comienza una huida hacia Bruselas acompañado del resto de consellers destituidos<sup>61</sup>. En este contexto, el magistrado del Tribunal Supremo, Pablo Llarena, emitía a las autoridades una OEDE solicitando la entrega de Carles Puigdemont para que fuese juzgado en España.

---

<sup>61</sup> Entre ellos; Antoni Comín, Clara Ponsatí, Lluís Puig y Meritxell Serret, así como Dolors Bassa y Joaquim Forn que retornarían para declarar en la Audiencia Nacional a raíz de la imputación del Govern.



## **1.La sistemática ausencia de cooperación belga**

### **1.1.La falta de una orden de detención nacional. El asunto Bob-Dogi**

La doctrina Bob-Dogi establece como condición de la validez de la OEDE la existencia de una orden de detención nacional. El incumplimiento de este requisito lleva aparejado como consecuencia, en principio, que la autoridad judicial de ejecución no dé curso a dicha orden de detención. En tal doctrina se ampara el fiscal belga para defender que “un auto de procesamiento<sup>62</sup> no tiene el valor de una orden de detención y, por tanto, no puede constituir una base válida para ejecutar una orden de detención europea”. Considera que es un simple “*acte d’accusation*” y no de la necesaria orden de detención nacional.

Asombrado ante tales conclusiones, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2018) manifiesta la evidencia: “¿un auto de prisión no es una resolución judicial restrictiva del derecho a la libertad? ¿Y el posterior auto de procesamiento que confirma la prisión tampoco es una resolución judicial equivalente a una orden de detención?”.

---

<sup>62</sup> De conformidad con lo dispuesto en el art. 384 LECrim, el auto de procesamiento constituye el acto formal que, por un lado, pone fin a la fase de instrucción y abre el juicio oral y, por otro, imputa al investigado (que torna en “procesado”) la comisión de unos hechos constitutivos de delito. En este mismo auto, se pueden adoptar o mantener las medidas cautelares personales tendentes al aseguramiento del procesado y, por ende, a la ulterior eficacia de la sentencia. Para más abundancia, MONTERO AROCA (2017, pág. 166).



Por otro lado, lo usual es que las objeciones de carácter formal se resuelvan por vía de consultas y subsanación previas entre órgano de ejecución y de emisión, con el fin de intentar rectificar un posible defecto de forma, por lo que resulta evidente que tal denegación no es más que un mecanismo de demora de la decisión sobre el fondo pues, el rechazo por motivos formales da lugar a la posibilidad de que el órgano de emisión remita una nueva OEDE corrigiendo el defecto formal acaecido (Bachmaier Winter, 2018, pág. 30). Parece indudable que tales actuaciones son contrarias a la voluntad de la creación de la euroorden para la consecución de una cooperación ágil. El propio GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2018) apunta en este mismo sentido: "inquietan los ecos de los, no tan lejanos, antecedentes de sistemática renuencia belga a la colaboración con la justicia española".

### **1.2. Control de competencia: ¿existe tal facultad?**

La DM OEDE no establece, en ningún punto, la posibilidad de que el requerido analice la competencia del emisor<sup>63</sup>, es más, en todo caso apunta en sentido totalmente opuesto<sup>64</sup>. Aun así, el tribunal neerlandófono

---

<sup>63</sup> FERNANDEZ LIESA (2019, pág. 145) llega a calificar tales hechos de ilícito internacional: "el ejercicio de una competencia cuando se carece de ella supone un hecho ilícito internacional, pues estaríamos ante el ejercicio de una competencia extraterritorial que invade aquellas exclusivas y excluyentes de España".

<sup>64</sup> En este sentido, considerandos 1.2, 8 y 9 de la DM OEDE, en cuanto disponen que "las decisiones relativas a la ejecución de la orden de detención europea deben estar sujetas a controles suficientes, lo que significa que la decisión de



se atribuye tal facultad basándose en distintos asuntos del TJUE<sup>65</sup>, demostrando “un profundo desconocimiento y una vaga intención de entendimiento de la doctrina emitida por el tribunal de Luxemburgo” (en palabras del juez Llarena), pues todas ellas abordan una cuestión común: si la fiscalía tiene la condición de “autoridad judicial emisora” conforme al artículo 6.1 de la Decisión Marco, lo cual no revela una facultad de control a la autoridad judicial de ejecución.

En cualquier caso, esta es una de las dudas elevadas por el magistrado Llarena en la cuestión prejudicial presentada a raíz del caso de los prófugos independentistas, aunque, como el mismo señala, aceptar tal posibilidad de control no solo sería paradójico sino incomprensible puesto que tal solución supondría que “un Estado (A) debería determinar si el órgano de otro Estado (B) es competente o no, si bien interpretando y aplicando el Derecho del Estado (B). Esta situación es incoherente e insostenible en el seno de la Unión: el Estado (A) debería interpretar y aplicar un Derecho -el del Estado (B)- cuando no lo ha elaborado ni tiene obligación de conocerlo. En suma, habría de interpretar un Derecho que le es ajeno”.

---

entregar a una persona buscada tendrá que tomarla una autoridad judicial del Estado miembro en el que ha sido detenida esta persona” mientras que “la función de las autoridades centrales en la ejecución de una orden de detención europea debe limitarse a un apoyo práctico y administrativo”.

<sup>65</sup> En concreto, a raíz de los asuntos Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg, Openbaar Ministerie (Fiscales de Lyon y de Tours), Openbaar Ministerie (Fiscalía de Suecia) y Openbaar Ministerie (Fiscal de Bruselas)





### **1.3. Posible vulneración de los derechos fundamentales. Especial referencia a Aranyosi y Căldăraru**

Recordemos que en el ámbito de la DM OEDE los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea, solo pudiendo negarse en los supuestos enumerados por la norma sin perjuicio de otras excepciones establecidas por el TJUE teniendo en cuenta el “deber de respeto de los derechos fundamentales y principios jurídicos consagrados en el art. 6 TUE”, a raíz del art. 3.4 DM OEDE.

Una de ellas es que existan elementos objetivos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor (asunto Melloni) respaldadas por “razones serias y fundadas” para pensar que puedan vulnerarse los derechos fundamentales de la persona reclamada por la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas<sup>66</sup> que afecten a ciertos centros de reclusión, generando, en definitiva, un riesgo real de trato inhumano o degradante. Sin embargo, para adoptar tan excepcional decisión, el órgano de ejecución

---

<sup>66</sup> Tal creencia, como establece la sentencia Aranyosi y Căldăraru derivará de “informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas” basándose en “elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados”.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

“deberá solicitar información complementaria a la autoridad judicial emisora”<sup>67</sup> (Aranyosi y Căldăraru).

En concreto, consideran que existe un riesgo grave, real, concreto e individual de violación del derecho fundamental a ser enjuiciado por un tribunal independiente e imparcial establecido por ley, idea que debe desecharse pues debe presuponerse que todo Estado perteneciente al ELSJ brindarán a sus ciudadanos las garantías debidas para preservar tal derecho aparte de que no existe motivo que dote de credibilidad a tales consideraciones.

De nuevo, resulta incuestionable la intención dilatoria belga, ya que el propio TJUE, en el asunto Dawid Piotrowsk (ECLI:EU:C:2018:27) recoge el carácter extraordinario o excepcional de la posibilidad de solicitar información complementaria conforme al art. 15.2 DM<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> En este mismo sentido, STEDH asunto Romeo Castaño c. Bélgica (párrafos 34 y 35): “la determinación de tal riesgo debe basarse en pruebas objetiva” añadiendo que los intereses afectados por la tramitación de una orden de detención europea deben llevar “a solicitar información complementaria” sobre los aspectos de los que puede depender la decisión.

<sup>68</sup> El apdo. 61 de la propia sentencia recoge que “esta posibilidad (de solicitar información complementaria) constituye el último recurso, aplicable únicamente a los supuestos excepcionales en que la autoridad judicial de ejecución estime que no dispone de todos los elementos formales necesarios para tomar con carácter de urgencia la decisión de entrega (...). La solicitud sistemática de información, tendente a una evaluación personalizada, privaría de todo efecto útil al objetivo de simplificar la entrega y garantizar su celeridad”.



No es la primera vez que se vislumbra esta tensión entre los juzgados belgas y los españoles. El mismo problema ocurría años atrás con el etarra Jáuregui, cuando los tribunales neerlandeses denegaban la entrega bajo el pretexto del riesgo de que pudiera sufrir tratos inhumanos en las prisiones española.

## **2.Dinamarca: la instrumentalización de la cooperación para el provecho propio**

Con motivo de la retirada de la euroorden en enero de 2018, Puigdemont, hábilmente, se desplazó a Dinamarca. Y no es en balde ese calificativo. En aquel momento, el Parlament se hallaba en proceso de elegir al nuevo Presidente de la Generalitat y para que el prófugo catalán pudiera ser designado como tal, necesitaba delegar su voto, lo que, según el criterio de los Letrados del Parlamento, no era posible mientras estuviera en libertad. Por tanto, si en Dinamarca hubiese sido detenido con base en una nueva OEDE, se encontraría precisamente privado de libertad, valiéndose de tal situación para poder ser investido Presidente.

Cuando se hubo realizado el desplazamiento a Dinamarca, la Fiscalía española solicitó al Magistrado Instructor la reactivación de la euroorden, que formuló su rechazo por dos cuestiones elementales<sup>69</sup>. Por un lado, debido a "las lógicas divergencias que, en delitos complejos, pueden existir entre los ordenamientos jurídicos de distintos Estados de la Unión" no solo propiciadas por la diferente opción legislativa de los parlamentos sino también por el hecho de estar en un

---

<sup>69</sup> En este sentido, ATS núm. 20907/2017, de 22 de enero de 2018.



momento inicial de la investigación, lo cual dificulta la prueba de determinados extremos fundamentales (como puede ser para la presente la violencia). Por otro lado, Larena considera que es el propio fugitivo el que busca su detención<sup>70</sup>, por los motivos políticos ya expuestos y es cierto, puesto que “llama la atención que quien se encuentra prófugo de la justicia tras su furtiva salida de nuestro país, desvele por adelantado su intención de trasladarse del lugar donde buscó su refugio inicial, y que proclame además el punto concreto donde estará presente”. Si hubiera emitido la OEDE, culminaría el fraude de ley, subvirtiendo la finalidad de “un instrumento procesal que está previsto para garantizar la observancia del ordenamiento jurídico” y consumando el pretendido ataque contra “el orden constitucional y el normal funcionamiento parlamentario”. Esta situación generó el consecuente rechazo a la emisión del Magistrado instructor, lo que fue objeto de crítica por quién quiso creer que existía motivación política<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> ATS 20907/2017 de 22 de enero de 2018: “la jactancia del investigado de ir a desplazarse a un concreto lugar, no tiene otra finalidad que buscar la detención”.

<sup>71</sup> En este sentido, EKAIZER dispone que “todas estas especulaciones de carácter político eran hasta ahora impensables en una resolución judicial. Y mucho menos en un auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.



### **3.La denegación del Tribunal Superior de Justicia de Schleswig-Holstein**

#### **3.1.El control de la doble incriminación. El asunto Grunzda, deslocalización de los hechos y valoración de los elementos normativos**

La rebelión se encuentra fuera del catálogo de 32 delitos a los que la DM OEDE permite desligar del control de la doble tipificación, recogiendo la posibilidad de supeditar o no la entrega a tal requisito<sup>72</sup>. Como explica BACHMAIER WINTER (2018, pág. 32), “la falta de doble tipificación no constituye conforme a la DM un motivo de denegación, sino que el derecho europeo deja margen a los Estados Miembros para que puedan controlar la doble tipificación”, es decir, es un motivo de denegación optativo que deja margen de actuación al juez del Estado requerido para decidir en cada caso. Sin embargo, la fórmula legal recogida en la trasposición alemana, bajo la Ley de la República Federal de Alemania de Cooperación Judicial Internacional en Causas Penales (en adelante, IRG), convierte, como muchos otros países, el motivo potestativo en obligatorio<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Art. 2.4 DM OEDE “La entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo”.

<sup>73</sup> Circunstancia que fue duramente criticada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE) en el informe de 28 de enero de 2014 con recomendaciones destinadas a la Comisión



Por ello, la jurisprudencia alemana perfila este control para apreciar la doble tipificación. No es suficiente que en ambos Estados (de emisión y de ejecución) existan normas penales semejantes o incluso iguales. Estos han de evaluar el supuesto de hecho que subyace en la OEDE a la luz del derecho penal alemán, determinando si también serían punibles en territorio germano<sup>74</sup>. El propio tribunal alemán es el que alude a tal necesidad en el presente auto de denegación bajo el término “análoga adaptación”. Siendo así, el OLG SH pasa a examinar si la conducta de Puigdemont sería típica en Alemania en el caso de que el jefe de Gobierno de un Land se hubiera comportado de la misma manera.

Es necesaria la existencia de la posibilidad de rechazo de una euroorden cuando los hechos por los que se solicita la cooperación no sean delictivos conforme al derecho del estado de ejecución<sup>75</sup>. El estado requerido debe tener la posibilidad de evaluar si la criminalización de una conducta sería compatible con su propio derecho

---

sobre la revisión de la orden de detención europea (2013/2109(INI)).

<sup>74</sup> Ello conlleva que, incluso aunque exista el mismo delito en el Código penal español y en el alemán, aunque se cumpla la doble tipificación en sentido abstracto, los tribunales alemanes entienden que ha de comprobarse si los hechos concretos serían perseguibles conforme a sus normas penales. Para ello proceden a realizar un análisis de los hechos, con el fin de comprobar si pueden subsumirse en los tipos previstos en su legislación nacional, y solo si existe antijuridicidad y culpabilidad, entonces entienden que se cumple el requisito de la doble incriminación (Bachmaier Winter, 2018, pág. 34).

<sup>75</sup> En este sentido, (2018, pág. 26).



penal fundamental o con los principios de derechos humanos, de acuerdo con el principio de orden público o “de las normas fundamentales” (*Grundlagenprinzip*). No es suficiente con una simple diferencia en la configuración penal de un delito, si no que es preciso que exista un “conflicto de valores” que genere un problema (Asp, Frände, & von Hirsch, 2006, pág. 515) y (Nieto Martín, 2006, pág. 4). “Un Estado no debería estar obligado a colaborar para ayudar a las políticas penales de otro Estado cuyos principios sean incompatibles con los fundamentos de su propio ordenamiento jurídico” (Asp, Frände, & von Hirsch, 2006, pág. 522)<sup>76</sup>.

Esta reflexión ha de ser apoyada por la comprensión del control de la doble incriminación conforme al contexto y los objetivos perseguidos por la norma comunitaria<sup>77</sup> y ratificada por el TJUE a raíz del asunto Grundza (ECLI:EU:C:2017:4). El tribunal advierte que “no se requiere una correspondencia exacta ni entre los elementos constitutivos de la infracción, según su calificación respectiva en el Derecho del Estado de emisión y del Estado de ejecución, ni en la denominación

---

<sup>76</sup> Este llamado principio de no importación reviste especial importancia en el marco de la cooperación en justicia penal pues, ante la inexistencia de un derecho penal europeo unificado existen, importantes diferencias entre los Estados miembros. Por ejemplo, supongamos que el derecho del Estado requirente, pongamos Suecia, permite la toma de muestras de ADN y su inclusión en el registro policial sin consentimiento del encausado, mientras que España, Estado ejecutante, requiere consentimiento del encausado o, en su defecto la pertinente resolución judicial que lo permita.

<sup>77</sup> Surgida tal obligación a raíz del asunto Lanigan, ratificado en Grundza y Vilkas (ECLI:EU:C:2017:39).



o la clasificación de la referida infracción según los Derechos nacionales respectivos”, simplemente “la autoridad competente del Estado de ejecución, a la hora de apreciar la doble tipificación, no debe comprobar si ha resultado lesionado el interés protegido por el Estado de emisión, sino que debe tratar de determinar si, en el supuesto de que la infracción en cuestión se hubiera cometido en el territorio del Estado miembro al que pertenece aquella autoridad, se habría considerado que un interés semejante, protegido por el Derecho nacional de ese Estado, ha resultado lesionado.”. Todo ello implica, en palabras del abogado general MICHAL BOBEK como resultado de las conclusiones sobre este asunto, que la correspondencia que se trata de hallar debe ser “diagonal” (los elementos fácticos esenciales del Estado de emisión se subsumen en el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución) y, no “horizontal” (en cuyo caso se buscaría una correspondencia entre las definiciones legales de una infracción en ambos Estados).

Siendo así, como acerbamente viene a indicar AMBOS (2018), parece claro que la admisibilidad de la extradición no depende de que los hechos aportados por España puedan subsumirse en un tipo penal asimilado a la rebelión, que para la presente sería alta traición. Más bien, cualquier responsabilidad penal (y calificación jurídica que estime su conducta penalmente punible) es suficiente. La asimilación con el delito de alta traición no ha de importar, como señala GIMBERNAT (2018), pues no afecta para nada a la obligación de la RFA de entregar a Puigdemont a España.

Aun así, parece del todo desacertado que la respuesta del tribunal alemán sea considerar incompatibles los





delitos de rebelión<sup>78</sup> y sedición<sup>79</sup> de los arts. 472 y 544 del Código Penal español (en lo que sigue, CP), con el delito de *Hochverrat* o alta traición del art. 81 del Código Penal alemán<sup>80</sup> (Strafgesetzbuch, en adelante, CPA). Para fundamentar por qué ese comportamiento de Puigdemont no sería punible en Alemania, el OLG SH acude a una sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal, en adelante: BGH) que se ocupa del caso *Schubart* o "Pista de despegue Oeste", que identifica como "no sólo comparable, sino en algunos detalles incluso el mismo".

La referencia al mismo trata analizar el término "violencia"<sup>81</sup> como elemento normativo, concluyendo

---

<sup>78</sup> "Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para declarar la independencia de una parte del territorio nacional".

<sup>79</sup> "Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales".

<sup>80</sup> "Se castiga con prisión permanente revisable al que con violencia o amenaza de violencia tratase de menoscabar la integridad de la RFA o de modificar el orden constitucional basado en la Ley Fundamental".

<sup>81</sup> Acertadamente señala MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2018, págs. 52-53) que el análisis del elemento normativo de valor "violencia" no supone una extralimitación del juez alemán, pues a esto mismo parece habilitar Grunzda y, asimismo ha venido a ser entendido por la Audiencia Nacional en el AAN nº 17/2016, de 7 de marzo, en la cual se analizaba el elemento "engaño bastante" para el delito de estafa, siendo



que solo será idónea cuando “la presión proveniente de la misma ha alcanzado tal grado que un Gobierno responsable se vea obligado a la capitulación ante los autores violentos, a fin de evitar daños de mucho peso para la comunidad o para ciudadanos individuales”. Por tanto, la conducta de Puigdemont no puede ser típica bajo el precepto de alta traición alemán debido a que no ha sido apto “para constreñir a los poderes públicos a plegarse a las exigencias del autor”. Pero, como señala GIMBERNAT (2018) “la interpretación restrictiva que hace la jurisprudencia alemana del término “violencia” contenido en el tipo de la alta traición no puede ser correcta, porque llevaría a la conclusión de que tal tipo penal no se podría aplicar nunca y, naturalmente, cuando el legislador crea un tipo, es porque tiene que existir la posibilidad de que en algún caso pueda entrar en juego. Y no se podría aplicar nunca, porque cuando la rebelión (alta traición) no triunfa (como en el 1-O) es porque el despliegue de esa violencia no era idóneo para

---

incluso tal extremo objeto de voto particular por el magistrado De Prada Solaesa. No obstante, matiza esta idea más adelante (2018, pág. 154) al considerar que Grundza obliga a filtrar los hechos por el Derecho interno del ejecutante de una forma abstracta prescindiendo de análisis minuciosos sobre elementos subjetivos, lo que no ha sucedido en este caso, por lo que, según esta autora: “puede decirse que el juez alemán ha enjuiciado al Sr. Puigdemont y lo ha declarado inocente de los cargos de rebelión. Solo le ha faltado examinar si actuó bajo los efectos del alcohol, extremo este último que no puede controlar porque la doble incriminación se ciñe solo a la antijuricidad”. Esta última idea es respaldada por GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (2018) o (2006, pág. 2) y NIETO MARTÍN (2018, pág. 27).



alcanzar sus resultados; y si triunfa (es decir: si Cataluña hubiera alcanzado la independencia), entonces sería soberana y tendría su propio Poder Judicial al que jamás se le ocurriría emitir una OEDE para perseguir a quienes entonces habrían pasado ya a ser sus gobernantes legítimos (entre ellos, Puigdemont)<sup>82</sup>.

Coincidimos con RIVERA (2019, pág. 31) en que “lo más grave de esta paradoja radica en el hecho de que, una vez fijada la discutible pero útil identidad entre los asuntos Puigdemont y Fráncfort, el Tribunal Regional omite que, en este último, recayó sentencia condenatoria del BGH por, entre otros, un delito de “ruptura de la paz pública”<sup>83</sup> (*Landfriedensbruch*) lo cual implica, como señala GIMBERNAT (2018) que si la conducta de Puigdemont era idéntica, “debería haber sido aprobada la ejecución ya concurriría el requisito de doble incriminación conforme a la teoría anteriormente expuesta”<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> En este mismo sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2018) al que le “resulta incomprensible que la peculiar aptitud de la violencia requerida por el delito de coacción a órgano constitucional haya de ser trasplantada al tipo de alta traición, pues ello conduce a la inaplicabilidad del mismo, dado que los golpistas victoriosos nunca se persiguen a sí mismos, sino a los perdedores”. A sensu contrario, GARCÍA (2018).

<sup>83</sup> “El que, como autor o partícipe, tome parte en acciones violentas contra personas o cosas que se cometan por las fuerzas concertadas de una multitud, poniendo en peligro la paz pública”

<sup>84</sup> Como propugna ARROYO ZAPATERO (2018, pág. 17) “la cooperación judicial internacional no puede consistir en la comprobación de una exacta concordancia de los hechos con el Derecho del Estado requerido y sus concretas figuras de



En este sentido, es especialmente interesante traer a colación las conclusiones del abogado general Szpunar en el asunto AY (ECLI:EU:C:2018:317) cuando subraya que los cimientos del sistema en el que se basa la ODE son la confianza y el reconocimiento mutuos entre los Estados miembros de emisión y de ejecución: "huelga decir que lo fundamental es, sobre todo, que el Estado miembro de ejecución confíe en la actuación del Estado miembro de emisión. Sin embargo, también el Estado miembro emisor debe confiar en la actuación del Estado miembro de ejecución cuando este último invoca algún motivo de denegación de la ejecución de una OEDE. Una vez que el Estado miembro emisor empieza a aplicar y a interpretar la legislación del Estado miembro de ejecución y trata de verificar si este último ha aplicado correctamente la ley, comienza a acercarse peligrosamente al punto de ruptura de esta confianza mutua".

Por otro lado, la solicitud de más información por los jueces alemanes es calificada por GIMBERNAT (2018) como una falta de respeto, incompatible con el "grado de confianza elevado entre Estados Miembros" que predica

---

delito. Ha de ser un juicio sobre la criminalidad abstracta de los hechos conforme al Derecho del país". Asimismo, FALKIEWICZ (2018, pág. 267), en cuanto señala que solo la interpretación in abstracto sería la correcta, puesto que "la interpretación *in concreto* obligaría al Estado de ejecución a realizar un análisis preciso de los hechos, lo cual se presenta imposible puesto que el procedimiento de entrega no es un procedimiento penal". En este mismo sentido, AMBOS (2018), KUBICIEL (2018) y RUIZ YAMUZA (2018, pág. 1083), entre otros.



la DM OEDE. Sin embargo, hemos de diferir de esta idea del jurista español y, como refresca AMBOS (2018), “el reconocimiento mutuo se basa en la confianza mutua, pero no en la confianza ciega”.

### **3.2.Principio de especialidad. Vinculación de los hechos o de la calificación jurídica**

La tesis de buscar otro delito que permita la entrega podría evitar la condena por rebelión de acuerdo con el principio de especialidad. Para ello habrá que atender a la vinculación que demos a este principio: normativa o fáctica. En el primer caso, el juez del Estado requirente (en este caso, España) quedaría vinculado por la calificación jurídica que hiciese de los hechos el juez del Estado ejecutante (en la presente, Alemania). En el segundo, bastaría con que la condena se basase en los mismos hechos que dieron lugar a la entrega<sup>85</sup>.

El TJUE ha interpretado de forma fáctica el principio de especialidad en el caso Artur Leymann y Aleksei Pustovarov (ECLI:EU:C:2008:669)<sup>86</sup> manifestando que

---

<sup>85</sup> En este sentido, AMBOS (2018) y MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2018, pág. 56).

<sup>86</sup> A sensu contrario LOPEZ ORTEGA (2007, pág. 303), que considera que la adopción de un criterio u otro dependerá de si el hecho es susceptible de examen de la doble tipificación. En casos como el presente (fuera de la lista de exentos de control de doble incriminación), el cambio de calificación debe exigir la autorización del Estado de ejecución mientras que la STJUE Artur Leymann y Aleksei Pustovarov se manifiesta contraria a tal idea, puesto que considera que “exigir el consentimiento del Estado miembro de ejecución para todo cambio en la descripción de los hechos iría más allá de lo que implica la norma de especialidad y sería contrario al objetivo



“para determinar si se trata de una “infracción distinta” de la que hubiere motivado la entrega o no, procede comprobar si los elementos constitutivos de la infracción, según la tipificación jurídica que se hace de ésta en el Estado miembro de emisión, son aquellos por los que la persona ha sido entregada y si existe una correspondencia suficiente entre los datos que figuran en la orden de detención y los mencionados en el acto de procedimiento posterior”. Pero, como en este caso se ha procedido a realizar una “deslocalización de los hechos”, de acuerdo con el asunto Grundza, para poder extraditar, no puede considerarse válido tal criterio<sup>87</sup>.

Además, si consideramos que el fundamento de este principio es evitar la indefensión del extraditado, no podemos plantearnos, si quiera, que este sea el caso de Puigdemont “pues conoce perfectamente el cargo que se le imputa, tanto que fue el que motivó su fuga del país”. Es más, “si los derechos del reclamado deben salvaguardarse, también es necesario impedir situaciones de privilegio o discriminación en el tratamiento de delitos por razón de la facilidad de la persona para salir del país de comisión (por ejemplo, respecto a los líderes catalanes que optaron por no huir)” (Muñoz de Morales Romero, 2018, pág. 57). Y es que, la

---

perseguido consistente en acelerar y simplificar la cooperación judicial entre los Estados miembros prevista en la Decisión marco”.

<sup>87</sup> Asimismo, MUÑOZ DE MORALES ROMERO (2018, pág. 58): “no podría entenderse vulnerada la especialidad por no imputar los delitos que según el ordenamiento del Estado de ejecución se entienden cometidos tras haber deslocalizado los hechos que fundamentan la entrega de la persona reclamada”.



cuestión del *forum shopping* en materia penal pudo suscitarse, en este caso, con la primera decisión del fugado de dirigirse precisamente a Bélgica, Estado cuya ejecutoria en materia de extradición podría alentar la expectativa de que no accedería fácilmente a entregar a Puigdemont a España (Ruiz Yamuza, 2018, pág. 1083).

Así las cosas, al concederse por Alemania la entrega solo por el delito de malversación se abre una alternativa: o juzgar a Puigdemont únicamente por este ilícito o retirar la OEDE.

#### **e. La congelación italiana desde Cerdeña**

El tribunal italiano de Sassari (Cerdeña) paralizaba el proceso de decisión de la entrega de Puigdemont a las autoridades españolas a la espera de la resolución por el TJUE de la cuestión prejudicial de Llarena y el recurso del prófugo acerca de la decisión de la retirada de inmunidad.

Solo es comprensible conclusión del tribunal italiano por la primera consideración. No puede ser del mismo modo con la segunda pues, aunque el juez concibe que "disfruta todavía de la inmunidad como eurodiputado, lo cual le permite viajar libremente para participar en reuniones derivadas de su cargo", tal cuestión resulta discutible por la desestimación de la inmunidad cautelar solicitada al TGUE, en ese momento (aunque, en mayo de 2022, tal auto fuese revocado por el TJUE debido a la reactivación de las euroórdenes).

En cualquier caso, es incomprensible que no se dictase medida cautelar alguna sobre el expresident. Por



la obligación que recaía sobre el Estado italiano de garantizar que se sigan dando las condiciones materiales necesarias para una entrega efectiva cuando haya dejado de disfrutar de un privilegio o inmunidad de este tipo, según el art. 20 DM.

### **V. A MODO DE CONCLUSIÓN. EL AMARGO SABOR DE LA INEFICACIA QUE DEJA EL CASO PUIGDEMONT**

Las numerosas críticas ofrecidas por los diferentes autores que aparecen en el presente trabajo quizás pueden resultar escuetas frente a la ineludible realidad a la que nos enfrentamos. El problema parte desde el propio ELSJ que, como apunta GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2006, pág. 2), “a la espera, seguro inútil, de cristalización en un proyecto serio de una idea en tal sentido, (...)”, tal dimensión no es más que una metáfora, con vocación de convertirse en mito jurídico, expresiva de una ilusión europeísta de la jurisdicción, de contenido incierto y límites confusos”.

Pese a enmarcarse en tal espacio que se presupone tendente a la ayuda mutua, el sistema de euroorden aparece como un mecanismo de cooperación ampliamente limitado. Desde “la falsedad del presupuesto del que parte” como esgrime GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (2006, pág. 5), excluyendo el control de la doble incriminación de una serie de delitos “como si la lista incluyera descripciones claras de hechos universalmente penalizados, lo cual es del todo incierto” que, para más inri, ni siquiera la es solventado por la ley española debido a que el legislador nacional traspuso literalmente la DM OEDE renunciando, como apunta





MARTINEZ MADERO (2006, pág. 99) "a establecer un catálogo propio de excepciones o reservas en aras a la uniformidad, así como la rapidez en la aplicación de la DM". Hasta imprecisiones de los motivos de denegación que, mientras RUIZ YAMUZA (2018, pág. 1068) considera derivadas de la conversión de motivos facultativos en obligatorios por gran parte de los EEMM, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (2006, pág. 6) comprende que la expresión "podrá denegar", en el texto europeo, atribuye poder discrecional a los Estados para que traspongan, por lo que carece de sentido referirla en la ley nacional a la autoridad judicial.

Las dificultades para su aplicación en un caso aparentemente claro, deja a entrever que la OEDE no es más que el conocido traje del emperador, que más allá de su deslumbrante aspecto no es más que un sueño que no parece que vaya a hacerse realidad y que es tal su fragilidad que puede llegar ser manipulada para subvertir su espíritu.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

Aguilera Morales, M. (2006). El ne bis in idem: un derecho fundamental en el ámbito. Revista Española de Derecho Europeo num. 20/2006.

Ambos, K. (18 de abril de 2018). Kann Puig-de-mont doch wegen Rebel-lion ver-ur-teilt werden?

Obtenido de Legal Tribute Online:  
<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/puigdemont-separatistenfuehrer-auslieferung-europaeischer-haftbefehl/>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Arroyo Zapatero, L. (2018). Rebelión y traición: los diablos familiares de Europa y la euroorden. Sedición. En L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, & M. Muñoz de Morales Romero, Cooperar y castigar: el caso Puidemont (págs. 13-21). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Asp, P., Frände, D., & von Hirsch, A. (2006). Double Criminality and Transnational Investigative Measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, vol. 11, 512-520. Obtenido de ZIS ONLINE: [https://www.zis-online.com/dat/artikel/2006\\_11\\_85.pdf](https://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_11_85.pdf)

Bachmaier Winter, L. (2018). Orden Europea de Detención y Entrega, doble incriminación y reconocimiento mutuo a la luz del caso Puigdemont. En L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, & M. Muñoz de Morales, Cooperar y castigar: el caso Puigdemont (págs. 29-41). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Barbe, E. (2006). El principio de doble incriminación. En A. Nieto Martín, & L. Arroyo Zapatero, La orden de detención y entrega europea (págs. 195-205). Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.

Bellido Penadés, R. (2008). Cooperación judicial penal y ne bis in idem (de la extradición a la orden europea de detención y entrega). En A. de la Oliva Santos, La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (págs. 257-274). Madrid: Constitución y Leyes, COLEX.



Castillejo Manzanares, R. (2003). El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 587, 1-13.

Cedeño Hernán, M. (2006). La Orden de Detención y Entrega Europea. Especial consideración del non bis in idem como motivo de denegación. En T. Armenta Deu, F. Gascón Inchausti, & M. Cedeño Hernán, *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro* (págs. 75-99). Madrid: Constitución y Leyes, COLEX.

Cedeño Hernán, M., & Aguilera Morales, M. (2008). El "principio" non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del TJUE. En A. De la Oliva Santos, *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión* (págs. 188-242). Madrid: Constitución y Leyes, S.A. (COLEX).

Cezón González, C. (2003). *Derecho Extradicional*. Dykinson.

Cuerda Riezu, A. (2003). De la extradición a la "Euro Orden" de detención y entrega. Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Da Silva Ochoa, J. (21 de Mayo de 2018). Hay Derecho. Obtenido de <https://www.hayderecho.com/2018/05/21/la-orden-europea-de-detencion-ya-no-es-lo-que-era/>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

de Hoyos Sancho, M. (2005). El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea ¿asimilación automática o corresponsabilidad? Revista de Derecho Comunitario Europeo núm. 22, 807-843.

De Jorge Mesas, L. F. (2015). La cooperación judicial penal en la Unión Europea: aproximación a una teoría general del reconocimiento mutuo. Revista Aranzadi Unión Europea núm. 4/2015.

de Kerchove, G. (2006). La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo. En L. Arroyo Zapatero, & A. Nieto Martín, La orden de detención y entrega europea (págs. 21-31). Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.

de la Oliva Santos, A. (2007). Derecho Procesal Penal. Editorial Universitaria Ramón Areces.

de la Oliva Santos, A. (2008). La regla non bis in idem en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas. En A. de la Oliva Santos, La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (págs. 167-186). Madrid: Constitución y Leyes, COLEX.

Demetrio Crespo, E., & Sanz Hermida, Á. (2019). Personal Participation in Criminal Proceedings. A comparative study of participatory Safeguards and in absentia trials in europe. En S. Quattrocchio, & R.



Stefano, Personal Participation Personal Participation (págs. 557-576). Serena Quattrococo, Stefano Ruggeri.

Falkiewicz, A. (2018). The Double Criminality Requirement in the Area of Freedom security and Justice – Reflections in Light of the European Court of Justice Judgment of 11 January 2017, C-289/15, Criminal Proceedings against Jozef Grundza. EuCLR European Criminal Law Review, 259-276. Obtenido de Nomos e-library: [https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-5505-2017-3-257.pdf?download\\_full\\_pdf=1](https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2193-5505-2017-3-257.pdf?download_full_pdf=1)

Fernández Liesa, C. (2019). El desafío soberanista y el derecho internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIX, 115-152.

García Sánchez, B. (2007). Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión Europea. Anuario de derecho penal y ciencias penales. (Tomo 60)., 315-378.

García, O. (26 de marzo de 2018). Puigdemont wird so bald nicht ausgeliefert. Obtenido de blog delegibus: <https://blog.delegibus.com/4595/puigdemont-wird-so-bald-nicht-ausgeliefert/>

Gimbernat Ordeig, E. (16 de abril de 2018). El Mundo Online. Obtenido de <https://www.elmundo.es/opinion/2018/04/16/5ad34048268e3ee23d8b45d9.html>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Gimeno Sendra, J. V., & Díaz Martínez, M. (2018). Manual de Derecho Procesal Penal. Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

Gómez-Rodulfo de Solís, Á. (6 de Abril de 2017). LA EJECUCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA. Obtenido de Congreso de los Diputados: [http://www.congreso.es/docu/docum/d docum/dosieres/sleg/legislatura\\_12/spl\\_14/pdfs/36.pdf](http://www.congreso.es/docu/docum/d docum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_14/pdfs/36.pdf)

González-Cuéllar Serrano, N. (2006). La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros. Diario La Ley. 6619, 1-5.

González-Cuellar Serrano, N. (23 de mayo de 2018). Euro(des)orden: dos bofetadas. La endeble estructura de la euroorden ha hecho fracasar el espacio europeo de justicia. Obtenido de El País Opinión: [https://elpais.com/elpais/2018/05/22/opinion/1527007552\\_826812.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/22/opinion/1527007552_826812.html)

Jimeno Bulnes, M. (2008). El principio non bis in idem en la orden de detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial. En A. de la Oliva Santos, La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (págs. 275-291). Madrid: Constitución y Leyes, COLEX.

Kubiciel, M. (4 de abril de 2018). Auslieferungshaftbefehl des OLG Schleswig, Eine Ehrenrettung der spanischen Justiz. Obtenido de Legal Tribute Online: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/puigdemont->



auslieferung-auflagen-spanien-katalonien-olg-schleswig/

Lenaerts, K. (2017). La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust. *Common Market Law Review*; 2017; Vol. 54; iss. 3, 805 - 840.

López Ortega, J. (2007). La protección de los derechos fundamentales de la persona reclamada en el sistema de entrega instaurado por la Orden Europea de Detención. En A. Nieto Martín, & L. Arroyo Zapatero, *La orden de detención y entrega europea* (págs. 293-354). Universidad de Castilla La Mancha.

Marcos Francisco, D. (2011). De la extradición a la Orden de Detención y Entrega; primer instrumento de cooperación judicial en materia penal en el ámbito de la Unión Europea. *Cuadernos De Derecho Público*, núm. 27, 163-194.

Meyer, F. (2016). Case Notes: From Solange II to Forever I. The German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and how the CJEU responded). *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 3., 277-294.

Miranda Rodrigues, A. (2006). La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II). En L. Arroyo Zapatero, & A. Nieto Martín, *La orden de detención y entrega europea* (págs. 31-39). Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Montero Aroca, J. (2017). En J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, & M. P. Calderón Cuadrado, *Derecho jurisdiccional*, vol. III (págs. 162-167). Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz de Morales Romero, M. (2017). "Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero". Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo. *InDret. Revista para el análisis del derecho*.

Muñoz de Morales Romero, M. (2018). Juicio normativo y doble incriminación en el caso Puigdemont. En L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, & M. Muñoz de Morales Romero, *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont* (págs. 41-65). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Muñoz de Morales Romero, M. (2018). Lluève sobre mojado: Puigdemont no será juzgado por rebelión. En L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, & M. Muñoz de Morales Romero, *Cooperar y castigar: el caso Puigdemont* (págs. 153-160). Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha.

Muñoz de Morales Romero, M. (2019). Doble incriminación a examen. Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*.

Nieto Martín, A. (2006). Principio de doble incriminación y lista de eurodelitos: la corrupción como ejemplo. *Publicaciones del Portal Iberoamericanos de las Ciencias Penales*, 1-12.





Nieto Martín, A. (2018). Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo. En L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín, & M. Muñoz de Morales Romero, Cooperar y castigar: el caso Puigdemont (págs. 21-29). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

Penín Alegre, C. (2006). Problemas ante la emisión de una orden europea. En J. D. Villarejo, Derecho y justicia penal en el siglo XXI : liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García (págs. 1081-1106). Madrid: Constitución y Leyes, COLEX.

Penín Alegre, C. (2013). La Orden de Detención Europea. En M. Carmona Ruano, I. González Vega, & M. Victor, Cooperación Judicial Penal en Europa (págs. 497-611). Madrid: Dykinson.

Pérez Cebadera, M.-Á. (2008). La nueva extradición europea : la orden de detención y entrega. Tirant lo Blanch.

Quintero Olivares, G. (2006). Lugar de comisión del delito. El principio de territorialidad. Estado miembro de ejecución y emisión. En L. Arroyo Zapatero, & A. Nieto Martín, La orden de detención y entrega europea (págs. 219-229). Castilla La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha.

Reinbacher, T., & Wendel, M. (2016). The Bundesverfassungsgericht's European Arrest Warrant II Decision. Maastrich Journal of European and comparative Law, 702-715.



Rivera Rodríguez, P. (2019). La influencia del caso Puigdemont en la cooperación judicial penal europea. Documentos de Trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, 1-53.

Ruiz Yamuza, F. G. (2018). La doble incriminación en el sistema de la Euroorden o de la necesidad de una exégesis realista del principio de reconocimiento mutuo. Apuntes en relación con el asunto Puigdemont. . Revista de Derecho Comunitario Europeo, 61, 1059-1090.

Sanz Hermida, Á. (2008). Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la Unión Europea. Revista Penal, n.º 21, 126-138.

Sanz Hermida, Á. (2008). Sobre la delimitación de "los mismos hechos" en la aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem. En A. de la Oliva, La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (págs. 243-255). Madrid: Constitución y leyes, COLEX.

Villamarín López, M. (2017). La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, número 3.

Vogel, J. (2001). ¿Supresión de la Extradición? Observaciones críticas en relación. Cuadernos de derecho judicial, núm. 7, 171-198.





## UNA VISIÓN ACTUAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

**D<sup>a</sup>. Margarita Ríos Mantecón**

Abogada

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto el estudio del delito de trata de seres humanos y su evolución en los últimos años, haciendo una especial referencia a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, delito del que son víctimas, en su mayoría, mujeres y niñas. Conocer la evolución del ordenamiento jurídico español y de los países de nuestro entorno, así como los protocolos de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, se configura como una herramienta útil para prevenir, detectar y perseguir el delito.

**Palabras clave:** Trata de seres humanos, explotación sexual, víctimas, legislación.

**Abstract:** The purpose of this work is to study the crime of trafficking in human beings and its evolution in recent years, making special reference to trafficking in human beings for the purpose of sexual exploitation, a crime of which women and girls are victims, the most part. Knowing the evolution of the spanish legal system and



of the countries around us, as well as the action protocols of the state security forces and bodies, is configured as a useful tool to prevent, detect and prosecute that crime.

**Key words:** Human trafficking, sexual exploitation, victims, legislation.

**Sumario:** 1.INTRODUCCIÓN: TRATA DE SERES HUMANOS, CONCEPTO Y CLASES.2. MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL. 5. PRINCIPALES PAÍSES EXPORTADORES: TURISMO SEXUAL. 6. ¿CÓMO SE DETECTAN LOS CASOS DE TRATA DE SERES HUMANOS? ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO. 7. MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS. 8. TRABAJO DE CAMPO: ENTREVISTAS. 8.1 BRIGADA DE EXTRANJERIA. POLICIA NACIONAL. 8.2 ASOCIACIÓN NUEVA VIDA. 9. CONCLUSIONES .10. RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS

## **1. INTRODUCCIÓN: TRATA DE SERES HUMANOS, CONCEPTO Y CLASES**

El concepto de trata de seres humanos o trata de personas es relativamente reciente, sin embargo, es un problema que ha existido y persistido a lo largo de los



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

tiempos debido a que los movimientos migratorios han sido recurrentes a lo largo de la historia.

El primer concepto internacionalmente reconocido se recogió en el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños en el año 2000.

Por "trata de personas" se entenderá la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, por medio de amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, de secuestro, de fraude, de engaño, de abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la de dar o recibir pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos forzados o servicios, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o remoción de órganos<sup>88</sup>.

Concepto que, como veremos, es acogido por la mayoría de los estados modernos, entre ellos el español y plasmado en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Considerada como una forma de esclavitud moderna, ESTEBAN PÉREZ ALONSO manifiesta en un artículo publicado el 2 de marzo de 2022 en la revista de Ciencia Penal y Criminología: *"La expresión formas contemporáneas de esclavitud es la fórmula que se ha convenido en utilizar para referirse a las situaciones de explotación extrema del ser humano que se están*

---

<sup>88</sup> Artículo 3.A del Protocolo de Palermo del año 2000.



*produciendo en la actualidad y que resultan equivalentes a la vieja esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado”.*

Según datos de organismos oficiales, es la tercera actividad ilegal más lucrativa en todo el mundo, solo por detrás del tráfico de drogas y de armas. A su vez dentro del delito de trata, la trata con fines de explotación sexual es la más frecuente, siendo objeto de ella, en su mayoría, mujeres y niñas.

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) ha documentado los casos de hasta 225.000 víctimas de trata de personas ocurridos entre 2003 y 2016. Se estima en 2,5 millones el número de personas víctimas de la trata. Sin embargo, se calcula que por cada víctima de trata de personas identificada existen 20 más sin identificar. Los últimos datos conocidos de 2018 hablan de 156.330 casos, en más de 189 países.<sup>89</sup>

Conviene distinguir el concepto de trata de personas de otros que, estando relacionados, no son exactamente lo mismo. En primer lugar, no es lo mismo trata de seres humanos que tráfico ilícito de personas. En nuestro ordenamiento este último delito se tipifica en el artículo 318 bis del Código Penal, mientras que, como veremos más adelante, la trata de seres humanos tiene su tipificación en el artículo 177 bis del mismo código.

---

<sup>89</sup> La Base de Datos Colaborativa sobre la Trata de Personas (CTDC, por sus siglas en inglés) es la primera plataforma mundial de datos sobre la trata de personas, a la que contribuyen organizaciones de todo el mundo. <https://www.ctdatacollaborative.org/>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Así el *tráfico ilícito*<sup>90</sup> supone el traspaso de una frontera de manera ilegal, es decir, careciendo del permiso necesario y con el fin de beneficiarse económicamente o de alguna otra forma de la persona, sin que sea necesario que haya una explotación posterior, aunque esta puede darse, pero no es el fin último. Vemos por

---

<sup>90</sup> El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, de 15 de noviembre del año 2000, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 3 dispone que por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

*La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 214/2017 de 29 marzo*, establece "Como ha señalado la doctrina de esta Sala, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes ( art 318 bis CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) ) y la trata de personas ( art 177 bis CP ) ha sido confusa en nuestro derecho positivo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y que en ocasiones se hayan sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que generó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual.





tanto la primera diferencia con el delito de trata que no necesariamente exige el paso de fronteras ni la distinta nacionalidad de la víctima en referencia al país donde es o será explotada.

Otro concepto respecto del que presenta diferencias es el de prostitución, y dentro de ella debemos mencionar dos clases, la prostitución forzosa y la voluntaria admitida esta última, o al menos regulada, en varios países entre ellos Alemania, Países bajos, Suiza o Austria. En España, la prostitución voluntaria es alegal, sin embargo, se castiga la prostitución forzosa como delito en el artículo 187.1 Código Penal y 188.1 del mismo código en el caso de los menores. Pero no cuenta con una regulación específica ni mucho menos pacífica, pues entran en juego diferentes factores unido a los movimientos que luchan por la legalización de la profesión<sup>91</sup>.

Se entiende por *prostitución* la práctica de mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero u otros beneficios económicos<sup>92</sup>. Es por tanto uno de los posibles destinos de las víctimas de trata de seres humanos. Considerado por algunos como el negocio más antiguo del mundo vemos que no coincide exactamente con el concepto objeto de estudio.

---

<sup>91</sup> Existen organizaciones como CATS: Comité de Apoyo a las Trabajadoras del Sexo.

<sup>92</sup> La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la prostitución o Trabajo Sexual Comercial (TSC) como "toda actividad en la que una persona intercambia servicios sexuales a cambio de dinero o cualquier otro bien"



En 1949 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena declarando que *"la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad"*.

En cuanto a las clases de trata de seres humanos, aunque el trabajo versa sobre un tipo en concreto como es la trata con fines de explotación sexual existen otras formas que debemos mencionar, siquiera de forma somera. Debemos indicar también que, aunque el perfil de las víctimas es distinto siempre hay un denominador común que es la situación de vulnerabilidad que atraviesa la persona objeto del abuso.

Así, como criterio general, existe la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, concertación de matrimonios forzados, esclavitud o servidumbre, explotación de la mendicidad, servicios o trabajos forzados, la explotación para la práctica de delitos y por último el tráfico de órganos. Algunas de estas modalidades también tipificadas como delito en nuestro ordenamiento<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Véase Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal. Artículo 172 Bis y 156 Bis.



La Organización Internacional de Policía Criminal o Policía Internacional (INTERPOL)<sup>94</sup> establece a través de su página web los diferentes tipos de trata.

-a) trata de personas para someterlas a trabajos forzados: en el caso de las víctimas de trabajos forzados, mendicidad o servidumbre, son personas generalmente procedentes de países en vías de desarrollo, son captadas y sometidas a trata mediante engaño y coacción y son retenidas en condiciones de esclavitud realizando una serie de trabajos.

-b) trata de personas para la realización de actividades delictivas forzadas: respecto de las personas obligadas a cometer delitos, este tipo de trata se ejerce por organizaciones delictivas o criminales que se sirven de otros para cometer los actos delictivos. En especial menores de edad, que son utilizados como instrumentos, pues en la mayoría de los ordenamientos jurídicos tienen una protección reforzada y se les imponen castigos penales menos duros al no ser juzgados como adultos.

-c) trata de personas para la extracción de órganos: en muchos países las listas de espera para el trasplante de órganos son muy largas, y los delincuentes han aprovechado esta situación para lucrarse a costa de la desesperación de los pacientes y donantes potenciales. La salud de las víctimas, incluso sus vidas, se pone en

---

<sup>94</sup> Véase la página web de la Interpol que explica los diferentes tipos de trata. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Trata-de-personas/Tipos-de-trata-de-personas>



peligro, pues las operaciones pueden realizarse clandestinamente sin seguimiento médico.

## 2. MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

Antes de entrar a analizar el marco normativo conviene mencionar que el fenómeno de la trata es un problema que preocupa a todos los países por su dimensión internacional. Tipificado como delito en la mayoría de ellos tiene una legislación homogénea, derivado precisamente de la necesidad de cooperación internacional entre los diferentes estados para poder combatir y reprimir esta lacra social.

En primer lugar, en **el ámbito internacional** la primera referencia a la trata de personas en específico la encontramos, tal y como se refleja en la introducción, en el *Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en Palermo, Italia, en el año 2000, más conocido como Protocolo de Palermo. Fue ratificado por España el 21 de febrero de 2002 (BOE de 11/12/2003), cuya entrada en vigor se produjo el 25 de diciembre de 2003.



En el año 2010 se aprueba por la Asamblea General el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. Este plan ,entre otras, fija la necesidad de adoptar medidas urgentes para prevenir la trata de personas, proteger a sus víctimas y procesar a los autores, así como reforzar las alianzas establecidas a esos efectos promoviendo y considerando con carácter prioritario la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo relativo a la trata, o la adhesión a estos, al igual que otros instrumentos internacionales pertinentes.

Sin perjuicio de que el presente trabajo tenga por objeto la trata de seres humanos, existen otros tratados y convenios internacionales que se ocupan de la materia, si bien no se refieren de forma exclusiva y excluyente a ella, pero que no podemos obviar por contribuir y sentar las bases para la defensa y protección de los derechos humanos. Entre ellos destacamos: *La Declaración Universal de Derechos Humanos(1948)*, *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(1966)*, *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(1966)*, *la Convención contra la tortura(1984)*, *la Convención contra la discriminación de la mujer(1979)*, *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial(1965)*, *la Convención sobre los derechos del niño(1989)*, *la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares(1990)*, *la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad(2006)*, *la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*trata de esclavos y de las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud(1956) y la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia(2000).*

La resolución 64/293, de 30 de julio de 2010, por la que se aprueba el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, dispone en su anexo: *“Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas, reafirmamos nuestro compromiso de poner fin al horrible delito de la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, expresamos nuestra determinación de prevenir y combatir la trata de personas, de proteger y asistir a las víctimas de la trata de personas, de enjuiciar los delitos de trata de personas y de promover alianzas para reforzar la coordinación y la cooperación, y decidimos traducir nuestra voluntad política en medidas concretas adoptando un plan de acción”.*

En segundo lugar, en **el ámbito de la Unión Europea** debemos destacar *el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, aprobado en Varsovia en 2005 (en adelante Convenio), que en su preámbulo dispone *“Tomando en consideración la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen*



*con las autoridades competentes, [...] teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un instrumento jurídico internacional global que se centre en los derechos de la persona y de las víctimas de la trata y que cree un mecanismo de seguimiento específico, Han convenido lo siguiente...”*

Este texto tiene como núcleo la voluntad del Consejo de Europa ya manifestada desde los años ochenta de luchar contra este atentado a los derechos humanos. Así mismo, destacamos dos recomendaciones adoptadas por el Comité de Ministros, con carácter previo a la elaboración de este Convenio, mencionadas en su preámbulo. La primera, la recomendación nº R (2001) 16, sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, junto con diversas recomendaciones de 1997 relativas a la trata de personas, dictadas por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa. Y la segunda, la recomendación nº R(2002) 11, sobre la lucha contra la trata de seres humanos para la explotación sexual, que recogía un principio que luego servirá de base para el Convenio: *la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos humanos y una ofensa a la dignidad e integridad de estos.*

El objeto del Convenio es claro, se hace patente en su primer artículo que fija lo siguiente:

*"1. El presente Convenio tiene por objeto:*

*a) Prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad de género.*



*b) Proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco global de protección y de asistencia a las víctimas y a los testigos, garantizando la igualdad de género, y asegurar investigaciones y actuaciones penales eficaces.*

*c) Promover la cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos”.*

Debemos destacar también el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma en 1957 como *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, que desde entonces ha sobrevivido con diversas reformas y distintas denominaciones. Es uno de los cuatro documentos que configuran la constitución material de la Unión Europea, junto con el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). En su versión actual consolidada (Lisboa 2009) su artículo 79 (antiguo artículo 63, puntos 3 y 4, TCE) establece lo siguiente: *“1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.*

Por último, el pasado 14 de abril de 2021, la Comisión Europea publicó su nueva Estrategia de Lucha contra la





Trata de Seres Humanos para el periodo 2021-2025, que se enfoca en la prevención del delito, en la persecución de los tratantes y su puesta a disposición de la justicia, y en la protección y empoderamiento de las víctimas de trata<sup>95</sup>. La nueva Estrategia de la Comisión se basa en el marco legislativo y político existente en la UE para abordar la trata de seres humanos, enraizado en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*.

Entre los fines que pretende conseguir esta nueva estrategia destacan la reducción de la demanda que estimula la trata: la Comisión estudiará la posibilidad de establecer normas mínimas de la UE que tipifiquen como delito el uso de los servicios derivados de la explotación de víctimas de la trata de seres humanos, o la protección, el apoyo y el empoderamiento a las víctimas, con especial atención a las mujeres y los niños. La estrategia pretende mejorar la detección temprana de las víctimas y su remisión para una mayor asistencia y

---

<sup>95</sup> El vicepresidente para la Promoción de nuestro Modo de Vida Europeo, Margaritis Schinas, ha declarado: *La lucha contra la trata de seres humanos forma parte de nuestro empeño por construir una Europa que proteja*.

Por su parte, la comisaria de Asuntos de Interior, Ylva Johansson, ha declarado: *La trata de seres humanos es un delito que no debería tener cabida en nuestras sociedades. Sin embargo, los delincuentes siguen sometiendo a trata a las víctimas, principalmente mujeres y niños, sobre todo con fines de explotación sexual*.



protección, reforzar los programas de empoderamiento de las víctimas y facilitar la reintegración.

Por último, de mención obligatoria es la recomendación del Comité de Ministros sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral, adoptada el 27 de septiembre de 2022. La recomendación insta a los estados miembros del Consejo de Europa a adoptar leyes, políticas y estrategias nacionales que aborden la trata con fines de explotación laboral, siguiendo un enfoque basado en los derechos humanos y centrado en las víctimas. Complementa los instrumentos jurídicamente vinculantes existentes, en particular el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, y se basa en el trabajo de seguimiento y la orientación del grupo de expertos contra la trata de personas (GRETA)<sup>96</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las conclusiones y decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Decisión de la comisión de 17 de octubre de 2007 por la que se crea el Grupo de expertos en la trata de seres humanos (2007/675/CE). Es responsable para supervisar la implementación del Convenio del Consejo de Europa sobre la eliminación de la trata de seres humanos por los Estados parte.

<sup>97</sup> <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking>



### 3. MARCO NORMATIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Además de la normativa internacional y de la unión europea, aplicable directamente en España y alegable ante los tribunales sobre la base del artículo 10.2 Constitución Española "2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*", existen diversos proyectos a nivel nacional, así como normativa desarrollada.

En marzo de 2022, la ministra de Justicia, Pilar Llop, ha aprobado una orden ministerial por la que se constituye una Sección especial de la Comisión General de Codificación para la elaboración de la *Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos*.

Se aprueba también en el mismo año, por el Consejo de Ministros, *el Plan Camino*<sup>98</sup>, una política pública con el objetivo general de dar operatividad a las medidas recogidas en la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual y complementar las acciones del *Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023* en lo relativo a la trata con fines de explotación sexual.

---

<sup>98</sup> Página web oficial del Ministerio de Igualdad. Gobierno de España.

<https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/Paginas/gobierno-aprueba-plan-camino-alternativas-trata.aspx>



Con anterioridad, en el año 2015 se desarrollaron otras acciones con el mismo fin, así el Ministerio de Servicios Sociales e igualdad aprobó el *Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Explotación Sexual 2015-2018*, documento que sucede al que abarcó el periodo 2009-2012 que lleva por título *Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos*.

Debe señalarse igualmente la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que en su artículo 59 bis, establece un estatuto específico para las personas extranjeras en situación irregular víctimas de la trata de seres humanos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia).

Así mismo hay que tener en cuenta el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, modificado por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio. Este Real Decreto reconoce la prestación de asistencia sanitaria a las víctimas de trata de seres humanos en periodo de restablecimiento y reflexión (Disposición adicional quinta). Esta regulación recoge "*la asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de*



*Salud regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”.*

Algo esencial, que permite a las víctimas o que facilita que salgan de esa situación lo encontramos con la aprobación del Real Decreto Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita a través del cual se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de trata de seres humanos junto con otros colectivos, sin necesidad de que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Asimismo, están exentas del pago de tasas.

Se observa también en otros delitos, como la violencia de género en que la mujer fruto de esa situación de violencia no dispone de los medios económicos para poder sufragar los gastos de abogado y el resto inherentes al proceso que pueden ser realmente altos.

En el caso de las víctimas de trata ocurre lo mismo, son personas que han sido privadas de sus documentos de identificación, pasaportes...lo veremos más adelante, el dinero que ganan, derivado de la explotación, está controlado. Es esencial que sepan que pueden iniciar el proceso y disponer de todas las garantías de forma gratuita porque de otro modo nunca podrían denunciar.

Por último, dentro del marco normativo, destaca la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal que tipifica como delito en su artículo 177 Bis la trata de seres humanos y que analizaremos más en profundidad en el siguiente epígrafe.



#### **4. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL**

En España se tipifica como delito la trata de seres humanos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en el artículo 177 Bis, que dispone lo siguiente:

*"1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:*

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*
- e) La celebración de matrimonios forzados.*



*Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.*

*Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.*

*2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.*

*3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.*

*4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*

*a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;*

*b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.*



*c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.*

*Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.*

*5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.*

*6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.*

*Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo*





*caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.*

*7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

*8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.*

*9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.*

*10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.*

*11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida,*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.*

Este delito se recoge por primera vez en nuestro código penal en 2010, se añade por el artículo único 40 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuya redacción original era la siguiente: *Artículo 177 bis.*

*1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:*

*a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*

*b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*

*c) La extracción de sus órganos corporales.*

Vemos la evolución que ha tenido el artículo que regula el delito, siendo modificado en tres ocasiones, la primera con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifican los apartados 1 y 4 por el artículo único



apartado 94. La segunda, con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio por la que se modifica el apartado 1 por la disposición final sexta apartado 17. Y, por último, una modificación muy reciente, se añade la letra c) al apartado 4 por el artículo único de la Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre de 2022.

Su redacción es extensa contando en la actualidad con 11 apartados, que obedecen a las distintas formas de explotación y a la evolución de la sociedad que ha derivado en la aparición de nuevas formas inicialmente no contempladas como son la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados.

El bien jurídico protegido viene constituido por la libertad y la dignidad de las personas y por el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre involuntaria<sup>99</sup>. Respecto de la conducta típica, en primer lugar, tanto en su redacción originaria como la actual, mantiene la necesidad de realizar conductas de captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de personas, fase inicial del delito de trata, que coloca a la víctima en un estado de cosificación y mercantilización que facilitará su explotación posterior. Es un delito de consumación anticipada y de mera actividad.

---

<sup>99</sup> Nelson Mandela, abogado, activista contra el apartheid, político y filántropo sudafricano dijo *"Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad"*



Así se recoge en numerosa jurisprudencia dictada por nuestros tribunales<sup>100</sup>, por ejemplo: la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 277/2020 de 19 de noviembre que dispone como hechos probados: *"En fecha no determinada del primer semestre del año 2016, los procesados Encarnación y Felipe, alias "Zafiro " y "Pelosblancos" organizaron el traslado de dos mujeres las testigos protegidas NUM013 y NUM014. Ambas mujeres vivían en Nigeria junto con sus familias, encontrándose en una situación de precariedad económica. Las dos jóvenes fueron contactadas en su localidad de residencia por una mujer conocida como Eufrasia, hermana de Felipe, quien les propuso que viajaran a España ofreciéndoles un trabajo en nuestro país del que no les dio detalles concretos, señalando como condición la obligación de pagar una deuda de 30.000euros, cifra cuyo equivalente en nairas (moneda oficial del país, desconocían)... Así las cosas, viajaron en compañía de la testigo protegida NUM012 hasta Benin City y de allí en el mes de Mayo de 2016 emprendieron viaje hasta Libia siguiendo las indicaciones de las personas ya referidas.*

*Una vez en Libia, donde permanecieron varios meses en campos de refugiados, contactaron merced a las indicaciones por vía telefónica con Encarnación y Felipe, con quienes hablaban habitualmente, con un individuo miembro del grupo conocido como Blas que participaba como "pasador" en el traslado de las mujeres...Transcurrido estos meses, Blas organizó el*

---

<sup>100</sup> Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 277/2020 de 19 de noviembre y Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña nº 5/2023 de 10 de enero.



*paso de las mujeres a Italia en patera...Una vez allí y nuevamente por indicación telefónica de Encarnación contactaron con otros miembros de la Organización y en concreto con Cosme alias "Culebras" quien acogió a las tres testigos protegidas NUM013, NUM012 y NUM014 en su casa en Nápoles y quien a cambio de dinero que le fue enviado desde España por Felipe y Encarnación, les proporciono documentación con fotografías de las testigos y datos de otras personas, ocultando así la verdadera identidad de las mujeres y pudiendo así viajar por Europa. Igualmente, Culebras les proporciono los billetes de autobús y barco para trasladarlas a Barcelona y de allí a Santander."*

Es necesario, en segundo lugar, que las conductas descritas se realicen empleando violencia, intimidación o engaño, abusar de una situación de necesidad de la víctima o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de quien tenga el control sobre ella.

La Audiencia Provincial de A Coruña nº 7/2023 de 10 de enero que establece como hechos probados: "*Belén, de nacionalidad colombiana, en situación irregular en España y sin antecedentes penales, se puso en contacto en una fecha no concretada de julio de 2018 con Adelaida, nacional de Colombia y residente en la ciudad de Medellín. En esas comunicaciones le ofreció la posibilidad de venir a España para trabajar, sin concretar la ocupación, pero dejando entrever que podría ser el ejercicio de la prostitución, a la que ella se dedicaba. Belén no tenía una relación personal estrecha con Adelaida, pero sí un cierto conocimiento por razones*



*familiares y de vecindad. Una vez aceptada la propuesta, Belén remitió a Adelaida el dinero necesario para comprar el billete y disponer de una cantidad de efectivo suficiente para no levantar sospechas cuando llegase a España con visado de turista.*

*Adelaida llegó a Madrid en septiembre de 2018. Belén fue a recogerla. Inmediatamente le indicó que, en vez de los 1000 € que le había prestado para los gastos del transporte y entrada en el país, tenía que pagarle 10000 €, sin justificar las causas de este aumento de la deuda. De la misma manera, aprovechando la situación económica de su compatriota y de su falta de arraigo en España, la acusada le hizo prostituirse en unas condiciones de trabajo totalmente abusivas, obligándola a trabajar sin límite de horas todos los días de la semana. El precio de los servicios era de 50 € por media hora, 100 € por una hora y un precio mínimo de 40 € por veinte minutos. Adelaida entregaba a Belén la mitad de lo que ganaba, y con la mitad restante debía abonar los gastos de vivienda y manutención. De esta manera la acusada logró la cantidad aproximada de 2000 €. Para ejercer la prostitución Belén alquilaba en A Coruña y Lugo habitaciones en pisos destinados expresamente para tal finalidad, y se anunciaba en páginas web, en las que ella se identificaba con el nombre de Bajita y Adelaida con el de Princesa”.*

Por último, dentro de la conducta típica será necesario la concurrencia de dolo, entendido como el conocimiento y voluntad de querer desarrollar los elementos del tipo penal y la realización de este con alguno de los fines previstos propios de este delito.



Los sujetos del delito, tanto del lado activo como pasivo pueden venir constituidos por cualquier persona, nacional o extranjera.

En cuanto a sus modalidades comisivas, ya las hemos mencionado en varias ocasiones, pero nos centraremos en la modalidad de trata con fines de explotación sexual. Esta constituye, como sabemos, la modalidad más típica, debido al aumento de la delincuencia organizada y su alta rentabilidad. Tiene por misión abastecer de mujeres y menores de edad al mercado de la prostitución.

En ese afán de distinguir la trata de seres humanos y la inmigración clandestina de extranjeros se aclara el posible concurso entre ambos, y cualquier otro delito, que se apreciarán en concurso real, tal y como señala el apartado 9.

En el apartado 10 del texto se aprecia esa vocación internacional que mantienen los estados por perseguir y erradicar este delito produciendo el efecto de reincidencia y por tanto la posibilidad de imponer una pena mayor a la inicialmente prevista. Se muestra de esta manera la transnacionalidad del delito, su absoluta falta de fronteras.

Como singularidad de este delito podemos mencionar la pluralidad de partes, es decir, sujetos activos y pasivos del delito. Generalmente el procedimiento se suele dirigir contra varias personas, que conforman a su vez un grupo u organización criminal y con una pluralidad de víctimas, de ahí que un acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016 declarase que,



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

tratándose de delitos de trata de seres humanos con una pluralidad de víctimas, se apreciarán tantos delitos como víctimas existan conforme a las reglas del concurso real.

## **5. PRINCIPALES PAÍSES EXPORTADORES: TURISMO SEXUAL**

El informe del Defensor del Pueblo español "La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles" expone que, según datos de Naciones Unidas, las dos terceras partes de las víctimas de trata detectadas en el mundo son mujeres. El 79% de las personas víctimas de trata lo son con fines de explotación sexual<sup>101</sup>.

En relación con la trata de seres humanos con fines de explotación sexual según los datos facilitados por la Secretaría de Estado de Seguridad, durante los años 2009 y 2010, el perfil de las personas en situación de riesgo de ser víctimas de trata con fines de explotación sexual en España es el de una mujer de nacionalidad rumana entre 18 y 32 años y una mujer de nacionalidad brasileña de entre 33 y 42 años. Los datos de 2011 no son desglosados por nacionalidad, pero se refieren a las nacionalidades rumana, brasileña y paraguaya. La información facilitada por el citado organismo se limita a consignar que el 47% de las víctimas procede de América, el 45% de Europa y el 7% de África.

---

<sup>101</sup> Datos extraídos del Informe del Defensor del Pueblo: "La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles" elaborado el 20 de septiembre de 2012.





El Ministerio del Interior<sup>102</sup> en su página web señala: *“España ha sido tradicionalmente lugar de tránsito y destino para las víctimas de trata de seres humanos. Esta situación ha derivado en que se ha convertido en una de las actividades criminales más rentables en nuestro país, especialmente por sus vinculaciones con la explotación sexual. Las cifras entre 2017 y 2021 así lo avalan, del total de víctimas de trata de personas, un 61% lo eran con esta finalidad.*

*Pero sin duda, la dimensión más desgarradora de las cifras la representan las víctimas. Concretamente, entre los años 2017 y 2021, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado comunicaron la identificación formal como víctimas de trata de seres humanos de 1.438 personas, entre ellas se encontraban 64 menores de edad. A estas cifras hay que añadir 4.420 víctimas de explotación sexual y laboral, incluyendo a 36 menores.*

*En el ámbito de la trata sexual, y paralelamente a lo que sucede a nivel mundial, las mujeres y niñas sufren de manera desproporcionada esta finalidad; el 93% del total de las víctimas eran de sexo femenino”.*

Según el balance estadístico 2017-2021 del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) del Ministerio del Interior, en 2021 hubo un total de 136 víctimas de trata, de las cuales 131 eran mujeres y niñas. Si atendemos a las víctimas de trata por

---

<sup>102</sup><https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/trata/situacion-en-espana/>



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

nacionalidad hay diferencias notables. Colombia, Paraguay y Rumanía encabezan la lista, con 49, 18 y 16 personas respectivamente.

Respecto de las personas en riesgo la tendencia es clara también, 1020 personas de nacionalidad española, 945 de nacionalidad rumana y 700 personas de nacionalidad colombiana han sido clasificadas como posibles víctimas en 2021.

Hay determinados países que tienen mayor incidencia en la perpetuación de este delito. En el caso de España la mayoría de las víctimas son de nacionalidad colombiana, rumana, nigeriana, y paraguaya. Son datos que se mantienen a lo largo del tiempo.

Por otro lado, tenemos el turismo sexual, vinculado con la trata y explotación sexual en muchos casos. Se define como una forma de turismo con el propósito de mantener relaciones sexuales, normalmente de hombres con prostitutas mujeres, pero también hay mujeres turistas y turismo sexual homosexual masculino.

Entre los destinos más comunes para el turismo sexual se encuentra Brasil, Colombia, Camboya, Costa Rica, México, Filipinas, República Dominicana y Tailandia y en menor grado Panamá, Cuba, Kenia, Ecuador, Perú, Singapur y Vietnam.

Según "Schiavi" (Esclavos), libro publicado en mayo de 1999 del que es autor Pino Arlacchi, Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, en los Estados Unidos



trabajan en la actualidad al menos 100.000 prostitutas que han inmigrado ilegalmente al país. En el Informe mundial de las Naciones Unidas sobre la delincuencia y la justicia, publicado recientemente, se calcula que entre 40.000 y 50.000 mujeres tailandesas están trabajando ilegalmente como prostitutas en Japón.

El número de personas que participan del comercio sexual ilícito en la Unión Europea oscila, según el Informe mundial, entre 200.000 y medio millón, dos tercios de las cuales aproximadamente provienen de Europa oriental y el otro tercio de países en desarrollo.

La ONU se opone al turismo sexual citando las consecuencias sanitarias, sociales y culturales de ambos países, países de origen y destino, especialmente en situaciones de explotación de género, edad, condición social y económica, así como las desigualdades en el destino del turismo sexual.

En el mismo sentido, el Parlamento Europeo en su informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI) recoge, en su exposición de motivos, lo siguiente:

*"La prostitución es un fenómeno difícil de cuantificar ya que es ilegal en la mayor parte de los Estados miembros. Según un informe de 2012, realizado por Fondation Scelles, la prostitución tiene una dimensión mundial que implica a entre 40 y 42 millones de personas, el 90 % de las cuales depende de un proxeneta. En abril de 2013, se publicó el primer informe Eurostat con datos oficiales sobre prostitución. Se centraba en la trata de seres*








<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*humanos en la UE entre 2008 y 2010. No obstante, lo que no deja lugar a dudas, es que la prostitución y la explotación sexual son cuestiones con un componente de género, siendo las mujeres y las niñas quienes, voluntariamente u obligadas, venden sus cuerpos a hombres que pagan por el servicio”*

## **6. ¿CÓMO SE DETECTAN LOS CASOS DE TRATA DE SERES HUMANOS? ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO**

De acuerdo con el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos (en adelante protocolo), adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social, de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial<sup>103</sup>, existen distintas fases por

---

<sup>103</sup> Algunas Comunidades Autónomas han desarrollado también protocolos de actuación en este ámbito: Protocolo de Galicia de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual  Protocolo de Cataluña de protección de las víctimas de trata de seres humanos.  Protocolo de Extremadura contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual  Protocolo del Gobierno de Navarra de coordinación y actuación con mujeres y niñas víctimas de trata con fines de explotación sexual  Protocolo para la protección de las víctimas de trata de seres humanos en la Comunidad de Madrid. 



las que atraviesa una posible víctima de trata desde su detección. En dicho texto se indican las actuaciones a llevar a cabo en cada fase y se identifica a las administraciones públicas implicadas, estableciendo los mecanismos de coordinación entre ellas y su relación con otras organizaciones con experiencia acreditada en la asistencia a víctimas.

En el apartado primero se fija el objeto del mismo y dispone: *"Este protocolo tiene por objeto establecer pautas de actuación para la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, favorecer la coordinación de las instituciones implicadas en dichos procesos y definir los mecanismos de relación entre las administraciones con responsabilidades en la materia, así como los procesos de comunicación y cooperación con organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de las mismas"*.

En cuanto a su ámbito de aplicación el apartado IV dispone: *"1. El presente protocolo será de aplicación a todas las personas que pudieran resultar víctimas del delito de trata de seres humanos, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa en el caso de supuestas víctimas extranjeras.*

*2. Su ámbito territorial de aplicación se extiende a todo el territorio del Estado, sin perjuicio de la aprobación de protocolos autonómicos y locales para su desarrollo"*.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

Pero nunca es fácil, la trata de seres humanos es un fenómeno complejo, no existe una única fórmula para determinar cuándo una persona es o puede ser víctima de trata de seres humanos. La propia vulnerabilidad de la víctima acostumbrada a estar sometida y el miedo y la constante amenaza de sufrir violencia sobre ellas o sobre sus familiares hace que no denuncien ni pidan ayuda.

Es importante por tanto conocer los indicadores o indicios que nos alertan de una posible víctima de trata de seres humanos para poder evitar el agravamiento de su situación en el futuro. Por eso entre los fines del protocolo destacan en primer lugar la identificación de las víctimas y el establecimiento de pautas para la evaluación de los supuestos riesgos a los que se exponen las víctimas y medidas de protección para ellas.

Para poder llevar a cabo estas labores es esencial la colaboración entre Administraciones e instituciones, tanto públicas como privadas, que pueden suponer un primer filtro para la detección de una posible víctima, por ejemplo las Oficinas de Apoyo, pues tienen un primer contacto con estas personas y pueden identificar los signos que evidencian una situación de abuso, dado que en las víctimas puede generar una mayor confianza hablar de su situación en ese entorno, más seguro, con estas personas, antes que con un miembro de las



Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en adelante FCSE)<sup>104</sup>.

Se incluyen en el protocolo diferentes indicadores en su anexo II. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado distinguen diferentes clases de indicios. Así, cuentan con: indicios generales, indicios relativos a su entorno, indicios conductuales no verbales, indicios verbales que pueden surgir durante la entrevista, indicios en la salud física de la víctima, indicios en la salud psíquica de la víctima. Y en el caso de la trata con fines de explotación, indicios médicos específicos para las víctimas de trata con fines de explotación sexual e indicios según la edad de la víctima en caso de explotación sexual. Entre los indicadores<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> El apartado relativo a la actuación de organizaciones y entidades especializadas en la asistencia a víctimas de trata de seres humanos dispone: "2. *Estas organizaciones y entidades ponen a disposición de las víctimas de trata una red de servicios especializados que complementa la atención otorgada por los recursos públicos existentes. Por ello, se prevé la participación de estas organizaciones y entidades en todos los procesos descritos a lo largo de este Protocolo, en especial, en lo relativo a la acogida, protección y asistencia a las víctimas*".

<sup>105</sup> Desde la Policía Nacional nos advierten que si bien los siguientes indicadores no son suficientes por sí mismos para determinar si nos encontramos ante un caso de trata, sí pueden indicar que la persona en cuestión está siendo controlada por otra u otras personas, por lo que su situación debe ser investigada con más profundidad.  
[https://www.policia.es/es/colabora/trata\\_general.php](https://www.policia.es/es/colabora/trata_general.php)



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

más destacados se encuentran la carencia de documentos de identidad (en especial el pasaporte) y de inmigración (visados, permisos de residencia, etc.), también puede darse el caso de que tenga documentos falsos. La ausencia o escasez de dinero, sin ningún tipo de control sobre él, ya que es controlado por el tratante o el aislamiento social: desde la limitación del contacto con personas ajenas al establecimiento de medidas para vigilar todo contacto o para garantizar que éste sea sólo superficial.

Dispone el protocolo en su página 7 apartado VI.C. sobre Determinación de la existencia de indicios o motivos razonables: *"1. Para determinar la existencia de motivos razonables de que una persona es víctima de trata de seres humanos se tendrán en cuenta los indicadores establecidos en el Anexo 2 del presente protocolo.*

*2. En el proceso de identificación se recabará toda la información disponible sobre la situación personal de la supuesta víctima. Las organizaciones y entidades presentes en el territorio, con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de estas, podrán aportar cuanta información consideren relevante".*

Un aspecto esencial del protocolo se encuentra en el apartado VII que lleva por rúbrica "Información a las





Víctimas” que enumera un catálogo de derechos entre los que se incluyen:

*“1. Una vez identificada la supuesta víctima, la unidad policial le proporcionará la siguiente información, de forma clara y en un idioma que comprenda:*

*a) Sobre los derechos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*b) Sobre el derecho a acogerse a alguna de las medidas de protección previstas en la Ley 19/1994, de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, y concretamente del derecho a que le sea reconocida la condición de testigo protegido.*

*c) En el caso de que también sea víctima de un delito violento o contra la libertad sexual, sobre los derechos previstos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y, si el tratante fuese pareja o expareja de la víctima, de los derechos contenidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como víctima de violencia de género.*

*d) En el caso de que se trate de una persona extranjera en situación irregular, sobre el derecho a un período de restablecimiento y reflexión y la posibilidad de obtener la autorización de residencia y trabajo o el retorno asistido, de acuerdo con lo previsto, en los artículos 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y 142 y siguientes de su Reglamento.*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*e) Cuando se trate de una persona extranjera en situación regular pero cuya autorización de estancia o residencia se encuentre próxima a su extinción, sobre la posibilidad de solicitar el período de restablecimiento y reflexión sin demora, en el momento en que se produzca dicha extinción.*

*f) Sobre las medidas de protección adecuadas a su situación de riesgo, valorada policialmente. Sobre la posibilidad de ser derivada a alguno de los recursos asistenciales facilitados por las Administraciones autonómicas o locales u organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata, en particular, aquellas que proporcionan una asistencia de carácter integral y participan en los programas de las administraciones públicas para la asistencia y protección de estas, incluidos los contenidos en el Anexo 4 al presente protocolo<sup>106</sup>”.*

Destacan también en este ámbito la Orden del Ministerio del Interior 28/2013, de 18 de enero, de la Brigada Central contra la Trata de Seres Humanos. Por otro lado, la Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las FCSE en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas, por la que se crean las figuras del Interlocutor Social Nacional y de los

---

<sup>106</sup> También recogidos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.



Interlocutores Sociales Territoriales, que ejercen de punto de contacto con organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) y otras entidades con experiencia acreditada en la lucha contra la trata de seres humanos.

Por último, la Instrucción 4/2021 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, por la que se crea un inspector de policía, en el delito de trata, que sirva de enlace con la Fiscalía General del Estado, exclusivamente para delitos de trata y tráfico de inmigrantes.

Respecto de la orden del Ministerio del Interior 28/2013, de 18 de enero, en su artículo 9 dispone lo que sigue: "*Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Estará integrada por las siguientes Unidades: [...]*"

*2. Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades Documentales.*

*Le corresponde la investigación de las actividades delictivas, de ámbitos nacional y transnacional, relacionadas con la trata de seres humanos, el tráfico de personas, la inmigración ilegal y las falsedades documentales en esta materia, así como de los delitos conexos a aquéllos; realiza la coordinación operativa y apoyo técnico de las Brigadas y Unidades territoriales; la captación, análisis, explotación, seguimiento, difusión e intercambio, tanto a organismos nacionales como internacionales, de información relativa a la inmigración irregular, tráfico de seres humanos y de cualquier otro aspecto relacionado con la extranjería y tráfico de*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*personas; y las funciones de inteligencia y planificación de la información de carácter policial en materia de extranjería. Funciona como Oficina Central Nacional a este respecto en relación con otros organismos o entidades que actualmente existen o que puedan establecerse.*

*En esta Unidad se integran: [...]*

*b) Brigada Central contra Trata de Seres Humanos. Le competen las funciones relativas a la investigación y la lucha contra las redes y organizaciones delincuenciales dedicadas al tráfico de personas, a la inmigración ilegal, explotación laboral y tráfico ilícito de mano de obra, trata de seres humanos, o explotación en la prostitución, dirigiendo y coordinando la actuación que afecte a más de una brigada o unidad periférica policial territorial o que por su trascendencia lo requiera, así como colaborar con otras autoridades judiciales, fiscales, policiales o administrativas, nacionales o internacionales en dichas funciones, participando en los foros y grupos de trabajo que se establezcan en el seno de las diferentes instituciones de la Unión Europea y demás relaciones bilaterales o multilaterales de carácter internacional”.*

Respecto de la Instrucción del Ministerio Fiscal esta fue dictada el 15 de junio de 2016 sobre la base del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, hecho en Varsovia en mayo de 2005, y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento



y del Consejo de 25 de octubre de 2012, y la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos 2012-2016.

Tiene por objeto actuaciones de colaboración y cooperación entre los Estados, así como la participación y colaboración con organismos e instituciones, así como organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la protección de las víctimas.

En la erradicación de esta lacra social todos los agentes que intervienen desde las primeras actuaciones o diligencias en que se detecta una situación de vulnerabilidad es esencial y la correcta y buena colaboración entre ellos clave en la prevención del delito. Así se menciona en la Instrucción al disponer: *"Como consecuencia de lo expuesto, en desarrollo de la referida normativa, del Protocolo Marco y de los planes de ejecución, al objeto de coadyuvar a la coordinación de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) con los diversos organismos y entidades sociales, se hace preciso, en la medida de lo posible, homogeneizar el desarrollo de dichas actuaciones"*.

Se crea la figura del Interlocutor Social en la Trata de Seres Humanos cuya misión pasa por la cooperación y coordinación de los distintos interlocutores sociales territoriales.

Estos interlocutores son expertos designados que dependen de las diferentes unidades de las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil y son el punto



de conexión permanente con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata.

Cuanto más rápida sea la actuación menor será el daño que pueda suponer en la dignidad<sup>107</sup> de la persona o personas víctimas de trata<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 1: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho.

<sup>108</sup> El Defensor del Pueblo en el informe anteriormente referido ya hacía referencia a esto en sus conclusiones al disponer que: "La falta de protocolos de actuación conlleva a la falta de detección temprana de los menores de edad, y les coloca en



En todo caso la identificación de las víctimas se realizará, exclusivamente, por las unidades policiales que tengan formación específica en la prevención y lucha contra la trata, y en la identificación y asistencia a las mismas (Instrucción Cuarta).

La labor de las FCSE distingue diferentes facetas: la primera de investigación del delito y la segunda de investigación social, de apoyo y protección a las víctimas. En cuanto a la investigación del delito se distinguen principalmente:

- a) Investigación reactiva: mediante denuncia de la víctima.
- b) Investigación proactiva: investigación de oficio
- c) Y por último la obstructiva: impedir que sigan operando (Véase el epígrafe 8.1 entrevistas: trabajo de campo).

## **7. MECANISMOS DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS**

Vamos a distinguir mecanismos de protección previos al proceso penal y posteriores al mismo, aunque en este último caso nos referiremos más en profundidad en el epígrafe 8 dedicado al trabajo de campo: entrevistas.

---

una situación de riesgo. La falta de un registro policial donde se anoten los datos de los menores agrava la situación”.



Los mecanismos de protección ya los hemos ido viendo en mayor o menor medida a lo largo del texto, desde que una persona es detectada y considerada víctima -función que hasta ahora es realizada en exclusiva por las FCSE- goza de una serie de derechos y privilegios. Todos ellos recogidos en un documento informativo elaborado por la Unión Europea que lleva por rúbrica: *Los derechos de las víctimas de trata de seres humanos en la UE*.

*Se establece un extenso catálogo de derechos que podemos englobar en los siguientes:*

*1.1. La víctima tiene derecho a asistencia y apoyo desde el momento mismo en que las autoridades competentes tienen indicios razonables de que puede haber sido objeto de trata.*

*1.2. La víctima tiene derecho a asistencia y apoyo antes del proceso penal, durante dicho proceso y durante un período de tiempo adecuado tras su conclusión.*

*1.3. La asistencia y el apoyo a la víctima no deben estar supeditados a la voluntad de esta de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio; si la víctima no reside legalmente en el Estado miembro de que se trate, debe prestársele asistencia y apoyo sin condiciones al menos durante el período de reflexión.*

*1.4. Solo se puede prestar asistencia y apoyo a la víctima que haya dado su acuerdo con conocimiento de causa.*





*1.5. La víctima tiene derecho, como mínimo, a un nivel de vida que garantice su subsistencia, a un alojamiento apropiado y seguro y a asistencia material.*

*1.6. La víctima tiene derecho al tratamiento médico necesario, incluida la asistencia psicológica, y a asesoramiento e información.*

*1.7. La víctima tiene derecho a servicios de traducción e interpretación cuando sea necesario.*

*1.8. Se prestará la debida atención a las víctimas que tengan necesidades especiales (en particular por encontrarse en estado de gestación, por motivos de salud, discapacidad o enfermedad física o mental, o por haber sufrido violencia física, sexual o psicológica grave)*

*1.9. La víctima tiene derecho, de acuerdo con sus necesidades, a acceder de modo gratuito y confidencial a servicios de apoyo a las víctimas que actúen en interés de estas antes del proceso penal, durante el mismo y durante un período de tiempo adecuado después de su conclusión. Los familiares tendrán acceso a los servicios de apoyo a las víctimas en función de sus necesidades y del grado de daño sufrido como resultado de la infracción penal cometida contra la víctima.*

*1.10. Los servicios de apoyo especializados deben proporcionar: a) refugios o cualquier otro tipo de alojamiento provisional para las víctimas que necesiten de un lugar seguro debido a un riesgo inminente de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias; b) apoyo específico e integrado a las*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*víctimas con necesidades especiales, como las víctimas de violencia sexual y las víctimas de violencia de género, incluidos el asesoramiento y el apoyo para la superación del trauma.*

*1.11. La víctima que sea nacional de un tercer país debe ser informada de la existencia de un período de reflexión y recuperación y de las posibilidades de obtener protección internacional.*

*1.12. Las víctimas tienen derecho a solicitar asilo y a recibir información sobre las posibilidades de obtener protección internacional, y no puede ser expulsada a un país en el que corra riesgo de muerte o riesgo de sufrir torturas u otros tratos o penas inhumanos o degradantes.*

Se deben tener en cuenta las singularidades de cada víctima, si es mayor o menor de edad y sus condiciones personales, por ello la atención debe ser lo más especializada y minuciosa posible.

Los mecanismos de protección que recoge la Unión Europea son posteriormente desarrollados y traspuestos al ordenamiento interno de los Estados. En el caso de nuestro país, todos ellos han sido recogidos a través de los distintos cuerpos legislativos.

Así, por ejemplo, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996, de 10 de enero recoge en su artículo 2 el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con



independencia de los recursos para litigar, a las víctimas de trata.

En segundo lugar, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, constituye un catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales para todas las víctimas de delitos, que otorga una respuesta jurídica y social a las víctimas y sus familiares, y, contempla, además, una atención específica hacia las víctimas más vulnerables, como son las víctimas de trata y las víctimas menores de edad.

El artículo 1 establece que, *“las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal”*, recoge también un extenso catálogo de derechos.

Y por último destacamos la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que en su artículo 59 bis reconoce un periodo de restablecimiento y reflexión de al menos 90 días. O su artículo 31 bis<sup>109</sup> que regula la posibilidad de las mujeres víctimas de violencia de

---

<sup>109</sup> Véase LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 31 bis. Residencia temporal y de trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o de violencias sexuales.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

género o violencias sexuales de adquirir un permiso de residencia y de trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual y que se resolverá cuando finalice el procedimiento penal y sin perjuicio de poder otorgarse una autorización de forma provisional por la autoridad competente, la cual concluirá en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

Este permiso de residencia se extiende también para los hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentran en España en el momento de la denuncia, así como un permiso de trabajo si los hijos fuesen mayores de 16 años.

Posibilidad que también desarrolla el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 en sus artículos 140<sup>110</sup> y ss.

En concreto, en su artículo 144.1 que establece lo siguiente: "*Determinada, en su caso, la exención de responsabilidad, el órgano que hubiera dictado la*

---

<sup>110</sup> Véase CAPÍTULO IV. Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos, artículos 140 a 146.



*resolución en tal sentido informará al extranjero de la posibilidad que le asiste de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dirigida al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad o de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, en función de que la motivación resida, respectivamente, en la colaboración de la víctima en la investigación del delito o en su situación personal”*

## **8. TRABAJO DE CAMPO: ENTREVISTAS**

### **8.1 BRIGADA DE EXTRANJERIA. POLICIA NACIONAL.**

Este epígrafe está dedicado al trabajo de campo que la autora de este Trabajo de Fin de Máster ha realizado para dotarle de una dimensión más práctica y conocer de primera mano la situación de las víctimas de trata en nuestra región, el papel de las distintas instituciones en su detección y los recursos existentes para la protección de estas. Para ello, se concertaron dos entrevistas: la primera de ellas fue llevada a cabo en la sede de la Policía Nacional de Santander y la segunda en las instalaciones de la ONG “Nueva Vida”.

La primera reunión fue la celebrada en la sede de la Policía Nacional de Santander, sita en la Avenida del Deporte, con un miembro de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, el 29 de abril de 2022.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

La finalidad de la reunión es muy concreta: conocer la actuación de las FCSE en relación con el delito de trata de seres humanos para fines de explotación sexual.

Su labor, ya hemos visto, distingue principalmente dos vertientes, la primera de investigación del delito y la segunda como cuerpo encargado de la protección y seguridad de las víctimas.

En su labor de prevención y persecución del delito es muy importante lo que ellos denominan *trabajo de campo*, consiste en visitar los clubs de alterne y los pisos donde se ejerce, (o se piensa que se ejerce) la prostitución con la finalidad de conocer cómo se encuentran las posibles víctimas. En su labor, el agente entrevistado recalca en varias ocasiones lo siguiente: "*primero se protege y después se investiga*".

La lucha contra la trata implica tiempo, controles de los clubes, de los tratantes, su modo de vida, su forma de mover a las chicas, incluso la forma en la que son trasladadas para trabajar. Todo ello permitirá acreditar la existencia de una red criminal y la existencia del delito, necesario para la configuración del atestado, atestado este que es el punto de partida para una futura condena por delito de trata de personas.

Su actuación es muy complicada pues tiene una doble dimensión interrelacionada: por una parte, se pretende la desarticulación de la red y por otra la protección de las víctimas. El delito no termina liberando a las mujeres que están siendo explotadas: si la red sigue funcionando



captarán nuevas víctimas y se volverá a la “casilla de salida”.

La actuación de las FCSE se hace siempre en colaboración con otros cuerpos y con las unidades centrales, además esta colaboración -como sabemos- existe tanto dentro de nuestras fronteras como fuera, a través de la cooperación internacional<sup>111</sup>, pues no debemos olvidar el carácter transnacional del delito de trata de seres humanos.

Aquí aparece uno de los principales problemas, puesto que en muchas ocasiones se requiere la colaboración de la policía de los países de origen -por ejemplo, para una identificación o para pedir protección para la familia de la víctima- y esa colaboración no se consigue la razón es que la mayoría de esos cuerpos o son corruptos o están controlados por las propias mafias.

Por otro lado, respecto de su labor de protección a las víctimas en su faceta social y personal esta no está supeditada a la colaboración policial de aquellas. Y en este punto su actuación está estrechamente vinculada con las asociaciones y oficinas de apoyo a las víctimas. La coordinación -señala- es esencial al igual que entender su situación.

---

<sup>111</sup> La Unión Europea en 2012 crea la EMPACT: Una plataforma estructurada de cooperación multidisciplinar para combatir las formas graves de delincuencia internacional y organizada. Está impulsada por los Estados miembros y cuenta con el apoyo de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, en consonancia con sus respectivos mandatos.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Las víctimas vienen de una situación de violencia extrema, es frecuente que se nieguen a colaborar por miedo a represalias de su tratante y otras por miedo a las propias FCSE a los que consideran el enemigo, pues muchas de esas mujeres tienen la condición de ilegal en nuestro país.

La entrevista enlaza aquí con la protección de las víctimas y sus derechos -véase epígrafe7-. No obstante, en lo que a las FCSE concierne, la expulsión no es posible, pues las víctimas gozarán de protección, independientemente de su colaboración o no. Sin perjuicio de que, como veremos, esa protección sea distinta. Ya lo hemos visto, tendrán derecho a un periodo de reflexión para decidir si colaboran o no con la investigación y en todo caso tendrán derecho a un permiso de residencia en España.

Este permiso se concederá por las propias fuerzas y cuerpos de seguridad en el caso de que colabore, a través de la oficina única de extranjeros y de la Secretaria de Estado de Seguridad. Y si no a través de la Secretaria de Estado de Inmigración.

Pero la protección en muchos casos es débil, la colaboración de las víctimas está condicionada en muchas ocasiones a la protección de su identidad, se les ofrece la posibilidad de ser testigo protegido a través de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, ley que, en opinión del agente, debe ser actualizada. En teoría deberían contar con distorsionadores de voz en sus declaraciones en el juzgado u otros medios que





impidan que la víctima pueda ser identificada por sus tratantes, pero, a veces, esos medios, cuando llegan al juzgado, no existen. El sistema no siempre funciona, a veces falla, algo que reconoce compungido el miembro de las FCSE entrevistado.

A través de la entrevista se ponen de manifiesto los problemas con los que se enfrentan los miembros de la Brigada a la hora de perseguir el delito de trata.

El primero ya se ha comentado, la falta de colaboración con los cuerpos de policía de determinados países.

Un segundo es la falta de capacidad de actuación de nuestras fuerzas y cuerpos de seguridad para dar respuesta a todo, pues, como la capacidad de cualquiera, la suya es limitada.

La falta de colaboración ciudadana -explica como en una redada, a la entrada de un club, son los propios clientes quienes se enfrentan con ellos porque habían clausurado el local y no les dejaban pasar- o de las propias víctimas y la ausencia de una legislación a nivel estatal que aporte seguridad jurídica a su actuación son otros de los principales problemas.

La labor de las FCSE en este delito tiene un soporte legal tras la entrada en vigor en el año 2015 del delito de trata de seres humanos. Antes su actuación se basaba en la persecución como delito de tráfico de inmigrantes, o como formas de prostitución (coactiva) pero no podían perseguir el delito como trata porque no estaba contemplado jurídicamente. Sin embargo, su labor ha sido incesante, desde antes existen campañas de

sensibilización y prevención de este delito<sup>112</sup> que evidencian el compromiso de las FCSE en la erradicación de la trata de seres humanos.

## 8.2 ASOCIACIÓN NUEVA VIDA.

La segunda reunión se ha llevado a cabo con una ONG, Asociación Nueva Vida<sup>113</sup>, sita en Santander, bajada de la Encina 6, bajo, el 23 de enero de 2023.

La Asociación tiene su origen en un grupo de creyentes cristianos evangélicos, liderados por el pastor -Julio García Celorio-, que sintieron la necesidad de llevar más allá las actividades ministeriales que realizaban dentro de la iglesia. En el momento de su creación se trataba de responder a las demandas que hacían familiares de personas privadas de libertad que solicitaban ayuda para los internos, así como de apoyar a mujeres prostituidas y a mujeres que sufrían violencia machista.

Las entidades de protección a las víctimas cumplen una misión esencial en la prevención, protección y lucha contra la trata de seres humanos.

---

<sup>112</sup> En el año 2013 se creó un teléfono 900105090 y un correo electrónico [trata@policia.es](mailto:trata@policia.es) para cualquier persona que quiera colaborar y denunciar posibles casos de trata.

<sup>113</sup> Véase su página web. <https://asociacionnuevavida.org/>



La finalidad de la entrevista ha sido conocer el funcionamiento de una entidad dedicada a la protección de las víctimas de trata.

La Asociación Nueva Vida trabajan a través de una red nacional, con diferentes entidades que ayudan a víctimas de trata o mujeres en contexto de prostitución. Aparte de esta red colabora directamente con las FCSE, tanto Policía Nacional como Guardia Civil.

En cuanto a su modo de trabajo, cuentan con un programa actualmente en el que intervienen dos equipos.

En primer lugar, el equipo de intervención, que es el equipo que está en los centros con las chicas 24h y, en segundo lugar, un equipo transversal formado por un abogado, un trabajador social, un psicólogo, una técnica en formación y riesgos laborales y una educadora.

La llegada de las víctimas al centro se puede realizar de diferentes maneras, pueden venir derivadas de otra entidad -cuando aquella no tenga plazas suficientes, por ejemplo-. Otra forma es a través de la policía, que contacta con diferentes entidades buscando una plaza para ellas.

Generalmente, siempre hay una plaza fija reservada para las víctimas derivadas por los miembros de las FCSE.

Cuando la víctima llega al centro, se hace una valoración inicial de cómo se encuentra. En función del resultado de esa valoración se reúnen con el resto del equipo de



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

transversales con la finalidad de crear un *itinerario individual* con cada chica, pues cada víctima es diferente.

Aquí aparece el primer problema: la regularización. Se distingue entre víctimas que deciden declarar y víctimas que no y a la hora de regularizar su situación el procedimiento es distinto -más lento para las que no colaboran-. Sin regularización las posibilidades de encontrar un trabajo distinto de la prostitución desaparecen y con ello sus posibilidades de tener un futuro mejor<sup>114</sup>.

Estrechamente vinculado con lo anterior está la identificación de las víctimas<sup>115</sup>, una novedad importante en este extremo se produce con la entrada en vigor del *Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania* en cuyo preámbulo ya recoge respecto de la identificación de las víctimas de trata: "*por otro lado, y dentro de las medidas de protección a*

---

<sup>114</sup> Véase cortometraje de Isabel de Ocampo. MIENTE y el documental Mabel Lozano. El proxeneta.

<sup>115</sup> En Octubre de 2020, Amnistía Internacional lanzó una campaña y publicó un nuevo informe, "Cadenas invisibles", en el que denunciaba cómo la identificación y, por lo tanto, la protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual tiene graves fallos estructurales en España. La organización analizaba cómo las autoridades españolas priman la persecución del delito, por lo que las víctimas son instrumentalizadas y vistas como pruebas para la investigación, y no como personas necesitadas de protección durante todo el ciclo.



*colectivos vulnerables, a fin de permitir el acceso de las potenciales víctimas de trata de seres humanos y de explotación sexual, incluidas las derivadas del desplazamiento de personas que huyen del conflicto armado en Ucrania, el real decreto-ley habilita la acreditación de estas situaciones mediante un informe emitido por los servicios públicos encargados de la atención integral a estas víctimas o por entidades sociales debidamente reconocidas por las Administraciones Públicas competentes como especializadas en la materia”.*

Esta acreditación permite a la víctima prescindir de la identificación hasta ahora realizada en exclusiva por las FCSE y tener la condición de víctima sin necesidad de declarar ante la policía, sin necesidad de que la policía sepa de su existencia. La cuestión que se plantea es ¿cómo se puede proteger a las víctimas las FCSE si no saben que existen?

El Plan Camino, puesto en marcha por el Ministerio de Igualdad, aboga por una regularización y promueve el acceso a la regularización documental de las víctimas e impulsa el análisis de las necesidades de protección de estas con el fin de orientar futuras mejoras normativas en este ámbito, ya que, en España, el 90% de las mujeres que atienden las organizaciones son mujeres migradas en situación administrativa irregular.

Los problemas existen al igual que el incorrecto funcionamiento del sistema y negarlo es un grave error. Se debe conocer la realidad, tal cual es, y a partir de ahí podremos se podrá actuar y proteger a las víctimas.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

La trata de seres humanos es el tercer negocio más lucrativo del mundo, no podemos enfrentarnos a este problema ignorando ese dato. No parece que la solución sea sencilla ni que pase por legalizar la prostitución. La red criminal y el entramado que hay detrás es mucho más complejo que todo eso, se debe ir al origen y este siempre es el dinero.

Se insiste por parte de la asociación en que el foco debe ponerse en las víctimas, en otorgar soluciones reales a su situación, darles una alternativa real.

Otro problema del que poca gente se hace eco es la prostitución en internet, al igual que una víctima puede ser captada y explotada sexualmente en un club lo puede ser también en internet.

Parece que todos los movimientos están orientados a erradicar la prostitución y la trata de las calles, pero se olvidan la existencia de un mundo tecnológico, completamente globalizado, accesible y sin límites al que acceden cada vez más jóvenes (con una edad media de 11 años) para los que la pornografía es algo normal.

¿Una solución? La educación, en la sociedad existe un problema de base que se resuelve desde la educación en edades muy tempranas, para poder romper con patrones de conducta que perduran de generación en generación que asumen como normal, comportamientos que no deberían serlo.



Desde la Asociación se defiende la necesidad de una ley a nivel estatal que pueda dar respuesta y, sobre todo, protección a las víctimas, que facilite su inserción en la sociedad y su protección efectiva porque todas las víctimas son o deben ser iguales a efectos de su protección. Para que se logren leyes que sean verdaderamente efectivas es preciso un trabajo previo de escucha a las víctimas de forma que las leyes se ajusten a su situación, por eso no se puede hablar por ellas, se debe dejar que sean ellas las que hablen, y escucharlas.

## **9. CONCLUSIONES**

PRIMERA.- La trata de seres humanos es un problema global y como tal debe ser tratado. La actuación de los Estados debe ser única y coordinada en la lucha contra este delito y su erradicación. Erradicación que dista mucho de producirse porque no debe olvidarse que es uno de los negocios más lucrativos del mundo.

Aunque suponga una violación de los derechos humanos más básicos y elementales el papel del dinero en cualquier sociedad siempre juega un papel decisivo en la toma de decisiones. Decía Leon Tolstoi: *"El dinero es una nueva forma de esclavitud, que solo se distingue de la antigua por el hecho de que es impersonal, de que no existe una relación humana entre amo y esclavo"*.

SEGUNDA.- Aunque la lucha contra la trata tiene cada vez más peso e importancia en los ordenamientos jurídicos, no es suficiente. Algunos ordenamientos, en concreto el español, no dan una respuesta efectiva y real



al problema, pues no afronta el problema de la trata de seres humanos en su dimensión real, quizá podría introducirse un tipo delictivo que hable de esclavitud, que es lo que realmente se produce con este fenómeno de trata. Quizá la solución radique ahí, en reconocer que tenemos un problema. ¿Estamos dispuestos como estado social y democrático de derecho a aceptar que dentro de nuestras fronteras existen personas esclavizadas?<sup>116</sup>

TERCERA.- La labor de las organizaciones no gubernamentales, oficinas de apoyo y asociaciones de protección de las víctimas son esenciales en la lucha y erradicación de este delito.

La situación de vulnerabilidad por la que atraviesen determinadas mujeres las convierte en foco de los traficantes y en potenciales víctimas. Las campañas de información, las actuaciones coordinadas con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y la ayuda social y psicológica es imprescindible. No solo previenen el delito en muchos casos, sino que prestan la ayuda que necesitan a las víctimas una vez producido.

La situación de esclavitud sufrida, los ataques tan crueles para su vida, integridad física y moral convierte a estas asociaciones en su principal apoyo para seguir adelante. Para buscar un futuro mejor y más seguro.

CUARTA.- Sin clientes no hay trata. Se debe poner el foco en ellos. La venta de mujeres y niñas a cambio de dinero existe porque alguien paga por ello. En mayo del

---

<sup>116</sup> Véase PÉREZ ALONSO, ESTEBAN; "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología". 2022, núm. 24-07, pp. 1-50"





año 2022 el PSOE presentó una proposición de ley para introducir, en la redacción de la LO 10/2022<sup>117</sup>, entre otras cosas, la posibilidad de castigar a los clientes de prostitución, aunque posteriormente fue rechazada. Posibilidad que también se incluía en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Convenio nº197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España el 1 de agosto de 2009.

La nueva estrategia de la Unión Europea para prevenir la trata, desarticular los modelos delictivos de negocio y empoderar a las víctimas (2021-2025) también menciona entre sus objetivos *la reducción de la demanda que estimula la trata*. La Comisión estudiará la posibilidad de establecer normas mínimas de la Unión Europea que tipifiquen como delito el uso de los servicios derivados de la explotación de víctimas de la trata de seres humanos.

QUINTA.- ¿Existe una protección real de las víctimas de trata? La respuesta al hilo de las entrevistas es poco esperanzadora. Tanto desde las FCSE como desde las ONG insisten en que se puede hacer mucho más. La figura del testigo protegido no está cumpliendo su misión y las víctimas están desprotegidas, en la mayoría de los casos, ¿por qué existe distinción entre víctimas que colaboran en la investigación y las que no? ¿Acaso no han sido sometidas a los mismos actos repulsivos y reprochables?

---

<sup>117</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.



SEXTA.- ¿La identificación de las víctimas por parte de organizaciones facilitará la labor o supondrá un problema añadido? Puede dar lugar a abusos y a un uso incorrecto de los recursos del Estado -que necesariamente son limitados-. Por ello se hace necesario la existencia de una identificación conjunta que permita una mayor seguridad y certeza.

SÉPTIMA.- Aunque los avances en la materia son destacables queda mucho por hacer y es nuestra obligación contribuir. Martin Luther King, Jr, declaró en 1960 "*La injusticia en cualquier parte es una amenaza a la justicia en todas partes*"

## 10. RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS

### - BIBLIOGRAFÍA:

BADIA MARTÍ, ANNA M<sup>a</sup>., Catedrática de derecho internacional público de la universidad de Barcelona. *Recopilación normativa sobre la trata de personas especialmente mujeres y niñas*. 2008. Proyecto de investigación.

FERNÁNDEZ OLALLA, PATRICIA. *La colaboración de las víctimas en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal*. Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2014.



FERNÁNDEZ OLALLA, PATRICIA; GARCÍA VÁZQUEZ, SONIA., *La Trata De Seres Humanos*. 1. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2015.

GUARDIOLA LAGO, MARÍA JESÚS., *El tráfico de personas en el derecho penal Español*. 2007. Colección monografías Aranzadi.

MARCOS, LILIANA., *Explotación sexual y trata de mujeres*. 2006.

MUÑOZ CUESTA, FRANCISOS JAVIER., *Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal*. Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2011.

PÉREZ ALONSO, ESTEBAN., *Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2022, núm. 24-07.

RALD PHILIPP, RITA; GÓMEZ VÁZQUEZ, MARÍA BEGOÑA., *Formas extremas de violencia contra las mujeres. Escenarios de prostitución, violencia y explotación sexual*. 2019. Universidad de Santiago de Compostela. Págs. 19 a 27 y 133 a 142.

RUBIO LARA, PEDRO ÁNGEL; PÉREZ ALBADALEJO, MIRIAM., *El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español: problemas e intentos de solución*. Revista Aranzadi Doctrinal num.7/2016.



*Cadenas invisibles: identificación de víctimas de trata en España.*, Amnistía Internacional. Octubre de 2020.

*Los derechos de las víctimas de trata de seres humanos en la Unión Europea.*, ISBN 978-92-79-28443-4, oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2013.

*Los derechos humanos y la trata de personas.* Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas., *Folleto informativo nº36.* New York y Ginebra, 2014.

- JURISPRUDENCIA:

*Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 819/2022 de 14 de octubre RJ\20223727.* Ponente: Excmo. Sr. Javier Hernández García.

*Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª) Sentencia núm. 14/2022 de 20 de diciembre ROJ: SAP P 563/2022.* Ponente: Excmo. Sr. José Alberto Maderuelo García.

*Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª) Sentencia núm. 277/2020 de 19 de noviembre ROJ: SAP S 1145/2020.* Ponente: Excmo. Sra. Paz Mercedes Aldecoa Álvarez Santullano.

*Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1ª) Sentencia núm. 5/2023 de 10 de enero ROJ: SAP C 7/2023.* Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Alfredo Picatoste Sueiras.



Gabilex

Nº 37

Marzo 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL  
COORDINADA POR  
JAIME PINTOS SANTIAGO**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**





## **LITIGIOS CLIMÁTICOS EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS.**

### **UNA APROXIMACIÓN A SU DESARROLLO EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA.**

**D. Jose Luis Villegas Moreno**

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad  
Pontificia Comillas de Madrid

**Resumen:** Esta investigación tiene por objeto una aproximación a este importante y novedoso aspecto de la justicia ambiental ante la crisis climática, con especial interés sobre los derechos humanos y más en concreto de los derechos de las generaciones futuras. Se aspira a una aproximación al estado de los litigios climáticos tanto en Europa como en América Latina, a través de los casos más destacados o emblemáticos que ya han sido decididos judicialmente o que están en curso. Y detectar las tendencias al respecto. Se abordan temas clave del momento actual: el cambio climático, los derechos humanos y la herramienta del litigio climático para determinar el combate desde esa perspectiva de derechos humanos frente a la gravísima crisis climática que afecta a la humanidad.





**Palabras Clave:** Litigios climáticos derechos humanos Europa América Latina

**Abstract:** This research aims to approach this important and novel aspect of environmental justice in the face of the climate crisis, with a special interest in human rights and more specifically in the rights of future generations. The aim is to approach the state of climate litigation both in Europe and Latin America, through the most prominent or emblematic cases that have already been judicially decided or are ongoing. And to detect trends in this regard. Key issues of the present time are addressed: climate change, human rights and the tool of climate litigation to determine the fight from that human rights perspective against the very serious climate crisis affecting humanity.

**Keywords:** Climate litigation human rights Europe Latin America

*"Si en la puerta del infierno de Dante Alighieri estaba escrito: "Deja toda esperanza tú que estás llegando", en la puerta de la nueva civilización de la era de la tierra y el mundo globalizado estará escrito, en todas las lenguas que existen sobre la faz de la tierra: "tú que vienes, nunca pierdas la esperanza". El futuro pasa a través de esta utopía. Su amanecer ya ha sido anunciado.(Liberar la Tierra. Una ecoteología para un mañana posible, Leonardo Boff, 2018).*



**Sumario:** I.- INTRODUCCIÓN. II.- EL CAMBIO CLIMÁTICO ES UN HECHO NOTORIO. 1.-Emergencia climática. 2.- Impacto sobre los derechos humanos. 3.- Acciones para luchar contra el cambio climático. III.- CENTRALIDAD DEL ENFOQUE DE DDHH EN EL CC. 1.- Conexión Cambio Climático y Derechos Humanos. 2.-La equidad intergeneracional en el litigio climático. IV.- LITIGIOS CLIMÁTICOS. 1.- Qué debe entenderse por litigios climáticos. 2.-Panorama de litigación climática. V.- LITIGACIÓN CLIMÁTICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA. 1.- Escenario actual y tendencias. 2.- Casos más relevantes. VI.- CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

## I.- INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por **objeto** una aproximación a este importante y novedoso aspecto de la justicia ambiental ante la crisis climática, con especial interés sobre los derechos humanos y más en concreto de los derechos de las generaciones futuras. El protagonismo de los jóvenes que actúan por ellos y por las generaciones futuras cada vez es mayor en los litigios climáticos que se plantean como tendencia global. Al final nos plantearemos si en la conexión entre cambio climático y derechos humanos es viable hablar de un derecho a un clima estable.

Con esta investigación se aspira a una aproximación al estado de los litigios climáticos tanto en Europa como en América Latina, a través de los casos más destacados o emblemáticos que ya han sido decididos judicialmente



o que están en curso. Y detectar las tendencias al respecto.

El tema que aquí pretendemos abordar es de gran **importancia** e interés en la actualidad ya que enfoca temas claves de esta época: el cambio climático, los derechos humanos y la herramienta del litigio climático para determinar el combate desde esa perspectiva de derechos humanos frente a la gravísima crisis climática que afecta a la humanidad.

Con respecto a la **metodología** utilizada, esta investigación se realizó a partir de fuentes secundarias de información, cuya principal herramienta de construcción epistemológica es el análisis inductivo desde un punto de vista jurídico-ambiental.

El trabajo se ha **estructurado** en cuatro apartados y al final se incluyen las conclusiones. En la primera parte se analiza la notoriedad del cambio climático como un hecho real, destacando la emergencia y crisis climática actual. Se conecta este fenómeno con los derechos humanos y su impacto, y se describen las principales acciones que en la comunidad global se vienen realizando para la lucha contra el cambio climático.

En la segunda parte se sitúa la investigación en el escenario de un enfoque central entre derechos humanos y cambio climático, destacando su conexión y poniendo de relieve el desafiante tema de la equidad intergeneracional en el litigio climático.

La tercera parte desarrolla dos contenidos fundamentales sobre los litigios climáticos tales como su conceptualización y delimitación, y una presentación del



panorama de litigación climática actual con sus desafíos y tendencias globales.

La cuarta parte se centra en el análisis de este fenómeno de los litigios climáticos en el contexto europeo y latinoamericano, presentando sus tendencias a través de las principales sentencias emitidas. Se cierra con un análisis de dos casos muy relevantes o emblemáticos que están conectados por el principio intergeneracional, pero con matices y enfoques diferenciados: La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso de la impugnación de la Ley Federal climática de 2021 y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el caso Generaciones futuras contra Colombia de 2018.

## **II.- EL CAMBIO CLIMÁTICO ES UN HECHO NOTORIO**

### **1.-Emergencia climática.**

A 50 años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo, el mundo se enfrenta a tres crisis planetarias que amenazan su futuro: el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, y la contaminación - residuos, así como a otros males que están afectando la prosperidad y el bienestar de esta y de futuras generaciones<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Organización de las Naciones Unidas, "Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos —nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad". *Programa para el Medio Ambiente*, UNEP Event, Suecia, 2 y 3 de junio de 2022. Consultado en: <https://www.unep.org/es/events/evento-de-onu-medio->



El Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, de 1992, en su artículo 1 lo entiende como un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.<sup>2</sup>El origen antropogénico del calentamiento global es claro, las actividades humanas son ya las responsables de un aumento de las temperaturas globales tal y como vienen advirtiendo los expertos sobre el cambio climático<sup>3</sup>.

Morin, desde su perspectiva de pensamiento complejo, se ha referido a la crisis ambiental planteando serias reflexiones sobre la vía ecológica para el futuro de la humanidad.<sup>4</sup>

---

[ambiente/estocolmo50#:~:text=Estocolmo%2B50%20es%20una%20reuni%C3%B3n,3%20de%20junio%20de%202022](#)  
[Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

<sup>2</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. Nueva York, 9 de mayo de 1992. Consultado en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf> [Fecha última consulta: 2 de junio de 2022]

<sup>3</sup> Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). *Sexto informe de evaluación del IPCC: Cambio Climático 2022*. Reporte, 28 de febrero de 2022). Disponible en: <https://www.unep.org/es/resources/informe/sexta-informe-de-evaluacion-del-ipcc-cambio-climatico-2022> [Fecha última consulta: 11 de junio de 2022].

<sup>4</sup> MORIN, E. *La vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, 2011.



La Encíclica “Laudato sí” del Papa Francisco<sup>5</sup> ya nos advertía en 2015 que hay un consenso científico generalizado no solo sobre que el calentamiento global de las últimas décadas se debe a la gran concentración de gases de efecto invernadero emitidos sobre todo a causa de la actividad humana, sino también en que sus efectos podrán ser cada vez peores si continuamos con los actuales modelos de producción y de consumo. Denuncia que hay una verdadera deuda ecológica entre el norte y el sur, solo remediable si los países desarrollados limitasen de manera importante el consumo de energía no renovable y apoyasen políticas y programas de desarrollo sostenible de los países más pobres. Reconoce que hay un ocultamiento generalizado de este problema por parte de quienes tienen más poder económico o político, empeñados en enmascarar los problemas o en ocultar los síntomas.

En los objetivos de Desarrollo Sostenible el ODS 13, bajo el título “Acción por el clima”, introduce el cambio climático como cuestión primordial en las políticas, estrategias y planes de países, empresas y sociedad civil, mejorando la respuesta a los problemas que genera, e

---

<sup>5</sup> FRANCISCO. *Laudatio‘Si. Carta encíclica del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la Casa común*. Dicasterio para las Comunicaciones, Librería Editrice Vaticana, Roma, 24 de mayo de 2015. Consultado en: [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html) [Fecha última consulta: 2 de diciembre de 2021].



impulsando la educación y sensibilización de toda la población en relación al fenómeno.<sup>6</sup>

El Acuerdo de París, aprobado en 2015, aspiraba a reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático manteniendo el aumento global de la temperatura durante este siglo muy por debajo de 2 grados Celsius con respecto a los niveles preindustriales. El acuerdo también aspira a reforzar la capacidad de los países para lidiar con los efectos del cambio climático mediante flujos financieros apropiados, un nuevo marco tecnológico y un marco de desarrollo de la capacidad mejorado.<sup>7</sup>

En 2019 el Parlamento Europeo declara la emergencia climática.<sup>8</sup> Pide a la Comisión Europea garantizar que todas sus propuestas legislativas y presupuestarias

---

<sup>6</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible, Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*. Consultado en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/> [Fecha última consulta: 9 de febrero de 2022]

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Cambio climático, El Acuerdo de París 12 de diciembre de 2015*. Consultado en: <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-acuerdo-de-paris> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

<sup>8</sup> Parlamento Europeo, "El Parlamento Europeo declara la emergencia climática", *Euronoticias*, 28 de noviembre de 2019. Consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20191121IPR67110/el-parlamento-europeo-declara-la-emergencia-climatica> [Fecha última consulta: 8 de diciembre de 2021].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

tienen en cuenta el objetivo de limitar el calentamiento global a un máximo de 1,5°C. Igualmente se insta a la UE a presentar su estrategia para lograr la neutralidad de las emisiones tan pronto como sea posible, y para 2050 a más tardar, a la Convención de la ONU sobre cambio climático. A finales de 2020 y con ocasión del quinto aniversario del Acuerdo del París, Naciones Unidas pide a todos los países del mundo que declaren la emergencia climática<sup>9</sup>.

España declara la emergencia climática en acuerdo del Consejo de Ministros en enero de 2020<sup>10</sup>, comprometiéndose a realizar las acciones necesarias para alcanzar la neutralidad climática impulsando el Pacto Verde Europeo.

En el sistema Interamericano la OEA a través de la CIDH ha reconocido la emergencia climática<sup>11</sup> valorando el ingente trabajo del IPCC y destacando que

---

<sup>9</sup> Organización de las Naciones Unidas, "Guterres pide a todos los países del mundo que declaren la emergencia". *Noticias ONU*, 12 de diciembre de 2020, Mirada global Historia humanas. Consultado en: <https://news.un.org/es/story/2020/12/1485502> [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].

<sup>10</sup> Ministerio para la Transición ecológica y el reto demográfico. *El Gobierno declara la emergencia climática*, 21 de enero de 2020. Consultado en: <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-declara-la-emergencia-clim%C3%A1tica-/tcm:30-506550> [Fecha última consulta: 15 de abril de 2022].

<sup>11</sup> Comisión Latinoamericana de Derechos Humanos, *Emergencia Climática Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*, Resolución 3/2021. Consultado en: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf) [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].





los compromisos reflejados por los Estados en sus obligaciones derivadas del Acuerdo de París estarían lejos de limitar la temperatura global promedio a 1.5°C. Peor aún, se prevé un aumento hacia una temperatura por encima de 2°C, si estos compromisos no se llegan a implementar.

La CEPAL está atenta a la emergencia climática y ha dedicado varios estudios para promover la lucha contra el cambio climático en perspectiva de acciones y no de reflexiones contemplativas.<sup>12</sup>

El 4 de abril de 2022 el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) publicó su último informe sobre la crisis climática con el título "Cambio climático 2022: impactos, adaptación y vulnerabilidad".<sup>13</sup> De forma contundente sostiene el informe que el cambio climático provocado por el hombre está causando una alteración peligrosa y generalizada en la naturaleza, lo que afecta la vida de miles de millones de personas en todo el mundo, a pesar de los esfuerzos que se han hecho para reducir su impacto. Las personas y los ecosistemas menos capaces de hacer frente a la

---

<sup>12</sup> BÁRCENA, "Alicia y otros, La emergencia del cambio climático en América Latina y el Caribe: ¿seguimos esperando la catástrofe o pasamos a la acción?". CEPAL, Nº 160 (LC/PUB.2019/23-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL (2020).

<sup>13</sup> Organización de las Naciones Unidas, Programa para el Ambiente, *Sexto informe de evaluación del IPCC: Cambio Climático 2022*. Reporte, 28 de febrero de 2022. Consultado en: <https://www.unep.org/es/resources/informe/sexto-informe-de-evaluacion-del-ipcc-cambio-climatico-2022> [Fecha última consulta: 12 de junio de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

situación son los más afectados. ofrece una evaluación detallada de los impactos, riesgos y adaptación al cambio climático en las ciudades, donde vive más de la mitad de la población mundial. La salud, la vida y los medios de subsistencia de las personas, así como los bienes y las infraestructuras críticas, incluidos los sistemas de energía y transporte, se ven cada vez más afectados por los peligros de las olas de calor, las tormentas, las sequías y las inundaciones, así como por los cambios de evolución lenta, como la subida del nivel del mar. Se habla de *ultimátum científico*.<sup>14</sup>

Estamos ante un hecho real<sup>15</sup> cuya notoriedad es contundente<sup>16</sup>. Como ha dicho Innerarity<sup>17</sup> el cambio climático es el mayor problema de acción colectiva al que el mundo se ha tenido que enfrentar como típico fenómeno de globalización, de interdependencia entre

---

<sup>14</sup> PLANELLES, Manuel. "Ultimátum científico: las emisiones deben tocar techo antes de 2025 y luego caer drásticamente para evitar la catástrofe climática". *Diario El País*, 4 de abril de 2020. Consultado en: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2022-04-04/ultimatum-cientifico-las-emisiones-deben-tocar-techo-antes-de-2025-y-luego-caer-drasticamente-para-evitar-la-catastrofe-climatica.html> [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].

<sup>15</sup> SANCHEZ DE ROJAS DIAZ, Emilio. "El cambio climático, un hecho real" en *Cuadernos de Derecho para ingenieros: los objetivos mundiales del Desarrollo Sostenible* (Manuel Aragón, Coord.), Nº43 (2018), Wolters Kluwer.

<sup>16</sup> FIGUERAS, Christiana y RIVETT-CARNAC, Tom. *El futuro por decidir: cómo sobrevivir a la crisis climática*. Editorial Debate, 2021.

<sup>17</sup> INNERARITY, Daniel. "Justicia climática" en *Dilemata*, ISSN-e 1989-7022, Nº. 9 (2012).



acciones y omisiones locales con efectos globales . Y sostiene, además, que la cuestión del cambio climático se ha convertido en una controversia ética y política de primera magnitud.

A pesar del deseo por la sostenibilidad planetaria y del amplio consenso científico sobre las causas humanas del cambio climático y los riesgos de las consecuencias del impacto climático sobre las comunidades humanas , el avance hacia soluciones efectivas sigue siendo lento<sup>18</sup>.

Como analizamos en este trabajo, el cambio climático se plantea también como un problema de justicia espacial (intrageneracional) y temporal (intergeneracional).<sup>19</sup>

## 2.- Impacto sobre los derechos humanos.

---

<sup>18</sup> Organización de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *El Estado del Litigio en materia de Cambio Climático una revisión global*. Mayo 2017. Consultado en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y> [Fecha última consulta: 15 de abril de 2022].

<sup>19</sup> DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. "El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021). Consultado en: DOI:<https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19409> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2022].



La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), ha reconocido que el cambio climático amenaza el disfrute efectivo de una serie de derechos humanos que incluyen los relacionados con la vida, el agua y el saneamiento, los alimentos, la salud, la vivienda, la autodeterminación, la cultura y el desarrollo. Emplaza a los Estados para defender los derechos humanos, para prevenir los efectos adversos predecibles del cambio climático y garantizar que aquellos a los que afecte, sobre todo los que estén en una situación de vulnerabilidad, tengan acceso inmediato a recursos y medidas de adaptación efectivos que les permitan vivir dignamente.<sup>20</sup> Las repercusiones negativas del cambio climático afectan de forma desproporcionada a personas y comunidades que ya se encuentran en situación de desventaja debido a, entre otros factores, su situación geográfica, género, edad, discapacidad, origen cultural o étnico, y que históricamente son las que menos han contribuido a la emisión de gases de efecto invernadero.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Organización de las Naciones Unidas. "La ACNUDH y el cambio climático". *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/climate-change> [Fecha última consulta: 29 de mayo de 2022].

<sup>21</sup> En particular, las personas, las comunidades e incluso Estados que ocupan zonas costeras de escasa elevación, territorios de la Tundra o del Ártico, territorios áridos y otros ecosistemas delicados y territorios que están en peligro y de los que dependen para instalar sus viviendas y obtener medios de subsistencia, se enfrentan a las mayores amenazas que plantea el cambio climático.



Los efectos adversos causados por el cambio climático podrían aumentar exponencialmente dependiendo del nivel al que llegue el cambio climático. El cambio climático, por tanto, exige una respuesta basada en los derechos globales. Es por ello fundamental que todos los organismos y entidades internacionales vinculados a los derechos humanos proclamen la trascendencia de los derechos humanos y el cambio climático a través de diversas resoluciones, informes y actividades sobre el tema y defendiendo un enfoque al cambio climático basado en los derechos humanos<sup>22</sup>.

En el Preámbulo del Acuerdo de París relativo a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático quedó claramente establecido que todos los Estados "al tomar medidas para abordar el cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos".<sup>23</sup>

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones en 2019 aprobó una importante Resolución sobre "Los Derechos

---

<sup>22</sup> Organización de las Naciones Unidas. "La ACNUDH y el cambio climático". *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/climate-change> [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].

<sup>23</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Cambio climático, El Acuerdo de París 12 de diciembre de 2015*. Consultado en: <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-acuerdo-de-paris> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Humanos y el Cambio Climático”<sup>24</sup>. Se insiste en que las partes firmantes en el contexto de las medidas para afrontar el cambio climático deben respetar, promover y considerar sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, destacando el derecho al desarrollo y la equidad intergeneracional. Hace notar la importancia de la interacción entre las entidades que velan por los derechos humanos y las que tratan el cambio climático, para que las soluciones contra el cambio climático promuevan y respeten los derechos humanos.

El Parlamento Europeo emitió en 2021 una importante Resolución sobre los efectos del cambio climático en los derechos humanos y el papel de los defensores del medio ambiente al respecto<sup>25</sup>. Insiste esta resolución en que el disfrute, la protección y la promoción de los derechos humanos basados en la dignidad humana y en un planeta sano y sostenible son interdependientes. El Parlamento hace a la Unión y a sus Estados miembros un encarecido pedimento para que actúen de manera creíble y fiable a escala mundial

---

<sup>24</sup> Official Documents System of the United Nations. ODS-Sédoc. Consultado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/223/68/PDF/G1922368.pdf?OpenElement> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2022].

<sup>25</sup> Parlamento Europeo. *Efectos del cambio climático en los derechos humanos y papel de los defensores del medio ambiente al respecto. Efectos del cambio climático en los derechos humanos y papel de los defensores del medio ambiente al respecto*. Consultado en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0245\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0245_ES.html) [Fecha última consulta: 3 de junio de 2022].



adoptando, consolidando y aplicando legislación acorde con un enfoque global de la acción por el clima basado en los derechos humanos con el fin de orientar las políticas y las medidas de mitigación del cambio climático y de adaptación a este y garantizar que sean adecuadas y acordes con las obligaciones en materia de derechos humanos fundamentales.

A finales de 2021 en el contexto del Sistema Interamericano, la CIDH emite la Resolución 3/21, publicada en marzo de 2022, sobre emergencia climática relacionada con los alcances y obligaciones sobre derechos humanos en la que se concluye que el cambio climático es una emergencia de derechos humanos.<sup>26</sup> Podemos decir que esta pionera resolución tiene como objeto sistematizar las obligaciones que tienen los Estados en materia de derechos humanos en el escenario de la crisis climática para que la ejecución de todas las acciones climáticas poseen un adecuado manejo de derechos humanos. En noviembre de 2021, en el marco de la COP 26 de la Convención Marco sobre Cambio Climático, la CIDH y la REDESCA<sup>27</sup> llaman a los Estados Miembros de la OEA a poner la protección de los

---

<sup>26</sup> Comisión Latinoamericana de Derechos Humanos, *Emergencia Climática Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*. Resolución 3/2021. Consultado en: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf) [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

<sup>27</sup> Organización de los Estados Americanos. *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (REDESCA). Consultado en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DESCA/default.asp> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

derechos humanos en el centro de sus políticas y acciones climáticas.

Como reconoce la CEPAL, el cambio climático constituye una amenaza tangible al pleno y efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. Es contundente al afirmar que el cambio climático ya está afectando la vida de las personas, el ejercicio de sus derechos y los ecosistemas de los que dependen.<sup>28</sup>

Amnistía Internacional advierte que son las devastadoras consecuencias del cambio climático para la humanidad en el presente y el futuro las que lo convierten en una cuestión de derechos humanos urgente.<sup>29</sup>

Teresa Vicente<sup>30</sup> nos recuerda que las consecuencias de la unión entre el cambio climático y los derechos humanos están por desarrollarse.

---

<sup>28</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Cambio climático y derechos humanos. Contribuciones desde y para América Latina y Caribe*. 2019. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf) [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

<sup>29</sup> Amnistía Internacional. *¡La crisis climática es una crisis de Derechos Humanos!* Consultado en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/cambio-climatico/> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

<sup>30</sup> VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. "Las relaciones entre la naturaleza y el Derecho. Justicia climática y derechos humanos. Justicia ecológica y derechos de la naturaleza" en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 37 (2020).





### 3.- Acciones para luchar contra el cambio climático

La actual crisis climática y ecológica confronta a la humanidad a un nuevo contexto, marcado por una creciente desigualdad, problemas sociales y ambientales complejos que ponen en riesgo la vida en el planeta.<sup>31</sup>

Vicente nos advierte que la acción ecológica y la acción climática no son una cuestión de eficacia, sino de justicia.<sup>32</sup> La justicia climática y la justicia ambiental se desarrollarían dentro del escenario de la teoría de la justicia y los derechos humanos. Ambos modelos de justicia se centrarían en las desigualdades humanas en general el cambio climático y la problemática ambiental, ya que allí radicaría el origen de la afección de los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, al agua, etc.

---

Consultado en: [https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones\\_naturaleza.html](https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones_naturaleza.html) [Fecha última consulta: 10 de abril de 2022].

<sup>31</sup> BADULES IGLESIAS, Darío. "La lucha contra el cambio climático. Una aproximación desde la perspectiva del Derecho" (reseña) en *Revista de Administración Pública*, Nº 214 (2021), p. 369. Consultado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7867388> [Fecha última consulta: 10 de junio de 2022].

<sup>32</sup> VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. "Las relaciones entre la naturaleza y el Derecho. Justicia climática y derechos humanos. Justicia ecológica y derechos de la naturaleza" en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 37 (2020). Consultado en: [https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones\\_naturaleza.html](https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones_naturaleza.html) [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].



Haremos una breve aproximación a los desarrollos de la lucha contra el cambio climático en el contexto del derecho internacional del medio ambiente.<sup>33</sup>Parejo<sup>34</sup> identifica los esfuerzos más relevantes de la comunidad internacional frente al cambio climático. El primer documento internacional a destacar es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992. En respuesta al segundo informe emitido por el IPCC, las partes firmantes de la Convención decidieron adicionar a esta el Protocolo de Kioto de 1997 (entró en vigor en 2005), que establece, por primera vez, objetivos de reducción de emisiones netas de gases de efecto invernadero para los principales países desarrollados y economías en transición, con un calendario de cumplimiento. Será en la Cumbre de París de 2015 donde se alcanzó efectivamente un acuerdo definitorio del marco global de lucha contra el cambio climático a partir de 2020 facilitador de una transición hacia una economía baja en emisiones y resiliente. Y en la siguiente cumbre y conferencia, celebrada en Marrakech en 2016, se fijó una hoja de ruta para la implementación de dicho acuerdo en el horizonte 2018. La Unión Europea ha sido, desde la entrada en vigor del

---

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ EGEA, Rosa M. "El derecho internacional del medio ambiente y del cambio climático", en *Cuadernos de Derecho para ingenieros: Derecho Ambiental y cambio climático* (José M. Sala Arquer, Coordinador), Nº41, Editorial Wolters Kluwer, 2017 [Fecha última consulta: 10 de junio de 2022].

<sup>34</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. "Cambio climático y Derecho" en *Estudios sobre cambio climático y transición energética. Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Iñigo del Guayo Castiella* ( José F. Alenza y Lorenzo Mellado, Coordinadores). Marcial Pons, 2022.



Protocolo de Kioto, uno de los actores del escenario internacional más comprometidos y decididos en la lucha contra el cambio climático. El Consejo Europeo decidió ya en 2007 fijar como objetivos: la reducción en un 20 por 100 (en relación con los niveles de 1990) de las emisiones de gases de efecto invernadero y el logro de una cuota del 20 por 100 tanto en energías renovables como en eficiencia energética; posteriormente en 2009 se activa la Directiva de Comercio de Derechos de Emisión, introductora de un techo europeo de emisiones y una asignación de derechos de emisión con normas comunes en toda la Unión, así como la fijación —para los sectores difusos no comprendidos por dicha Directiva— del esfuerzo de reducción de las emisiones a realizar por los Estados miembros. En el año 2018 se publican el Reglamento (UE) 2018/842, del Parlamento Europeo y del Consejo, que ha establecido objetivos nacionales de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030, y el Reglamento (UE) 2018/841, del Parlamento Europeo y del Consejo, que exige a los Estados miembros lograr un equilibrio entre las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura. Es de destacar la Comunicación de 28 de noviembre de 2018 titulada «Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra», donde la Comisión expone una visión que puede llevar a conseguir de aquí a 2050 las cero emisiones netas de gases de efecto invernadero en la Unión por medio de una transición socialmente justa realizada de manera rentable. Teniendo como norte la descarbonización del sector energético, se dicta en 2019



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

un nuevo paquete de medidas (de energía limpia). En la actualidad, la Unión Europea ha desarrollado La denominada Hoja de Ruta de la Energía para 2050, con objetivos más ambiciosos y la apelación a la necesidad de impulsar el cambio a nivel internacional. Y lo más reciente la aprobación de la Ley Europea del Clima<sup>35</sup>.

No debemos olvidar la influencia de los Principios de Oslo<sup>36</sup> que están contenidos en una declaración de buenas intenciones firmada el 1 de Marzo de 2015 en Oslo, Noruega, por un grupo internacional de expertos en Derecho internacional, Derechos humanos y Derecho ambiental, en la que se establecen las que, según los expertos, son las obligaciones de los Estados y las empresas indispensables para defender y proteger el clima de la Tierra y su biosfera, así como los medios para lograr su cumplimiento.

España, en el contexto de la UE, adelanta el camino hacia un nuevo paradigma energético, caracterizado por la descarbonización como la manera más eficaz de luchar contra el calentamiento global. En este escenario se ha aprobado la Ley 7/2021, de 21 de mayo, de cambio

---

<sup>35</sup> Consejo de Europeo. *El Consejo adopta la Ley Europea del Clima*", Comunicado de prensa, 28 de junio de 2021. Consultado en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/06/28/council-adopts-european-climate-law/> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

<sup>36</sup> Grupo de Expertos en Derecho Internacional, de Derechos Humanos y Medioambiental. *Principios de Oslo sobre obligaciones globales respecto al Cambio Climático*, 1 de marzo de 2015. Consultado en: [https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/Principios\\_de\\_Oslo.pdf](https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/Principios_de_Oslo.pdf) [Fecha última consulta: 12 de febrero de 2022].



climático y transición energética.<sup>37</sup> Como novedad de enfoque hacemos alusión a la tendencia del fenómeno de la resiliencia ambiental como mecanismo de acción contra los efectos del cambio climático.<sup>38</sup>

En términos climáticos, América Latina es una región vulnerable, que registra un aumento continuo de las emisiones de GEI totales.<sup>39</sup> La desigualdad económica y los problemas sociales y ambientales que enfrentan los países de América Latina configuran una región vulnerable, donde aumentan continuamente las emisiones de gases de efecto invernadero. Esto determina la necesidad de una acción climática urgente.

---

<sup>37</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Estudios sobre Cambio Climático y Transición Energética* (Prólogo). Estudios conmemorativos del XXV Aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella, Marcial Pons, 2022 [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

<sup>38</sup> FORTES MARTÍN, Antonio. "La resiliencia ambiental y el (re)posicionamiento del Derecho ante una nueva era sostenible de obligada adaptación al cambio" en *Actualidad Jurídica Ambiental*, Nº 92 (2019). Consultado en: [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/06/2019\\_07\\_01\\_Fortes\\_Resiliencia-ambiental.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/06/2019_07_01_Fortes_Resiliencia-ambiental.pdf) [Fecha última consulta: 15 de diciembre de 2021].

<sup>39</sup> Comisión Económica para América Latina. "Aumento de la ambición en la adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe" en *Serie de Estudios Climáticos Euroclima+* 13 (2019). Consultado en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/pdf\\_estudio\\_avance\\_s\\_agosto\\_2019\\_-\\_21-8v2.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/pdf_estudio_avance_s_agosto_2019_-_21-8v2.pdf) [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Los avances en la acción climática de América Latina<sup>40</sup> presentan luces y sombras.

Resaltamos la actividad legislativa con relación a la lucha contra el cambio climático en América Latina manifestada en las Leyes que al respecto existen en la región. Así, en primer lugar, destacamos la novedosa Ley Modelo sobre Cambio Climático y Seguridad Alimentaria y Nutricional para América Latina y El Caribe<sup>41</sup>, que fue aprobada por el PARLATINO<sup>42</sup> en 2021. Es un instrumento legal que diseña un marco jurídico referencial para inspirar leyes nacionales de los Estados

---

<sup>40</sup> Comisión Económica para América Latina. "Aumento de la ambición en la adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe" en *Serie de Estudios Climáticos Euroclima+* 13. 2022. Consultado en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/pdf\\_estudio\\_avances\\_agosto\\_2019\\_-\\_21-8v2.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/pdf_estudio_avances_agosto_2019_-_21-8v2.pdf) [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

<sup>41</sup> Frente parlamentario contra el Hambre de América Latina y el Caribe. *Aprueban primera ley sobre cambio climático y alimentación para América Latina y el Caribe*. 17 de febrero de 2021. Consultado en: <http://parlamentarioscontraelhambre.org/noticias/aprueban-primera-ley-sobre-cambio-climatico-y-alimentacion-para-america-latina-y-el-caribe> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

<sup>42</sup> Frente parlamentario contra el Hambre de América Latina y el Caribe. "Aprueban primera ley sobre cambio climático y alimentación para América Latina y el Caribe". 17 de febrero de 2021. Consultado en: <http://parlamentarioscontraelhambre.org/noticias/aprueban-primera-ley-sobre-cambio-climatico-y-alimentacion-para-america-latina-y-el-caribe> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].



de la región. Todo ello con fundamento en la conexión entre cambio climático y seguridad alimentaria y nutricional fomentada por la FAO. En segundo lugar, señalamos los países que tienen leyes contra el cambio climático: México, Guatemala, Honduras, Colombia, Perú, Brasil, Paraguay, Argentina.<sup>43</sup>

Como un escenario más para la acción contra el cambio climático en América Latina creemos oportuno traer a colación la creación en 2021 del Observatorio Parlamentario de Cambio Climático y Transición Justa (OPCC) como iniciativa conjunta de líderes parlamentarios de diversos países de América Latina y el Caribe y de otras regiones del mundo, con el objetivo de constituir una herramienta de información compartida sobre el estado de situación de la legislación y el tratamiento parlamentario ambiental en la región y otros países, apoyado por la CEPAL con ocasión de la COP 26.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. *América Latina y el Caribe. "Países que cuentan con ley sobre cambio climático, 2022.* Consultado en: <https://observatoriop10.cepal.org/es/mapas/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-cambio-climatico> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].

<sup>44</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Organización de las Naciones Unidas. *Evento Paralelo COP 26 - Parlamentos Latinoamericanos y Caribeños Protagonistas: anuncio del Observatorio Parlamentario de Cambio Climático y Transición Justa*, 9 de noviembre de 2021. Consultado en: <https://www.cepal.org/es/eventos/evento-paralelo-cop-26-parlamentos-latinoamericanos-caribenos-protagonistas-anuncio> [Fecha última consulta: 31 de marzo de 2022].



### **III.- CENTRALIDAD DEL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN EL CAMBIO CLIMÁTICO.**

#### **1.- Conexión Cambio Climático y Derechos Humanos**

Tal como ha destacado el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>45</sup>, es fundamental adoptar un enfoque basado en los derechos humanos que oriente las acciones diseñadas para abordar el cambio climático. Estos serían los parámetros básicos para un enfoque basado en los derechos humanos:

- Garantizar los derechos humanos al formular políticas y programas.
- Identificarse a los titulares de derechos y a sus derechos, así como a los correspondientes garantes de derechos y sus obligaciones, y así poder fortalecer sus capacidades para formular reclamaciones.
- Los principios y normas que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, deberían servir de guía para todas las políticas.

---

<sup>45</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Los Derechos Humanos y el Cambio Climático*, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 12 de julio de 2019, Tema 3 de la Agenda, 41 período de sesiones. . Consultado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/223/68/PDF/G1922368.pdf?OpenElement> [Fecha última consulta: 29 de noviembre de 2021].





En el escenario de la amenaza a los derechos humanos por la crisis climática<sup>46</sup> es pertinente determinar dónde conectan los derechos humanos y la crisis climática. Hasta hace poco tiempo la atención se ha venido focalizando principalmente en analizar el impacto de la crisis climática en el medio ambiente, los ecosistemas y la biodiversidad. No se han considerado las consecuencias en las personas<sup>47</sup>, ni cómo estos nuevos fenómenos impactan en los derechos. Esta visión ha limitado también que se pueda hacer frente a las responsabilidades de personas y autoridades ante la crisis climática, se atienda a los grupos más vulnerados o se exijan las políticas necesarias para paliar sus efectos.<sup>48</sup> Debe aspirarse a una visión holística de cómo se relacionan los derechos humanos y la crisis climática.

---

<sup>46</sup> ARRUEGO, Gonzalo: "¿(Des)protección frente al cambio climático a través de los derechos fundamentales? El caso del efecto globo del derecho fundamental a la vida". *Jornadas Internacionales: La lucha contra el cambio climático: una aproximación desde la perspectiva del Derecho*. Zaragoza (España), Memoria 2019.

<sup>47</sup> DE MONTALVO JAASKELAINEN, Federico. "Contaminación atmosférica y salud pública: una visión del cambio climático y sus repercusiones en la salud desde el derecho" en *Revista Icade*, (2012) mayo-agosto; "Medidas para la promoción de la salud pública desde una perspectiva jurídica: Información, incentivos y prohibiciones" en *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson-Aranzadi/Universidad Comillas, 2018.

<sup>48</sup> Centro Unesco del País Vasco-Euskal Herriko Unesco Zentroa. *Crisis climática. Amenaza a los derechos humanos*. 2020. Consultado en:



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Para el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, la obligación de los Estados consiste en proteger los derechos humanos para que la crisis climática no los vulnere. Debiéndose realizar con independencia de que el Estado en sí haya o no infringido los daños ambientales. Naciones Unidas ha indicado que las obligaciones de proteger los derechos humanos de la población se aplican también a los daños ambientales causados por empresas y otros actores privados.<sup>49</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>50</sup> en una trascendental decisión para el sistema interamericano se pronunció sobre la relación entre el medio ambiente y derechos humanos, reconociéndose el medio ambiente como un derecho humano de carácter autónomo y justiciable por la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así se determina que el cambio climático afecta directamente el derecho al medio ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado.

---

[https://www.unescoetxea.org/dokumentuak/crisis\\_climatica\\_DDHH.pdf](https://www.unescoetxea.org/dokumentuak/crisis_climatica_DDHH.pdf) [Fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022].

<sup>49</sup> Organización de las Naciones Unidas. *Acerca de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment/about-human-rights-and-environment> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

<sup>50</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 2017. Consultado en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) [Fecha última consulta: 23 de marzo de 2022].



La CEPAL ha sostenido que la acción climática debe ser coherente con las obligaciones, los estándares y los principios de derechos humanos. Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger, hacer efectivos y promover todos los derechos humanos para todas las personas en condiciones de igualdad y no discriminación. Por ello, deben tomar medidas afirmativas para prevenir vulneraciones de derechos humanos causadas por el cambio climático, incluidos los daños previsibles a largo plazo.<sup>51</sup>

Es oportuno destacar que en el emblemático caso *Juliana vs. Usa* que se tramita en los tribunales de ese país desde 2015, en la sentencia interlocutoria de 2016 emitida por el Tribunal de Distrito en Oregon, se aceptó la conexión entre el cambio climático y los derechos humanos reconociendo el derecho fundamental a un sistema climático capaz de sustentar la vida humana.<sup>52</sup>

Parece oportuno destacar que recientemente se vienen produciendo desarrollos en materia de derechos ambientales. En efecto, en el ámbito del Sistema

---

<sup>51</sup> Comisión Económica para América Latina (CEPAL). *Cambio climático y Derechos Humanos. Contribuciones desde y para América Latina y Caribe, 2019*. Consultado en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf) [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].

<sup>52</sup> Columbia Climate School, Sabin Center for Climate Change Law 2021. Consultado en: <https://climate.law.columbia.edu/content/global-network-peer-reviewers-climate-litigation/>.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Interamericano tenemos el Acuerdo de Escazú<sup>53</sup> que entró en vigor en 2021. Y en el ámbito de Naciones Unidas en 2021 el Consejo de Derechos Humanos ha reconocido que un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano.<sup>54</sup>

## **2.-La equidad intergeneracional en el litigio climático.**

La preocupación intergeneracional no es nueva en el derecho ambiental<sup>55</sup>. Diversas constituciones en el contexto iberoamericano y europeo han venido

---

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José Luis. "Las contradicciones ambientales en América Latina a propósito del Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe)" en *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 58 (2021).

<sup>54</sup> Organización de las Naciones Unidas. "El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano" en *Noticias ONU*, 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498132> [Fecha última consulta: 21 de noviembre de 2021]

<sup>55</sup> LEÓN JIMÉNEZ, Fernando. "¿Derechos ambientales de las generaciones futuras?" en *Estudios*. Disponible en: <https://huespedes.cica.es/qimadus/18/05.html> [Fecha última consulta: 31 de marzo de 2022]; DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. "El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021); SANTACOLOMA-MENDEZ, Laura J. "El cambio climático y su relación con las generaciones futuras como sujetos de derechos" en *Revista Eleuthera*, vol. 13 (2015), Universidad de Caldas.



recogiendo el derecho de las generaciones futuras a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado y algunas han establecido la responsabilidad intergeneracional.<sup>56</sup> La defensa de los derechos de las generaciones futuras cada vez es más frecuente ante los órganos jurisdiccionales a través de interpretaciones intertemporales o diacrónicas<sup>57</sup>, destacándose la reciente decisión del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021, y la sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 2018 que serán analizadas en el último capítulo de este trabajo. La perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales es la mayor novedad de estas sentencias. Esta figura "intergeneracional" será especialmente relevante para los desarrollos de los asuntos del cambio climático en clave judicial<sup>58</sup>.

En el Sistema Interamericano el Acuerdo de Escazú reconoce la protección del derecho de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente sano, reconociendo la equidad intergeneracional como principio.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Son los casos de las constituciones de Venezuela, Ecuador y Uruguay, entre otros. En el caso de Europa, la de Alemania, Luxemburgo, Noruega, Bélgica, Polonia y Hungría.

<sup>57</sup> RUIZ PRIETO, Mario. "Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la sentencia alemana del cambio climático y su doctrina". REALA, Nº 17, abril 2022.

<sup>58</sup> SANTACOLOMA-MÉNDEZ, Laura J. "El cambio climático y su relación con las generaciones futuras como sujetos de Derechos" en *Revista Eleuthera*, vol. 13, 2015, Universidad de Caldas.

<sup>59</sup> DURÁN MEDINA Valentina y NALEGACH ROMERO, Constante. "Justicia climática, construcción de sociedades



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Si bien el camino de presentar argumentos climáticos basados en derechos humanos ha sido lento, la búsqueda de una responsabilidad intergeneracional empieza a ser objeto de litigio climático.<sup>60</sup>

La inactividad frente al cambio climático activa el escenario relativo a las cargas derivadas de la lucha contra el cambio climático pudiendo llegarse inclusive a las que se impondrán para las generaciones presentes y para las generaciones futuras ante la imposibilidad de satisfacer necesidades básicas. Es decir, que esta inactividad o carencia desplazaría los daños ecológicos y sociales a los habitantes de la tierra en el futuro.<sup>61</sup> Está siendo ya frecuente que jóvenes activistas por el clima tanto en nombre propio como en el de las generaciones futuras interpongan demandas ante los tribunales para defender sus derechos e intereses. Así las cosas, la relevancia de la conexión intergeneracional en los litigios

---

pacíficas y rendición de cuentas” en *El Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental y su relación con la agenda 2030 y para el Desarrollo Sostenible*, CEPAL, 2021, pp. 105 y ss.

<sup>60</sup> TORRE-SCHUB, Marta. “Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: Tendencias, oportunidades, obstáculos” en *Estudios* (2021). Disponible en: <https://huespedes.cica.es/qimadus/37/37-02-nuevosdesarrollos.html> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

<sup>61</sup> DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. “El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional” en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021). Consultado en: DOI:<https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19409> [Fecha última consulta: 21 de enero de 2022].



climáticos es clara, con fundamento en los principios de Desarrollo Sostenible y de Equidad Intergeneracional.<sup>62</sup>

En los litigios climáticos hay un trasfondo en las pretensiones de carácter intergeneracional. Se trata de comprender que, si existen necesidades humanas básicas universales y que, si están vinculadas con criterios de sostenibilidad, resulta totalmente viable plantearlas en el tiempo y espacio. Al vincular el riesgo que plantea el cambio climático con la necesidad de salvaguardar las condiciones naturales y necesidades básicas de las generaciones presentes y futuras, se nos presenta el litigio climático como esa herramienta adecuada para aminorar las consecuencias terribles del futuro.<sup>63</sup>

En este escenario de defensa de los derechos fundamentales en clave "diacrónica", la proliferación de litigios climáticos con fundamento en los derechos de las generaciones futuras se reproduce en Pakistán, Corea

---

<sup>62</sup> MORAGA S. Pilar. "El principio de equidad intrageneracional", en *Principios de Derecho ambiental y Agenda 2030*, VVAA, Tirant lo Blanch (2019). ONU-Derechos Humanos: Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Consultado en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP\\_ReportSpanish.PDF](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP_ReportSpanish.PDF) [Fecha última consulta: 21 de enero de 2022].

<sup>63</sup> DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. "El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021). Consultado en: DOI:<https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19409> [Fecha última consulta: 21 de enero de 2022].



del Sur, Perú, México, Colombia, Australia, Alemania, Francia, Unión Europea, Usa.<sup>64</sup>

En este trabajo no analizaremos todos los casos identificados ya que nuestro enfoque se limita a Europa y América latina y, dentro de este ámbito espacial, a los casos escogidos por ser más relevantes o emblemáticos y que son desarrollados en el punto V.

En el desarrollo de estas reflexiones generacionales nos preguntamos si es posible hablar del derecho fundamental a un clima estable. Luce pertinente esta pregunta en un escenario cada vez más creciente de litigación climática basada en derechos humanos. ¿Estaríamos ante un derecho incluido en el derecho a un medio ambiente, sano, seguro y ecológicamente equilibrado? ¿Este derecho humano podría verse afectado por la degradación ambiental y el cambio climático?. Los acontecimientos en pleno desarrollo aportarán las respuestas.

#### **IV.-LITIGIOS CLIMÁTICOS**

##### **1.- Qué debe entenderse por litigios climáticos.**

Hay que reconocer la singularidad del litigio climático en el contexto de la justicia climática global. El PNUMA considera como "litigios del cambio climático" aquellos casos que han sido llevados ante instancias administrativas, judiciales o investigativas, que presentan cuestiones de hecho o de derecho de aspectos

---

<sup>64</sup> MORALES CERDAS, Vanessa y SAGOT RODRIGUEZ, Álvaro. "Litigios climáticos: Aliados legales ante la crisis global" en *Actualidad Jurídica Ambiental*, Nº116 (2021).





científicos del cambio climático o esfuerzos de mitigación y adaptación al cambio climático.<sup>65</sup> Algunos autores se refieren a contenciosos climáticos diferenciándolos de los contenciosos ambientales.<sup>66</sup> Vicente parte de que los conflictos climáticos materializan la justicia climática. Para la autora las disputas climáticas persiguen presionar al legislador estatal, la administración estatal y las entidades privadas para cumplir, por intermedio del poder judicial del Estado, el compromiso mundial de garantizar un clima adecuado.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Organización de las Naciones Unidas . *El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global*. Columbia Law School, 2017. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

<sup>66</sup> MORALES CERDAS, Vanessa y SAGOT RODRIGUEZ, Álvaro. "Litigios climáticos: aliados legales ante la crisis global" en *Actualidad jurídica ambiental*, sección Comentarios, Nº116 (2021). Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2021/09/2021-08-10-Morales-Sagot-Litigios-climaticos-corregido.pdf> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

<sup>67</sup> VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. "Las relaciones entre la naturaleza y el Derecho. Justicia climática y derechos humanos. Justicia ecológica y derechos de la naturaleza" en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 37 (2020). Consultado en: [https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones\\_naturaleza.html](https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones_naturaleza.html) [Fecha última consulta: 22 de noviembre de 2022].



Hernández-Mendible<sup>68</sup> sitúa el litigio climático como una subcategoría del litigio ambiental. Lo entiende en dos sentidos: amplio y restringido. Lato sensu sería el conflicto o reclamación que se formula ante una autoridad pública sea administrativa, judicial, federal, estatal, tribal o local en la que las pretensiones de las partes o las decisiones plantean directamente una cuestión sobre el clima o los impactos del cambio climático. Stricto sensu sería el proceso que instauran las personas y, en específico, las ONGs defensoras de derechos humanos en general y del derecho humano al ambiente en especial, a título personal o en nombre colectivo, contra los Estados nacionales y empresas que tienen mayor responsabilidad en las emisiones de gases de efecto invernadero, ante los tribunales nacionales e internacionales. De Miguel<sup>69</sup>, reconociendo la amplitud del concepto, lo concreta para su estudio en reclamaciones presentadas ante órganos judiciales referidas a la mitigación o adaptación al cambio climático. Le Clercq distingue tres tipos de justicia ambiental: Litigación climática, justicia climática diferenciada y justicia climática retributiva. Incluye en la litigación climática demandas y acciones colectivas o individuales ante las consecuencias locales del cambio climático o ante la responsabilidad y la falta de acción o

---

<sup>68</sup> HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor. "El litigio por el cambio climático. Una revolución por los derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº219 (2022).

<sup>69</sup> DE MIGUEL PERALES, Carlos. "Litigación climática. Casos relevantes" en *Anuario de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2022.



de ambición de los gobiernos y empresas ante dicho fenómeno.<sup>70</sup>

De manera descriptiva se entiende como litigios climáticos los casos que plantean cuestiones relacionadas con las obligaciones legales que los Estados y empresas tienen en relación con la crisis climática. Son presentados ante organismos judiciales para buscar — entre otras cosas— el cumplimiento de leyes climáticas existentes; la ampliación del alcance de otras leyes para que aborden el cambio climático, el reconocimiento de la relación entre los derechos humanos fundamentales y los impactos de la crisis climática, y la compensación por las pérdidas y los daños.<sup>71</sup>

Parece que estamos ante un nuevo mecanismo de rendición de cuentas : el litigio climático.<sup>72</sup> Esta litigación

---

<sup>70</sup> LE CLERCQ, Juan Antonio. “Tipos de justicia ambiental”, en *Léxico de la crisis ambiental y el desarrollo sostenible* (blog), 28 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://crisisambientalydesarrollosostenible.wordpress.com/2021/09/28/tipos-de-la-justicia-ambiental/> [Fecha última consulta: 22 de noviembre de 2021].

<sup>71</sup> Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. *Litigios para promover (y acelerar) la acción climática*. 26 de julio de 2021. Disponible en: <https://aida-americas.org/es/blog/litigios-para-promover-y-acelerar-la-accion-climatica> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

<sup>72</sup> The London School of Economics and Political Science. *Global trends in climate litigation: 2021 snapshot*. 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-litigation-2021-snapshot/> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

climática se ha convertido en una herramienta fundamental para impulsar a los responsables de formular políticas y actores del mercado a diseñar y aplicar políticas como medio efectivo de mitigación y adaptación ante el cambio climático.<sup>73</sup>

Los casos de litigios climáticos que se tratan en este trabajo se enmarcan en el concepto restringido o stricto sensu antes descrito.

## 2.- Panorama de litigación climática

Las fuentes consultadas<sup>74</sup> y , en especial, el Informe mundial sobre litigios climáticos del PNUMA<sup>75</sup> nos ofrecen un resumen general del estado actual de los litigios sobre el cambio climático en todo el mundo, así como una evaluación de las tendencias mundiales en torno a este tipo de litigios. El último informe publicado

---

<sup>73</sup> Organización de las Naciones Unidas. *El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global*. Sección Ambiente, 2017.

<sup>74</sup> The London School of Economics and Political Science. *Global trends in climate litigation: 2021 snapshot*. 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-litigation-2021-snapshot/> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

<sup>75</sup> Organización de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe mundial sobre litigios climáticos. Revisión Global 2020*, 26 de enero de 2021. <https://www.unep.org/es/resources/informe/informe-mundial-sobre-litigiosclimaticos-revision-global-2020> [Fecha última consulta: 8 de abril de 2022].



en 2020 destaca el rápido aumento de los litigios climáticos que se ha producido en todo el mundo. En 2017, el número total de casos que se habían presentado era de 884 en 24 países mientras que, al 1 de julio de 2020, el número de casos se había duplicado prácticamente con al menos 1.550 casos de cambio climático presentados en 38 países. El informe constata cómo los litigios climáticos están obligando a los gobiernos y a los actores corporativos a perseguir objetivos más ambiciosos de mitigación y adaptación al cambio climático. Los hallazgos del informe advierten sobre tendencias emergentes que han sido clave en estos casos, incluido el papel de los derechos humanos fundamentales relacionados con un clima seguro y estable, y los casos que dan vida al derecho a un medio ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, el cual figura hoy en las constituciones de más de 100 países.

Los casos de litigios por el cambio climático han aumentado notablemente en los últimos seis años . El Sabin Center <sup>76</sup> en 2021 identifica la instauración de 90 litigios climáticos, 67 de los cuales en USA y 23 en otros países. El informe publicado en 2021 por el The Grantham Research Institute on Climate Change and the Environmen en la Escuela de Economía y Ciencias

---

<sup>76</sup> Columbia Climate School, *Sabin Center for Climate Change Law* 2021. Consultado en: <https://climate.law.columbia.edu/content/global-network-peer-reviewers-climate-litigation/> [Fecha última consulta: 18 de abril de 2022].



Políticas de Londres<sup>77</sup> con el título “Tendencias globales en litigios climáticos: instantánea de 2021”, analiza cifras de 40 países y 13 cortes y tribunales internacionales o regionales. Como hallazgo importante se destaca que se han presentado 1006 casos de litigios relacionados con el clima desde 2015 (año del Acuerdo de París) en comparación con 834 entre 1986 y 2014. El informe concluye que la mayoría de los casos han sido presentados contra gobiernos, generalmente por corporaciones, organizaciones no gubernamentales (ONG) e individuos. Una revisión cuantitativa de los resultados de 369 casos decididos encontró que el 58 por ciento eran favorables a la acción contra el cambio climático, el 32 por ciento eran desfavorables y el 10 por ciento no tenían un impacto obvio en la política climática. Como corolario de este informe diremos que nos ofrece una síntesis de las tendencias mundiales en los litigios sobre el clima, un fenómeno global en crecimiento. Está muy actualizado en números de casos conocidos, métricas y categorizaciones, y destaca algunas de las tendencias más relevantes en los argumentos y estrategias empleados por los diferentes litigantes. La atención se centra en los casos presentados o concluidos entre mayo de 2020 y mayo de 2021. Se puede afirmar que los litigios sobre el cambio climático continúan

---

<sup>77</sup> The London School of Economics and Political Science. *Global trends in climate litigation: 2021 snapshot*. 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-litigation-2021-snapshot/> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].



creciendo en importancia como una forma de avanzar o retrasar la acción efectiva sobre el cambio climático.

Como hallazgo de este informe por lo que atañe a América Latina, esta es la región donde se han presentado menos casos hasta 2017. Sin embargo, la Plataforma de Litigio climático para América Latina<sup>78</sup> identifica (para 2022) 50 litigios que utilizan argumentos climáticos para exigir responsabilidades a los gobiernos y a la industria en este ámbito espacial. Los países donde más demandas se han presentado son México, Brasil, Colombia y Chile.

Hecha esta aproximación a las métricas de los litigios climáticos según los informes referidos, nos toca destacar las tendencias recientes identificadas por el PNUMA<sup>79</sup> en el litigio climático, que pueden sintetizarse en:

---

<sup>78</sup> Plataforma de Litigio climático para América Latina y el Caribe. *Litigio climático para una región más justa*. Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].

<sup>79</sup> Organización de las Naciones Unidas. *El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global*. Programa para el Medio Ambiente. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Violaciones de los “derechos climáticos”: los casos se basan cada vez más en los derechos humanos fundamentales: derecho a la vida, salud, alimentación, al agua.
- Incumplimiento de los gobiernos para hacer cumplir sus compromisos en materia de mitigación y adaptación al cambio climático.
- Lavado verde y no divulgación: cuando los mensajes corporativos contienen información falsa o engañosa sobre los impactos del cambio climático.

Se está produciendo un desarrollo expansivo de los litigios climáticos en el escenario jurídico internacional<sup>80</sup> inusual . De manera general se aprecia que los litigios climáticos pretenden hacer comprender a los Estados que se debe actuar más y mejor en favor de la lucha contra el cambio climático<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> BORRÁS PENTINAT, Susana y VILLAVICENZIO CALZADILLA, Paola. *Justicia climática. Visiones constructivas desde el reconocimiento de la desigualdad*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Disponible en:

<https://editorial.tirant.com/co/libro/justicia-climatica-visiones-constructivas-desde-el-reconocimiento-de-la-desigualdad-susana-borras-pentinat-9788413973470> [Fecha última consulta: 29 de mayo de 2022].

<sup>81</sup> TORRE-SCHUB, Marta. “Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: Tendencias, oportunidades, obstáculos” en *Estudios*. Disponible en: <https://huespedes.cica.es/qimadus/37/37-02-nuevosdesarrollos.html> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].





Teresa Parejo sitúa la victoria del caso Urgenda como el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático<sup>82</sup>. La movilización ciudadana ante los tribunales para enfrentar la crisis ambiental y asegurar los derechos fundamentales básicos parece indetenible en el contexto global.<sup>83</sup>

La batalla judicial climática global está en pleno desarrollo a través de numerosos litigios climáticos más relevantes, resueltos o pendientes ante Tribunales de todo tipo en Argentina, Pakistán, Francia, Irlanda, Nigeria, Bélgica, EE.UU., Canadá, Alemania, Colombia y Noruega, España<sup>84</sup>, entre otros.<sup>85</sup> En el contexto del derecho comparado merece especial citación el caso emblemático *Juliana v. EE.UU.*, en que un grupo de jóvenes planteó ante el Tribunal de Apelaciones de Portland (Oregón) que las acciones del Gobierno que contribuyen al cambio climático violan sus derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad. Este caso ha sufrido desde su inicio en 2015 diferentes

---

<sup>82</sup> PAREJO NAVAS, Teresa. "La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial contra el cambio climático" en *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 177 (2016), pp. 259-279.

<sup>83</sup> RODRÍGUEZ GARABITO, César (editor). *Litigar la emergencia climática*, Editorial Siglo veintiuno, Argentina, 2022.

<sup>84</sup> DORESTE HERNÁNDEZ, Jaime. "El litigio climático en España: el juicio por el clima" en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Franciso J. Zamora et al. Directores, Aranzadi, 2022.

<sup>85</sup> SORO MATEO, Blanca. "Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº54, 2019.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

vicisitudes y aún se tramita en los tribunales de ese país<sup>86</sup>.

Como una conclusión en este punto podemos adelantar que los litigios contra el cambio climático reivindican la función judicial<sup>87</sup> aunque es perentorio que además acompañen en esta batalla los cambios legislativos y se desarrolle una política global que garantice el derecho a un clima estable.

## **V.- LITIGACIÓN CLIMÁTICA EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA .**

### **1.- Escenario actual y tendencias.**

Asistimos a una ola de litigación climática globalmente, si bien centramos nuestra investigación en Europa y América Latina. Por lo que respecta a Europa diremos que desde 2015 se han activado diferentes procesos judiciales sobre cambio climático como objeto central de las pretensiones planteadas, tomando como referencia el emblemático caso de Urgenda decidido por los tribunales holandeses.( A este caso nos referiremos en análisis en el próximo apartado). Podemos decir que asistimos a una "marea de litigios climáticos"

---

<sup>86</sup> Columbia Climate School. *Sabin Center for Climate Change Law* 2021. Consultado en: <https://climate.law.columbia.edu/content/global-network-peer-reviewers-climate-litigation> /[Fecha última consulta: 21 de marzo de 2022].

<sup>87</sup> DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac. "Tendencias globales de la justicia ambiental y el litigio contra el cambio climático" en *Revista Ius et Praxis*, Talca-Chile,Nº2 (2021).



parafraseando al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en su último informe.<sup>88</sup>

Como una muestra reveladora de la actividad litigiosa climática reciente en Europa identificamos los siguientes casos<sup>89</sup>: Unos sentenciados y otros que están en trámite. Urgenda vs. Países Bajos (2019) ;Shell (2021); Neubauer y otros vs. Alemania (2021); Climate Case Ireland (2020) ; Comune de Grande-Synthe vs. Francia (2021); Ongs vs. Italia (2021) ; Niños de Portugal vs. Consejo de Europa (2020); Greenpace vs. España (2020)

Por lo que respecta a América Latina entre las contradicciones ambientales y la injusticia climática la situación es más lenta a pesar de haber sido identificada como una de las regiones más vulnerables a los impactos de la crisis climática.<sup>90</sup> En este contexto se crea en febrero de 2022 la Plataforma de Litigio climático para

---

<sup>88</sup> Organización de las Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe mundial sobre litigios climáticos. Revisión Global 2020*, 26 de enero de 2021. Consultado en: <https://www.unep.org/es/resources/informe/informe-mundial-sobre-litigiosclimaticos-revision-global-2020> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].

<sup>89</sup> Columbia Climate School, *Sabin Center for Climate Change Law* 2021. Disponible en: <https://climate.law.columbia.edu/content/global-network-peer-reviewers-climate-litigation/> [Fecha última consulta: 21 de marzo de 2022].

<sup>90</sup> BOFILL, Patricio. *Aumento de la ambición en la adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe. Necesidades de métrica común*. Editorial Cepal, 2022.



América Latina<sup>91</sup> con la finalidad de contar con una herramienta útil para sistematizar, visibilizar y promover los litigios climáticos en la región para exigir a los gobiernos e industrias que tomen acciones contra el cambio climático. Están documentados 50 casos por esta plataforma. Los casos registrados evidencian el potencial de la acción colectiva y ciudadana contra los responsables de enfrentar el cambio climático. Ahora bien, en el contexto latinoamericano todavía hay desafíos<sup>92</sup> que superar en la defensa del clima a través de estos litigios, que pueden resumirse en: a) Las disparidades de poder que existen entre las comunidades y ciudadanos que promueven los litigios climáticos. b) La falta de jueces capacitados para entender que el cambio climático es un ataque a los derechos. c) La implementación de las sentencias es un desafío. d) La democratización del litigio climático como estrategia de lucha.

Como una muestra reveladora de la actividad litigiosa climática reciente en América Latina identificamos los siguientes casos: Futuras Generaciones vs. Colombia (2018); Justicia Ambiental y otros vs. Argentina (2020); Jóvenes vs. Perú (2019). Jóvenes vs. México (2020); Instituto de Estudios amazónicos vs. Brasil(2020); Fridays for Future y Engajamundo vs. Brasil (2021). La

---

<sup>91</sup> Plataforma de Litigio climático para América Latina y el Caribe. *Litigio climático para una región más justa*. Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> [Fecha última consulta: 2 de junio de 2022].

<sup>92</sup> ISLAS VARGAS, Maritza. ¿Por qué hablar de litigio climático en América Latina y el Caribe? Cambio ambiental global, metabolismo social local, gobernanza y alternativas. *Boletín N°3*, Claccso, pp. 42-46, (2022).



mayoría de los casos son contra gobiernos relacionados con actividades que agravan la crisis climática y promovidos por colectivos jóvenes, ONGs ambientalistas y pueblos indígenas.

Singular mención requiere el caso del campesino peruano Saúl Luciano contra la empresa alemana de energía RWE, que se está juzgando en Alemania desde 2015<sup>93</sup>. El origen de los hechos se sitúa en el altiplano peruano, aunque la demanda fue presentada en Alemania con el apoyo de la ONG Germanwatch. El demandante alegó que la empresa contribuyó al cambio climático al emitir volúmenes sustanciales de gases de efecto invernadero, teniendo cierta responsabilidad en el derretimiento de los glaciares de montaña, cerca de la ciudad de Huaraz donde vive. El caso fue admitido a trámite y se encuentra en sustanciación.

En una perspectiva global pueden establecerse apariencias, semejanzas y diferencias<sup>94</sup> entre las diferentes sentencias climáticas emitidas por tribunales

---

<sup>93</sup> Plataforma de Litigio climático para América Latina y el Caribe. *Litigio climático para una región más justa*. Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> [Fecha última consulta: 2 de junio de 2022].

<sup>94</sup> DE VILCHEZ MORAGUES, Pau. "Semejanzas aparentes, diferencias sustanciales. Análisis comparativo de las sentencias de los tribunales Supremos de Holanda, Colombia e Irlanda, en la reciente ola de litigación climática" en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Aranzadi, 2022.



en Europa y América latina, aunque este análisis comparatista<sup>95</sup> escapa a esta investigación.

## 2.- Casos más relevantes

Los casos que hemos escogido para analizar como destacados o emblemáticos en este escenario de litigios climáticos se centran en perspectiva de derechos humanos y, específicamente, con fundamento en la equidad intergeneracional y dimensión diacrónica de los derechos. Se han escogido para analizar los casos de Nulidad de la Ley Climática de Alemania de 2021, por Europa, y Generaciones futuras contra el Estado colombiano de 2018, por América Latina.

Aunque el argumento central del caso Urgenda no está sustentado en derechos humanos directamente, es indispensable referirnos al mismo dado su impacto y carácter emblemático<sup>96</sup>. Y, ajustando un poco su doctrina, podemos decir que la parte demandante alegó que el gobierno holandés retrocedió en su compromiso adquirido de emisiones de GEI, violando, entre otras cosas, derechos humanos protegidos en el marco del derecho internacional. Aunque la Corte de Distrito de La Haya (2015) no adoptó el argumento en primera instancia ni el Tribunal de Apelación (2018), el Tribunal Supremo Holandés (2019) sí se refirió a la legislación

---

<sup>95</sup> BAGNI, Silvia: "El aporte del Derecho Procesal Constitucional al litigio estratégico sobre el cambio climático: comentarios a los casos Urgenda y Juliana" en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019.

<sup>96</sup> PAREJO NAVAS, Teresa. "La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial contra el cambio climático" en *Revista de Derecho Administrativo*, N°177, abril-junio 2016.



internacional sobre derechos humanos para llegar a su determinación, de acuerdo con la cual el gobierno sí violó sus deberes adquiridos de protección. Esta sentencia es el primer precedente en la historia de litigación climática que obliga a un Estado a revisar su política de mitigación climática para proteger a sus ciudadanos frente a los efectos del cambio climático, con fundamento en la responsabilidad social del Estado.

Destacado también es el caso *Climate Case Ireland* de 2020<sup>97</sup>. Es un importante asunto de cambio climático decidido por la Corte Suprema de Irlanda en 2020. El caso fue presentado por el grupo ambientalista *Friends of the Irish Environment* (FIE). La Corte Suprema anuló al Gobierno del Plan Nacional de Mitigación de Irlanda de 2017 debido a que carecía de la especificidad requerida por la Ley Irlandesa de Acción Climática y Desarrollo Bajo en Carbono de 2015 (la Ley del Clima de 2015). La Corte Suprema ordenó al gobierno que creara un nuevo plan que cumpliera con la Ley del Clima de 2015.

En América Latina, concretamente en México, está en curso el caso conocido como *Jóvenes vs. México* iniciado en 2020. Un grupo de jóvenes, acompañados por la organización *Defensa Ambiental del Noroeste* promovieron una demanda de amparo contra el gobierno mexicano para exigir que cumpla con la Ley General del Cambio Climático y expida los reglamentos y políticas públicas que derivan de ella. En la demanda, los jóvenes solicitan que se protejan, se garanticen y se reparen sus

---

<sup>97</sup> *Climate Case Ireland*. 2022. Disponible en: <https://www.climatecaseireland.ie/> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

derechos humanos, derechos fundamentales en contra de las omisiones de las autoridades que sean responsables.

## **2.2.- Neubauer y otros vs. Alemania (2021)**

Contexto fáctico

Los demandantes son un grupo de jóvenes alemanes apoyados por Greenpeace y otras ONGs. Esta trascendental sentencia resuelve cuatro recursos presentados entre 2018 y 2020. La causa se inicia con un recurso de inconstitucionalidad que se fundamentaba en que los objetivos y medidas de la Ley Federal de Protección del Clima no son suficientes para proteger efectivamente sus derechos fundamentales de las consecuencias de la crisis climática, ni para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Gobierno alemán, como el Acuerdo de París.

Argumentación

El quid de la sentencia parece estar en el control de la norma en relación a la obligación medioambiental de lo establecido en la Ley Federal Climática y con el riesgo paralesivo sobre los derechos fundamentales futuros<sup>98</sup>. La doctrina de esta sentencia se sustentará sobre este argumento con novedoso enfoque como veremos.<sup>99</sup>

La argumentación de la sentencia hace honor a la complicada dogmática constitucional alemana y,

---

<sup>98</sup> RUIZ PRIETO, Mario. "Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la sentencia alemana del cambio climático y su doctrina" en *REALA*, Nº 17, abril (2022).

<sup>99</sup> DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. "El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021). Consultado en: DOI:<https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19409> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2022.





además, pareciera pretender influir más allá de sus fronteras por su enfoque internacional climático.<sup>100</sup> Si bien la sentencia ha provocado diferentes reacciones en Europa, en América Latina también ha recibido gran atención, existiendo un gran interés en el contexto de los operadores climáticos (jueces constitucionales, defensores, Ongs, entre otros). Curiosamente este tema sobre el cuidado del medio ambiente y de los derechos de las generaciones futuras que luchan contra el cambio climático ya había sido tratado en América Latina antes de la sentencia que comentamos<sup>101</sup>. Nos llama la atención que el Tribunal Constitucional Alemán haga referencia a la sentencia Urgenda varias veces (aunque sus argumentos sean diferentes) y a otras sentencias climáticas de Usa (Juliana), Nueva Zelanda e Irlanda, y no mencione ninguna sentencia que no sea de países más desarrollados, como es el caso de Generaciones Futuras vs. Colombia, sentenciado en 2018 por la Corte Suprema de Justicia de Colombia que tiene similitudes argumentativas con la sentencia que analizamos. El caso colombiano será presentado más adelante como la sentencia emblemática que hemos escogido para analizar por América Latina.

---

<sup>100</sup> GELINSKY, Katja. "¿El Tribunal Constitucional Federal como creador de tendencias internacionales? Protección del clima Made in Karlsruhe" en *Sostenibilidad*, Nº4 (2021), Konrad Adenauer Stiftung.

<sup>101</sup> FUCHS, Marie-Christine y THEISEN, Levon: "La naturaleza como sujeto de derecho. ¿La vía colombiana como ejemplo para Alemania?" en *Análisis y Argumentos*, Nº443 (2021), Konrad Adenauer Stiftung.



Si bien el fundamento de la sentencia tiene diversos argumentos, para efectos de nuestro estudio destacamos los siguientes:

- El Estado tiene la obligación constitucional de lograr una política climática efectiva para lograr la neutralidad climática.
- El legislador no había tomado suficientemente en cuenta la protección de la libertad futura de las personas comprometidas por el cambio climático.
- La conexión de las obligaciones climáticas con el cuidado de las futuras generaciones a través del principio de justicia intergeneracional. Es relevante el análisis de la protección de derechos humanos de las generaciones futuras a través del principio de justicia intergeneracional.
- Concibe futuras generaciones no como aquellas que no existen todavía, sino como aquellas que están vivas y vivirán en los próximos años.
- La protección de la libertad se interpreta como la obligación del Estado de repartir proporcionalmente las oportunidades de libertad entre las distintas generaciones.
- La perspectiva diacrónica de los derechos fundamentales.
- Pone en valor, en referencia a derechos fundamentales, a los peligros relacionados con la sostenibilidad.
- Establece una justa distribución de derechos y cargas entre generaciones.
- Analiza la aplicación del principio precautorio y principio de proporcionalidad en el establecimiento de cuotas de reducción conforme a la equidad intergeneracional.

### **2.3.- Generaciones futuras vs. Colombia (2018)**



### Contexto fáctico

Este caso es conocido como Generaciones futuras contra el Estado colombiano. 25 niños y jóvenes de diferentes regiones del país (precisamente de 17 ciudades y municipios que forman parte de las regiones con mayor riesgo por cambio climático en Colombia) apoyados por Dejusticia, interpusieron una tutela (amparo constitucional), que en primera instancia no fue admitida pero que en apelación la Corte sí lo admitió y decidió favorablemente. Pedían la defensa de sus derechos a gozar de un ambiente sano, a la vida, a la salud, a la alimentación y el agua, amenazados por la deforestación que se ensaña contra la Amazonía.

Esta novedosa sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre cambio climático<sup>102</sup>, se ha calificado como histórica por ser la primera sentencia en contra del cambio climático en América Latina.

Después de la sentencia se han presentado dos informes de seguimiento al caso, uno el 5 de abril de 2019 y otro el 20 de octubre de 2021; y entre octubre y noviembre del 2019 se realizaron una serie de audiencias para verificar los avances en el cumplimiento de la sentencia. Las conclusiones de los informes son que a la

---

<sup>102</sup> GUZMÁN, Diego. "En fallo histórico Corte Suprema concede tutela de cambio climático y generaciones futuras" en *Dejusticia*, 5 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/en-fallo-historico-corte-suprema-concede-tutela-de-cambio-climatico-y-generaciones-futuras/> [Fecha última consulta: 25 de mayo de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

fecha no ha existido un cumplimiento cabal de ninguna de las órdenes de la sentencia.<sup>103</sup>

### Argumentación

El alto tribunal colombiano les dio la razón, y para efectos de lo que interesa para este trabajo destacamos lo más relevante<sup>104</sup> que se declaró en la sentencia<sup>105</sup>:

- La notoriedad de un perjuicio inminente y grave porque la deforestación provoca la emisión de dióxido de carbono hacia la atmósfera, produciendo el efecto invernadero, el cual transforma y fragmenta ecosistemas, y altera el recurso hídrico.
- Existe un verdadero nexo causal entre el Cambio Climático generado por la reducción progresiva de la cobertura forestal, sobre la salud de las personas y los derechos a la vida digna, al agua y a la alimentación.

---

<sup>103</sup> Plataforma de Litigio climático para América Latina y el Caribe. *Litigio climático para una región más justa*. Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> [Fecha última consulta: 2 de junio de 2022].

<sup>104</sup> NARVÁEZ MONCAYO, Adrián. "La aplicación del Derecho Internacional ambiental: Evolución y aplicación en la sentencia 4360 de la Corte Suprema de Justicia colombiana" en *Derecho y cambio social*, Nº56 (2019).

<sup>105</sup> Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. Luis Armando Tolosa Villabona, Magistrado ponente. STC4360-2018 de 4 de abril de 2018. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf> [Fecha última consulta: 28 de noviembre de 2021].



- La Transgresión al principio de equidad intergeneracional<sup>106</sup>, los derechos ambientales de las generaciones futuras. Para el alto tribunal es obvia la transgresión a este principio ya que el pronóstico de incremento de la temperatura para los próximos 30 a 50 años es hasta de 2,14º, siendo las futuras generaciones, entre los que se incluyen los demandantes, las que serán directamente afectadas. Es en este punto donde la sentencia acepta la tesis diacrónica de los derechos fundamentales y determina que el fundamento de los derechos ambientales de las futuras generaciones se cimienta en el deber ético de la solidaridad de la especie y en el valor intrínseco de la naturaleza. Reconoce la relación jurídica obligatoria de los derechos ambientales de las generaciones futuras como prestación de no hacer, teniendo como efecto una limitación de la libertad de acción de las generaciones presentes, debiendo asumir una actitud de cuidado y custodia de los bienes naturales y del mundo humano futuro.
- Para proteger este ecosistema vital (pulmón del mundo) declara a la Amazonía como sujeto de derechos. (tal como lo hizo con el río Atrato en 2017 la corte Constitucional), y como pasó internacionalmente con los ríos Ganges y Yamuna (India) y el río Whanganui (Nueva Zelanda).

---

<sup>106</sup> La sentencia sustenta este argumento en la doctrina sobre los derechos fundamentales citando, especialmente, el trabajo de la profesora de la Universidad Carlos III de Madrid, María Rodríguez Palop titulado "Claves para entender los nuevos derechos" (Ediciones Catarata, Madrid, 2011).



- Que el Estado colombiano , en un plazo de no más de cuatro meses, formule un plan de acción de corto, mediano y largo plazo para contrarrestar la tasa de deforestación en la Amazonía, y hacerles frente a los efectos del cambio climático.
- Ordena la construcción (5 meses) de un Pacto Intergeneracional por la vida del Amazonas colombiano –PIVAC-, con la activa participación de la población.
- La sentencia reconoce con rotundidad que el Estado colombiano, pese a diferentes compromisos internacionales, no ha hecho lo suficiente para frenar la deforestación y el cambio climático en el país.

## **VI. CONCLUSIONES**

**1.-** El cambio climático es un hecho real. Sus causas principales están en el antropoceno, el vínculo entre la actividad humana y su influencia en la estabilidad del clima global está establecida a nivel científico. Sus efectos son devastadores, lo que nos sitúa en una clara emergencia climática.

El impacto del cambio climático sobre los derechos humanos nos plantea que estamos ante una emergencia de derechos humanos. La lucha contra el cambio climático en el contexto global y por lo que respecta a Europa y América Latina es importante pero no parece suficiente.

**2.-** La acción climática debe ser coherente con las obligaciones, los estándares y los principios de derechos humanos. En este orden cobra especial singularidad el



principio intergeneracional, el desarrollo de la equidad intergeneracional en el litigio climático a través de su dimensión diacrónica de los derechos humanos. Los derechos de las generaciones presente y futuras. La ola de litigios climáticos con este fundamento es indetenible.

**3.-** El litigio climático en sentido estricto, en clave judicial, es el que hemos estudiado en este trabajo, reconociendo la existencia de una vertiente amplia que abarcaría todas las reclamaciones por asuntos climáticos ante diversas instancias, judiciales, administrativas, nacionales, locales y supranacionales.

El panorama de la litigación climática, de sus desafíos y sus tendencias globales es ya un fenómeno de estudio y desarrollo que hemos pretendido concretar en este trabajo. El litigio climático es una herramienta fundamental para avanzar significativamente en esta lucha contra el cambio climático.

**4.-** Ha quedado reflejado el escenario actual y las tendencias de la litigación climática en Europa y América Latina, con sus luces y sombras. Los casos relevantes o emblemáticos analizados desde la perspectiva diacrónica de los derechos humanos de las generaciones futuras, evidencian el desarrollo indetenible de este fenómeno, al igual que las diferencias y semejanzas contextuales en las que se han emitido las sentencias analizadas.

Si bien los litigios climáticos buscan lograr justicia para las comunidades afectadas por los impactos de la crisis climática, uno de sus grandes desafíos es la implementación efectiva de los fallos judiciales.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

## VII. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

Amnistía Internacional. *¡La crisis climática es una crisis de Derechos Humanos!* Consultado en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/cambio-climatico/> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Estudios sobre Cambio Climático y Transición Energética* (Prólogo). Estudios conmemorativos del XXV Aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella, Marcial Pons, 2022 [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

ARRUEGO, Gonzalo: "¿(Des)protección frente al cambio climático a través de los derechos fundamentales? El caso del efecto globo del derecho fundamental a la vida". *Jornadas Internacionales: La lucha contra el cambio climático: una aproximación desde la perspectiva del Derecho*. Zaragoza (España), Memoria 2019.

Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente. *Litigios para promover (y acelerar) la acción climática*. 26 de julio de 2021. Disponible en: <https://aida-americas.org/es/blog/litigios-para-promover-y-acelerar-la-accion-climatica> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

BADULES IGLESIAS, Darío. "La lucha contra el cambio climático. Una aproximación desde la perspectiva del Derecho" (reseña) en *Revista de Administración Pública*, Nº 214 (2021), p. 369.





Consultado en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7867388> [Fecha última consulta: 10 de junio de 2022].

BAGNI, Silvia: "El aporte del Derecho Procesal Constitucional al litigio estratégico sobre el cambio climático: comentarios a los casos Urgenda y Juliana" en *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá, 2019.

BÁRCENA, "Alicia y otros, La emergencia del cambio climático en América Latina y el Caribe: ¿seguimos esperando la catástrofe o pasamos a la acción?". *CEPAL*, Nº 160 (LC/PUB.2019/23-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL (2020).

BOFILL, Patricio. *Aumento de la ambición en la adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe. Necesidades de métrica común*. Editorial Cepal, 2022.

BORRÁS PENTINAT, Susana y VILLAVICENZIO CALZADILLA, Paola. *Justicia climática. Visiones constructivas desde el reconocimiento de la desigualdad*. Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Disponible en:  
<https://editorial.tirant.com/co/libro/justicia-climatica-visiones-constructivas-desde-el-reconocimiento-de-la-desigualdad-susana-borras-pentinat-9788413973470> [Fecha última consulta: 29 de mayo de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Centro Unesco del País Vasco-Euskal Herriko Unesco Zentroa. *Crisis climática. Amenaza a los derechos humanos*. 2020. Consultado en: [https://www.unescoetxea.org/dokumentuak/crisis\\_climaticaDDHH.pdf](https://www.unescoetxea.org/dokumentuak/crisis_climaticaDDHH.pdf) [Fecha última consulta: 2 de noviembre de 2022].

Climate Case Ireland. 2022. Disponible en: <https://www.climatecaseireland.ie/> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

Columbia Climate School, *Sabin Center for Climate Change Law 2021*. Consultado en: <https://climate.law.columbia.edu/content/global-network-peer-reviewers-climate-litigation/> [Fecha última consulta: 18 de abril de 2022].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Cambio climático y Derechos Humanos. Contribuciones desde y para América Latina y Caribe*. 2019. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf) [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe/Organización de las Naciones Unidas. *Evento Paralelo COP 26 - Parlamentos Latinoamericanos y Caribeños Protagonistas: anuncio del Observatorio Parlamentario de Cambio Climático y Transición Justa*, 9 de noviembre de 2021. Consultado en: <https://www.cepal.org/es/eventos/evento-paralelo-cop-26-parlamentos-latinoamericanos->



caribenos-protagonistas-anuncio [Fecha última consulta: 31 de marzo de 2022].

Comisión Económica para América Latina. "Aumento de la ambición en la adaptación al cambio climático en América Latina y el Caribe" en *Serie de Estudios Climáticos Euroclima+* 13 (2019). Consultado en:

[https://www.cepal.org/sites/default/files/pdf\\_estudio\\_avances\\_agosto\\_2019\\_-\\_21-8v2.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/pdf_estudio_avances_agosto_2019_-_21-8v2.pdf) [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

Comisión Latinoamericana de Derechos Humanos, *Emergencia Climática Alcance y obligaciones interamericanas de derechos humanos*. Resolución 3/2021. Consultado en: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf) [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

Consejo de Europeo. *El Consejo adopta la Ley Europea del Clima*", Comunicado de prensa, 28 de junio de 2021. Consultado en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/06/28/council-adopts-european-climate-law/> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva 23 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 2017. Consultado en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) [Fecha última consulta: 23 de marzo de 2022].



Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Sala de Casación Civil. Luis Armando Tolosa Villabona, Magistrado ponente. STC4360-2018 de 4 de abril de 2018. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/STC4360-2018-2018-00319-011.pdf> [Fecha última consulta: 28 de noviembre de 2021].

DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. "El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021). Consultado en: DOI:<https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19409> [Fecha última consulta: 21 de enero de 2022].

DE MIGUEL PERALES, Carlos. "Litigación climática. Casos relevantes" en *Anuario de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, 2022.

DE MONTALVO JAASKELAINEN, Federico. "Contaminación atmosférica y salud pública: una visión del cambio climático y sus repercusiones en la salud desde el derecho" en *Revista Icade*, (2012) mayo-agosto; "Medidas para la promoción de la salud pública desde una perspectiva jurídica: Información, incentivos y prohibiciones" en *Cambio climático y salud: adaptación a las olas de calor*, Thomson-Aranzadi/Universidad Comillas, 2018.

DE PAZ GONZÁLEZ, Isaac. "Tendencias globales de la justicia ambiental y el litigio contra el cambio



climático” en *Revista Ius et Praxis*, Talca-Chile, Nº2 (2021).

DE VILCHEZ MORAGUES, Pau. “Semejanzas aparentes, diferencias sustanciales. Análisis comparativo de las sentencias de los tribunales Supremos de Holanda, Colombia e Irlanda, en la reciente ola de litigación climática” en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Aranzadi, 2022.

DORESTE HERNÁNDEZ, Jaime. “El litigio climático en España: el juicio por el clima” en *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*, Franciso J. Zamora et al. Directores, Aranzadi, 2022.

DURÁN MEDINA Valentina y NALEGACH ROMERO, Constante. “Justicia climática, construcción de sociedades pacíficas y rendición de cuentas” en *El Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental y su relación con la agenda 2030 y para el Desarrollo Sostenible*, CEPAL, 2021, pp. 105 y ss.

FERNÁNDEZ EGEEA, Rosa M. “El derecho internacional del medio ambiente y del cambio climático”, en *Cuadernos de Derecho para ingenieros: Derecho Ambiental y cambio climático* (José M. Sala Arquer, Coordinador), Nº41, Editorial Wolters Kluwer, 2017 [Fecha última consulta: 10 de junio de 2022].

FIGUERAS, Christiana y RIVETT-CARNAC, Tom. *El futuro por decidir: cómo sobrevivir a la crisis climática*. Editorial Debate, 2021.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

FORTES MARTÍN, Antonio. "La resiliencia ambiental y el (re)posicionamiento del Derecho ante una nueva era sostenible de obligada adaptación al cambio" en *Actualidad Jurídica Ambiental*, Nº 92 (2019). Consultado en: [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/06/2019\\_07\\_01\\_Fortes\\_Resiliencia-ambiental.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/06/2019_07_01_Fortes_Resiliencia-ambiental.pdf) [Fecha última consulta: 15 de diciembre de 2021].

FRANCISCO. *Laudatio'Si. Carta encíclica del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la Casa común*. Dicasterio para las Comunicaciones, Librería Editrice Vaticana, Roma, 24 de mayo de 2015. Consultado en: [https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html) [Fecha última consulta: 2 de diciembre de 2021].

Frente parlamentario contra el Hambre de América Latina y el Caribe. "Aprueban primera ley sobre cambio climático y alimentación para América Latina y el Caribe". 17 de febrero de 2021. Consultado en: <http://parlamentarioscontraelhambre.org/noticias/aprueban-primera-ley-sobre-cambio-climatico-y-alimentacion-para-america-latina-y-el-caribe> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

FUCHS, Marie-Christine y THEISEN, Levon: "La naturaleza como sujeto de derecho. ¿La vía colombiana como ejemplo para Alemania?" en



*Análisis y Argumentos*, N°443 (2021), Konrad Adenauer Stiftung.

GELINSKY, Katja. "¿El Tribunal Constitucional Federal como creador de tendencias internacionales? Protección del clima Made in Karlsruhe" en *Sostenibilidad*, N°4 (2021), Konrad Adenauer Stiftung.

Grupo de Expertos en Derecho Internacional, de Derechos Humanos y Medioambiental. *Principios de Oslo sobre obligaciones globales respecto al Cambio Climático*, 1 de marzo de 2015. Consultado en: [https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/Principios\\_de\\_Oslo.pdf](https://globaljustice.yale.edu/sites/default/files/files/Principios_de_Oslo.pdf) [Fecha última consulta: 12 de febrero de 2022].

Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC). *Sexto informe de evaluación del IPCC: Cambio Climático 2022*. Reporte, 28 de febrero de 2022). Disponible en: <https://www.unep.org/es/resources/informe/sextoinforme-de-evaluacion-del-ipcc-cambio-climatico-2022> [Fecha última consulta: 11 de junio de 2022].

GUZMÁN, Diego. "En fallo histórico Corte Suprema concede tutela de cambio climático y generaciones futuras" en *Dejusticia*, 5 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/en-fallo-historico-corte-suprema-concede-tutela-de-cambio-climatico-y-generaciones-futuras/> [Fecha última consulta: 25 de mayo de 2022].



- HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José Luis. "Las contradicciones ambientales en América Latina a propósito del Acuerdo de Escazú (Acuerdo Regional sobre el Acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe)" en *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 58 (2021).
- HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor. "El litigio por el cambio climático. Una revolución por los derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº219 (2022).
- INNERARITY, Daniel. "Justicia climática" en *Dilemata*, ISSN-e 1989-7022, Nº. 9 (2012).
- ISLAS VARGAS, Maritza. ¿Por qué hablar de litigio climático en América Latina y el Caribe? Cambio ambiental global, metabolismo social local, gobernanza y alternativas. *Boletín Nº3*, Claccso, pp. 42-46, (2022).
- LE CLERCQ, Juan Antonio. "Tipos de justicia ambiental", en *Léxico de la crisis ambiental y el desarrollo sostenible* (blog), 28 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://crisisambientalydesarrollosostenible.wordpress.com/2021/09/28/tipos-de-la-justicia-ambiental/> [Fecha última consulta: 22 de noviembre de 2021].





LEÓN JIMÉNEZ, Fernando. "¿Derechos ambientales de las generaciones futuras?" en *Estudios*. Disponible en:

<https://huespedes.cica.es/gimadus/18/05.html> [Fecha última consulta: 31 de marzo de 2022]; DE ARMENTERAS CABOT, Marcos. "El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 44 (2021); SANTACOLOMA-MENDEZ, Laura J. "El cambio climático y su relación con las generaciones futuras como sujetos de derechos" en *Revista Eleuthera*, vol. 13 (2015), Universidad de Caldas.

Ministerio para la Transición ecológica y el reto demográfico. *El Gobierno declara la emergencia climática*, 21 de enero de 2020. Consultado en: <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-declara-la-emergencia-clim%C3%A1tica-/tcm:30-506550> [Fecha última consulta: 15 de abril de 2022].

MORAGA S. Pilar. "El principio de equidad intrageneracional", en *Principios de Derecho ambiental y Agenda 2030*, VVAA, Tirant lo Blanch (2019). ONU-Derechos Humanos: Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Consultado en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP\\_ReportSpanish.PDF](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP_ReportSpanish.PDF) [Fecha última consulta: 21 de enero de 2022].



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

MORALES CERDAS, Vanessa y SAGOT RODRIGUEZ, Álvaro. "Litigios climáticos: aliados legales ante la crisis global" en *Actualidad jurídica ambiental*, sección Comentarios, Nº116 (2021). Disponible en:

<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2021/09/2021-08-10-Morales-Sagot-Litigios-climaticos-corregido.pdf> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

MORIN, E. *La vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, 2011.

NARVÁEZ MONCAYO, Adrián. "La aplicación del Derecho Internacional ambiental: Evolución y aplicación en la sentencia 4360 de la Corte Suprema de Justicia colombiana" en *Derecho y cambio social*, Nº56 (2019).

Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. *América Latina y el Caribe. "Países que cuentan con ley sobre cambio climático"*, 2022. Consultado en: <https://observatoriop10.cepal.org/es/mapas/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-cambio-climatico> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].

Official Documents System of the United Nations. *ODS-Sédoc*. Consultado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/223/68/PDF/G1922368.pdf?OpenElement> [Fecha última consulta: 1 de junio de 2022].



Organización de las Naciones. *El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global*. Columbia Law School, 2017. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

Organización de las Naciones, *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. Nueva York, 9 de mayo de 1992. Consultado en: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf> [Fecha última consulta: 2 de junio de 2022]

Organización de las Naciones Unidad, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Informe mundial sobre litigios climáticos. Revisión Global 2020*, 26 de enero de 2021. Consultado en: <https://www.unep.org/es/resources/informe/informe-mundial-sobre-litigiosclimaticos-revision-global-2020> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].

Organización de las Naciones, "Estocolmo+50: un planeta sano para la prosperidad de todos — nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad". *Programa para el Medio Ambiente*, UNEP Event, Suecia, 2 y 3 de junio de 2022. Consultado en:



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

<https://www.unep.org/es/events/evento-de-onu-medio-ambiente/estocolmo50#:~:text=Estocolmo%2B50%20es%20una%20reuni%C3%B3n,3%20de%20junio%20de%202022> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

Organización de las Naciones Unidas, "Guterres pide a todos los países del mundo que declaren la emergencia". *Noticias ONU*, 12 de diciembre de 2020, Mirada global Historia humanas. Consultado en:

<https://news.un.org/es/story/2020/12/1485502> [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].

Organización de las Naciones Unidas, *Cambio climático, El Acuerdo de París* 12 de diciembre de 2015. Consultado en: <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-acuerdo-de-paris> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

Organización de las Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo Sostenible, Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos*. Consultado en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/> [Fecha última consulta: 9 de febrero de 2022]

Organización de las Naciones Unidas, Programa para el Ambiente, *Sexto informe de evaluación del IPCC: Cambio Climático 2022*. Reporte, 28 de febrero de 2022. Consultado en:



<https://www.unep.org/es/resources/informe/sext-o-informe-de-evaluacion-del-ipcc-cambio-climatico-2022> [Fecha última consulta: 12 de junio de 2022].

Organización de las Naciones Unidas. "El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano" en *Noticias ONU*, 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498132> [Fecha última consulta: 21 de noviembre de 2021]

Organización de las Naciones Unidas. "La ACNUDH y el cambio climático". *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/climate-change> [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].

Organización de las Naciones Unidas. *Acerca de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consultado en: <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment/about-human-rights-and-environment> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

Organización de las Naciones Unidas. *El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global*. Sección Ambiente, 2017.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

- Organización de las Naciones Unidas. *El estado del litigio en materia de cambio climático. Una revisión global*. Programa para el Medio Ambiente. Disponible en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y> [Fecha última consulta: 13 de junio de 2022].
- Organización de las Naciones Unidas. *Los Derechos Humanos y el Cambio Climático*, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 12 de julio de 2019, Tema 3 de la Agenda, 41 período de sesiones. . Consultado en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/223/68/PDF/G1922368.pdf?OpenElement> [Fecha última consulta: 29 de noviembre de 2021].
- Organización de las Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *El Estado del Litigio en materia de Cambio Climático una revisión global*. Mayo 2017. Consultado en: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/The%20Status%20of%20Climate%20Change%20Litigation%20-%20A%20Global%20Review%20-%20UN%20Environment%20-%20May%202017%20-%20ES.pdf?sequence=7&isAllowed=y> [Fecha última consulta: 15 de abril de 2022].



Organización de los Estados Americanos. *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* (REDESCA). Consultado en:

<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/r/DESCA/default.asp> [Fecha última consulta: 3 de abril de 2022].

PAREJO ALFONSO, Luciano. "Cambio climático y Derecho" en *Estudios sobre cambio climático y transición energética. Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Iñigo del Guayo Castiella* ( José F. Alenza y Lorenzo Mellado, Coordinadores). Marcial Pons, 2022.

PAREJO NAVAS, Teresa. "La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial contra el cambio climático" en *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 177 (2016), pp. 259-279.

Parlamento Europeo, "El Parlamento Europeo declara la emergencia climática", *Euronoticias*, 28 de noviembre de 2019. Consultado en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20191121IPR67110/el-parlamento-europeo-declara-la-emergencia-climatica> [Fecha última consulta: 8 de diciembre de 2021].

Parlamento Europeo. *Efectos del cambio climático en los derechos humanos y papel de los defensores del medio ambiente al respecto. Efectos del cambio climático en los derechos humanos y papel de los defensores del medio ambiente al respecto.*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Consultado en:  
[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0245\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0245_ES.html) [Fecha última consulta: 3 de junio de 2022].

PLANELLES, Manuel. "Ultimátum científico: las emisiones deben tocar techo antes de 2025 y luego caer drásticamente para evitar la catástrofe climática". *Diario El País*, 4 de abril de 2020. Consultado en: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2022-04-04/ultimatum-cientifico-las-emisiones-deben-tocar-techo-antes-de-2025-y-luego-caer-drasticamente-para-evitar-la-catastrofe-climatica.html> [Fecha última consulta: 4 de junio de 2022].

Plataforma de Litigio climático para América Latina y el Caribe. *Litigio climático para una región más justa*. Disponible en: <https://litigioclimatico.com/es> [Fecha última consulta: 2 de junio de 2022].

RODRÍGUEZ GARABITO, César (editor). *Litigar la emergencia climática*, Editorial Siglo veintiuno, Argentina, 2022.

RUIZ PRIETO, Mario. "Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la sentencia alemana del cambio climático y su doctrina" en *REALA*, Nº 17, abril (2022).

SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, Emilio. "El cambio climático, un hecho real" en *Cuadernos de Derecho para ingenieros: los objetivos mundiales del Desarrollo Sostenible* (Manuel Aragón, Coord.), Nº43 (2018), Wolters Kluwer.





SANTACOLOMA-MÉNDEZ, Laura J. "El cambio climático y su relación con las generaciones futuras como sujetos de Derechos" en *Revista Eleuthera*, vol. 13, 2015, Universidad de Caldas.

SORO MATEO, Blanca. "Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº54, 2019.

The London School of Economics and Political Science. *Global trends in climate litigation: 2021 snapshot*. 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/publication/global-trends-in-climate-litigation-2021-snapshot/> [Fecha última consulta: 2 de abril de 2022].

TORRE-SCHUB, Marta. "Nuevos desarrollos de los litigios climáticos: Tendencias, oportunidades, obstáculos" en *Estudios*. Disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-02-nuevosdesarrollos.html> [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. "Las relaciones entre la naturaleza y el Derecho. Justicia climática y derechos humanos. Justicia ecológica y derechos de la naturaleza" en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Nº 37 (2020). Consultado en: [https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones\\_naturaleza.html](https://huespedes.cica.es/gimadus/37/37-03-relaciones_naturaleza.html) [Fecha última consulta: 14 de junio de 2022].

Gabilex

Nº 37

Marzo 2024



Castilla-La Mancha

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

# REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN





## **LAS RELACIONES ELECTRONICAS ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y LOS REGISTROS.**

**D. Luis Manuel Benavides Parra**

Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes  
Muebles

**SUMARIO: I. La obligación de los Registradores de relacionarse electrónicamente con la Administración. II. Naturaleza del procedimiento registral. III. El cumplimiento del artículo 14. La obligación de los Registradores de la Propiedad de presentar las solicitudes por medios electrónicos. IV. La obligación de los Registradores de recibir los informes solicitados por medios electrónicos. V. Consideraciones finales.**

Desde hace tiempo nuestro legislador viene abogando porque las comunicaciones de los administrados con las distintas administraciones sean electrónicas o telemáticas, prescindiendo del formato papel, con el objetivo de agilizar estas comunicaciones y reducir los tiempos de respuesta por parte de las administraciones. Sin embargo, el legislador es consciente de que convertir este deseo en una obligación para todos los ciudadanos puede plantear problemas pues quizás aún es pronto para que todos manejemos con soltura este tipo de comunicaciones.



Sobre esta base, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 14 permite que las personas físicas puedan elegir, en todo momento y sin perjuicio de su modificación posterior, si se comunican con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos o no. Sin embargo, si establece la obligación de emplear o relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones Públicas a todos aquellos que, por su estructura o funcionamiento, si deben asumir este reto.

De entre estos obligados destaca, y es donde queremos detenernos, la letra c) de este precepto pues obliga a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, a quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles. Por tanto, nosotros, los registradores/as de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, tenemos la obligación de relacionarnos electrónicamente con la administración.

Son muchas las ocasiones en que los registradores, dentro del procedimiento registral, debemos dirigirnos a una administración, bien para informarle de la práctica de una inscripción que pueda afectarle para que adopte las medidas necesarias o, la mayoría de las veces, para recabar informes previos a la práctica de operaciones



registrales. Así ocurre, por citar algunos ejemplos, el materia de inscripción de representaciones gráficas georreferenciadas conforme a los artículos 9 y 199 de la Ley Hipotecaria, cuando la presentación gráfica en trámite colinda con una finca perteneciente al dominio público; en los supuestos de inmatriculación del artículo 205 del mismo texto legal, recabando de la administración un informe previo que acredite que no hay invasión del dominio público; en los supuesto de los artículos 79 y 80 del Real decreto 1093/1997, en casos de divisiones o segregaciones por debajo de la unidad mínima de cultivo o que hagan pensar al registrador que se encubre la posible creación de un nuevo núcleo de población en contra de la normativa urbanística. Pero también se regulan situaciones similares en leyes especiales como en la Ley de Montes o en la Ley de Costas.

Es decir, nuestra relación con las distintas administraciones es constante y diaria y es por eso que se hace preciso determinar los medios para operar esa comunicación o relación electrónica tanto por parte de los registros como por parte de la administración pero, aún más importante, es concretar el alcance de la obligación recogida en el artículo 14 de la Ley 39/2015 porque, del mismo modo que las distintas administraciones tienen procedimientos y normas a las que ajustarse, los registradores también estamos sujetos a nuestras propias normas, rígidas en cuanto a plazos y formas de proceder.

Veremos a lo largo de este artículo, precisamente, el alcance de dicha obligación y trataremos de explicar bajo que premisas debe cumplirse.



## **I. La obligación de los Registradores de relacionarse electrónicamente con la Administración:**

Efectivamente, el artículo 14.2, letra c), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, impone a los Registradores, como hemos visto, la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración *"para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo...que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional"*.

Es evidente, por tanto, que toda comunicación que los registro realicen a la administración debe realizarse de forma electrónica, excluyendo la presentación física o presencia; así resulta del artículo 68.4 regulador de la subsanación y mejora de las solicitudes que dan inicio al procedimiento administrativo, que proscribe para los registradores la presentación física o presencial al señalar que, en tal caso, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

Y es preceptivo señalar, de inicio, que desde el Colegio Nacional de Registradores (COPRME) nunca, desde su aparición, se ha negado esta obligación legal. Todo lo contrario. Los registradores/as siempre hemos defendido, desde que la técnica así lo ha permitido, adoptar sistemas que permitieran agilizar las



comunicaciones, en este caso, con las administraciones. Los plazos son siempre unos tiranos y cualquier aspecto que promueva su reducción contribuye a hacer más ágil el procedimiento registral pero, y esto es más importante, beneficia al ciudadano que acude al registro.

Por este motivo, y aunque esa posibilidad ya estaba prevista, la reforma de esta operada por la Ley 13/2015 reformó el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, introduciendo en su letra e) un segundo párrafo que recoge la posibilidad de que, en cualquier momento, el titular inscrito podrá instar directamente del Registrador que por nota marginal se hagan constar una dirección electrónica a efectos de recibir comunicaciones y notificaciones electrónicas y telemáticas relativas al derecho inscrito. Y señalando que estas comunicaciones serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y se identifique de forma auténtica o fehaciente al remitente y al destinatario de las mismas. Por tanto, a los registradores/as no nos son desconocidas estas nuevas formas de comunicación que usamos a diario e, incluso, fomentamos. Y así lo entendemos, de igual forma, con las administraciones públicas con las que debemos relacionarnos.

## **II. Naturaleza del procedimiento registral.**

Inevitablemente, cuando un registro se dirige a una administración, y salvo en aquellos supuestos en los que, simplemente, se comunica la práctica de un asiento a la administración para que, en su caso, adopte las medidas necesarias si es el caso, lo que se pretende es una reacción por parte de la administración; se busca una





respuesta por parte de la misma que disipe las dudas que la calificación registral de la operación presentada en el registro y que, de no disiparse, puede ocasionar la denegación de la práctica del asiento.

Por tanto, en este supuesto, la comunicación registral puede provocar o dar inicio a un procedimiento administrativo en el que, tras el examen de la información transmitida por el registro, desemboque en un acto decisorio o de juicio por parte de esa administración y que deberá disipar o no las dudas puestas de relieve en la calificación. y este procedimiento administrativo quedará sujeto a sus propias normas y trámites.

Nada de esto es objeto de discusión por parte del cuerpo de registradores. Sin embargo, si lo ha sido, de forma reiterada me atrevería a decir, el modo o forma en que esa relación electrónica y, por tanto, las comunicaciones telemáticas o electrónicas deben producirse; es decir, el cauce empleado. Y esta cuestión guarda una estrecha relación con la distinta naturaleza que tiene el procedimiento administrativo y el procedimiento registral así como con las normas que regulan este último en una materia tan sensible y capital como es la recepción de documentación en los Registros y su acceso a los libros de control que todo registro debe llevar.

Y debemos partir de una idea general. el Registro no es una administración pública y el procedimiento registral se aleja totalmente del administrativo, estando sujeto a sus propias reglas previstas en la legislación hipotecaria y especialmente rígidas en cuanto a las formas y plazos.



Concretamente, la actividad pública registral, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, dado que los Registradores -aunque gozan de independencia en su calificación-, están fuera de la organización judicial. En todo caso, es indubitado que se trata de una actividad distinta de la propiamente administrativa y no está sujeta, por tanto, a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por normas civiles dado que las cuestiones sobre las que versa -las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble- son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa si bien las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente (cfr. artículos 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1, 40 y 66 de la Ley Hipotecaria).

De hecho, ante la posible duda de si la actividad registral pudiera quedar sujeta, directa o supletoriamente, a las normas sobre procedimiento administrativo, la respuesta es necesariamente negativa (Resoluciones de 23 de marzo de 1961, 23 de febrero de 1968 y 28 de enero de 1986, con criterio que en la actualidad, y tras las reformas operadas por las Leyes 24/2001 y 24/2005 conserva plena vigencia) de modo que, como se ha reconocido tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General, hoy de Seguridad Jurídica y Fe Pública, antes de los Registros y del Notariado, en el ámbito del procedimiento registral, las normas que lo regulan son de aplicación preferente a las normas



administrativas, salvo expreso llamamiento por parte de aquellas a la normativa administrativa (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 3 de enero de 2011, a cuyos criterios nos remitimos, y en idéntico sentido sentencias de la Sala 1ª 959/2011 de 10 de febrero, 334/2011 de 18 de mayo, 373/2011 de 31 de mayo, 517/2011 de 1 de julio o 730/2013 de 21 de noviembre. Criterio acogido por la Dirección General en Resoluciones de 14 de enero, 16 de mayo y 7 de diciembre de 2012, 20 de noviembre de 2013, 17 de febrero y 23 de abril de 2014 o de 20 de mayo de 2016, entre otras).

Como hemos señalado, no se discute la aplicación del artículo 14 ni la obligación que impone de relación electrónica en cuanto a los trámites de un procedimiento administrativo por parte de los Registradores, y así lo ha señalado la Dirección General en Resoluciones de 5 de junio y 6 de julio de 2017 u 11 de abril de 2018, al concluir, no obstante, que esta obligación de los Registradores sólo se refiere a los trámites propios de un procedimiento administrativo por lo que no resulta de aplicación al procedimiento registral, salvando los supuestos en que la normativa hipotecaria se remita específicamente a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por tanto, esta especial naturaleza del procedimiento registral debe, necesariamente, modular y presidir la obligación impuesta por el artículo 14 de la Ley 39/2015. Y por este motivo, la solicitud de un informe o resolución a una administración dentro de un procedimiento registral, incluso si esta se realiza por medio electrónicos o a través del registro electrónico de una administración, forma parte intrínseca del mismo con independencia de



que la petición en sí, respecto de la administración, suponga el inicio, a su vez, de un procedimiento administrativo. Y de la misma manera que la petición forma parte del procedimiento registral, la recepción del informe y, especialmente, la forma en que este tiene ingreso en el Registro también tiene relevancia para el procedimiento registral al ser un trámite integrado, de igual modo, en el mismo.

Es decir, el registrador, al requerir de una administración un pronunciamiento, lo hace dentro del propio procedimiento registral y con independencia de que para la administración interpelada esa comunicación registral de inicio a un procedimiento administrativo que desembocará en ese pronunciamiento. Y, por la misma razón, la recepción de esa decisión administrativa y, especialmente, la forma en que esta debe recibirse en la sede registral, también forma parte del procedimiento registral.

Por tanto, la cuestión sobre la forma o modo en que dichos informes o resoluciones administrativos se han de recibir o han de tener entrada en el Registro no es baladí.

### **III. El cumplimiento del artículo 14. La obligación de los Registradores de la Propiedad de presentar las solicitudes por medios electrónicos.**

Debemos abordar aquí el modo o forma en que los registradores deben dirigirse a la administración cuando así sea necesario por exigencia del procedimiento registral. Partiendo de la obligación impuesta por el artículo 14, es lógico y obvio que el registrador debe



dirigirse a la administración por medios electrónicos pero si podemos examinar aquí, por un lado, el medio empleado para esas comunicaciones y, por otro el control de los envíos.

Empezando por lo segundo, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 39/2015 que prevé que cada administración dispondrá de un Registro Electrónico General, en el que se asentarán todos los documentos que sean presentados o que se reciban en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos sirviendo de portal de acceso a los registros electrónicos de cada Organismo. De este modo, las anotaciones se practicarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los documentos, e indicarán la fecha del día en que se produzcan.

Se trata de un registro electrónico de entrada y salida de documentación que debe emitir automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos. A este recibo que acredita la recepción también se refiere el artículo 66.3 del mismo texto legal.

Por tanto, cualquier comunicación que tenga por procedencia un registro debe tener formato electrónico y, en todo caso, entrada, en principio, en este registro electrónico pues, como hemos visto, el artículo 68.4 excluye la presentación o solicitud presencial.



Aunque la petición de informes a la administración por parte de los Registradores forma parte del procedimiento registral, regulándose como trámites de este por las normas que nos son propias (así, por ejemplo, artículo 199.1, párrafo 6º o artículo 205, párrafo 3º, de la Ley Hipotecaria) y su finalidad es que la administración destinataria se pronuncia para que el registrador puede ejercer mejor su labor de calificación y protección del dominio público, tanto inscrito como no inscrito, entendemos que esta administración a la que se dirige la solicitud precise, para un mayor control de la documentación que se le presenta, que dichas solicitudes se realicen a través de su registro electrónico pero, además, lo consideramos un medio especialmente idóneo para dar agilidad al procedimiento registral, y aun administrativo, en beneficio del ciudadano que solicita la intervención del Registro y, al mismo tiempo, da seguridad al mismo puesto que la presentación y constancia de la solicitud a través del registro electrónico de la administración, con indicación del día y por orden temporal, queda perfectamente reconocida y recogida por la administración, mediante el pertinente acuse de recepción que se ha de proporcionar al registro.

Este registro electrónico de cada administración, conforme a lo dispuesto en la D. F. octava de la Ley 10/2021, de 9 de julio que modifica la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debe estar operativo desde el 2 de abril de 2021.

Volviendo a los medios de comunicación entre los registros y las distintas administraciones, el medio



electrónico más habitual dentro de los existentes, ha sido el mail o correo electrónico al que se suele adjuntar la resolución o escrito del registrador en el que se concreta la razón de la comunicación efectuada. No obstante, hoy hay sistemas más efectivos y que permiten la interconexión directa como es el sistema SIR al que haremos luego referencia.

El SIR (Sistema de Interconexión de Registros) es una infraestructura de comunicaciones entre administraciones públicas que permite el intercambio de asientos electrónicos de registro de forma totalmente segura y con conformidad legal, eliminando el tránsito de papel entre administraciones, aumentando la eficiencia gracias a la generación de copias auténticas electrónicas de la documentación presentada en los asientos de registro. Esta herramienta, que permite conectar los registros electrónicos de control a los que hace referencia el artículo 16, si bien, inicialmente, su implantación solo comprendía a las distintas administraciones, lo que excluía a los registros, ha sido objeto de un convenio específico con el COPRME, dada su evidente utilidad. De este modo, actualmente, todos los registros tiene instalado el SIR de modo que la comunicación electrónica se puede realizar por esta vía que presenta una especial virtud cual es conectar de forma directa los distintos registros electrónicos de las distintas administraciones con el libro de entrada con el que debe contar cada registro; libro de entrada que actúa también como libro de control donde se refleja cada documento que accede a un registro y, lo que es más importante, que se conecta, a su vez, con el Libro Diario de Operaciones, libro donde consta presentado todos aquellos documento que, eventualmente y previos



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

los trámites oportunos, puede generar un asiento registral.

Este sistema SIR será el sistema de comunicación principal que los registros emplearan en sus comunicaciones con las distintas administraciones, accediendo directamente a su registro electrónico de entrada, el cual generará un acuse de recibo electrónico que acreditará la presentación, dejando constancia de la fecha y hora de su acceso.

#### **IV. La obligación de los Registradores de recibir los informes solicitados por medios electrónicos.**

Procede ahora examinar el otro punto de vista, es decir, de qué forma los registros deben admitir la presentación o recepción de documentación en la sede registral y, en particular, cómo o por qué medios deben producirse la emisión y envío de los informes o resoluciones por parte de la administración a requerimiento del propio registro.

En alguna ocasión se ha señalado por ciertos sectores administrativistas que estos envíos de documentación por parte de las distintas administraciones, dada la obligación impuesta por el artículo 14 a los registradores/as, deben ajustarse a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015. Más en concreto, ajustarse a lo dispuesto en el artículo 41.1 y 3 cuando se señala que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía por existir la obligación de relacionarse de esta forma con la Administración. Respecto a la forma





que ha de revestir las notificaciones a través de medios electrónicos, el artículo 43 se refiere a la comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a la comunicación través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo. Señala, finalmente, el apartado 6 del artículo 41 que, independientemente de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única.

Sin embargo, no podemos compartir esta opinión pues hay que tener en cuenta la especial naturaleza del procedimiento registral y, sobre todo, la específica regulación de la presentación de documentación en los Registros.

**a) Normas sobre el acceso de documentación al Registro:**

En primer lugar, como es sabido, al Registro acceden tanto documentos inscribibles como no inscribibles; dentro de estos últimos encajarían los informe o resoluciones emitidos por una administración a requerimiento del registro. Pero eso no quiere decir que, respecto de estos últimos, su acceso no esté sujeto a una estricta regulación dentro de la actividad registral.

Así, en cuanto a la comunicación y recepción de documentación, el artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27



de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, redactado por el número dos del artículo vigésimo séptimo de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, impone a los Registradores (apartado 1º) disponer obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión, comunicación y recepción de información y para ello se establece (apartado 2º) que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España dispondrá de redes privadas telemáticas que deberán garantizar una interconexión segura por procedimientos exclusivos cuyos parámetros y características técnicas sean gestionadas por las respectivas organizaciones corporativas. Todos los registradores están obligados a integrarse en su respectiva red telemática que deberán permitir que las oficinas públicas registrales se conecten entre sí y con los Sistemas de Información corporativos de su organización corporativa. De igual modo, deberán permitir la interconexión de las oficinas públicas notariales entre sí y con sus Sistemas de Información corporativos. Y todo ello bajo la supervisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad jurídica y Fe Pública.

En consecuencia, en materia de recepción de documentación, el vigente artículo 248 de la Ley Hipotecaria, redactado por el número cuatro del artículo vigésimo octavo de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, dispone (apartado 1º) que el contenido de los Libros del Registro debe ser actualizado en el mismo día en que se presenten los títulos a inscripción, si dicha presentación se efectúa en horas de oficina y que dicha actualización



deberá realizarse con independencia del medio utilizado para la presentación de los títulos. Para cumplir con dicha obligación de actualización (apartado 2º) se obliga a los Registradores a llevar un Libro de Entrada donde se hará constar de modo inmediato la presentación de los títulos por el riguroso orden en que hubieran ingresado los documentos, con expresión de la persona que los presente, el tiempo exacto de su presentación indicando la unidad temporal precisa, el medio de presentación, sea físico, por correo, por telefax o por remisión telemática y los datos precisos que permitan identificar la finca afectada por el título presentado. Y adoptarán las cautelas necesarias para que en ningún caso sea posible la manipulación o alteración del orden de presentación de los títulos o de los asientos ya practicados.

Y con relación al Libro de entrada que, recordemos, deben llevar obligatoriamente los Registros, hay que hacer mención del Real Decreto 1935/1983, de 25 de mayo, aún vigente, que impone y regula dicha obligación, entre otros motivos, para proporcionar al Registrador un medio de control sobre el estado, en cada momento, de la documentación existente en el Registro que desempeña y facilitar, en su caso, las labores de inspección en los Registros de la Propiedad y Mercantiles. De este modo, su artículo 1, dispone que en todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles se llevará un libro-registro de entrada en el que, en el momento de su presentación y bajo un número correlativo, se hará un breve asiento de todo documento, escrito comunicación u oficio que se presente o reciba, debiendo practicarse en el mismo diariamente, al término de las horas de oficina, una diligencia de cierre expresiva del número de asientos practicados o del hecho de no haberse



practicado ninguno, autorizada bajo la firma del Registrador. El artículo 3, dispone que, en todo caso y en el mismo momento de la presentación, el Registrador entregará al interesado un recibo del documento, consignando el número del asiento practicado en el libro registro de entrada e, igualmente, hará constar en el documento recibido referencia al número de entrada correspondiente. Y es conveniente señalar que el artículo 2 regula el supuesto de que el documento presentado deba tener acceso al diario de presentación, de modo que una vez tomada razón de un documento en el libro-registro de entrada, el Registrador practicará inmediatamente el asiento en el libro diario que proceda. El modelo de libro de entrada debe ser aprobado por Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad jurídica y Fe Pública (artículo 7).

De estas normas se colige que todo documento, escrito, comunicación u oficio que se presente o reciba en los Registros, independientemente de que sea susceptible de inscripción o no, debe ser objeto del preceptivo asiento en el Libro de entrada.

Este Libro de Entrada, esencial en la dinámica registral y que actualmente se lleva por medios electrónicos, permite y, al mismo tiempo, obliga al Registrador a hacer constar de modo inmediato, en el momento de su acceso, por riguroso orden entrada y bajo un número correlativo, el ingreso o presentación de cualquier documento en el Registro, con expresión de quien lo presenta, el tiempo exacto de su presentación con indicación de la unidad temporal precisa, el medio de presentación y los datos precisos que permitan



identificar la finca afectada por el documento presentado.

Pero es que, además, la presentación no solo queda registrada en el sistema interno de cada Registro, sino que en el mismo momento de la presentación es obligatorio entregar a quien presenta un recibo que acredita dicha presentación, consignando el número del asiento practicado en el libro registro de entrada acreditando las circunstancias, especialmente temporales, de su presentación y que se configura como un acuse de recibo con sellado de tiempo que será telemático cuando la entrada del documento se realice por esta vía.

Es decir, al igual que las distintas administraciones deben contar (artículo 16 Ley 39/2015) con un registro electrónico que les permita controlar, por orden temporal, la recepción o salida de los documentos, los Registradores deben contar con el Libro de Entrada, especie de trasunto de aquel pero adaptado a las necesidades y particularidades del procedimiento registral, especialmente en cuanto al cómputo de los distintos plazos regulados por la legislación hipotecaria. Y este control a través del Libro de Entrada es de suma importancia cuando se trata de procedimientos registrales en los que es preciso requerir algún tipo de informe de la administración y cuyo acceso al Registro, a efectos de calificación y despacho, está sujeta a plazos imperativos. Así ocurre, como hemos dicho, en los procedimientos regulados por los artículos 199 o 205 de la Ley Hipotecaria.



Este control resulta esencial para la eficacia del procedimiento registral. Y es por este motivo por el que, cuando se alude por los Registradores al principio de prioridad como una de las garantías de funcionamiento de los Registros, no nos referimos exclusivamente a su aplicación a aquellos títulos o documentos presentados y que son susceptibles de provocar algún asiento registral sino a la importancia y necesidad de tener un efectivo control sobre todo documento, comunicación, informe, etc....., que tiene entrada o se expide desde el Registro y que afecte al procedimiento registral, particularmente desde el punto de vista temporal.

Por tanto, las normas expuestas son las propias de la actividad registral y el acceso de cualquier documento, inscribible o no al Registro, debe ajustarse a las mismas dado que la forma o el vehículo por lo que los títulos o las comunicaciones llegan al Registro forma parte irrenunciable del procedimiento registral. Por este motivo, la Resolución de la Dirección General de 17 de abril del 2017, en un supuesto de presentación por correo electrónico a la cuenta de correo que constaba en el membrete de la nota de calificación de un Registro, en base a los artículos 248.2 de la Ley Hipotecaria, concluyó que *"por tanto, la presentación o remisión de documentos por correo electrónico a la cuenta de correo del Registro de la Propiedad destinatario no encaja en ninguno de los «medios de presentación» contemplados en el art 248 LH, pues, aunque se pueda considerar que es una modalidad de «remisión telemática», no cumple los requisitos de la normativa citada..."*.



**b) Sistema de presentación de documentación del Colegio de Registradores:**

Y este control es la razón de ser del sistema habilitado por el Colegio de Registradores para la presentación telemática de documentación en los Registros.

En aplicación del artículo 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Colegio de Registradores tiene habilitada una vía de presentación de documentos en forma telemática que puede ser usada por las distintas administraciones y en dos modalidades: de "punto a punto", respecto de aquellas administraciones (por ejemplo, la AEAT o la administración de justicia a través del punto neutro judicial) que, habiendo elaborado sus propios desarrollos informáticos, pueden presentar documentación directamente en los Registros desde sus propios sistemas, estando debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores, lo que permite que el sistema de cada Registro reconozca el documento, acceda al Libro de Entrada y se genere el preceptivo acuse de recibo con sellado de fecha y hora, o bien, si la administración correspondiente no ha realizado esos desarrollos, puede utilizar la página web de presentación telemática ([registradores.org/registroonline/home.seam](http://registradores.org/registroonline/home.seam)) mediante un certificado electrónico de firma por aquel funcionario que resulte competente para la remisión de la documentación. Las dos modalidades están activas desde hace tiempo y a disposición de las Administraciones Públicas algunas de las cuales se han interconectado al mismo, como hemos señalado.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Y a estas dos modalidades hay que añadir hoy día el sistema SIR al que hacíamos referencia anteriormente que conecta directamente los registros con las distintas administraciones dadas de alta en dicho servicio y que permite que todo documento enviado a través de este medio tenga entrada directa en el Libro de Entrada del registro y genere el acuse de recibo telemático que acredita su recepción.

#### **V. Consideraciones finales.**

En base a lo expuesto, podemos sacar las siguientes conclusiones:

- 1º)** Los registradores/as entendemos que, efectivamente, el artículo 14.2, letra c), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, impone a los Registradores la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración pero que dicha relación se circunscribe a los trámites propios del procedimiento administrativo, debiendo quedar excluidos los propios del procedimiento registral.
- 2º)** El procedimiento registral reviste características propias y está sujeto a su propia normativa, sin que le sea de aplicación ni de forma directa, ni aun supletoria, las normas reguladoras del procedimiento administrativo, salvo expreso llamamiento a las mismas por parte de la normativa hipotecaria.
- 3º)** Que la solicitud de informes a una administración es un acto propio del procedimiento registral





puesto que es la legislación hipotecaria la que regula los supuestos en que hay que solicitarlos y el plazo al quedan sujetos, con independencia de que para la administración la petición de inicio a un procedimiento administrativo y que aquella petición se realice a través de un registro electrónico administrativo.

- 4º)** Los Registradores, en el ejercicio de su actividad, están sujetos a normativa hipotecaria y, en materia de recepción y control de los documentos que acceden al Registro, quedando obligados a llevar un libro de entrada, donde, al momento de la presentación de cualquier documento, especialmente si es telemático, se práctica un asiento que refleja las circunstancias de la presentación y recibo del cual quedan obligados a entregar a quién hace la presentación.
- 5º)** Y a este control han de quedar sujetos los informes remitidos por la administración. Lo contrario supondría una quiebra del principio de prioridad y de control de acceso de la documentación al Registro, comprometiendo la responsabilidad del Registrador.
- 6º)** Para facilitar dicho acceso, y en cumplimiento de la normativa vigente, el Colegio de Registradores, pone a disposición de la administración dos canales de comunicación perfectamente seguros e interoperables, estando, actualmente, los registros españoles dados de alta en el Sistema SIR, lo que



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

añade un canal más de comunicación telemático igualmente seguro.

Los registradores/as entendemos y compartimos la necesidad de reforzar la comunicación electrónica entre los Registros y las distintas administraciones pero tratar de imponer a los Registros, como medio de comunicación electrónico para la recepción de informes, la comparecencia en la sede electrónica de esa Administración o la recepción de comunicaciones a través de una dirección de correo electrónico habilitada, aun cuando se realice algún tipo de aviso electrónico (artículo 41.6 de la Ley 39/2015) supone, por un lado, desconocer las particularidades del procedimiento registral y, por otro, eludir, en contra de la normativa aplicable, el sistema de control registral a través del libro de entrada lo que afecta directamente al procedimiento registral pues impide que quede constancia en el Registro de la recepción de los informe enviados ni sea posible emitir el acuse de recibo a que está obligado el Registrador y, como consecuencia y de capital importancia, no quede constancia temporal de la recepción lo que, sin duda, afecta al cómputo de los plazos previstos en la Ley Hipotecaria al regular los procedimientos en que dichos informes suelen ser requeridos. Supone, en suma, obligar al Registrador a incumplir las normas expuestas, normas que no han sido expresamente derogadas y tampoco tácitamente por lo dispuesto en la Ley 39/2015.

Máxime cuando, hoy día, hay medios de comunicación electrónica o telemática que son seguros, rápidos y efectivos y, sobre todo, respetan las particularidades de, por un lado, el procedimiento administrativo y, por otro,



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 37

Mayo 2024

Gabilex

Nº 37

Marzo 2024



**Castilla-La Mancha**

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

# **REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO**

## **RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**





## **EL TRIBUNAL SUPREMO RESPALDA LA INACTIVIDAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO PARA NO REGLAMENTAR EN DEFENSA DEL MEDIOAMBIENTE. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA N.º 1252/2023**

### **D. Salvador Moreno Soldado**

Jefe del Servicio de Inspección  
Medioambiental de la Generalitat Valenciana

### **D. Pablo Ayerza Martínez**

Ex-Abogado especialista en derecho medioambiental

**Resumen:** Breve análisis jurídico de la Sentencia n.º 1252/2023 del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso interpuesto contra la inactividad reglamentaria del Gobierno de la Nación. Ausencia de los presupuestos para exigir adecuado desarrollo reglamentario de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental y para que se lleve a cabo la modificación del Real Decreto 1432/2008. Inadecuado juicio en cuanto a la ausencia de obligación legal de promulgar y reformar normas reglamentarias para garantizar la defensa del medioambiente: vulneración del principio de buena regulación. Incumplimiento del principio de efectividad del derecho medioambiental.



**Abstract:** Brief legal analysis of Judgment No. 1252/2023 of the Supreme Court, dismissing the appeal filed against the regulatory inactivity of the Government of the Nation. Absence of budgets to demand adequate regulatory development of Law 26/2007 on Environmental Responsibility and for the modification of Royal Decree 1432/2008 to be carried out. Inadequate judgment regarding the absence of legal obligation to promulgate and reform regulatory standards to guarantee the defense of the environment: violation of the principle of good regulation. Failure to comply with the principle of effectiveness of environmental law.

**Palabras clave:** Tendidos eléctricos. Avifauna. Electrocutión. Responsabilidad Medioambiental. Sector Eléctrico. Valoración de especies.

**Keywords:** Power lines. Birdlife. Electrocutation. Environmental Responsibility. Electric Sector. Species assessment.

#### **SUMARIO:**

**1.- Contenido de la Sentencia.**

**2.- Críticas a la Sentencia n.º 1252/2023 respecto de la ausencia de obligación constitucional y legal para fijar un baremo de valoración de las especies silvestres.**

**3.- Críticas a la Sentencia n.º 1252/2023 respecto de la ausencia de obligación constitucional y legal para aprobar un reglamento por el que se fijen apropiadas medidas técnicas de protección de las aves en los tendidos eléctricos y para que se**



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**adecúe el Real Decreto 1432/2008 a la legislación de superior rango.**

**4.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la inactividad reglamentaria.**

**5.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la inactividad reglamentaria en materia medioambiental.**

**6.- La Sentencia n.º 1252/2023 no analiza otros aspectos claves: el principio de buena regulación y del principio de no pérdida neta de biodiversidad.**

**7.- Desatención del principio de desarrollo sostenible y, especialmente, del principio de no regresión ambiental.**

**8.- Ausencia de cumplimiento del principio de efectividad del derecho medioambiental.**

### **1.- Contenido de la Sentencia.**

El Tribunal Supremo ha dictado **Sentencia número 1252/2023, de 16 de octubre**, por la que desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por una organización ambiental sin ánimo de lucro que planteaba la **inactividad reglamentaria del Gobierno de la Nación en dos aspectos** concretos; el primero de ellos es el referente a una **reclamación de modificación del Real Decreto 1432/2008** de protección de avifauna frente al riesgo de electrocución en los tendidos eléctricos; y, el segundo, para que se declarase que el Gobierno ha incumplido con la obligación de promulgar un **Real Decreto de valoración económica indemnizatoria de especies silvestres catalogadas**. Ambas cuestiones han sido rechazadas por el Alto Tribunal en el **procedimiento judicial por inactividad**





**reglamentaria del Gobierno promovido por una organización ambiental sin ánimo de lucro ante la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Procedimiento Ordinario de Recurso n.º 001/0000329/2022.**

El Tribunal Supremo entiende **que no cabe que, tras solicitud de una asociación ambiental al Gobierno, se reabra un plazo para impugnar disposiciones generales, como el Real Decreto 1432/2008**, que llevan en vigor quince años, argumentándose su pretendida insuficiencia para la protección de las aves y por la vulneración de normas de rango superior, por ser ello extemporáneo.

Con ello el Alto Tribunal se aparta del criterio del **artículo 29.1 de la Ley 29/1998** en cuanto a que la reclamación de **inactividad reglamentaria** quepa como forma de impugnar de forma indirecta una disposición general ya existente. Es decir, que entiende el Supremo que ésta **no es una pretensión autónoma que sirva para que se dicten normas distintas a las existentes en el ejercicio de una acción de nulidad contra determinados preceptos** del Real Decreto 1432/2008 y del artículo 2.2 del Anexo del **Real Decreto 223/2008**. Así, se inadmite parcialmente la demanda respecto de esta acción de nulidad.

En cuanto a la inactividad reglamentaria denunciada por la asociación ambiental recurrente por no aprobarse normas reglamentarias que protejan mejor a las aves en las líneas eléctricas, **el Tribunal Supremo entiende que no hay un claro e incondicionado precepto**



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**legal o constitucional impuesto por una norma de rango superior que establezca una obligación de aprobar un reglamento en un determinado plazo, y que el Gobierno no cumpla desarrollar.** En este sentido, el Tribunal Supremo trae a colación su **Sentencia n.º 1332/2021**, de 15/11/2021 (Recurso 338/2020) refiriendo que para que sea exigible el ejercicio de la actividad reglamentaria no debe haber ningún margen de discrecionalidad.

A este respecto, no resultan suficientes para el Tribunal Supremo el contenido del **artículo 45 de la Constitución Española ni tampoco el del artículo 54.1 de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad** pues **“tales preceptos establecen un encargo general destinado a los poderes públicos para que adopten las medidas de protección y conservación del medio ambiente y las especies y eventualmente la obligación de repararlo, pero no se contiene un mandato o exigencia para dictar uno u varios reglamentos que contemplen medidas concretas destinadas a tal fin, ni la necesidad de dictar normas que establezcan un baremo que contengan las indemnizaciones procedentes para valorar los daños derivados de la muerte o lesión de un ejemplar de la especie silvestre. En definitiva, tales preceptos recogen el deber genérico de velar por la protección del medio ambiente y la biodiversidad pero no existe un mandato imperativo para dictar una norma reglamentaria con un contenido concreto diferente al ya existente, que pueda ser exigido por la vía de ejercitar una acción destinada a poner fin a una pretendida inactividad reglamentaria”**. Y por ello entiende que **“no se desprende que exista un deber**



*constitucional o legal de aprobar las normas reglamentarias pretendidas por la asociación recurrente **ni su falta de aprobación genera una situación jurídica contraria a la Constitución***". En definitiva, el Alto Tribunal no deduce incumplimiento del Gobierno de la obligación de actividad reglamentaria pretendida ni puede admitirse que los tribunales configuren el contenido de las previsiones de conservación y protección de la naturaleza. Es decir, que **el Tribunal Supremo no considera que la vía de la inactividad reglamentaria sea la vía adecuada** para exigir un pronunciamiento judicial que declare la obligación del Gobierno para que apruebe determinadas normas reglamentarias calificadas como insuficientes por la asociación ambiental recurrente. Ahondando en lo anterior, estima que, en realidad, lo que pretende la asociación ambiental es impugnar una regulación actual, como es el Real Decreto 1432/2008 cuyas medidas técnicas para evitar la electrocución de aves resultan insuficientes a su criterio.

Así, **el Tribunal Supremo ciñe el ejercicio de la acción de inactividad reglamentaria a que exista un vacío normativo** respecto de una obligación de rango legal o constitucional que resulte incumplida, sin que quepa esta vía para exigir una modificación de la reglamentación existente en un determinado sentido, pues, además, **"...el Gobierno dispone de un amplio margen de regulación de las medidas que estime más adecuadas para alcanzar el objeto de la conservación de la naturaleza y las especies animales que establece la Constitución y la ley"**.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Y en cuanto al planteamiento de que se declare la inactividad reglamentaria del Gobierno de la Nación **respecto de la ausencia de un Real Decreto que determine con valor normativo el valor de las especies de fauna silvestres**, el Tribunal Supremo considera que la **existencia de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental** y el contenido regulado en su **Anexo II** ya establece los criterios para reparar los daños medio ambientales, incluidos los causados a las especies silvestres, el cual ha sido desarrollado por **Real Decreto 2090/2008**, de 22 de diciembre; de modo que **tales normas serían suficientes** porque prevén y regulan la reparación de daños ambientales, incluidos los causados a las especies silvestres; y con ellas no se aprecia que la reparación esté carente de protección ni que se incumpla el mandato contenido en el **artículo 28.2 de la Ley 40/2015**, **pues esta disposición no exige, para poder ser aplicada, un baremo**, ya que **para fijarse las medidas reparadoras necesarias y, en su caso, el importe de las indemnizaciones correspondientes, ello es perfectamente posible hacerlo con la legislación actualmente existente**. Y, además, con independencia de que ello sea o no de mayor o menor conveniencia, el Abogado del Estado afirma que ya se está elaborando tal proyecto reglamentario por el Ministerio de Transición Ecológica, pero **no existe exigencia constitucional o legal en tal sentido**. En todo caso, no se considera que la ausencia de un baremo de cuantificación del valor de las especies de manera homogénea para todo el Estado sea la única manera de protección de las especies silvestres, pues la cuantificación se puede hacer sin necesidad de que exista la norma reglamentaria reclamada por la



asociación ambiental recurrente que unifique las cuantías de las indemnizaciones por el valor de las especies de fauna silvestre.

Por último, el Alto Tribunal impone las costas a la asociación ambiental recurrente.

## **2.- Críticas a la Sentencia n.º 1252/2023 respecto de la ausencia de obligación constitucional y legal para fijar un baremo de valoración de las especies silvestres.**

Parece que la **Ley 26/2007 sería una norma completa y suficiente** para el Tribunal Supremo conforme a su **Sentencia n.º 1252/2023**, y que serviría, tal cual está, para que los operadores jurídicos, la Administración principalmente, puedan exigir el abono de los importes indemnizatorios que correspondería reclamar inexcusablemente de los obligados a reparar el daño ambiental. Sin embargo, no parece que sea una operación sencilla y clara que esté al alcance del funcionario de turno, ya fuera técnico biólogo o medioambiental, ya fuera jurídico, que debe comprender cómo se regula la metodología MORA y después proceder a aplicarla llegando a concretar con exactitud, y sin dispar criterio con respecto de otros operadores, cuál sería el valor que pudiera corresponder exigir, por ejemplo, por la muerte de un águila calzada o por la muerte de busardo ratonero. Además de que no son públicas las cuantías de valoración de las distintas especies de fauna, el maremágnum y la incomprensión de la Metodología MORA no está al alcance más que de personal muy especializado del propio Ministerio, pues



resulta absolutamente incomprensible para el común de los ciudadanos; conllevando ello en nuestra opinión una gran inseguridad jurídica y hasta imposibilidad de que un ciudadano, una ONG ambiental e incluso funcionarios jurídicos de Comunidades Autónomas puedan deducir cuál es el concreto valor asignado a todas y cada una de las especies de fauna silvestre catalogadas existentes. Tales cálculos, al menos para los que suscriben, se antojan de muy difícil alcance y concreción por desconocimiento y ausencia de los datos necesarios de los que partir para llevar a cabo la tarea. Y es que esta metodología está diseñada precisamente para funciones como elaborar baremos de especies de fauna, o daños ambientales de carácter muy relevante, pero no para realizar infinidad de operaciones individuales por los operadores técnico-jurídicos.

No parece muy acorde con el **principio de eficacia** ni con el **principio de seguridad jurídica** que se justifique la ausencia de un Real Decreto concreto que fije los valores monetarios indemnizatorios respecto de las concretas cuantías que deben establecerse para cada individuo de fauna de especie amenazada partiendo de los criterios generales de la Ley 26/2007 ni del Real Decreto 2090/2008, ni tampoco a través de una página web del Ministerio que no tiene carácter legal ni validez normativa como referencia legal. La ausencia de una concreta norma reglamentaria sobre el valor indemnizatorio de las especies supone, en opinión de los que suscriben, que **el Gobierno rehúsa dar carta de naturaleza reglamentaria al mandato del artículo 45.3 de la Constitución Española**, así como un vaciamiento por omisión y un incumplimiento de la Ley 42/2007 por parte del Gobierno, **permitiéndose así no**



**“garantizar” la conservación de las especies silvestres**; aun cuando es una potestad reglada para la Administración su deber de exigir la responsabilidad civil a los infractores y otros responsables por la muerte o daño de especies protegidas que lleva incumpléndose 16 años; pues conforme a la **STS nº 586/2021** (Roj: STS 1676/2021) **el abono de la indemnización es de carácter reglado y la Administración no puede decidir no exigir su importe al responsable, sea o no sea infractor.**

Además, de acuerdo con el **principio de la plenitud del ordenamiento**, la existencia de vacíos normativos podrían tildarse en ciertos casos como **una anomalía del sistema** cuando la norma existente o su ausencia no puede ser integrada de otra manera por la lógica del sistema normativo o su integración por medio de la aplicación de otras normas, pues en otro caso estaremos frente a una **inconstitucionalidad por omisión o por deficiencia regulatoria en injusto desequilibrio con el mandato constitucional**; en este caso el relacionado con el artículo 45 de la CE.

La supremacía de la Constitución es, por tanto, indiscutible en el orden interno. No menos claro es el presupuesto de esa supremacía, es decir, su normatividad, pues “[...] *la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados*



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la CE)."* (STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1).

En este sentido, para que se dé el respeto al medioambiente y a la naturaleza resulta imprescindible que se repriman aquellas conductas que resulten agresoras, estableciendo una **sanción suficientemente retributiva y una indemnización acorde con los fines de prevención general y especial**, pues ello contribuye al efecto de utilidad para que el sancionado lleve a cabo con diligencia y premura su actividad económica y profesional para evitar el deterioro, muerte o destrucción de especies de fauna silvestre protegida. Con ello, la sociedad podrá disfrutar de las aves y la fauna silvestre en cuanto que las **sanciones e indemnizaciones sean y resulten disuasorias de posibles conductas infractoras**.

Así, discrepando respetuosamente del criterio del Tribunal Supremo, consideramos que la ausencia de desarrollo reglamentario, en los dos supuestos planteados en la demanda, supone un incumplimiento del artículo 45 de la Constitución, del artículo 54.1 de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural, y una pérdida de oportunidad, por silencio de la norma, también respecto de la exigencia prevista en el artículo 28.2 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

**3.- Críticas a la Sentencia n.º 1252/2023 respecto de la ausencia de obligación constitucional y legal para aprobar un reglamento por el que se fijen apropiadas medidas técnicas de protección de las aves en los tendidos eléctricos y para que se**





## **adecúe el Real Decreto 1432/2008 a la legislación de superior rango.**

Aunque de la lectura de la **Sentencia n.º 1252/2023** no parece que se cuestione que las actuales normas técnicas previstas en **el artículo 6 del Real Decreto 1432/2008 sean insuficientes, lo cierto es que el Tribunal Supremo considera que ello estaría en el ámbito de la discrecionalidad del Gobierno**. Sin embargo, respetuosamente discrepamos también de este planteamiento pues lo que ordena la Ley 26/2007 es que las medidas técnicas para prevenir y evitar daños ambientales sean "**apropiadas**". Y, evidentemente, las actualmente reguladas no lo son; por lo que **el Ejecutivo ha vaciado de contenido normativo a la Ley, con vulneración del principio de reserva de ley y del principio de jerarquía normativa**; y, por ello, efectivamente **existe una clara contrariedad jurídica** según establece el Tribunal Supremo en su propia doctrina con la **Sentencia de 14/10/2014** (Recurso núm. 758/2012 ROJ STS 4638/2014), a la que luego haremos referencia. Se deduce que esta posibilidad de no exigir la modificación reglamentaria por la vía del artículo 29.1 de la LJCA no merece respaldo jurisprudencial por no existir mandato legal y constitucional expreso sin tener en cuenta los criterios de esta Sentencia, que omite considerar.

Teniendo en cuenta que el procedimiento que se ha tramitado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo es el relativo a la **inactividad reglamentaria**, y siendo conscientes de que no puede la Sala sustituir al Poder Ejecutivo viniendo a concretar



con total exactitud y precisión técnica o electro-técnica qué debiera decir y regular el Real Decreto 1432/2008 o el Real Decreto 223/2008 y el Real Decreto 337/2014, como "*apropiadas*" (artículo 17 Ley 26/2007) soluciones técnicas aseguradoras de la inocuidad de las aves frente al riesgo de electrocución, **en nuestra opinión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debiera haber considerado obligado para el Gobierno fijar los mínimos reglamentarios básicos tendentes a minimizar en lo posible el riesgo de electrocución y en coherencia con respecto del objetivo de la preservación de la biodiversidad, y bajo el prisma del principio de no pérdida neta de biodiversidad y del principio de no regresión ambiental; si bien, como hemos dicho, sin llegar a fijar los concretos términos a regular a menos que la Sala considerase que la total inocuidad de las aves en los tendidos eléctricos requiere de una precisión técnica concreta o de distancias de seguridad concretas de carácter de mínimos.** En este sentido, es en la propia exposición de motivos del Real Decreto 1432/2008 donde se hace referencia a "*adecuadas*" soluciones técnicas y al **objetivo de "inocuidad" para las aves en los tendidos eléctricos.** Por tanto, parece claro cuál es el prisma y las bases que debiera contener el Real Decreto 1432/2008 tras su modificación o por aprobación de una nueva norma reglamentaria que lo sustituyera y corrigiera las deficiencias actuales a la vista de tales parámetros.

Cabría también apuntar que la **inseguridad jurídica existente con la redacción actual** del Real Decreto 1432/2008 no ha sido debidamente tenido en cuenta por



el Alto Tribunal pues no ha entrado a valorar la **importancia de clarificar el régimen sancionador** que no recoge adecuadamente el artículo 10 del Real Decreto 1432/2008, sin que mencione a la Ley 21/1992 de Industria ni a la Ley 42/2007, aunque sí a la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (actualmente Ley 24/2013); y, especialmente, porque no se incorporaron los principios inspiradores y preceptos de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. En este sentido, traemos a colación **el Oficio de la Fiscalía General de Medioambiente** del Tribunal Supremo en el que se destaca la deficiente aplicación del Real Decreto 1432/2008, la existencia de **normas de superior rango** que exigen medidas de protección sin excluir territorios y la existencia de **cuestionables Convenios** de la Administración con empresas eléctricas que parecen ser la base de la **ausencia generalizada de expedientes sancionadores**.

Parece que el ámbito de la discrecionalidad que el Tribunal Supremo atribuye al Gobierno en su Sentencia n.º 1252/2023 puede llegar a incluir también **la deslegalización de facto operada por el Real Decreto 1432/2008 respecto de las normas con rango de ley apuntadas**; que supondría una abierta contradicción constitucional de la jerarquía normativa y el vaciamiento en extremo del artículo 45 CE. En este sentido, parece que la discrecionalidad permitiría incluso **vaciar también el contenido obligatorio previsto en las tres Directivas Europeas de Aves, Hábitats, y de Responsabilidad Medioambiental** y las leyes españolas que transponen a derecho interno las mismas.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Por lo tanto, con la Sentencia n.º 1252/2023 **la sociedad y sus legítimos representantes no cuentan con un mecanismo legal de protección que sea instable ejercer por la vía de la inactividad reglamentaria por más que la competencia del Ejecutivo haya sido sobrepasada ejerciendo su competencia hasta el punto de vaciar de contenido obligaciones legales** cuya validez, por la supuesta ilegalidad del reglamento no analizada por el Tribunal Supremo, permita deducir su anulación por vía del artículo 29.1 de la LJCA. No procede así a analizar el contenido de los reglamentos actuales vigentes y analizar si el Ejecutivo ha procedido o no con el Real Decreto 1432/2008 a **desregular materias que le están vedadas**.

**No importa la finalidad perseguida por la norma** (constitucional, en este caso, por virtud del artículo 45.3 y del 45.1 CE) **ni la carencia de competencia del Ejecutivo** para aprobar y mantener la vigencia de un reglamento que parece legitimar a los titulares de las líneas eléctricas a seguir generando consecuencias jurídicas perniciosas para el medioambiente con muerte de cientos de miles de aves que además, difícilmente podrán sancionarse por la inseguridad jurídica creada por el Real Decreto 1432/2008, para reprimir conductas omisivas de falta de adecuación de las líneas eléctricas. Y, todo ello, a pesar de la **especial trascendencia de la electrocución de aves desde el punto de vista social y medioambiental**.

También se estaría infringiendo el **mandato de revisión periódica de los reglamentos vigentes previsto en el artículo 129.1 y 130.1 de la Ley 39/2015**, en



donde se regula el **principio de buena regulación**. En este sentido, desde un punto de vista también teleológico, no nos resulta adecuada la interpretación del Tribunal Supremo, obviando su propia doctrina en cuanto a que la cuestión que se discute debe precisarse reflejando el sentido y alcance, por medio de su relación sistemática con el resto del ordenamiento jurídico y con el fin perseguido por la norma. Esto puede y debe hacerse en aplicación de **los criterios sistemático y teleológico** que, con arreglo a lo dispuesto en el **artículo 3 del Código Civil** en relación con la interpretación de las normas según su contexto y finalidad, entre otros elementos, que resulta de la aplicación de las reglas generales de la hermenéutica normativa.

Si bien con la **Sentencia nº 1215/2021 de 7 de octubre (Recurso nº 202/2020, Ident. Cendoj: 28079130032021100167)** dictada al respecto de la problemática de las electrocuciones de aves protegidas en las líneas eléctricas, para el Tribunal Supremo quedó meridianamente claro que resultan aplicables el artículo 17 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental y los artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992 de Industria; y que con la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 223/2008 **las líneas eléctricas no se rigen de por vida por las normas de seguridad industrial que estuvieran vigentes cuando se aprobaron**; siendo aplicables las nuevas normas de seguridad industrial a partir del 19/09/2010; es decir, dos años después de la entrada en vigor del Real Decreto 223/2008; adscribiéndose así el Alto Tribunal, sin mencionarlo, al criterio de **proscripción de que quede**



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**“petrificado el ordenamiento jurídico”** como ha señalado muchas veces el Tribunal Constitucional (STC 49/2015). Sin embargo, ahora no ve el Tribunal Supremo incongruencia omisiva reglamentaria contraria al ordenamiento jurídico ante la ausencia de modificaciones reglamentarias que adecúen los reglamentos a las leyes vigentes.

**Así, aunque con el Real Decreto 1432/2008 no puede considerarse bajo ningún concepto que se dispense del cumplimiento de las obligaciones legales** de prohibición de causar la muerte de especies protegidas conforme al **artículo 57.1.b) de la Ley 42/2007** fuera de las zonas de protección del artículo 4 de dicho Real Decreto, no se hace eco el Tribunal Supremo con su Sentencia n.º 1252/2023 de la **alarmante inseguridad jurídica que crea y mantiene el Real Decreto 1432/2008 con su redacción actual**; pudiendo citarse también como ejemplos de la multitud de interpretaciones erróneas a que nos aboca tal reglamento, los **continuados Decretos de Archivo de las Fiscalías Provinciales de Medioambiente** en su consideración de la no concurrencia del delito previsto en el artículo 326 bis del Código Penal (en trasposición de la Directiva 2008/99) cuando se acude continuamente al contenido del pernicioso Real Decreto 1432/2008 como **“norma penal en blanco”**, en lugar de atenderse especialmente a las normas con rango de Ley vigentes: Ley 26/2007, Ley 42/2007, Ley 21/1992 y Ley 24/2013; y también las hasta ahora 26 Sentencias favorables a Endesa en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona (y una desfavorable).



**El marco jurídico principal que deviene incumplido cuando se produce una electrocución de un ave no es el Real Decreto 1432/2008** sino, principalmente, los artículos 9 y 10 de la Ley 21/1992 de Industria, los artículos 17.1, 17.2 y 19.2 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, el artículo 54.5 de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad, así como los artículos 4.2.g) y 40.2.r) de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico.

Por otro lado, otro ejemplo más de inseguridad jurídica y de contradicción normativa del Real Decreto 1432/2008 es que **para llevar a cabo la adecuación de un tendido eléctrico no resulta necesario que se presente ningún proyecto, tal y como afirma el artículo 8 del mismo. El artículo 53.2 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico** (aplicable esta Ley porque así se dispone en el 53.9 al no contemplar nada específico la Ley 21/1992 de Industria en materia de electrocuciones de fauna), considera que una modificación no sustancial de una línea eléctrica no requiere presentación de proyecto. **El Real Decreto 1432/2008 contiene el gravísimo error, entre muchos otros, de exigir proyecto respecto de cualquier tipo de actuación para su adecuación por avifauna sobre la línea eléctrica. Sin embargo, no se requiere elaborar ni presentar proyecto porque no hay creación de servidumbres, ni exposición pública ni expropiación ni modificación de trazado ni nada en absoluto de lo que se dice en el 53.2 de la ley 24/2013 que haga exigible la presentación de proyecto.** Sólo hay comunicación posterior responsable. Pero **no se requiere proyecto ni solicitud de**



**autorización** a salvo de que la empresa distribuidora eléctrica, voluntariamente, decidiera variar el trazado de la línea eléctrica y la ubicación de los postes; cosa que no resulta necesario para adecuar la misma para evitar electrocuciones de avifauna, y que sería el supuesto previsto en el artículo 59.2 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico. **Y tampoco se requiere siquiera solicitar autorización puesto que no se dan las circunstancias reflejadas en el artículo 115.3 del Real Decreto 1955/2000. Y tampoco concurren los presupuestos del artículo 17.1 del Real Decreto 223/2008 por ser las adecuaciones modificaciones no sustanciales conforme al artículo 53.2 de la Ley 24/2013.** Las adecuaciones son tan sencillas que **lo único que se modifica** (cuando se modifica) **es la parte de arriba del poste eléctrico; es decir, la cruceta**, donde están apoyados o sujetos los cables. Las soluciones técnicas consisten en pasar los **cables por debajo** de cruceta, y en separar distancias de los cables (si es que no están ya separados) **y después forrar con material aislante** las zonas en tensión eléctrica. No es necesario cambio ni sustitución de aparataje, ni colocar fusibles ni relés, ni celdas, ni sustituir transformadores, ni hay modificación de circuitos ni elementos auxiliares, ni hay renovación ni incorporación de elementos de maniobra ni tampoco variación de potencia ni ninguna otra de las circunstancias que se contemplan en el artículo.

Por ello entendemos que más que discrecionalidad existe arbitrariedad **en la inactividad administrativa y reglamentaria**; pues la ausencia de apropiadas normas de garantía y preservación de la biodiversidad está suponiendo una **contradicción jurídica y fáctica**,





**con pérdida evitable de biodiversidad**, al no atenderse al **obligado cumplimiento de los mandatos legales** de desarrollo sostenible, protección del medioambiente, preservación de la biodiversidad, principio de quien contamina paga, y **no regresión ambiental**, positivizado éste último con el **artículo 2 de la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética**.

#### **4.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la inactividad reglamentaria.**

El fundamento de la acción contra la inactividad reglamentaria se encuentra en la propia Constitución (CE); en sus arts. 24 (tutela judicial efectiva), 103.1 (obligación de la Administración de cumplir la ley) y 106.1 (obligación de los Tribunales de controlar la potestad reglamentaria). Así nos lo recuerda la **STS de 05/04/2018** (RC 4267/2016 ROJ 1519/2018) cuando dice que: *"...estamos ante un claro supuesto de inactividad formal normativa pues la Administración incumple un **claro e incondicionado deber legal de dictar normas** o disposiciones de carácter general - inactividad reglamentaria-*. Es decir, el Gobierno de la Nación ha **incumplido un deber jurídico, por omisión, respecto de previsiones legales, y contribuyendo a que éstas queden sin efecto**; y, por ello, es una actuación susceptible de control por los Tribunales a tenor también del artículo 8 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Respecto de lo antedicho debiera tenerse en cuenta la **Sentencia de 14/10/2014** (Recurso núm. 758/2012 ROJ STS 4638/2014) que refiere que: "*la caracterización de la potestad reglamentaria como una potestad discrecional **no impide el control judicial de las omisiones o inactividades reglamentarias cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico; o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal***".

Se evidencia con esta doctrina que la inactividad reglamentaria es el cauce judicial adecuado cuando se da lugar a una situación jurídica que implícitamente vulnera la Constitución o el ordenamiento jurídico de rango legal, y que el Poder Judicial debiera obligar al Poder Ejecutivo a no permanecer impasible y pasivo frente a esa realidad, pues se está incumpliendo el ordenamiento jurídico.

Es muy importante reseñar aquí la **STS nº 553/2018 de 05/04/2018** (ROJ 1519/2008 - RC 4267/2016), la **STS nº 291/2022 de 08/03/2022** (ROJ: STS 885/2022 - RC 183/2021), y las recientes **STS nº 275/2022 de 04/03/2022** (Rec. 2946/2020 ROJ STS 1040/2022 ) y la **STS nº 291/2022 de 08/03/2022** (ROJ 885/2022 – Rec. 183/2021), las cuales confirman la **posibilidad de accionar contra la Administración por inactividad reglamentaria respecto de**



**cualquier tipo de obligación previamente establecida** en la norma.

Conforme a la **STS nº 384/2019** (ROJ STS 894/2019 - Recurso: 691/2017) "...el **alcance del término "prestación concreta"**, utilizado en el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, **admite prestaciones materiales o jurídicas** (STS de 20 de junio de 2005, Rec. 3000/2003) **e incluso los supuestos de una inactividad reglamentaria debida** (STS de 5 de abril de 2018, Rec. 4267/2016). Y no existe inconveniente en entender que **se comprenden tanto obligaciones de dar como de hacer, ...**".

La **STS nº 187/2019 de 18/02/2019** (RC 3509/2017) nos recuerda que la acción del art. 29.1 LJCA no va dirigida contra cualquier incumplimiento administrativo sino que está destinada a exigir "**prestaciones concretas, sobre cuya existencia no se debate, derivadas de una disposición general (siempre que no precise de actos de aplicación) o de un contrato o convenio, pretendiendo, en consecuencia, el cumplimiento de obligaciones o prestaciones que ya han sido previamente establecidas**".

Este tipo de prestaciones se les debe a **todos los españoles (artículo 45 CE)**; los cuales tienen el **derecho a disfrutar del medioambiente**; siendo las organizaciones ambientales sin ánimo de lucro fieles y dignos representantes de los ciudadanos constituidas y legitimadas para este fin; las cuales coadyuvan a la Administración o, llegado el caso, le exigen su defensa para el respeto del medioambiente.



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

En el mismo sentido, se ha dictado la **STS nº 172/2022 de 10/02/2022** (RC 536/2017 ROJ STS 467/2022) en donde se glosa la doctrina de la Sala como sigue:

***"Esta Sala mantiene un reiterado criterio en materia de reclamaciones contra la inactividad reglamentaria de la Administración, expresado en las sentencias de 28 de junio de 2004 (recurso 74/2002), 19 de febrero de 2008 (recurso 95/2007), 12 de noviembre de 2008 (recurso 80/2006) y, ya en fechas más recientes, 10 de diciembre de 2020 (recurso 306/2019) 15 de febrero de 2021 (recurso 307/2019) y 16 de noviembre de 2021 (recurso 301/2020), "Las pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la **potestad reglamentaria como facultad político- normativa de ejercicio discrecional.*****

***Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria. En el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTs 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque **el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la*****



***efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido. En el bien entendido de que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer.***

*Por otra parte, es éste un problema sustantivo diferenciable del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad o de la omisión administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido o al precepto reglamentario que incurre en infracción omisiva, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas fiscales en el artículo 85 de la Ley jurisdiccional de 1956, dispone que **"los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de***



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

*los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición del contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla (Cfr. SSTs 16 y 23 de enero y 14 de diciembre de 1998).*

*Por consiguiente, la doctrina de esta Sala es, sin duda, restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal.*

*En efecto, la consideración de que **la potestad reglamentaria se encuentre íntimamente vinculada a la función político-constitucional** de dirección política del Gobierno reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental (STs 6 de noviembre de 1984), dificulta que aquél pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento o un precepto reglamentario con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción (STs 26 de febrero de 1993). En definitiva, como se ha dicho anteriormente, **únicamente cabe apreciar una***



***ilegalidad omisiva** controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, **la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida** por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuando **el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico**. Aunque, en ocasiones, para la omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTs 16 y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 2002).*

Con esta Sentencia, al menos queda claro que la ausencia de desarrollo de un reglamento de valoración de especies de fauna silvestre constituye un vacío normativo que, en nuestra opinión, no resulta suficientemente atendido con la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental. Y lo mismo ha de concluirse en cuanto a que la redacción actualmente vigente del Real Decreto 1432/2008 resulta contraria a normas con rango de ley a las que contradice y vacía de contenido cuya revisión obligada, en virtud del principio de buena regulación, debiera haber llevado al Alto Tribunal a una conclusión distinta a la que llega la Sentencia nº 1252/2023.

En definitiva, concurren en nuestra opinión los supuestos



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

jurisprudencialmente exigidos por cuanto que un reglamento a todas luces ilegal en tantos aspectos está suponiendo una efectiva desprotección de la biodiversidad y no la garantía de su preservación.

En este sentido, conforme a la **STS de 14/12/1998** (RC 194/1995 ROJ STS 7543/1998) puede solicitarse tanto **"negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico"** como **resolverse "... que elabore y promulgue una disposición reglamentaria, e incluso a que ésta tenga un determinado contenido, en la medida que se constate y declare la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar la norma reglamentaria en ese determinado sentido"**. Ello es así cuando existe una **"obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar; y b) cuando el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la CE o al ordenamiento jurídico"**; a lo que podría añadirse que también cuando no se lleva a cabo una revisión de la norma actualmente vigente y a todas luces generadora de inseguridad jurídica y vaciadora de contenido de normas con rango legal. La acción de inactividad reglamentaria se reconoce *"Cuando la misma incurra en un incumplimiento de una obligación expresamente prevista por la Constitución, la Ley o las normas de Derecho de la Unión Europea, o cuando esa omisión o silencio reglamentario suponga la creación implícita de una situación jurídica contraria al ordenamiento jurídico"*; ya con la vigencia de la actual LJCA, como recuerda la **STS n.º 194/2022 de 17/02/2022** (RC 3877/2019), con cita, entre otras, de





la **STS de 05/11/2013** (RC 5886/2009 ROJ STS 6137/2013) pero era también oportuno entrar a analizar el contenido del Real Decreto 1432/2008 y pronunciarse sobre los aspectos planteados.

Referido a la inactividad administrativa, parece especialmente trascendente la STS nº 1309/2020 (Recurso nº 1652/2019) en cuyo Fundamento Tercero se expone: "Es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución (artículos 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 41 y 42), constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y -como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones- no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene -debe tener- plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos". Es decir, que sí se dice aquí que los ciudadanos tienen derecho y pueden reclamar y exigir a las Administraciones que lleven a cabo la actividad no realizada.

Por tanto, vista la STS nº 1253/2023 (Recurso Ordinario nº 329/2022) respecto de la ausencia de reglamentación del valor indemnizatorio de la fauna silvestre y la ausencia de modificación del Real Decreto 1432/2008 y



del Real Decreto 223/2008, la cuestión que parece amparar la discrecionalidad del Gobierno de la Nación la resuelve el Alto Tribunal sin reconocer el valor normativo del artículo 45 de la Constitución, al no plasmarse un concreto plazo y un concreto deber legal de reglamentación que no consta oportunamente contenido en una norma con rango de Ley que lo fije en desarrollo de la Constitución y le dé contenido a los tres apartados del artículo 45 respecto de las cuestiones que se plantearon en la demanda de inactividad reglamentaria. No obstante, esta conclusión a la que ahora se adscribe el Tribunal Supremo no concuerda con su lejana Sentencia de 25/04/1989 (Roj: STS 2645/1989) en la que dijo que: "Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más -como ya hizo en sentencia de 9 de mayo de 1986- que los preceptos contenidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de «principios rectores de la política social y económica» no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas". Y también añadió que "De manera que ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos". Por lo tanto, lo que ahora se resuelve en la STS nº 1252/2023 como una cuestión de discrecionalidad del Gobierno y como un derecho no exigible por el ciudadano, considerando la ausencia de valor normativo directo del artículo 45 de la CE, hubiera encontrado un mejor acomodo resolviendo reconocer tal derecho, especialmente cuando quien lo solicita está especialmente habilitado para ello conforme a los artículos 3.2).a) (participar en la redacción de



disposiciones generales) y 22 (omisiones) de la Ley 27/2006 y apoyado por los artículos 129.1 y 130.1 de la Ley 39/2015, y entrando en el fondo del asunto para dilucidar si se incurre en arbitrariedad del Gobierno no amparada por la excusada discrecionalidad que resulta, además, contraria al principio de no regresión ambiental y al principio de no pérdida neta de biodiversidad.

### **5.- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la inactividad reglamentaria en materia medioambiental.**

En el asunto Janecek (Asunto C-237/07, apartados 39 a 42), el TJUE dictó **Sentencia de 25/07/2008** en la que examinó una situación en la que una autoridad pública no había adoptado un plan de acción para la calidad del aire jurídicamente vinculante destinado a hacer frente a un problema de exceso de partículas en suspensión, y confirmó que un órgano jurisdiccional nacional puede obligar a la autoridad pública a adoptar un plan de estas características. Del mismo modo obró en su **Sentencia de 19 de diciembre de 2019 (Asunto 752/2018)** estableciendo que ***“los particulares directamente afectados deben poder obtener de las autoridades nacionales competentes que se elabore un plan de acción, incluso cuando dispongan, en virtud del Derecho nacional, de otros medios de acción para conseguir que dichas autoridades tomen medidas de lucha contra la contaminación atmosférica”***. Por consiguiente, se refleja el papel que desempeñan los órganos jurisdiccionales nacionales al imponer a la autoridad competente la adopción de las medidas obligadas que han sido omitidas y el papel que tienen los



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

particulares, organizaciones ambientales sin ánimo de lucro, para exigir a las autoridades nacionales que se tomen medidas ambientales.

Sin embargo, tanto el Tribunal Constitucional (**STC nº 132/2017**, entre otras) como el Tribunal Supremo abogan por una **protección estricta del principio de no regresión ambiental** tanto desde el punto de vista del **establecimiento de la normativa**, como también, **y especialmente, teniendo en cuenta la realidad fáctica** a la que el medioambiente se enfrenta con tan acusado declive por pérdida de biodiversidad. Es decir, que **resulta obligado atender a esa realidad física, material, la fauna viva, para garantizar la preservación del medioambiente y garantizar su adecuada conservación y/o restablecimiento**; cuestión ésta última que es objeto de regulación también en la **Directiva 92/43/CEE de Hábitats** (artículos 2.2; 3.1; 4.4 y 8.2); así como en la **Directiva 2009/147/CE de Aves** (artículos 3.1 y 3.2) pues los Estados deben garantizar el restablecimiento de los hábitats y de la fauna silvestre; lo que no es posible si no se cuenta con las herramientas legales adecuadas, a las que se confía, precisamente, la misión última de ser garantía de la adecuada preservación de la biodiversidad.

Y también ha de tenerse muy en cuenta que la **Resolución A-HRC-RES-48-13 de la ONU de 08-10-2021 ha establecido ya que el Medioambiente es un Derecho Humano. Así, la biodiversidad conecta directamente con el derecho humano a disfrutar del medioambiente como factor clave de expansión del ser humano y para el libre desarrollo de la personalidad**. Por tanto, estamos ante un derecho



humano en consolidación que tendrá que ser asumido e integrado en sus planteamientos tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo en relación con el artículo 45.1CE.

**6.- La Sentencia n.º 1252/2023 no analiza otros aspectos claves: el principio de buena regulación y del principio de no pérdida neta de biodiversidad.**

Conforme a los **principios de eficacia, seguridad jurídica y eficiencia del artículo 129.1 de la Ley 39/2015 y de buena regulación del artículo 130.1 de la Ley 39/2015** debieran promulgarse adecuados reglamentos en aras de la protección de la biodiversidad de manera que se asegure su preservación en virtud de los ya referidos **principios de no regresión ambiental y principio de no pérdida neta de biodiversidad**.

**Resulta muy explícita la obligación legal del Ejecutivo** debiendo llevar a cabo la iniciativa de promulgación de apropiados reglamentos y de revisión de los vigentes en el **artículo 130.1 de la Ley 39/2015**: **“Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas”**.

De su lectura se deduce que **la revisión de la normativa también incluye aquella labor que es necesaria para aprobar y revisar que los**



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

**reglamentos sirvan, en este caso, para conseguir los objetivos medioambientales** de preservación y garantía de conservación de la biodiversidad; **sin que pueda quedar postergada indefinidamente ni a criterio de discrecionalidad del Ejecutivo**. Por ello, no alcanzamos a comprender como esta ausencia de revisión de las normas vigentes puede resultar amparada por el Tribunal Supremo con el justificante de la libre discrecionalidad del Ejecutivo para no aprobar un reglamento necesario, como es el de la valoración de fauna silvestre, y no modificar un reglamento que vacía de contenido normas de rango legal, e incluso de contenido constitucional, y que frontalmente se contradice con otros preceptos reglamentarios.

El principio de buena regulación está **implícito también en el artículo 9.3 CE** cuando **proscribe la arbitrariedad**; y en el artículo 31.2 CE cuando impone la asignación equitativa, eficiencia y economía en el gasto público.

La **STS de 20/11/2015** (Rec. 1203/2014 ROJ STS 5342/2015) ha considerado que el **artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** plasma el **principio de buena administración**, y lo han alzado en parámetro de control de la calidad de los servicios públicos. Así, el principio de buena administración también se vincula con la **obligación de perseguir los objetivos públicos**, como es la defensa de los intereses colectivos del medioambiente (artículo 45.2 CE) **con agilidad y eficacia**.



Así se desprende también del apartado 34 de la **Sentencia del TJUE de 16/01/2019** (Asunto C-265/17 P) en relación con la buena administración.

Asimismo, la **Ley 39/2015** incorpora en el **artículo 13.d) y 129.5** el **principio de buen gobierno** en relación con la potestad reglamentaria; y lo mismo se hace en los **artículos 6.1, 26.8 y 112 de la Ley 40/2015**. Y, por ello, es **urgente que se hubieran aprobado sin demora apropiados reglamentos para evitar estas pérdidas continuadas de biodiversidad**.

Y en el **artículo 129.2 de la Ley 39/2015** se señala que la iniciativa reglamentaria debe estar **justificada por razones de necesidad y de interés general**; lo que sin duda ninguna concurre cuando se trata de garantizar la preservación de la biodiversidad.

Así, la falta de promulgación de adecuados reglamentos supone un **incumplimiento del principio necesidad** en el sentido expuesto en el **artículo 129.1 de la Ley 39/2015**, así como una **renuncia del Gobierno de la Nación al cumplimiento de los objetivos medioambientales y del deber de atajar las pérdidas de biodiversidad conforme al artículo 130.1 de la misma**, que no se ha visto reconocida en la sentencia nº 1252/2023.

En este sentido, el **artículo 129.5 de la Ley 39/2015** incluso prevé que los **ciudadanos puedan participar activamente en la elaboración de las normas**. En este sentido, encontramos aquí por añadidura



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

legitimación de una organización ambiental sin ánimo de lucro para erigirse como defensora de los intereses colectivos representados por el medioambiente y convertirse en digno instrumento para reclamar del Ejecutivo aquello que no hace o que no hace adecuadamente, con daño para el medioambiente con normas inexistentes o las muy defectuosas actualmente vigentes, conforme hemos referido con los preceptos de la Ley 27/2006 señalados atrás.

Por tanto, la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad ni inactividad reglamentaria y debe ser buen gobierno y buena regulación.

Así, en la **STS de 03/11/2015** (Rec. 396/2014 ROJ STS 4627/2015) se afirma: ***“En este sentido, cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente”***.

Por otro lado, **el principio de “no pérdida neta de biodiversidad” se ha positivado en el artículo 2.c) de la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y Biodiversidad**, como fórmula para que el medioambiente resulte equilibrado en relación con el desarrollo económico y social. En este sentido, las referencias a la **necesidad de evitar la pérdida neta de biodiversidad** y de establecer medidas para ello son





constantes en el **Real Decreto 1057/2022**, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Plan estratégico estatal del patrimonio natural y de la biodiversidad a 2030. Entre una de las muchas referencias existentes se dice que *"en coherencia con los objetivos de la Estrategia de la UE, **deberán de preverse medidas para garantizar el principio de no pérdida neta de biodiversidad** y asegurar que no se produce ningún deterioro en las tendencias y el estado de conservación de ninguna de las especies y de los hábitats protegidos, tanto en el medio terrestre como marino"*.

**No es cierto, por otro lado, como parece acoger la Sentencia n.º 1252/2023, según lo manifestado por el Abogado del Estado, que el Ejecutivo esté elaborando un proyecto de Reglamento que establezca el valor indemnizatorio de las especies a fecha de hoy.**

Incluso referido a la cuestión urbanística **se ha positivizado en el artículo 2.f) de la Ley 42/2007** de Patrimonio Natural y Biodiversidad **el principio de "prevalencia ambiental"**; es decir, que, en caso de conflicto entre el medioambiente y el urbanismo, **debe prevalecer el medioambiente.**

**La Sentencia del Tribunal de Apelación de la Haya (Holanda), de 9 de octubre de 2018**, que se pronuncia sobre un contencioso climático, respaldando la resolución judicial del Tribunal de instancia de 2015, por la que **se ordena al Gobierno reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 25% para 2020**, respecto los niveles de 1990, pues no



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

hacerlo equivaldría a una violación de los derechos de los ciudadanos holandeses. En el mismo sentido, la **Sentencia «Urgenda 2» ha establecido que el Estado no puede eludir su responsabilidad de tomar medidas de inmediato frente al cambio climático.**

De manera que, cada vez de manera más generalizada, la legislación ambiental desarrolla la formulación constitucional del deber de todos de conservar el medioambiente y la evolución de la legislación y jurisprudencia camina en el mismo sentido. Fruto sin duda de **la mentalidad de la sociedad actual que exige poner fin a estos graves problemas de conservación de la fauna**, que además es un patrimonio público natural que no puede morir ajeno ante la pasividad del Gobierno y la Administración, pues debe ser evitado el resultado dañoso con adecuadas normas reglamentarias que desarrollen concretamente esos objetivos-deberes, y no se hace. En este sentido, lamentamos la decisión del Tribunal Supremo que con su Sentencia n.º 1252/2023 es ajeno al contexto de grave y alarmante situación de pérdida de biodiversidad en el que nos encontramos.

**7.- Desatención del principio de desarrollo sostenible y especialmente del principio de no regresión ambiental.**

Que **los tendidos eléctricos suponen la primera causa de mortalidad de una gran mayoría de aves rapaces** es notorio, y así lo recoge el propio Real Decreto 1432/2008 en su exposición de motivos, y ello está suponiendo una merma muy importante de



biodiversidad que resulta contraria al mandato del legislador y a la legalidad vigente (artículo 2 de la Ley 7/2021) respecto del **principio de no regresión ambiental**. Con este apunte queremos mostrar que se ha positivizado una obligación general, eso sí, que **debiera haberse traducido en la promulgación de apropiadas normas reglamentarias que hagan conjugable y compatible el crecimiento económico con la cohesión social y la defensa del medio ambiente**; pues si este último aspecto no es debidamente atendido, hay desarrollo, pero no es sostenible. Es decir, que la realidad fáctica y normativa de **la ausencia de apropiada norma reglamentaria que proteja a las aves en los tendidos eléctricos resulta contraria al principio de desarrollo sostenible** y al principio de no regresión ambiental, sin que observemos, en nuestra opinión, que quepa apenas margen de discrecionalidad del Ejecutivo cuando las soluciones técnicas son sencillas y conocidas, y cuando los defectos del Real Decreto 1432/2008 son claros y evidentes incluso *prima facie*.

**El principio de “no regresión ambiental”** (o *cláusula stand still* o de *statu quo*) ha sido avalado en muchas ocasiones por el Tribunal Supremo en la **STS de 16/04/2015** (Recurso 3068/2012 - Id. Cendoj: 28079130052015100136), o en la **STS de 10/07/2012** (Id Cendoj: 28079130052012100527) o en la de **29/03/2012** (Casación 3425/2009 ROJ STS 2000/2012) y **29/11/2012** (Casación 6440/2010) y de **14/10/2014** (Casación 2488/2012).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

Y en la **STS de 10/07/2012** (Casación 2483/2009 ROJ STS 5538/2012) se recuerda que *"Este principio de no regresión, ha sido considerado como una **"cláusula de statu quo" o "de no regresión", con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental,** como es el caso del Dictamen del Consejo de Estado 3297/2002, que si bien referido a modificación de zonas verdes, de que " la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula stand still propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga"*.

Tal y como se establece en la **STS de 30/09/2011** (Casación 1294/2008 ROJ STS 1724/2015), el *"**principio de no regresión "nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión,** que, en supuestos como el de autos, implicaría la **imposibilidad de no regresar** de---o, de no poder alterar--- una clasificación o calificación urbanística --- como podría ser la de las zonas verdes-- - directamente **dirigida a la protección y conservación,** frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y*



escaso. En el Fundamento Jurídico anterior ya lo hemos mencionado, como **principio "standstill"**, y que, en otros países, ha sido entendido como "efecto trinquete", como "intangibilidad de derechos fundamentales" o "de **derechos adquiridos legislativos**", o, **incluso como principio de "carácter irreversible de derechos humanos"**. También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una "cláusula de statu quo" o "de no regresión", con la **finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales**, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental". Es decir, que, aunque el principio de no regresión ambiental nace, en un principio, para proteger el medioambiente frente al urbanismo, se ha consolidado en la jurisprudencia de la Sala como un límite frente a otro tipo de agresiones ambientales.

No obstante, el Tribunal Supremo ha dado un paso más allá y ha dictado su **STS nº 882/2023** (Recurso Casación nº 7738/2021 ROJ 3236/2023) en la que se establece lo que sigue: "El **principio ambiental de no regresión (principio "stand-still")**, que hasta momentos bien recientes no ha tenido reflejo en nuestro derecho positivo, **se ha ido construyendo por nuestra jurisprudencia** en el ámbito urbanístico como límite a la discrecionalidad del planificador al hilo de modificaciones que afectaban a zonas verdes urbanas o a modificaciones de suelos no urbanizables o terrenos de equipamientos, tomando como **fundamento algunos preceptos constitucionales** -los arts. 45 (derecho a un medio ambiente adecuado y utilización racional de los recursos naturales), 46 (conservación y enriquecimiento



*del patrimonio histórico, cultural y artístico), 47 (utilización del suelo de acuerdo con el interés general) y 128.1 CE (subordinación de la riqueza del país al interés general)-, el art. 37 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (protección del medio ambiente y desarrollo sostenible), así como, ya en el ámbito de la legalidad urbanística, el principio de desarrollo sostenible que se reflejaba en los arts. 2 y concordantes del TRLS 2008 y, actualmente, en el art. 3 y concordantes del TRLS 2015*

...

*También el **Tribunal Constitucional** ha destacado la relevancia de este principio y su conexión con el art. 45 CE en su sentencia 233/2015, FJ 2.c, en la que se afirma que "el **principio de no regresión del Derecho medioambiental** (también conocido como cláusula stand-still) entronca con el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento, y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales", y tras destacar que, hasta ese momento, "es hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta*", a la cuestión de "si cabe extraer directamente tal principio de los postulados recogidos en el art. 45 CE", responde que "**las nociones de conservación, defensa y restauración del medio ambiente, explícitas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional, comportan tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramiento**", añadiendo que "[E]n particular, el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que*



supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de -no regresión-. Y aunque advierte de que **no se puede "identificar el deber de conservar el medio ambiente con el deber de conservar la norma"** ya que "la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia- (STC 31/2010, 28 junio, FJ 6", ello, no obstante, "esta noción, consustancial al principio democrático, otorga al **legislador un margen de configuración plenamente legítimo, amplio, pero no ilimitado, pues está supeditado a los deberes que emanan del conjunto de la Constitución**". Y, en fin, tras recordar que las normas no son intangibles, advierte que "la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente". En estas mismas ideas se insiste en la STC 132/2017, FJ 4.b.

D.- Pues bien, si como se advertía en **la STC 233/2105, el principio de no regresión** era hasta el momento, "hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta*", que en nuestro ordenamiento había sido objeto de construcción exclusivamente jurisprudencial, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional en los términos que acabamos de describir, actualmente **tiene ya un reconocimiento expreso en nuestro derecho positivo en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que en su art. 2** recoge entre sus principios rectores el de no



regresión, definiéndolo en su exposición de motivos, apartado III, en la que se afirma, a modo de síntesis o compendio de los pronunciamientos jurisprudenciales referidos, que: "**Desde el punto de vista medioambiental, este principio de no regresión se define como aquel en virtud del cual la normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público**, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental. **En el caso de los Estados descentralizados como España, este principio ordena también la interconexión interordinamental**: ya no solo como proyección temporal entre normas anteriores y posteriores, sino **en el juego de las bases de las normas ambientales**, es decir, que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia puedan establecer niveles de protección más altos que la legislación básica estatal."

E.- Como puede apreciarse, **se trata de un principio ambiental de carácter general que obliga a los poderes públicos a no retroceder, a mejorar la calidad de vida en relación con el medio ambiente, que no se circunscribe al ámbito urbanístico** y que, en éste, dados los amplios términos con los que se formula, no puede limitarse a los cambios de clasificación, a la desclasificación del suelo no urbanizable, pues su alcance es más general.





*Aunque sea en ese contexto - desclasificación de zonas verdes urbanas o de suelo no urbanizable- en el que se haya producido el mayor número de pronunciamientos de esta Sala -por tratarse, sin duda, de supuestos en los que la regresión se hace más patente-, **nuestra jurisprudencia también ha aplicado este principio en supuestos ajenos a la desclasificación de suelo** (SSTS de 10 de julio de 2012, rec. 2483/2009 o de 29 de noviembre de 2012, rec. 6440/2010), poniendo de relieve que el principio de no regresión en el ámbito urbanístico afecta a la ordenación del suelo en general, no sólo a su clasificación.*

*Si lo que caracteriza al suelo no urbanizable de protección -como es el concernido en el caso de autos- son sus valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos (art. 13 TRLS de 2015), es decir, sus **valores ambientales en sentido amplio**, y, consiguientemente, un régimen más restrictivo de los usos permitidos respecto al suelo no urbanizable común, la regresión en su nivel de protección ambiental no es susceptible de derivar solamente de su eventual desclasificación, protegida, además, por su carácter reglado (por todas, sentencia de 16 de abril de 2015, rec. 3068/2012), sino también de la alteración de los usos. En esta misma línea nos hemos pronunciado, además, en una **reciente sentencia de 22 de marzo de 2023, rec. 1451/2022, en la que fijamos como doctrina que "la regresión en materia de medio ambiente en la planificación urbanística es una cuestión fáctica, que puede llevarse a cabo sin que para ello sea requisito o condición una alteración de la calificación o de los usos urbanísticos"**.*



Y también añade que "**El principio de no regresión se erige, por tanto, en un límite al ius variandi, a la discrecionalidad** del planificador urbanístico que abunda en la necesidad de motivar el interés general al que sirve la potestad de ordenación territorial y urbanística (art. 4.1 TRLS 2015)".

**Por ello, no se entiende que con la Sentencia n.º 1252/2023 la discrecionalidad que se atribuye como facultad, parece ser, de total y libre disposición para el Gobierno y quepa y se ampare una situación de inactividad reglamentaria o frente a normas manifiestamente contrarias a leyes que el Real Decreto 1432/2008 dice desarrollar, cuando lo que existe es un vaciamiento de las mismas con un reglamento muy pernicioso como es el Real Decreto 1432/2008.**

#### **8.- Ausencia de cumplimiento del principio de efectividad del derecho medioambiental.**

Tampoco resulta acorde la STS n.º 1252/2023 con el llamado **principio de efectividad del derecho medioambiental** que se recoge en la **STS n.º 1188/2017 de 07/07/2017** (Roj: STS 3234/2017 - RC n.º 1783/2015), pues precisamente se atribuye a **las asociaciones ambientales un papel que no es el de la defensa de la legalidad, sino el de la defensa de unos intereses cualificados o específicos de defensa del medioambiente que repercuten en la sociedad**; teniendo en cuenta la significación



constitucional del medio ambiente y a la luz del que se ha dado en denominar **principio de efectividad del Derecho Ambiental**, pues **el principal problema actual del derecho ambiental es su falta de efectividad**, existiendo claras falencias y deficiencias tanto en el logro de sus objetivos y metas, así como en la aplicación de la normativa ambiental y en el cumplimiento sostenido y recurrente, pues la legislación ambiental no se suele cumplir como se esperaría de ella.

Por todo ello, respetuosamente consideramos que resultaba plenamente **justificado que se resolviera declarar la obligación del Gobierno de aprobar adecuados reglamentos de forma congruente con los fines de interés público.**

### **BIBLIOGRAFÍA:**

BLASCO, E.; DURÁ, C.J.; PÉREZ-GARCÍA, J.M.: **Evaluación del estado jurídico de la electrocución de avifauna y formulación de propuestas de mejoras para la efectividad en el cumplimiento de la normativa: 19 de octubre 2020, Actualidad Jurídica Ambiental, n. 105 Sección "Artículos doctrinales":** <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/articulo-doctrinal-evaluacion-del-estado-juridico-de-la-electrocucion-de-avifauna-y-formulacion-de-propuestas-de-mejoras-para-la-efectividad-en-el-cumplimiento-de-la-normativa/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

BOOTELLO FERNÁNDEZ, S. Abogado del Estado. **El silencio administrativo. Últimas modificaciones: especial incidencia en los procedimientos que puedan afectar al medio ambiente**

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13345-el-silencio-administrativo-ultimas-modificaciones:-especial-incidencia-en-los-procedimientos-que-puedan-afectar-al-medio-ambiente/>

(Fecha de último acceso 31/10/2023).

Canal de Electroclusiones de Avifauna en Telegram:

<https://t.me/electroclusionesavifauna> (Fecha de último acceso 31/10/2023)

**Endesa, en el punto de mira del primer proceso penal abierto por electrocución de avifauna:**

<https://www.energias-renovables.com/panorama/endesa-en-el-punto-de-mira-del-20210614> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

ESPAÑA. **Real Decreto 1432/2008**, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-14914> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

GREFA, **Libro Blanco de las Electroclusiones en España**, Análisis y propuestas, dos años después (2020-2022) editado por Grefa:

<https://aquila-a-life.org/index.php/es/de-interes/multimedia/descargas/category/19-campana->



[de-educacion-ambiental-sobre-la-importancia-del-  
aguila-de-bonelli?download=503:libro-blanco-de-la-  
electrocucion-en-espana-analisis-y-propuestas-2022](#)  
(Fecha de último acceso 31/10/2023).

MINISTERIO para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico:

- *Recomendaciones técnicas para la corrección de los apoyos eléctricos del riesgo de electrocución de aves, para la adaptación de las líneas eléctricas al R.D. 1432/2008 junio de 2.018.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2018. Disponible en:

[https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/recomendacionesdecorrecciontendidoselectrico-sjunio2018\\_tcm30-450037.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/recomendacionesdecorrecciontendidoselectrico-sjunio2018_tcm30-450037.pdf) (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- *Guía interactiva para la protección de la avifauna en líneas de alta tensión.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Disponible en:

[https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/proteccionavifauna\\_v9\\_tcm30-478919.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/proteccionavifauna_v9_tcm30-478919.pdf) (Fecha de último acceso 31/10/2023)

- *La situación actual de publicación, tanto de las Zonas de Protección como de los listados de líneas.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Disponible en:

<https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/especies-silvestres/tendidos/ce->



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

[silvestres-tendidos-RD-situacion.aspx](#) (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- *Ensayo para la evaluación de diversas tipologías de cadenas de amarre como zonas de posada de distintos grupos de rapaces.* España: Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2019, 63 p. Disponible en:

[https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/pdfwebpublicacionamarres5marzo2019\\_tcm30-487691.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/pdfwebpublicacionamarres5marzo2019_tcm30-487691.pdf) (Fecha de último acceso 31/10/2023).

MORADELL ÁVILA, J., Fiscal Provincial de Medioambiente de Teruel:

- La Fiscalía de Medioambiente frente al biocidio de aves rapaces electrocutadas en España. *Interjuez.es*. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/04/20/la-fiscalia-de-medioambiente-frente-al-biocidio-de-aves-rapaces-electrocutadas-en-espana/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- **Biocidio de aves rapaces electrocutadas en España.**

<https://interjuez.es/2020/04/15/biocidio-de-aves-rapaces-electrocutadas-en-espana/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- **Nuevas consideraciones sobre el 'biocidio' de aves rapaces en España.**

<https://intercids.org/fiscal-jorge-moradell-biocidio-aves-rapaces-electrocucion/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- **Biocidio de aves rapaces en España. La labor de los Agentes de Protección Ambiental.** Equipos de



Información y Protección Ambiental. "EIPROM II". *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/05/10/biocidio-de-aves-rapaces-en-espana-la-labor-de-los-agentes-de-proteccion-ambiental-equipos-de-informacion-y-proteccion-ambiental-eiprom-ii/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- **Inacción y acción ineficaz de la Administración.** *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/08/24/inaccion-y-accion-ineficaz-de-la-administracion/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- **Especies protegidas y concepto de "Área de distribución natural"; daños a especímenes protegidos, fuera de los límites de las áreas o zonas delimitadas como hábitats.** Directiva 92/43/CEE (Versión Directiva 2013/17/UE). *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/07/30/especies-protegidas-y-concepto-de-area-de-distribucion-natural-danos-a-especimenes-protegidos-fuera-de-los-limites-de-las-areas-o-zonas-delimitadas-como-habitats-directiva-92-43-c/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- La masacre de aves electrocutadas. *Interjuez.es*. 2020. Podcast disponible en: <https://interjuez.es/2020/06/11/la-masacre-de-aves-electrocutadas/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- Protección ambiental y prevaricación omisiva. *Interjuez.es*, 2020. Disponible en: <https://interjuez.es/2020/05/18/proteccion-ambiental-y-prevaricacion-omisiva/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).



<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

MORENO SOLDADO, S. - La responsabilidad medioambiental y sancionadora por las electrocuciones de avifauna protegida. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n. 15, 2018, pp. 14-154.

Disponible en:

<http://gabilex.castillalamancha.es/articulos/la-responsabilidad-medioambiental-y-sancionadora-por-las-electrocuciones-de-avifauna> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- La Fiscalía de Medioambiente frente al drama de las electrocuciones de avifauna protegida. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 96, diciembre 2019, pp. 157-158.

Disponible en:

<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/actualidad-al-dia-fiscalia-de-medioambiente-aves-electrocuciones-tendidos-electricos/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

- La Administración de Industria también debe velar por la protección de avifauna frente al riesgo de electrocución en las líneas eléctricas. Breve análisis de los efectos jurídicos de la Sentencia nº 1215/2021 de 7 de octubre (Recurso nº 2020/2020).

Disponible en:

<https://www.actualidadjuridicaambiental.com/comentar-io-de-jurisprudencia-la-administracion-de-industria-tambien-debe-velar-por-la-proteccion-de-avifauna-frente-al-riesgo-de-electrocucion-en-las-lineas-electricas-breve-analisis-de-los/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

MORENO SOLDADO, S.; DURÁ ALEMAÑ, C.J., AYERZA, P. ¿Por qué no estamos frenando la electrocución masiva de rapaces? *Quercus*, n. 412, 2020, pp. 64-65.





PÉREZ-GARCÍA, J. M.; BOTELLA, F.; SÁNCHEZ-ZAPATA, J. A. (2015). Modelos predictivos aplicados a la corrección y gestión del impacto de la electrocución en tendidos eléctricos sobre las aves. *Revista Catalana d'Ornitologia*, n. 31, 61-83.

RED ELÉCTRICA DE ESPAÑA: *Metodología y protocolos para la recogida y análisis de datos de siniestralidad de aves por colisión en líneas de transporte de electricidad*. Sevilla: Clave, 2016, 172 p. Disponible en: [https://www.ree.es/sites/default/files/04\\_SOSTENIBILIDAD/Documentos/Metodologia\\_y\\_protocolos\\_estudio\\_siniestralidad\\_v2\\_Febrero2016.pdf](https://www.ree.es/sites/default/files/04_SOSTENIBILIDAD/Documentos/Metodologia_y_protocolos_estudio_siniestralidad_v2_Febrero2016.pdf) (Fecha de último acceso 31/10/2023).

RIGAU CASTELLS, A.; *et al.*: Estudio sobre la responsabilidad penal de las compañías eléctricas por electrocución de aves. Informe Jurídico Julio 2020. Universitat Rovira y Virgili: <http://www.cedat.cat/media/upload/arxiu/clinica/casos/2019-20/Electrocucion%20de%20aves.pdf> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

TRAGSATEC. *Estudio de integración de necesidades de financiación impuestas por el R.D. 1432/2008, con el mecanismo previsto a través de un Plan de Impulso al Medio Ambiente*. España: Tragsatec, 2014, 128 p. Disponible en: [https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/estudioincidenciatendidoscambioclimatico\\_tcm30-379323.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/con-servacion-de-especies/estudioincidenciatendidoscambioclimatico_tcm30-379323.pdf) (Fecha de último acceso 31/10/2023).

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

SEOBIRDLIFE:

-Aspectos legales y técnicos en procedimientos por actuaciones ilegales contra la biodiversidad:

<https://youtu.be/6zT3gCLX8Tc>

<https://seo.org/tag/tendidos-electricos/> (Fecha de último acceso 31/10/2023).

SORIA, M.A.; GUIL CELADA, F. *Primera aproximación general al impacto provocado por la electrocución de aves rapaces: incidencia sobre las aves e impacto económico asociado*. España: VII Congreso Forestal Español, 2017.

Enlace de descarga de la **Sentencia nº 1215/2021 de 7 de octubre (Recurso nº 2020/2020)**:

<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1b7489e52ee3ef1c/20211025> (Fecha de último acceso 31/10/2023).



**Castilla-La Mancha**

Gabilex

Nº 37

Marzo 2024

<https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/ediciones>

---

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BASES PARA LA PUBLICACIÓN**



## **BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA**

### **I. LENGUA DE LOS TRABAJOS**

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

### **II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES**

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social



de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.



### **III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES**

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

### **IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS**



Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.



## **V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES**

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

## **VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS**

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: [revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.





**Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.**

## **VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO**

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).



## VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*<sup>107</sup>. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

### Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

## IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>107</sup> Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

**Identificación del autor o autores:** apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.



- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

**Las posteriores citas de la misma obra** serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

**Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita:** se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras



la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

**Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos:** se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

**Cita de trabajos localizables en páginas web:** Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

## **X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN**

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

## **XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX**

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos



firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

**Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo**

**TÍTULO**

**TITLE**

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor<sup>1</sup> (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

**Resumen:**(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

**Palabras clave:** (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

**Abstract:** (Abstract)

**Key words:** (Five to ten key words)

**Sumario:** I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.- A) Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe

**I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

**1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso



**A) Tercer nivel de epígrafe**

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

