La efectividad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Xabier Arzoz Santisteban (coord.)

Marcial Pons

Cofinanciado por la Unión Europea

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN
(COORD.)

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2025

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

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

© Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
Tamayo y Baus, 7, 1.º Izq. – 28004 MADRID
✆ 91 304 33 03
www.marcialpons.es
ISBN: 978-84-1381-918-1
Depósito legal: M 5536-2025
DOI: *https://doi.org/10.37417/Efectividad-CDFUE*
Diseño de cubierta: ENE ESTUDIO GRÁFICO
Impresión: ÉLECE, INDUSTRIAS GRÁFICAS, S.L.
Madrid, 2025

ÍNDICE

Pág.

RELACIÓN DE AUTORES 15

PRESENTACIÓN, *por Xabier Arzoz Santisteban* 19

PARTE PRIMERA
CIUDADANÍA Y JUSTICIA

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA PIEZA CLAVE EN LA INTEGRACIÓN Y EN LA PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS, *por Yolanda López Nieto* 25

1. Introducción 25
2. El origen de la libertad de circulación: la piedra angular de la integración 26
3. La concepción de la libre circulación en la carta de derechos fundamentales de la unión europea 31
   - 3.1. La garantía deambulatoria: la diferencia entre circular y residir 32
   - 3.2. La titularidad del derecho: los ciudadanos europeos, sus familias y los nacionales de terceros Estados 34
   - 3.3. Una aproximación a los límites del ejercicio de la libre circulación 36

Pág.

4. La relación entre la libre circulación y el resto de los derechos de la CDFUE: la unión entre un derecho fundamental y una norma puente 37
4.1. La libertad personal..... 38
4.2. La vida privada y familiar..... 40
4.2.1. La libre circulación en la Unión Europea y los nuevos modelos de familia 41
4.2.2. La reagrupación familiar..... 44
4.3. El derecho a la protección social..... 45

5. Conclusiones 48
6. Bibliografía..... 50

LA VIABILIDAD DEL DECOMISO EN LA DELINCUENCIA MEDIOAMBIENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *por Celia Carrasco Pérez* 53

1. Introducción..... 53
2. El decomiso como instrumento al servicio de la cooperación judicial penal 56
2.1. La evolución del decomiso en el marco de la cooperación judicial penal..... 58
2.2. El refuerzo de las garantías procesales penales como medio para alcanzar un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia 61

3. El decomiso como estrategia de lucha contra la delincuencia medioambiental 63
3.1. El medio ambiente como mercado criminal 65
3.2. La tutela del medio ambiente desde la Unión Europea 67
3.3. El recurso al decomiso en la criminalidad medioambiental 71

4. Garantias procesales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la luz de la Directiva (UE) 2024/1260 sobre recuperación y decomiso de activos 73
4.1. Los derechos fundamentales vinculados al valor «Justicia» 75
4.2. El decomiso en la Directiva 2024/1260 sobre recuperación y decomiso de activos y las posibles vulneraciones al título VI de la Carta de Derechos Fundamentales 76
4.2.1. Decomiso ampliado..... 77

Pág.

4.2.2. Decomiso no basado en sentencia condenatoria.... 78
4.2.3. Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos..... 78

5. Conclusiones 80
6. Bibliografía..... 81

BUENA ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA EXTERIOR: DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA, *por Irene Purificación Lozano López*..... 85

1. Introducción..... 85
2. El principio de buena administración 86
3. El derecho a una buena administración 88
   3.1. El apartado 1 del art. 41 CDFUE..... 89
   3.2. El apartado 2 del art. 41 CDFUE..... 90
   3.3. El apartado 3 del art. 41 CDFUE..... 92
4. La buena administración en los Estados miembros 93
5. Sobre la buena administración y la política exterior. Especial referencia a la protección diplomática 96
   5.1. La protección diplomática..... 96
   5.2. El asunto *Couso* 100
6. Conclusiones 105
7. Bibliografía..... 105

PARTE SEGUNDA
LIBERTADES

DILIGENCIA DEBIDA PARA UN MERCADO MÁS JUSTO Y SOSTENIBLE: GOBERNANZA RESPONSABLE, *por Pablo Tortajada Chardí* 109

1. Introducción..... 109
2. La Directiva sobre diligencia debida: un instrumento clave para la sostenibilidad empresarial 112
   2.1. Evolución y marco normativo 112
   2.2. Objetivos y alcance de la Directiva..... 114

Pág.

3. Integración de la sostenibilidad en materia de Derechos fundamentales 115
   3.1. Armonización de la libertad de empresa junto a la protección del medio ambiente 115
   3.2. Promoción de la transparencia y el cumplimiento normativo 118
   3.3. Eficiencia en la reducción del impacto ambiental 121
   3.4. Sostenibilidad inteligente 122

4. Gobernanza responsable en la era digital 124
   4.1. Sistema de gobernanza digital 124
   4.2. Regulación de la IA en el ámbito empresarial: hacia un marco legal que fomente la innovación y la protección de derechos 127
   4.3. El impacto de la IA y la necesaria protección de derechos fundamentales 128

5. Conclusiones 130
6. Bibliografía 132

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA PROPUESTA NORMATIVA, *por María Dolores Requena de Torre* 135

1. Justificación de la investigación 135
2. El interés de la UE en la regulación del asilo: de la colaboración extracomunitaria al Tratado de Lisboa 137
3. Algunas consideraciones respecto a la eficacia del art. 18 de la Carta 144
4. El SECA como sistema ineficaz y poco garantista 149
5. El principio de efectividad y la construcción de un estándar común para la tutela de los derechos del solicitante de protección internacional 152
6. Conclusiones 155
7. Bibliografía 158

Pág.

PARTE TERCERA
IGUALDAD Y SOLIDARIDAD

EL DERECHO A LA SALUD EN LA UNIÓN EUROPEA: LOS MECANISMOS DE FINANCIACIÓN EUROPEOS TRAS EL COVID-19, *por Amalia Lozano España* 163

1. Introducción..... 163
2. El derecho a la asistencia sanitaria y la competencia sobre sanidad en la Unión Europea: Evolución hasta la crisis de 2008..... 167
3. Los nuevos mecanismos de financiación para una política sanitaria europea: un cambio de paradigma y la apertura a un macroprograma de recursos en salud..... 173
4. El programa UEproSalud y la reinterpretación de los tratados para ampliar recursos e iniciar reformas en materia de salud..... 177
5. Conclusiones 184
6. Bibliografía..... 187

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS DETENIDAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO, *por Andrea Tigrino*..... 191

1. Introducción..... 191
2. Las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos invocadas por el TEDH. Especial referencia al art. 3 CEDH 193
3. Las condenas por falta de adaptación del régimen penitenciario a las condiciones de salud del recluso 196
4. El problema de la compatibilidad de la estructura carcelaria y los regímenes especiales de detención 200
5. La salud psíquica de los detenidos y el fenómeno de los suicidios en la prisión..... 205
6. Conclusiones 209
7. Bibliografía..... 210

Pág.

LA EFICACIA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA AYUDA SOCIAL ANTE UN INGRESO MÍNIMO EUROPEO, *por Francisco Javier Moreno Ordoño* 215

1. Introducción 215
2. La profundización de la dimensión social de la UE y la posible expansión de competencias en materia social 218
   - 2.1. La visión tradicional: no existe base competencial en materia de ingresos mínimos 218
   - 2.2. La renta mínima como pilar europeo 219
   - 2.3. El art. 153 TFUE como base competencial para la asistencia social 220
   - 2.4. La base competencial del art. 175 TFUE 221
   - 2.5. La competencia dual 223
   - 2.6. La importancia de la existencia de competencia para la activación de la Carta 223
3. La eficacia del art. 34.3 CDFUE 224
   - 3.1. La naturaleza jurídica del art. 34.3 CDFUE 224
   - 3.2. El potencial efecto anulatorio 225
   - 3.3. El efecto interpretativo del art. 34.3 CDFUE 227
   - 3.4. La protección de la dignidad humana y el acceso a la asistencia social 228
   - 3.5. La influencia de otros instrumentos internacionales 233
     - 3.5.1. La influencia del TEDH 233
     - 3.5.2. La influencia del CEDS 240
4. Conclusiones 243
5. Bibliografía 244

PARTE CUARTA
MEDIO AMBIENTE

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA, *por Arantxa Serrano Cañadas* 249

1. Introducción 249

Pág.

2. El derecho ambiental y la protección jurídica del medio ambiente en la Unión Europea 250
2.1. Orígenes del derecho del medio ambiente en la UE..... 250
2.2. Principios generales de Derecho ambiental..... 252
2.3. El medio ambiente en el art. 37 CDFUE 257
3. Análisis jurisprudencial en relación con la protección ambiental. 258
3.1. Recursos por incumplimiento..... 259
3.2. Recursos de anulación..... 260
3.3. Recursos de casación 262
3.4. Cuestiones prejudiciales..... 263
3.4.1. Residuos..... 263
3.4.2. Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres 264
3.4.3. Calidad del aire 266
3.4.4. Sobre prevención y control integrados de la contaminación..... 267
4. Conclusiones 268
5. Bibliografía..... 270

HACIA UNA PROTECCIÓN ELEVADA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA, *por Mónica Pulgar Lanzaco* 271

1. Introducción..... 271
2. La tutela del medio ambiente en el sistema global multinivel 273
2.1. Enfoques, modelos y vías de protección 273
2.2. El papel de los principios ambientales en el espacio jurídico europeo..... 276
3. El principio de protección del medio ambiente en la Unión Europea. La Carta en la raíz del problema 279
3.1. Consideraciones previas..... 279
3.2. El art. 37 CDFUE: naturaleza y alcance 280
3.3. La relación entre los arts. 37 y 47 CDFUE..... 284
4. El incumplimiento del art. 9.3 del Convenio de Aarhus. La Carta como solución al problema..... 286

Pág.

4.1. El acceso a la justicia ambiental en perspectiva 286
4.2. El incumplimiento del art. 9.3 del Convenio 289
4.2.1. Causas, consecuencias y propuestas 289
4.2.2. Una referencia final al caso español 292

5. A modo de conclusión 294
6. Bibliografía 295

LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL EN LA CARTA Y EL DESPLIEGUE DE ENERGÍAS RENOVABLES: ¿UN BINOMIO IRRECONCILIABLE?, *por Pilar Talavera Cordero* 299

1. Introducción 299
2. El derecho de protección del medio ambiente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 300
3. La conexión entre los principios derivados del art. 37 de la Carta y la evaluación de impacto ambiental a la luz de la jurisprudencia . 304
3.1. Ámbito de aplicación 306
3.2. Trámite de participación pública 308
3.3. Interés público 310
4. La legislación del despliegue de energías renovables en relación con los compromisos internacionales, los principios y la jurisprudencia medioambientales 312
4.1. Contradicción respecto a los compromisos internacionales: especial referencia al Convenio de Aarhus 314
4.2. Contradicción respecto a los principios medioambientales: especial referencia al principio de integración 315
4.3. Contradicción respecto a la jurisprudencia derivada de la DEIA 316
5. Conclusiones 318
6. Bibliografía 318

RELACIÓN DE AUTORES

CELIA CARRASCO PÉREZ

Contratada predoctoral FPI en la Universidad de Burgos. Su investigación se centra en el estudio de la aplicabilidad y eficacia de la digitalización a los instrumentos de reconocimiento mutuo al servicio de la cooperación judicial europea en materia de criminalidad medioambiental.

YOLANDA LÓPEZ NIETO

Investigadora predoctoral FPU en el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha. Su investigación se centra en el derecho fundamental a la libre circulación.

AMALIA LOZANO ESPAÑA

Contratada predoctoral de la Fundación Ramón Areces en la Universidad de Granada, adscrita al área de Derecho Constitucional. Su investigación versa sobre el federalismo fiscal, el poder de gasto público y los nuevos mecanismos de financiación europeos.

IRENE PURIFICACIÓN LOZANO LÓPEZ

Contratada predoctoral FPU en la Universidad de Castilla-La Mancha, adscrita al Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público, área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Su investigación se centra en los mecanismos de control de la política exterior del Estado.

FRANCISCO JAVIER MORENO ORDOÑO

Contratado predoctoral, con beca InPhinit de la Fundación laCaixa, en la Universitat de Barcelona. Es miembro del grupo de investigación consolidado Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO). Su investigación se centra en la relación entre prestaciones sociales y derecho constitucional.

MÓNICA PULGAR LANZACO

Contratada predoctoral FPU en la Universidad Complutense de Madrid, adscrita al Departamento de Derecho Administrativo. Su investigación se centra en el principio de solidaridad a nivel nacional y comunitario.

MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE

Doctora por la Universidad de Granada y por la Università degli Studi di Milano y profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Pontificia Comillas. Ha publicado la monografía *Un estatuto común de derechos para los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea* (Aranzadi, 2024).

ARANTXA SERRANO CAÑADAS

Investigadora predoctoral contratada FPI en la Universidad de Castilla-La Mancha, adscrita al área de Derecho Financiero y Tributario, y miembro del equipo de trabajo del proyecto nacional «Reforma Fiscal y Economía Circular: factores claves para la transición ecológica», en el que desarrolla su investigación.

PILAR TALAVERA CORDERO

Contratada predoctoral FPU de la Universidad de Salamanca, adscrita al área de Derecho Administrativo. Sus líneas de investigación son la cadena alimentaria y las problemáticas del medio rural. Es coautora de la monografía *Marco normativo para la dinamización demográfica y territorial* (Colex, 2024).

ANDREA TIGRINO

Doctor cum laude en Studi Giuridici Comparati ed Europei y docente de Derecho penal en la Università degli Studi di Trento (Italia). Ha publicado numerosos artículos en varios idiomas y la monografia *Suicidio assistito e autodeterminazione responsabile. I limiti costituzionali dell'intervento penale* (Editoriale Scientifica, 2024).

PABLO TORTAJADA CHARDÍ

Profesor ayudante doctor en el Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont» de la Universitat de València. Aborda en su investigación temas de contratación, derecho societario, sostenibilidad, medios alternativos de resolución de conflictos y nuevas tecnologías.

PRESENTACIÓN

A los quince años de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 1 de diciembre de 2009, y a los veinticinco de su primera proclamación solemne en Niza por los presidentes de las tres instituciones principales de la Unión Europea, el 7 de diciembre de 2000, tengo el gusto de presentar un excelente y vibrante conjunto de estudios dedicados a ese instrumento jurídico de primer orden del Derecho de la Unión Europea.

Tanto el presente volumen como otro, también coordinado por mí y publicado el año pasado con el título *La irradiación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, ambos disponibles en papel y en edición digital, son el resultado de una de las iniciativas académicas que más satisfacción nos ha proporcionado en los últimos años a mí y a quienes me acompañan en esta singladura. Se trata de la organización de un Seminario de Investigadores en Formación sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuya segunda edición tuvo lugar el 14 de junio de 2024, y, como la primera un año antes, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Madrid. La organización de ambos seminarios se enmarca en las actividades de la Cátedra Jean Monnet *Integration Through Fundamental Rights* que la Comisión Europea me concedió para el periodo 2022-2024.

Previamente, a finales de enero de 2024 habíamos realizado una convocatoria pública, de carácter competitivo, entre investigadores en formación, que se publicó en el número 16 del Boletín Interno de Coordinación Informativa de la UNED y se difundió por todas las vías a nuestro alcance. Las bases de la convocatoria definían la noción «investigador en formación» como la de aquella persona que contara con

un contrato o beca predoctoral o posdoctoral o que hubiera defendido su tesis doctoral en los últimos cuatro años, de cualquier nacionalidad o procedencia, y que no hubiera participado en la primera edición del seminario.

El llamamiento para esta segunda edición tuvo de nuevo una espléndida acogida, superior incluso a la de la primera, que ya había sido muy buena. Los miembros del Comité Científico, compuesto por cuatro docentes de la UNED, los profesores Susana Viñuales Ferreiro, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Cristina Elías Méndez y quien suscribe, seleccionaron catorce propuestas para su presentación oral.

El seminario se estructuró en cuatro paneles: «Ciudadanía y Justicia», moderado por Jorge García-Andrade Gómez, entonces profesor titular y ahora catedrático de Derecho Administrativo (UNED); «Libertades», moderado por Cristina Elías Méndez, profesora titular de Derecho Constitucional (UNED); «Igualdad y Solidaridad», moderado por Itziar Gómez Fernández, profesora titular de Derecho Constitucional (Universidad Carlos III); y «La Carta y el medio ambiente», moderado por Susana Viñuales Ferreiro, profesora contratada doctora de Derecho Administrativo (UNED).

El presente libro trae causa de dicho seminario, y retomando su estructura incluye un total de once capítulos, que desarrollan las presentaciones orales entonces realizadas. En el centro de atención de esos capítulos está la preocupación por la efectividad de la Carta de Derechos Fundamentales en diversos ámbitos (el derecho a la salud, la protección de un mínimo vital europeo, el medio ambiente, la política exterior o la gobernanza responsable de las empresas), temática que los autores han abordado desde perspectivas y con conocimientos muy diversos (Derecho Administrativo, Constitucional, Mercantil, Penal y Procesal).

Tres de los autores eran doctores en Derecho y se habían iniciado ya en la actividad docente universitaria en el momento en que participaron en el seminario, mientras que los ocho restantes eran y son investigadores predoctorales contratados. Los once se han formado en diversas universidades españolas (Barcelona, Burgos, Castilla-La Mancha, Complutense, Granada, Salamanca y Valencia) o bien en una universidad italiana (Università degli Studi di Trento). Solo dos universidades «repiten» en esta segunda edición en cuanto a la procedencia o formación de los investigadores. Esto acredita la amplitud del interés suscitado por la iniciativa.

Como evidencia la diversidad temática de los capítulos incluidos en este volumen, la Carta tiene ante sí todavía un enorme potencial transformador. Por tanto, es muy importante que los investigadores en formación, sea cual sea su disciplina, la incorporen a sus investigacio-

nes, desde los inicios de sus carreras académicas o a las puertas de su consolidación profesional. Como los tribunales y los ciudadanos de a pie, también los investigadores deben familiarizarse con ese formidable instrumento jurídico que es la Carta. Solo así podrán explorar su significado y fomentar su aplicabilidad en los distintos ámbitos en los que se especialicen.

El presente volumen, como ya lo hiciera el anterior, al que complementa temáticamente, contribuirá por sí mismo a estimular la discusión y a hacer accesible al público interesado conocimiento experto sobre las fortalezas y las debilidades de la Carta, su impacto en el Derecho interno y el papel que le corresponde en la protección de los derechos fundamentales en Europa. A fin y al cabo serán los ciudadanos y los actores sociales los que, con la invocación reiterada de sus disposiciones en muy diversas situaciones, deberán impulsar que la Carta despliegue todas sus posibilidades y se erija en factor unificador de una Unión caracterizada por la diversidad.

En último lugar, no quiero dejar de subrayar una característica que ya advertimos en la primera edición del seminario y que concurre igualmente en los estudios presentados a esta nueva convocatoria. La generación que se incorpora a la academia es, por así decirlo, «jurídicamente bilingüe»: no se aproxima al Derecho de la Unión Europea desde la formación que le ha proporcionado el Derecho interno de procedencia, como si fuera una lengua extranjera aprendida en edad adulta desde la lengua materna, como ocurrió a las generaciones precedentes, sino que asume como propios e intrínsecos a su oficio ambos sistemas jurídicos. Y se caracteriza por una mirada renovada, una forma distinta y más desenvuelta de manejar los Derechos europeo e interno que produce resultados académicamente originales. Por todo ello, podemos congratularnos de que los estudios que ahora se publican reflejen una forma de análisis jurídico más fresca y desprejuiciada que merecerá ser seguida con mucha atención.

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

PARTE PRIMERA
CIUDADANÍA Y JUSTICIA

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 23-52
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/01*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA PIEZA CLAVE EN LA INTEGRACIÓN Y EN LA PROTECCIÓN DE OTROS DERECHOS

Yolanda López Nieto

1. INTRODUCCIÓN

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, la Carta o CDFUE) representa un pilar esencial en la protección y promoción de los derechos dentro del marco legal europeo. Siendo el instrumento básico de reconocimiento de los derechos fundamentales allá donde el Derecho de la Unión Europea tiene algo que decir, también recoge junto al art. 2 TUE los valores que deben guiar a la Unión Europea en su camino en la integración.

La propia CDFUE es un resultado de este mismo proyecto de integración europea en el que se ha ido profundizando a lo largo de los años desde su comienzo hasta la Unión Europea que concebimos hoy en día. Y si hay algo que se ha mantenido constante en todo este recorrido es una de las bases indiscutibles para hacerlo posible ha sido la libertad de circulación.

El derecho fundamental a la libertad de circulación recogido en el art. 45 CDFUE es un elemento esencial para la construcción de una Unión Europea sin fronteras internas. Ha sido, a su vez, la clave para el traspaso de una integración meramente económica a una integración social con la creación de la ciudadanía europea. Y es, entre otras cosas, la herramienta que permite el acceso a otros derechos fundamentales

amparados por la Carta. El estudio del art. 45 CDFUE resulta indispensable no solo para valorar y entender el funcionamiento del derecho a la libre circulación, sino que, al ocupar un lugar central en la Carta, también nos permite valorar y comprender el proceso de integración europea y su estado actual.

Por ello, en estas páginas se tratará, en primer lugar, el origen de la libre circulación en la Unión Europea y su evolución a través de las diferentes etapas de la integración hasta llegar a la Carta.

En segundo lugar, se analizarán la titularidad, el contenido y los límites del derecho fundamental del art. 45 CDFUE para establecer si existe o no un Derecho común europeo en torno a esta materia, estudiando si pueden diferenciarse circular y residir y si los titulares de ese derecho fundamental son en exclusiva los ciudadanos europeos.

Posteriormente y en último lugar, se establecerá la conexión de la libre circulación con algunos de los demás derechos protegidos por la Carta, especialmente la libertad personal, la vida familiar y los derechos sociales, para poder comprender el lugar central que ocupa en ella, así como en la integración y su especial conexión con la construcción de la ciudadanía europea.

2. EL ORIGEN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: LA PIEDRA ANGULAR DE LA INTEGRACIÓN

Los antecedentes del art. 45 CDFUE se remontan hasta el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en adelante, Tratado CECA) en 1951. El art. 69 del Tratado CECA ya establecía un compromiso de los Estados de suprimir cualquier restricción de movimiento a los trabajadores nacionales del resto de Estados miembros por razones de nacionalidad, sin perjuicio de la posibilidad de establecer una limitación a esta libertad por motivos de salud y orden público[1].

Por su parte, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, Tratado CEE o Tratado de Roma), firmado en 1957, también contenía en su art. 39 el derecho de los trabajadores de los Estados miembros a circular libremente por el territorio de estos, así como a residir en ellos, no limitando el concepto de trabajadores a únicamente a aquellos pertenecientes a las industrias del carbón y del acero. Al igual que establecía el Tratado CECA, esta libertad se preveía sin perjuicio de las limitaciones que se pudieran interponer por razones de orden, salud o seguridad públicas, junto con la prohibición de

[1] Los trabajadores a los que hacía referencia el Tratado CECA eran exclusivamente aquellos que desarrollasen sus funciones en las industrias del carbón y del acero.

establecer una discriminación por razón de nacionalidad, eso sí, solo a aquellos asuntos relacionados directamente con el trabajo, es decir, la remuneración o las condiciones de trabajo, entre otros[2].

A la luz de ambos Tratados, resulta evidente la perspectiva económica con la que se contemplaba la libre circulación en sus inicios, ya que se preveía únicamente para trabajadores cuando el motivo de su desplazamiento era laboral. Esto es, los nacionales de los Estados parte solo podían disfrutar de este derecho por el territorio del resto de Estados si lo hacían como trabajadores, no como nacionales de un Estado miembro. El derecho a la libre circulación se configuraba como un «trabajo, luego existo» a los ojos del Tratado CEE, pero supone un paso muy importante en el progreso del proyecto de integración europea que ya estaba presente en este momento.

En este punto es necesario entender en qué etapa de la integración europea nos encontramos. Existen cuatro etapas en el proceso de creación de una integración económica: la primera, la zona de libre comercio; la segunda, la Unión Aduanera; la tercera, el mercado común; y, la cuarta, la unión económica y monetaria[3]. La CECA se califica como una zona de libre comercio imperfecta ya que solo existen algunos productos concretos sobre los que se suprimieron los aranceles. Igualmente, cuando la zona de libre comercio, como primera etapa de la integración, se ha consolidado, se pueden realizar ampliaciones en su ámbito sectorial de aplicación, lo que ocurrió con la firma del Tratado CEE seis años más tarde. Ahora bien, el mercado común se caracteriza porque a esta libre circulación de mercancías creada por la zona de libre comercio se le suman la libre circulación de servicios, de capitales y de trabajadores, así como la igualdad en las condiciones de ejercicio del trabajo en todo el territorio de la integración económica. Por tanto, puede verse como el art. 39 del Tratado CEE ya rema en esta dirección[4], sin olvidar que el objetivo principal del Tratado de Roma, como se ha expuesto, era la creación de un mercado comunitario[5].

Para garantizar la libertad de circulación de estos trabajadores era necesaria la acción no solo del Tratado CEE sino también del Derecho derivado y, con él, del Tribunal de Justicia. Hasta entonces, los trabajadores nacionales de un Estado miembro que pretendieran circular a otro por motivos laborales tenían el mismo régimen que un trabajador nacional de un Estado no miembro por lo que, entre otras medidas, debían solicitar un permiso de trabajo y residencia dejando la decisión

---

[2] STJ de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn* y *Home Office*, 41/74.

[3] Sigo en este punto a García Guerrero y Martínez Alarcón (2019) así como a Sevilla Duro (2023: 214 y ss.).

[4] Aunque para lograr la plena consolidación del mercado común son necesarias muchas otras medidas, tal y como señala Sevilla Duro (2023: 238).

[5] Sarrión Esteve (2023: 54).

en manos de los Estados de acogida que podían actuar de manera discrecional[6].

De ahí que, como se ha expresado, el Derecho derivado fuera esencial y en este contexto encontramos el Reglamento (CEE) 1612/68, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad que, entre otras medidas, extendía el derecho de libre circulación y residencia a los familiares del trabajador, incluso si no eran nacionales de un Estado miembro[7], así como preveía el derecho de estos trabajadores a obtener las mismas ventajas sociales y fiscales que los nacionales[8], sentando las bases esenciales del derecho a la libre circulación que se contemplaría después en la CDFUE, como se verá más adelante.

Igualmente, la Directiva 68/360/CEE, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones de desplazamiento y a la estancia de trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad, redujo la burocracia relacionada con el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los trabajadores, haciendo más efectivo el derecho contemplado por el Tratado de Roma.

Partiendo de ambas normas, el Tribunal de Justicia también tuvo un papel protagonista en la regulación y evolución de la libre circulación pues poco a poco, especialmente en la década de los setenta, profundizó en la dimensión social del derecho y no solo en la económica[9], realizando una interpretación más amplia del mismo, más allá de la libre circulación como medio de creación y consolidación de un mercado común. Debido a esta nueva interpretación del Tribunal de Justicia y con el nacimiento, aunque muy paulatino, de la dimensión social y personal de la libre circulación, en los siguientes años se contempló este derecho también para estudiantes, pensionistas o desempleados, así como para sus familias[10], es decir, los sujetos del derecho ya no eran necesariamente personas económicamente activas, ya no se veían solo como un «trabajo, luego existo» que preveían los primeros tratados constitutivos.

Fuera de las fronteras comunitarias también se fraguó un antecedente claro de nuestro actual derecho a la libre circulación: el espacio Schengen. El 14 de junio de 1985, Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos firmaron el Acuerdo de Schengen cuya medida

---

[6] Baldoni (2003:7).

[7] Arts. 10 y 11 del Reglamento.

[8] Art. 7.2 del Reglamento.

[9] Baldoni (2003: 8).

[10] Directivas 90/366, relativa al derecho de residencia de los estudiantes; 90/365, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y 90/364, relativa al derecho de residencia, de 28 de junio de 1990.

clave era la supresión de los controles fronterizos entre aquellos Estados que fueran parte en el Acuerdo a partir de 1995.

Volviendo al Derecho europeo, no podemos dejar de mencionar el Acta Única Europea firmada en 1986 que establecía para los Estados parte un mercado sin fronteras internas donde se refuerce la libre circulación de personas, además de servicios, mercancías y capital. En la misma línea, y como piedra angular de lo que hoy es la Unión Europea, el Tratado de Maastricht creó la ciudadanía de la Unión en 1993. A medida que la integración europea avanzaba la ciudadanía cambiaba con ella. En los primeros pasos de la Unión Europea como zona de libre comercio o unión aduanera, la supresión de aranceles a las mercancías o una normativa comercial común no afectaban a la ciudadanía de los Estados miembros. La libre circulación de personas sí lo hace. Tanto es así que en las integraciones económicas lo que impulsa la creación de la ciudadanía son la expansión de los derechos de los trabajadores migrantes que aparece en la fase de mercado común[11]. Al encontrarse la Unión Europea en un proceso de integración con un grado de profundización tan alto, es el momento de que los derechos propios de los ciudadanos nacionales de un Estado miembro se extiendan también a los ciudadanos del resto de Estados parte, a lo que debe sumarse la creación de nuevos derechos para todos los ciudadanos de todos los Estados parte que se pueden ejercer en todo el territorio de la integración. En este punto, la ciudadanía nacional y la ciudadanía de la integración son complementarias y coexisten la una con la otra, generando para los nacionales de los Estados miembros un doble vínculo: con su Estado y con la integración[12]. Es más, la una depende de la otra, pues es la nacionalidad del Estado miembro la que permite el acceso a la ciudadanía de la integración.

Es la creación de la ciudadanía, como puede verse, lo que permite avanzar en el proceso de integración. Y la nota más importante y característica de esta nueva ciudadanía, en nuestro caso, la ciudadanía europea, es que redefine el concepto de «extranjero» en los Estados miembros puesto que se basa en la libre circulación y residencia de los ciudadanos de los Estados miembros con las mismas condiciones que los nacionales, prohibiendo establecer ninguna discriminación por razón de nacionalidad.

Es por todo ello por lo que nace la ciudadanía de la Unión con el Tratado de Maastricht, consecuencia directa del proceso de integración europeo y partiendo de la dimensión social y personal de la libre circulación que ya estaba presente en los tratados constitutivos originarios. De hecho, entro otros derechos, Maastricht reconoce en su art. 18 el

[11] Sevilla Duro (2023: 161) y Chung (2017: 431-452).
[12] Sevilla Duro (2023: 162).

derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin estar vinculado a una actividad económica.

En 1996, el Tratado de Ámsterdam incorpora el Espacio Schengen a la Unión Europea y, con el pretexto de garantizar un «espacio de libertad, seguridad y justicia», otorga un plazo de cinco años para suprimir el control de personas en las fronteras interiores, así como para la creación de una normativa común para el control de las fronteras exteriores de la UE, junto con el asilo y los visados[13]. Ese mismo año la Comisión Europea solicitó al Grupo de Alto Nivel sobre la Libre Circulación de Personas, cuya presidenta era Simone Veil, una evaluación sobre los problemas que seguían existiendo en este aspecto y elaborara una propuesta de soluciones. El 18 de marzo de 1997, este Grupo presentó el informe en el que se incluían más de ochenta recomendaciones referidas a la entrada y a la residencia, el acceso al empleo, el estatuto de los familiares de los trabajadores, los derechos sociales y culturales, el estatuto fiscal y financiero, y los nacionales de terceros Estados[14]. Estas recomendaciones fueron incorporadas en su mayoría en el Plan de acción para la libre circulación del trabajador adoptado por la Comisión[15]. El punto de partida de este Plan era la previsión del aumento de la movilidad geográfica en los próximos años por lo que la creación de un mercado único necesitaba de una adaptación de las normas referentes a la libre circulación que consistieran en lo siguiente: derecho de reagrupación familiar, integración social de la familia del trabajador, educación y formación, igualdad de trato en materia de ventajas sociales y fiscales, o una intensificación de la cooperación transfronteriza, entre otras.

En el año 2000 se proclamó solemnemente en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, unificando todos los derechos civiles, políticos, sociales y económicos de los ciudadanos europeos y de todas aquellas personas que residen en la UE. Con el Tratado de Lisboa que entró en vigor en 2009, la CDFUE adquirió la misma fuerza jurídica que el Derecho originario. El art. 45 CDFUE recoge, ahora como derecho fundamental, el derecho de todo ciudadano a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como señala que se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

---

[13] Baldoni (2003: 12).

[14] *https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/follow-up-to-the-recommendations-of-the-high-level-panel-on-the-free-movement-of-persons.html.*

[15] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l32027&from=HU.*

3. LA CONCEPCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Una de las grandes críticas al art. 45.1 CDFUE es su redundancia dado que reproduce, exactamente, el art. 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). En efecto, ambos preceptos recogen el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lo que debe conectarse irremediablemente con el art. 52.2 CDFUE el cual señala que todos los derechos reconocidos en la Carta que tengan su fundamento en los Tratados, como ocurre en este caso, deben ejercerse en las condiciones y dentro de los límites que estos señalan. Lo que a su vez puede hacernos pensar que cualquier derecho recogido en la CDFUE que derive de los Tratados no es autónomo de estos últimos[16]. Por su parte, el art. 45.2 CDFUE recoge la posibilidad —«se podrá»— de reconocer el derecho a la libre circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro. Esta competencia está atribuida a la Unión Europea, al igual que el apartado 1, también el apartado 2 del art. 45 CDFUE recibe críticas, en este caso en el sentido de que poco o nada añade al derecho a la libre circulación[17].

Más allá de las críticas que podamos encontrar acerca del art. 45 CDFUE, lo cierto es que en una integración como la Unión Europea el derecho a la libre circulación es esencial, especialmente en el sistema introducido por la CDFUE. Por ello, es necesario detenernos en su análisis para entender cuál es su verdadero papel en este sistema.

El derecho a la libre circulación, en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, es un derecho con unos límites imprecisos, al menos en su vertiente personal y social ya que su ámbito económico siempre ha cobrado mucha más importancia. Así ha ocurrido, por ejemplo, en España[18] y en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)[19]. Este fenómeno no se da en el sistema de la Unión Europea: sí es cierto que, como se ha explicado en páginas anteriores, el derecho a la libre circulación se previó en un primer momento únicamente con una vertiente económica, esto es, para los trabajadores; sin embargo, de manera paulatina, la dimensión social y personal del derecho apareció ya en la década de los setenta, lo que ayudó a la profundización en la integración europea. De ahí que este derecho no

---

[16] Spaventa (2021: 1167).

[17] Spaventa (2021: 1168).

[18] Para más profundidad sobre el debate y la falta de precisión de la libre circulación en el sistema español López Nieto (2024).

[19] Arenas Hidalgo y Rosino Calle (2023: 1158-1159).

haya pasado tan inadvertido como en otros sistemas, pues ha sido la libre circulación la que, en parte, ha guiado el proceso de integración.

La doctrina señala que existe un «Derecho común europeo»[20] en torno a este derecho dado que los sistemas nacionales y el sistema del CEDH lo delimitan en torno a las mismas bases: una garantía deambulatoria que incluye la libre circulación, la residencia y el derecho a abandonar el país; la titularidad del derecho que no se prevé exclusivamente para los nacionales; y que los límites deben ser excepcionales y subordinados a los intereses generales. A continuación, analizaremos si el derecho a la libre circulación previsto en la CDFUE también se asienta sobre estas bases.

3.1. La garantía deambulatoria: la diferencia entre circular y residir

El art. 45 prevé, de manera conjunta, el derecho a la libre circulación y a la residencia en el territorio de los Estados miembros. Esta previsión conjunta genera un debate en torno a si la libre circulación es un único derecho con dos vertientes, esto es, libre circulación en sentido estricto y libre elección de residencia[21], o si son dos derechos diferenciados.

Una respuesta a este debate la podemos encontrar en el derecho derivado. Al igual que ocurría con el derecho contemplado en el Tratado CEE, la libre circulación y la libre elección de residencia amparadas por la CDFUE necesitan del Derecho derivado para ser garantizadas de manera efectiva. El principal instrumento que encontramos en este sentido es la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Si analizamos dicha Directiva observamos que establece unas condiciones muy precisas y estrictas para residir en un Estado miembro distinto al de que se es nacional, haciendo depender el ejercicio de este derecho fundamentalmente del tiempo que vaya a durar la estancia[22]. Por su parte, en lo referente al

---

[20] Arenas Hidalgo y Rosino Calle (2023: 1157-1158).

[21] Sarrión Esteve (2024: 174).

[22] En concreto, la Directiva 2004/38/CE diferencia tres tipos de residencia: en primer lugar, el art. 6 regula una residencia inferior a tres meses, en la que todos los ciudadanos europeos junto con sus familias tienen plena libertad de residir en el territorio del cualquier otro Estado miembro solo subordinado a la posesión de un documento de identidad o un pasaporte, siempre y cuando el ciudadano europeo y sus familiares no supongan una carga excesiva para el Estado donde fijan la nueva residencia, de acuerdo con el art. 14 de la propia Directiva. En segundo lugar, el art. 7 recoge el derecho de residencia ejercido por un periodo superior a tres meses que condicionado a la existencia de una de las siguientes situaciones: el ciudadano europeo es un trabajador en el Estado de acogida; cuenta con los suficientes recursos para que ni él ni su

ejercicio del derecho a la libre circulación, la mencionada Directiva prevé que a ningún ciudadano de la Unión se le puede imponer un visado de entrada o equivalente para entrar en el territorio de un Estado miembro, siendo suficiente que esté en posesión de un documento de identidad o un pasaporte (art. 5.1 de la Directiva), al igual que para salir del territorio (art. 4 de la Directiva).

A la luz de esta norma de Derecho derivado se observa que las condiciones de ejercicio para la libre circulación y para la libre elección de residencia son diferentes y que el momento de ejercerlos también es distinto: la libre circulación prevista en la CDFUE y desarrollada por la Directiva 2004/38/CE se ejerce, principalmente, en las fronteras de los Estados miembros, mientras que la libre elección de residencia se lleva a cabo dentro del territorio de los Estados miembros. Cabe añadir que el ejercicio de la libre circulación no implica de manera necesaria que se vaya a llevar a cabo la libre elección de residencia posteriormente, es decir, un derecho —residencia— no es consecuencia directa de otro —circulación—, aunque sí que el ejercicio de la libre elección de residencia depende de que el derecho a la libre circulación se haya realizado de manera legal, esto es, bajo las condiciones previstas en la Directiva.

En consecuencia, la libre circulación y la libre elección de residencia están íntimamente relacionados, pero no forman un único derecho, sino que son dos derechos diferenciados en el sistema previsto en la CDFUE. Por tanto, ciertamente el art. 45 CDFUE recoge la «garantía deambulatoria» a la que se aludía anteriormente, si por esta garantía entendemos que se engloba tanto la libre circulación como elección de residencia, pero en ningún caso deben confundirse ambos derechos ni considerar que forman uno solo.

Sentada esta diferencia, por tanto, en una primera aproximación, la libre circulación prevista por la Carta constituiría un derecho fundamental basado en la ausencia de trabas a la hora de entrar o salir del territorio de los Estados miembros, constituyendo así un espacio sin fronteras internas dentro de la Unión Europea.

---

familia se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado de acogida además de contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos; está matriculado en un centro público o privado en el Estado de acogida con la finalidad de cursar estudios y cuenta con el mencionado seguro de enfermedad además declarar ante la autoridad competente que posee recursos suficientes para sí y su familia con el fin de no ser una carga para el Estado; o, por último, es un miembro de la familia que bien acompaña al ciudadano europeo, bien va a reunirse con él y este cumple con alguna de las condiciones que se acaban de exponer. Y, en tercer lugar, el art. 17 de la Directiva prevé que los ciudadanos europeos y sus familias que hayan residido de manera legal en otro Estado miembro durante cinco años adquiere la residencia permanente prevista en el art. 16 de la Directiva.

3.2. La titularidad del derecho: los ciudadanos europeos, sus familias y los nacionales de terceros Estados

El art. 45.1 señala que los titulares del derecho a la libre circulación —y de la libre elección de residencia— son los ciudadanos europeos. En consecuencia, la titularidad de este derecho está ligada a la obtención de la ciudadanía europea y, por tanto, a la nacionalidad de un Estado miembro, pues ya hemos señalado que la obtención de la ciudadanía europea depende de la ciudadanía de un Estado miembro.

Igualmente, el art. 3 de la Directiva 2004/38/CE concede también la titularidad de este derecho a los familiares de los ciudadanos europeos, independientemente de la nacionalidad de estos. Se convierten así en titulares derivados del derecho por el vínculo familiar que poseen con el titular original —ciudadano europeo—. Esto se debe a, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE): si no se reconociera este derecho también a los familiares de los ciudadanos europeos, aunque sean nacionales de terceros Estados, se obstaculizaría el ejercicio de esta libertad; si el titular del derecho no puede llevar una vida familiar plena en el Estado de acogida, es posible que se le disuada de ejercer este derecho[23].

Ahora bien, para que surja esta titularidad derivada deben darse tres condiciones: en primer lugar, el ciudadano europeo debe estar haciendo uso de una de las libertades que le permite moverse por el territorio de los Estados miembros, es decir, la Directiva solo se aplica, y, por tanto, se concede la titularidad a los familiares, cuando el nacional comunitario se traslada a un Estado miembro diferente al Estado del que es nacional. En segundo lugar, debe existir un vínculo familiar concreto entre el titular originario y el titular derivado. En este sentido, estos vínculos familiares concretos son recogidos en la Directiva y son los siguientes: el cónyuge, la pareja con la que se ha celebrado una unión registrada, los descendientes menores de veintiún años a cargo del titular del derecho o del cónyuge o pareja, y, por último, los ascendientes directos a cargo del titular, del cónyuge o pareja. Y, en tercer lugar, este familiar debe acompañar o reunirse con el titular del derecho[24].

Cabe mencionar en este punto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) que reconoce la libre circulación de personas —además de la libre circulación de mercancías, servicios y capitales— entre las entonces Comunidades Europeas y, en la actualidad, tres países de la Asociación Europea de Libre Comercio

---

[23] STJUE de 15 de julio de 2008, *Blaise Baheten Meock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform irlandés*, C-127/08, apdos. 62-63.

[24] Martínez Alarcón (2019: 1333-1357).

(AELC)[25], siendo estos Islandia, Liechtenstein y Noruega. El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[26] considera a los nacionales de estos tres Estados asimilados a los ciudadanos europeos a los efectos del ejercicio de la libre circulación[27]. En este sentido se encuentra también el Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza por otra, de 1999, que igualmente asimila a los nacionales suizos con los europeos a los efectos de libre circulación.

Por otro lado, el art. 45.2 CDFUE prevé que los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro puedan convertirse en titulares del derecho a la libre circulación y residencia. La finalidad de esta previsión de la Carta es la integración de aquellos nacionales de terceros países que de manera permanente se hayan instalado dentro de las fronteras de la Unión Europea[28]. Así, se logra una mayor cohesión social y económica aproximando a los nacionales de terceros Estados al estatuto de los ciudadanos de la Unión[29]. El art. 45.2 de la Carta es desarrollado por la Directiva 2003/19/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

Por tanto, podemos concluir que la libre circulación reconocida en el art. 45 CDFUE es un derecho que se reconoce únicamente a las personas físicas[30] y, en concreto, a los ciudadanos europeos y sus familias bajo las condiciones anteriormente expuestas, así como a los nacionales de terceros Estados con residencia permanente en un Estado miembro.

---

[25] La AELC fue creada en 1960 para promover el libre comercio y la integración entre sus miembros, siendo originalmente Austria, Noruega, Portugal, Dinamarca, Suiza, Suecia y Reino Unido, a quienes se unieron Islandia, Finlandia y Liechtenstein. Posteriormente, Dinamarca, Reino Unido, Austria, Finlandia y Suecia se adhirieron a la Unión Europea lo que conllevó el abandono de la AELC. En consecuencia, en la actualidad solo Noruega, Liechtenstein, Islandia y Suiza forman parte de la AELC.

[26] *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

[27] Goizueta Vértiz (2012: 193).

[28] Martínez Alarcón (2019: 1333-1365).

[29] Entre otras, SSTJUE de 4 de junio de 2015, *P y S C. Commissie Sociale Zekerheid Breda y College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelven*, C-579/13, y de 18 de octubre de 2012, *Staatssecretaris van Justitie c. Mangat Singh*, C-502/10.

[30] A diferencia de la libertad de establecimiento o de la libertad de servicios que también reconocen como titulares a las personas jurídicas (arts. 49 y 56 TFUE).

3.3. Una aproximación a los límites del ejercicio de la libre circulación

El art. 45 CDFUE se encuentra íntimamente relacionado con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad reconocido en el art. 21.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el art. 18 TFUE. Para que el derecho a la libre circulación sea ejercido de manera efectiva, los titulares de este derecho no pueden recibir un trato diferente al de los nacionales del Estado de acogida, lo que se traduce en la imposibilidad de los Estados de llevar a cabo un trato diferenciado entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados miembros que pretendan circular o residir en ellos, aplicando a estos últimos unas condiciones desfavorables con respecto a los primeros sin justificación con el fin de disuadirles de circular o residir en su territorio[31].

Ahora bien, el hecho de que el art. 45 CDFUE establezca la libertad de circulación y que, como se acaba de ver, no se pueda establecer ningún tipo de discriminación entre los nacionales del Estado de acogida y los nacionales de otros Estados miembros por razón de la nacionalidad, no quiere decir que este derecho sea ilimitado. En efecto, el art. 21.1 TFUE señala que la libre circulación y la residencia están, en todo caso, sujetas a los límites y a las condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Por su parte, el art. 52 CDFUE recoge que cualquier limitación a este derecho sea establecida por ley y que respete su contenido esencial, junto con el principio de proporcionalidad, que sea necesaria y que obedezca a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás[32]. Esto es, señala en el TJUE que una restricción en materia de libre circulación y residencia solo puede estar amparada por el Derecho de la Unión si se debe a consideraciones objetivas de interés general, sin que influya la nacionalidad del afectado, y fuera proporcionada al objetivo que persigue el Derecho nacional, es decir, que sea idónea para alcanzar este objetivo y no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo[33].

En cuanto a los límites que las normas de Derecho europeo imponen a la libre circulación, debe recordarse que la Directiva 2004/38/CE en sus arts. 4 y 5 únicamente señala la necesidad de que los ciuda-

---

[31] Martínez Alarcón (2019a: 1328).

[32] Ya antes de la entrada en vigor de la Carta, en 2002, el Tribunal de Justicia sentenció que cualquier limitación que los Estados pusieran a la libre circulación y residencia debían atender a los límites previstos en el Derecho europeo y a sus principios generales, siendo uno de los más importantes en este aspecto el principio de proporcionalidad. *Vid*. STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, C-413/99.

[33] STJUE de 26 de febrero de 2015, *B. Martens c. Minisier van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap*, C-359/13, apdo. 34.

danos europeos y sus familiares tengan un documento de identidad o un pasaporte válido en el momento de ejercer este derecho. Asimismo, consagra en su art. 5.5 que el Estado de acogida puede exigir al titular del derecho que notifique su presencia en el territorio en un plazo razonable y no discriminatorio.

El art. 45.1 CDFUE puede invocarse por los interesados como oposición a las limitaciones o los obstáculos impuestos por el Estado miembro del que son nacionales, ya que no solo los Estados miembros de acogida pueden imponer limitaciones. Es decir, un Estado miembro no puede llevar a cabo un trato desfavorable sobre sus nacionales que se hubieran trasladado a otro Estado miembro ya que estaría desalentando el ejercicio del derecho a la libre circulación, lo que implica que cualquier medida en este sentido necesariamente debe regirse también por el principio de proporcionalidad antes aludido.

En conclusión, una vez analizado el contenido, los titulares y los límites del derecho reconocido por el art. 45 CDFUE se puede establecer que efectivamente se asienta sobre las mismas bases del «Derecho común europeo» de libre circulación presente en el sistema del CEDH y de los sistemas constitucionales internos de los Estados pertenecientes al mismo: el contenido del art. 45 incorpora la garantía deambulatoria, siendo esta el reconocimiento de la libre circulación y residencia, que forman dos derechos autónomos el uno del otro. La titularidad del derecho no se prevé en exclusiva para los nacionales, lo que en nuestro caso serían los ciudadanos europeos, ya que se ha visto que sus familias, independientemente de su nacionalidad, nacionales de terceros estados con una residencia permanente en la UE, y los nacionales suizos y del resto de países del EEE son asimilados a los ciudadanos europeos en lo que se refiere al ejercicio de este derecho. Y, por último, la imposición de límites a la libre circulación debe ser excepcional y cumplir con el principio de proporcionalidad.

4. LA RELACIÓN ENTRE LA LIBRE CIRCULACIÓN Y EL RESTO DE LOS DERECHOS DE LA CDFUE: LA UNIÓN ENTRE UN DERECHO FUNDAMENTAL Y UNA NORMA PUENTE

En el apartado anterior se mencionaba un problema que padece el derecho fundamental a la libre circulación en la mayoría de los sistemas de protección de derechos, tanto nacionales como supranacionales: los límites de este derecho son imprecisos porque no se ha profundizado demasiado en él, al menos en lo que se refiere a su vertiente personal y social, al contrario de lo que ha ocurrido con su ámbito económico.

Una de las razones por las cuales este derecho ha podido pasar más desapercibido para la doctrina y para los tribunales es porque no

pertenece al núcleo duro de los derechos inherentes a la dignidad de la persona[34]. Ahora bien, debe ser considerado un derecho central para el libre desarrollo de la persona. En este sentido, el propio Comité de Derechos Humanos (CDH) reconoció que la libre circulación es indispensable para, precisamente, el libre desarrollo de la persona[35]. Y esto no solo porque consagre la facultad de desplazarse por todo el territorio, sino que, además de un derecho fundamental, es, también una norma-puente[36], o, si se quiere, un derecho fundamental con un carácter transversal[37]. Es decir, la libre circulación está directamente conectada con otros derechos fundamentales, siendo un presupuesto necesario para la plena eficacia de estos[38]. En esta línea, la *Strasbourg Declaration on the Right to Leave and Return*, adoptada en 1986, reconoce que el derecho a la libre circulación es esencial para mantener la paz, la justicia y mantener la cooperación entre Estados, además de sostener que es indispensable para poder disfrutar de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Todo ello se intensifica en el ámbito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El derecho a la libre circulación fue primordial en el proyecto de integración europea, como se ha visto. Es el derecho más tangible y el más importante que los Tratados y la Carta han reconocido a los ciudadanos europeos, ya que actúa también como un desencadenante para el disfrute del resto de derechos reconocidos en la Carta[39]. Por ello, se va a analizar la conexión entre la libre circulación y otros derechos de la Carta, para ver de qué manera se relacionan y cuál ha sido su evolución.

4.1. La libertad personal

El derecho a la libertad es uno de los derechos más antiguos en las sociedades liberales, dado que se relaciona directamente con el ejercicio del poder sobre la sociedad civil. En un primer momento, este derecho comprendía únicamente aspectos procesales, esto es, solo se puede detener a una persona, privarla de libertad, a través de las garantías procesales establecidas para ello. En la actualidad, en los textos de protección de los derechos, entre los que se incluye la CDFUE, este derecho reúne muchos más aspectos procesales y sustantivos[40].

---

[34] Arenas Hidalgo y Rosino Calle (2023: 1159).

[35] CDH, libertad de circulación (art. 12). Comentario general núm. 27. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9. 2 de noviembre de 1999.

[36] Arenas Hidalgo y Rosino Calle (2023: 1159).

[37] Fernández-Miranda Campoamor (1997: 487).

[38] García Guerrero (2013: 24).

[39] Spaventa (2021: 1162).

[40] Wilsher (2021: 128).

Bajo esta premisa, el art. 6 CDFUE reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, al igual que el art. 5 CEDH, y recordemos que, entonces, siguiendo el art. 52.3 CDFUE, el sentido y alcance, serán los mismos —sin perjuicio de que el sistema de la Carta pueda otorgarle una protección más intensa—.

La libertad personal consagrada en estos preceptos ha sido definida como la libertad de alejarse de donde no se desea permanecer[41], así como la plena autodeterminación del movimiento corporal, entendida como libertad de movimiento, libertad de la persona física en cuanto que ser corporal[42]. Es imprescindible señalar que la libertad personal no es una suerte de libertad genérica para los ciudadanos, no cabe ser entendida como una libertad general de autodeterminación. En consecuencia, la libertad personal incluye la garantía de no ser privado de libertad si no se realiza siguiendo los cauces legales[43]. Es aquí donde entra la seguridad personal también recogida en el art. 6 CDFUE, entendida como la garantía de no ser privado de libertad de forma arbitraria por el poder público.

Resulta evidente la conexión existente entre la libertad personal y la libertad de circulación, llegando en algunos casos a ser confundidas[44], ya que ambas incorporan la movilidad humana. Para que un ciudadano europeo pueda circular libremente por el territorio de la Unión Europea debe respetarse su derecho a la libertad y a la seguridad personales. De igual manera que el derecho a la libertad y a la seguridad comprende, en una parte, la libertad de circulación[45].

Ahora bien, la libertad personal no conlleva necesariamente el derecho a circular por cualquier lugar[46], en tanto en cuanto el derecho a la libertad personal y el derecho a la libre circulación son derechos autónomos. De hecho, la Carta les otorga una sustantividad propia ya que los reconoce en preceptos separados y en títulos diferentes, aunque la frontera entre uno y otro, como se ha visto, a veces se difumine.

Una muestra clara de esto que se acaba de exponer es la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de abril de 2021 en el caso *Terheş c. Rumanía*, en la que se analizó el confinamiento domiciliario llevado a cabo en Rumanía en 2020 como consecuencia del COVID-19 en relación con la libertad personal. Expone el TEDH que este confinamiento no supuesto una especie de «arresto domiciliario» ya que, aunque la libertad de circulación estaba limitada, se podían seguir disfrutando de otros derechos y libertades, como la libertad de

---

[41] De Hoyos (2002: 117).
[42] Barrero Ortega (2019: 168).
[43] Rosado Iglesias (2017: 159).
[44] López Nieto (2024).
[45] Rebato Peño (2013: 96).
[46] Díez Picazo (2013: 252).

comunicación, ya que existía la posibilidad de tener contacto con el resto de las personas —aunque fuera a través de medos telemáticos—. Así, entre otras razones, concluye el TEDH que el confinamiento no supuso un arresto domiciliario ni ninguna otra medida privativa de libertad relacionada con el art. 5 CEDH.

Por tanto, puede observarse que una limitación (o desaparición) de la libertad de circulación no conlleva necesaria y automáticamente una vulneración de la libertad personal. En consecuencia, aunque los derechos contenidos en los arts. 6 y 45 CDFUE estén conectados, son independientes y así deben concebirse.

4.2. La vida privada y familiar

De acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y, como tal, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Así, sobre esta base, los diferentes instrumentos de protección de derechos reconocen el derecho a la vida familiar, tal y como lo hace la CDFUE en su art. 7, manteniendo que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Al igual que ocurría con el derecho a la libertad personal, el derecho a la vida familiar recogido en el art. 7 CDFUE encuentra su razón de ser en el art. 8 CEDH que recoge, exactamente, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia, por tanto, siguiendo de nuevo el art. 52.3 CDFUE, el sentido y alcance del derecho reconocido por la CDFUE serán los mismos. Para entender el derecho a la vida familiar reconocido por la Carta es necesario reconocer la influencia de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH[47]. Tanto es así que el propio TJUE ha mantenido que la interpretación del art. 7 CDFUE debe ser la misma que el art. 8 CEDH[48].

En este sentido, es importante señalar la interpretación extensiva del concepto de vida familiar que ha llevado a cabo el TEDH, entendiendo que este derecho protege cualquier convivencia en la que se creen vínculos afectivos y materiales que supongan una mutua dependencia[49]. Por tanto, el bien jurídico protegido por estos preceptos son las relaciones familiares, para lo que juega un papel esencial qué entendemos por familia, cuestión que se analizará más adelante. Este

[47] Choudhry (2021: 201).
[48] STJUE de 8 de octubre de 2010, *J. McB. v L.E*, C-400/10, entre otras.
[49] Martínez Alarcón (2019b: 189-190).

derecho se caracteriza, además, por ser un derecho transversal nacido de una construcción jurisprudencial y casuística[50].

En el seno de la Unión Europea el respeto a la vida familiar y el derecho a la libre circulación están indisolublemente unidos. Recordemos que la Directiva 2004/38/CE reconoce como titulares (asimilados) de la libre circulación también a los familiares del ciudadano europeo que, si este último no pudiera tener una vida familiar plena en el Estado de acogida, probablemente no ejerciese su derecho a la libre circulación. En este sentido, ha resultado prolífica la labor del TJUE para armonizar la libre circulación del art. 45 CDFUE con la vida familiar del art. 7 CDFUE, ya que ha sido clave para proteger y asegurar el mantenimiento de estos lazos familiares frente a las posibles limitaciones establecidas por el derecho interno de los Estados.

Para ello ha sido necesario una interpretación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, esencial para la eficacia de la libre circulación y la vida familiar en la Unión Europea, ya que un límite u obstáculo a la vida familiar por un Estado puede constituir a su vez un límite a la libre circulación. Precisamente uno de los principales obstáculos que pueden encontrar ambos derechos es el Derecho interno de los Estados. Ejemplo claro de ello es la STJUE *García Avello*[51], donde los demandantes, un padre con nacionalidad española y una madre con nacionalidad belga, reclamaban la imposibilidad de inscribir a sus hijos, con doble nacionalidad española y belga, en el registro belga ya que no les permitían inscribirlos con el apellido del padre y de la madre. El TJUE sentenció que esta normativa vulneraba el principio de no discriminación ya que trataban a los ciudadanos con doble nacionalidad igual que a los ciudadanos belgas, y el principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que no son comparables y que en situaciones diferentes no se trate de la misma manera. Añade que esta norma belga podría suponer, en el futuro, una restricción a la libre circulación de estos ciudadanos con doble nacionalidad porque podrían querer ir o quedarse en España para usar sus apellidos españoles.

4.2.1. *La libre circulación en la Unión Europea y los nuevos modelos de familia*

En alguna ocasión se ha reprochado al Derecho comunitario de mantener una visión conservadora en torno a la familia[52] y es que los diferentes modelos de familia avanzan más rápido que el Derecho. Ya

[50] Santolaya y Redondo Saceda (2023: 596).
[51] STJUE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02.
[52] Soto Montoya (2012: 815).

se ha visto que un ciudadano europeo a la hora de ejercer su derecho a la libre circulación debe tener la oportunidad de llevar a su familia consigo, pero las estructuras familiares han evolucionado mucho en los últimos años y generan una disparidad de normas especialmente en el derecho interno de los Estados miembros. Disparidad de normas que puede llevarnos a una limitación del derecho a la vida familiar y, en consecuencia, también de la libre circulación.

El derecho de familia pertenece a la soberanía nacional de cada Estado y el Derecho comunitario no restringe esa competencia[53]. Ahora bien, esto no implica que los Estados miembros no deban cumplir con el principio de no discriminación a la hora de ejercer sus competencias propias en el derecho de familia, especialmente en lo pertinente al estado civil de las personas y, además, deben respetar siempre las disposiciones referentes a la libertad de circulación del TFUE y la CDFUE[54], tal y como ocurría en la ya señalada sentencia *García Avello*. Ante la divergencia de la regulación del derecho de familia en los Estados miembros, puede darse la situación de que un mismo ciudadano europeo vea su estado civil reconocido en unos Estados miembros y no en otros y, consecuentemente, que en unos Estados se pudiera invocar la libre circulación y en otros no. Esta situación provoca una discriminación contraria tanto al respeto por la vida familiar como a la libre circulación. De ahí que la labor del TJUE haya sido clave para hacer avanzar al Derecho europeo y, con él, al derecho fundamental a la libre circulación.

La Directiva 2004/38 a la hora de determinar en su art. 2 qué se considera «miembro de la familia» señala, primero, al cónyuge, y lo hace sin establecer una definición concreta de este término. Esto resulta especialmente importante para aquellos nacionales de terceros Estados que sean familiares de los ciudadanos europeos, pues recordemos que son titulares derivados del derecho a la libre circulación. En consecuencia, para que esa titularidad nazca debe reconocerse en el Estado de acogida su vínculo familiar con el ciudadano europeo en base a la Directiva 2004/38. Así las cosas, en el año 2012 Rumanía rechazó el derecho a la residencia permanente previsto en la Directiva 2004/38 del Sr. Hamilton, nacional estadounidense, ya que, en base al derecho de familia del país, no se reconocía su matrimonio con el Sr. Coman, nacional rumano y estadounidense. Este asunto es resuelto por la sentencia *Coman y otros*[55] en la que el Tribunal de Justicia mantiene, en primer lugar, que los derechos consagrados en el art. 21 TFUE —esto es, libre circulación y residencia— incluyen el derecho a llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como en

[53] STJUE de 1 de abril de 2008, *Maruko*, C-267/06, apdo. 59, entre otras.
[54] Requena Casanova (2019: 50-52).
[55] STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16.

el Estado miembro del que son nacionales[56]. Por tanto, resulta evidente aquí la íntima conexón entre el ejercicio de la libre circulación y la vida familiar. Y, en segundo lugar, defiende el TJUE que el cónyuge que recoge la Directiva 2004/38 se refiere a una persona unida a otra por un vínculo de matrimonio[57].

Consecuentemente, la Directiva reconoce un cónyuge neutro desde el punto de vista del género, lo que incluye a los cónyuges del mismo sexo[58], ante lo que un Estado miembro no puede invocar su derecho interno para oponerse a reconocer en su territorio el derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado basado en su unión matrimonio con un cónyuge del mismo sexo, ya que esto supondría una restricción al derecho de libre circulación y residencia del propio ciudadano europeo, que no puede regresar al Estado miembro del que es nacional junto con su cónyuge[59]. En lo que aquí nos interesa, el TJUE también señala que para la definición de «cónyuge» que mantiene la Directiva 2004/38 resulta imprescindible el art. 7 CDFUE correspondiente a la vida privada y familiar, haciendo alusión, a su vez, a la jurisprudencia del TEDH que mantiene que las parejas homosexuales están comprendidas en el concepto de vida privada y de vida familiar[60].

En segundo lugar, el art. 2 de la Directiva prevé como miembros de la familia a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada. Este precepto ha obligado al TJUE a pronunciarse sobre las parejas que no están casadas y, además, no están registradas[61]. En este sentido, el TJUE se muestra favorable a que las parejas de los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libre circulación y residencia que no hayan celebrado una unión registrada (como señala el artículo de la Directiva) sean titulares derivados del derecho en base al art. 3.2.b) de la Directiva que mantiene que los Estados de acogida facilitarán la libre entrada y residencia de la pareja con la que el ciudadano de la UE mantiene una relación estable y probada.

En tercer lugar, la Directiva también recoge como «miembro de la familia» a los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja. Este «descendiente directo» también ha sido objeto de interpretación recientemente por el Tribunal de Justicia[62]. En este caso, dos nacionales franceses, residentes en Reino Unido, obtuvieron la patria potestad de una niña a través

---

[56] *Ibid*., apdo. 31.
[57] *Ibid*., apdo. 34.
[58] *Ibid*., apdo. 35.
[59] *Ibid*., apdo. 39.
[60] *Ibid*., apdos. 48-50.
[61] STJUE de 12 de julio de 2018, *Secretary of State for the Home Department y Rozzane Banger*, C-89/17.
[62] STJUE de 26 de marzo de 2019, *SM y Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, C-129/18.

del régimen argelino de la «kafala». En 2012, Reino Unido denegó el permiso de entrada a la niña como hija adoptiva de los nacionales de un Estado miembro porque la tutela en régimen de «kafala» argelino no se reconocía como adopción en el derecho interno del país. Señala el TJUE a estos efectos que la Directiva 2004/38 cuando recoge a los descendientes directos como miembros de la familia no contiene ninguna disposición relativa al Derecho interno de los Estados ni una definición exacta de este término[63]. El concepto de descendiente directo supone un vínculo de filiación en línea directa del interesado con otra persona y la finalidad de la Directiva 2004/38 es facilitar la libre circulación y la residencia recogidos en los arts. 45 CDFUE y 21 TFUE. Por tanto, debe realizarse una interpretación en sentido amplio en aras de, precisamente, proteger estos derechos. Consecuentemente, en este vínculo de filiación puede encajar tanto un vínculo biológico como un vínculo jurídico[64]. Bien es cierto que, en este caso concreto, el régimen «kafala» no crea un vínculo de filiación entre los interesados y por tanto no puede subsumirse en el concepto de descendiente directo aun realizando esta interpretación extensiva del mismo. Sin embargo, con el objetivo de mantener la unidad familiar y salvaguardar el derecho a la libre circulación y a la vida familiar, el TJUE entiende que esta situación particular puede considerarse dentro del ámbito del art. 3.2.a) de la Directiva, esto es, dentro de «otro miembro de la familia».

Por tanto, puede verse como la labor del TJUE en los últimos años ha resultado esencial para armonizar la vida familiar del art. 7 CDFUE con la libre circulación y residencia del art. 45 con base al principio de no discriminación. En todas las sentencias que se acaban de analizar el TJUE realiza una interpretación extensiva de los miembros de la familia previstos por la Directiva 2004/38 dando pasos hacia los nuevos modelos de familia presentes en la sociedad actual. Así reconoce los matrimonios homosexuales, las parejas no registradas o los vínculos de filiación jurídicos como titulares derivados de los derechos previstos en el art. 45 CDFUE. Todo ello bajo la premisa que siempre ha estado presente en la Unión Europea en relación con la libre circulación: sin respeto a la vida familiar tampoco habrá respeto a la libre circulación. Una muestra más de la unión indisoluble de ambos derechos.

4.2.2. *La reagrupación familiar*

Más allá de que los familiares nacionales de terceros países de un ciudadano europeo puedan ser titulares derivados del derecho a la libre circulación y residencia, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, se encarga de

[63] *Ibid*., apdos. 50-51.
[64] *Ibid*., apdos. 52-24.

establecer las condiciones del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los familiares de los nacionales de terceros países residentes legales en el territorio de los Estados miembros. Este derecho ha resultado ser la principal causa de inmigración en la Unión Europea en los últimos veinte años y el que ha hecho posible la vida familiar de la mayoría de los inmigrantes[65]. La Directiva permite la entrada y la residencia del cónyuge del reagrupante, sus hijos menores, y los hijos menores del cónyuge además de prever que los Estados miembros podrán autorizar la entrada y la residencia también de los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge si están a su cargo, y de los hijos mayores del reagrupante o de su cónyuge si objetivamente no son capaces de cubrir sus propias necesidades debido a su estado de salud.

Con respecto a este derecho, el TJUE mantiene que existe una obligación positiva de los Estados de autorizar la reagrupación familiar, sin discrecionalidad alguna[66]. En consecuencia, la regla general que impone esta Directiva es la autorización de la reagrupación y, por tanto, el margen de apreciación de los Estados no puede ser usado para interponer un obstáculo a la reagrupación. Cualquier limitación que pueda haber a este derecho debe ser interpretado de manera estricta[67]. El Tribunal de Justicia también ha señalado que la Directiva debe ser aplicada respetando los derechos fundamentales, en especial el derecho a la vida familiar, y el principio de interés superior del menor[68].

4.3. El derecho a la protección social

El fundamento de la integración europea se basa en la creación de un mercado fundado sobre la base de las garantías de la libre competencia en donde los derechos sociales son elementos accesorios[69]. O, al menos, lo eran. A medida que se profundizaba en el proceso de integración económica, con la aparición de la ciudadanía europea, los Estados miembros aceptaron una relativa pérdida de su soberanía en la configuración de sus prestaciones sociales, con el fin de pasar de la integración puramente económica a una integración también social en la Unión Europea. Esta transición se produjo muy paulatinamente porque son los Estados los encargados de fijar en su Derecho interno

---

[65] Choudhry (2021: 191).

[66] Entre otras, STJUE de 9 de julio de 2015, *Minister van Buitenladse Zaken c. K. y A.*, C-153/14.

[67] Martínez Alarcón (2019a: 1382).

[68] STJUE de 27 de junio de 2006, *European Parliament c. Council*, C-540/03.

[69] Rodríguez-Izquierdo Serrano (2016: 270).

quiénes son los beneficiarios de las prestaciones sociales y de cuáles son sus requisitos de acceso y contenido[70].

Dicho de otro modo, los Estados miembros de la Unión fijan la intervención de los poderes públicos en la configuración de las ayudas sociales y la Unión Europea tiene capacidad de coordinar, y solo de coordinar, el régimen de seguridad social. Aunque esta competencia de coordinación realmente sí tiene un impacto en la estructura de las prestaciones sociales ya que al llevarse a cabo por la Unión Europea su régimen siempre dependerá de los objetivos de la integración[71]. Por ello, no se puede entender la construcción del derecho a la protección social de los ciudadanos europeos sin el contexto de la integración.

Más arriba se indicó que, en una integración económica con un alto grado de profundización como es la Unión Europea, los derechos propios de los ciudadanos nacionales de un Estado se extendían también al resto de ciudadanos de los demás Estados miembros creando el núcleo de una ciudadanía común sobre la base del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. El acceso a las ayudas sociales y al régimen de seguridad social es el claro ejemplo de ello y depende en gran medida del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia, pues es el primer paso para poder acceder a las prestaciones sociales. Y, al igual que ocurría con el derecho a la vida familiar, los obstáculos o límites que se pongan a los ciudadanos europeos en el acceso a estas prestaciones sociales repercutirán directamente en el ejercicio de la libre circulación y residencia.

Para analizar la relación del derecho consagrado en el art. 45 CDFUE con las prestaciones sociales de los Estados miembros es necesario remontarnos unos años antes de la proclamación de la Carta, de nuevo acudiendo a uno de los principales protagonistas en la formación de la integración europea y la construcción de los derechos fundamentales enunciados de la Unión: el TJUE.

En este contexto existen dos etapas, o, si se prefiere, dos tendencias: una primera maximalista donde interpretó muy ampliamente los derechos de protección social de los trabajadores que habían ejercido su derecho a la libre circulación, así como extendió este derecho de acceder a las prestaciones sociales en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado de acogida a nacionales de otros Estados miembros económicamente inactivos —es decir, no solo se preveía este derecho para trabajadores—. Y, una segunda, en la que se redujo el alcance de estos derechos sociales de los ciudadanos económicamente inactivos.

Empezando por la primera de ellas, antes de la proclamación solemne de la CDFUE en 2000, el TJUE, con base en la prohibición de

---

[70] Sánchez-Urán Azaña (2015: 44-45).

[71] Rodríguez-Izquierdo Serrano (2016: 272).

discriminación por razón de la nacionalidad, configuró el derecho a la libre circulación y residencia de ciudadanos económicamente inactivos asegurando su acceso a las prestaciones sociales previstas por el Estado de acogida a través de una interpretación extensiva del Reglamento 1612/68 y el resto de directivas vigentes sobre libre circulación[72]. En esta etapa, los pronunciamientos más significativos son las SSTJUE *Martínez Sala*[73], *Baumbast*[74] y *Grzelczyk*[75]. Además, en ellas, a través de la libre circulación y el acceso a las prestaciones sociales, se caracterizó al ciudadano europeo como titular de derechos y obligaciones por parte del Derecho comunitario, admitiendo que la validez de las normas nacionales —prestaciones sociales— debían adecuarse a las exigencias del derecho a la libre circulación. En consecuencia, el efecto horizontal de la libre circulación rediseñó los sistemas de bienestar nacionales[76]. De esta forma, la Unión avanzaba en su proceso integrador también desde la perspectiva social.

Así, después de la proclamación de la CDFUE y con el TJUE siguiendo una tendencia aperturista y fortaleciendo la ciudadanía europea, la ya comentada Directiva 2004/38/CE intenta equilibrar este reforzamiento de la libre circulación a la vez que proteger los sistemas de prestaciones sociales de los Estados miembros. De ahí que, como se ha visto, la Directiva diferencia a los ciudadanos dependiendo de su condición económica y de su periodo de residencia, además de condicionar la residencia de los ciudadanos no trabajadores a no depender del sistema nacional de asistencia.

Es con la crisis del 2008 con la que entramos en la segunda etapa jurisprudencial del TJUE ante el cambio social, político y económico que esta lleva a cabo en la Unión Europea, en este caso siguiendo las SSTJUE *Brey*[77], *Dano*[78] y *Alimanovic*[79]. Fruto de este propio contexto, el TJUE consideró compatibles con el Derecho europeo, es decir, con la libre circulación, algunas normas del Derecho interno de los Estados miembros que introducían unas condiciones exclusivas para los nacionales de otros Estados miembros a la hora de acceder a las prestaciones sociales, protegiendo, en este caso, también la situación financiera de los sistemas estatales de protección social. Y lo hacía realmente con-

---

[72] Masala (2018: 225).

[73] STJUE de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala*, C-85/96.

[74] STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, C-413/99.

[75] STJUE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99.

[76] Menéndez (2010: 315-317).

[77] STJUE de 19 de septiembre de 2013, *Pensionsversicherungsanstalt y Peter Brey*, C-140/12.

[78] STJUE de 11 de noviembre de 2014, *Elisabeta Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig*, C-333/13.

[79] STJUE de 15 de septiembre de 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic y otros*, C-67/14.

dicionando el posible acceso a la prestación con el cumplimiento de la Directiva 2004/38/CE, es decir, lo condicionó a que el ejercicio de la libre circulación y residencia fuera legal. Esta etapa fue ampliamente criticada porque el resultado directo de limitar el acceso a las prestaciones sociales recordemos que es la limitación de la libre circulación.

Lo que nos deja ver estas distintas etapas jurisprudenciales es que la libre circulación y los derechos que dependen de ella o con los que mantiene una conexión están al servicio del contexto en el que se encuentre la integración: en su formación, el TJUE mantuvo una interpretación extensiva con la finalidad de favorecer y facilitar el ejercicio de la libre circulación a sabiendas de que es fundamental para el desarrollo del proyecto de integración europea. En 2008, con otro contexto político, económico y social, las prioridades del TJUE cambiaron y con ellas también el tratamiento de la libre circulación.

5. CONCLUSIONES

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es uno de los principales instrumentos de protección de los derechos fundamentales en la actualidad. En su art. 45 consagra el derecho a la libre circulación siendo este uno de los preceptos clave en la Carta. Y esto es así por dos razones: la primera, porque la libre circulación ha guiado el proceso de integración europea; y la segunda, porque en el sistema creado por la CDFUE, resulta esencial para el acceso y disfrute de manera plena del resto de derechos en ella consagrados.

Se ha visto cómo la evolución de la libre circulación de trabajadores por motivos laborales en los primeros años de andadura de la integración europea al derecho fundamental a la libre circulación hoy consagrado en la Carta ha permitido a la Unión Europea avanzar en las diferentes fases de la integración europea, gracias al paso de una mera visión económica del derecho a construir y regular su vertiente social dando como resultado el derecho que conocemos hoy en día.

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas donde la libre circulación ha podido pasar más desapercibida, esto no se puede extrapolar a la Unión Europea ni a su Carta de Derechos Fundamentales precisamente porque es un pilar fundamental de ambos. Aquí se han sentado algunos de los aspectos más importantes de este derecho recogido en el art. 45 CDFUE permitiendo, a su vez, afirmar que existe un «Derecho común europeo» en torno a él teniendo en cuenta las características generales de este derecho tanto n los sistemas nacionales como en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin dejar de observar y analizar las particularidades que presenta en el sistema de la Carta. En primer lugar, la libre circulación y la libre residencia, ambas consagradas en el art. 45 CDFUE, aunque íntimamente relacionadas,

constituyen dos derechos diferenciados. En segundo lugar, partiendo de que estamos ante un derecho con una vertiente social y no únicamente económica, se prevén, además de los titulares originarios que son los ciudadanos europeos, unos titulares derivados independientemente de cuál sea su nacionalidad: los familiares del ciudadano europeo. Lo que pone de relieve, además, la estrecha relación entre la libre circulación y el derecho a la vida familiar. Y, en tercer lugar, a pesar de la importancia que, como se defiende, reviste este derecho en el sistema europeo, no es absoluto, sino que pueden establecerse límites siempre bajo la nota de excepcionalidad y respetando el principio de proporcionalidad.

Sentados los aspectos más esenciales de este derecho fundamental en cuanto a su contenido, sus titulares y sus límites, la importancia de la libre circulación estriba en que es algo más que un derecho fundamental: es también una norma puente, o, si se prefiere, un derecho fundamental con carácter transversal, lo cual está especialmente acentuado en la Unión Europea. Dadas las particularidades de este sistema, el disfrute de la libre circulación tiene un papel fundamental en determinados derechos tales como la libertad personal, la vida familiar y los derechos sociales.

En cuanto al primero de ellos, resulta evidente que son interdependientes el uno del otro, aunque conformen dos derechos distintos que en ningún caso deben confundirse. En lo que se refiere a la vida familiar, este derecho siempre estuvo presente a la hora de construir la libre circulación, como se ha dicho anteriormente, pues una limitación en la vida familiar impacta directamente en el ejercicio de la libre circulación. El TJUE, siendo siempre consciente de la unión indisoluble entre los arts. 7 y 45 CDFUE, a través de su jurisprudencia ha mantenido una interpretación extensiva del conceto de familia, adaptándose a las nuevas realidades sociales con el fin de no entorpecer el ejercicio de la libre circulación pues, como se defiende en este trabajo, una limitación de la libre circulación supone una limitación del proyecto de integración europea.

Los ciudadanos europeos, en la mayoría de las ocasiones, no viajan solos, lo hacen con sus familiares. De la misma forma, tampoco la libre circulación viaja sola: necesita, también, para su pleno y eficaz ejercicio que se acompañe y se garanticen una serie de derechos sociales allá donde sea el Estado de acogida. Dicho de otro modo, la protección social de aquellos que ejercen la libre circulación es fundamental pues de lo contrario no se garantizan las mismas condiciones entre los nacionales y los ciudadanos de otro Estado miembro. Una muestra clara de la fundamentalidad de la libre circulación en la integración europea es que no puede entenderse la evolución o involución de este derecho fuera del propio contexto que viva la integración y el tratamiento de los derechos sociales en relación con el ejercicio de art. 45 de la Carta

es un claro ejemplo de ello. Hemos podido observar que en la etapa de construcción de la integración el TJUE mantuvo también una interpretación extensiva del acceso de los ciudadanos de otros Estados miembros a las prestaciones sociales del Estado de acogida, interpretación que se mantuvo hasta la crisis del 2008 donde, como víctima del cambio social y económico, el TJUE debió dar un paso atrás para proteger los sistemas sociales de los Estados. De nuevo: una restricción en los derechos sociales supone una limitación en la libre circulación, lo que demuestra su conexión.

En definitiva, después de todo el análisis realizado en el art. 45 de la Carta resulta claro que la libre circulación se presenta como una de las piedras angulares del proceso de integración europea, lo cual es extrapolable a también a cualquier proceso de integración dada la importancia que reviste este derecho por su doble papel, como derecho fundamental y como norma puente. No se puede separar una vertiente de otra pues, de lo contrario, no se tendría una visión completa de la libre circulación, la cual, como se ha visto, influye directamente también en otros derechos fundamentales y supone un avance o un retroceso en el propio proyecto de integración. La libre circulación ha construido lo que hoy conocemos como Unión Europea y es por ello por lo que el art. 45 ocupa un lugar privilegiado en la Carta y en la ciudadanía europea.

6. BIBLIOGRAFÍA

Arenas Hidalgo, N. y Rosino Calle, R. C. (2023). «La libertad de circulación en el territorio de los Estados (la libertad deambulatoria definida en el art. 2 del Protocolo Adicional 4.º al CEDH)». En García Roca, J., Santolaya, P., y Pérez-Moreno, M. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4.ª ed., pp. 1155-1192. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Baldoni, E. (2003). «The Free Movement of Persons in the European Union: A Legal-historical Overview». *Pioneers of Europe's Integration «from Below»: Mobility and the Emergence of European Identity among National and Foreign Citizens in the EU*. PIONEUR Working Paper No. 2.

Barrero Ortega, A. (2019). «Art. 6. Derecho a la libertad y a la seguridad». En López Castillo, A. (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, pp. 165-186. Valencia: Tirant lo Blanch.

Choudhry, S. (2021). «Article 7». En Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., y Ward, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford – Munich – Baden-Baden: Hart – Beck – Nomos.

Chung, E. (2017). «Citizenship in Non-Western Contexts». En Schachar, A., Bauböck, R., Bloemraad, I. y Vink, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Citizenship Studies*. Oxford: Oxford University Press.

De Hoyos Sancho, M. (2002). «Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y privaciones de la libertad ambulatoria». *Revista de Estudios Europeos*, 30, pp. 113-134.

Díez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas,

García Guerrero, J. L. (2013). «Preámbulo». En García Guerrero, J. L. (dir.). *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, pp. 16-27. Valencia: Tirant lo Blanch.

García Guerrero, J. L. y Martínez Alarcón, M. L. (dirs.) (2019). *Constitucionalizando la Globalización*, 2 vols. Valencia: Tirant lo Blanch.

Goizueta Vértiz, J. (2012). «El Real Decreto 240/207: en particular, el elemento de la transnacionalidad y los nacionales de terceros Estados asimilados». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95, pp. 171-201.

López Nieto, Y. (2024). «El régimen jurídico de la libre circulación: conceptualización del derecho a propósito del confinamiento domiciliario contemplado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo». *Revista general de derecho constitucional*, 40.

Martínez Alarcón, M. L. (2019a). «Art. 45. Libertad de circulación y residencia». En López Castillo, A. (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, pp. 1319-1395. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Alarcón, M. L. (2019b). «Art. 7. Respeto de la vida privada y familiar». En López Castillo, A. (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, pp. 187-216. Valencia: Tirant lo Blanch.

Masala, P. (2018). «Libertad de circulación y de residencia y acceso a las prestaciones sociales de los ciudadanos "inactivos": construcción y deconstrucción de un estatuto de integración social transnacional». En Carmona Contreras, A. M. (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, pp. 219-244. Cizur Menor: Aranzadi.

Menéndez, A. J. (2010). «La ciudadanía europea tras Martínez Sala y Baumbast: ¿la consecución de un derecho europeo más humano pero menos social?». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89, pp. 289-336.

Rebato Peño, E. (2013). «El derecho a la libertad y seguridad personal». En García Guerrero, J. L. (dir.), *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, pp. 90-120. Valencia: Tirant lo Blanch.

Requena Casanova, M. (2019). «Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias de *Coman* y otros». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, pp. 41-79.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2016), «Derechos sociales vinculados a la libre circulación: de la última batalla de la Comisión al legado del *Brexit*», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 31, pp. 263-290.

Rosado Iglesias, G. (2017). «Art. 17 CE: El derecho a la libertad y a la seguridad personal». En Villanueva Turnes, A. (coord.), *Derechos fundamentales. Aspectos básicos y actuales*, pp. 151-188. Santiago de Compostela: Andavira.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2015). «Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social comunitaria. Balance y perspectivas del modelo condi-

cional de solidaridad social comunitaria». *Revista Española de Derecho Europeo*, 56, pp. 43-88.

Santolaya, P. y Redondo Saceda, L. (2023). «El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad) (Art. 8 CEDH)». En García Roca, J., Santolaya, P., y Pérez Moreno, M. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4.ª ed., pp. 593-692. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sarrión Esteve, J. (2023). «La libre circulación y residencia: ámbito de aplicación». En Pizzolo, C. (coord.), *Ciudadanía de la UE. Estatus, derechos y obligaciones,* pp. 46-70. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Sarrión Esteve, J. (2024). «Nuevas reflexiones sobre la libre circulación de personas y el derecho de residencia como derechos fundamentales en la UE. Un estudio de su origen, titularidad, ámbito de aplicación y la más reciente jurisprudencia». *Asamblea – Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 46, pp. 175-202.

Sevilla Duro, M. A. (2023). *Aproximación a una teoría general de las integraciones económicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha.

Soto Montoya, M. (2012). «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, pp. 807-847.

Spaventa, E. (2021). «Article 45». En Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., y Ward, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford – Múnich – Baden-Baden: Hart – Beck – Nomos.

Wilsher, D. (2021). «Article 6». En Peers, S., Hervey, T., Kenner, J., y Ward, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford – Múnich – Baden-Baden: Hart – Beck – Nomos.

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 53-84
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/02*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA VIABILIDAD DEL DECOMISO EN LA DELINCUENCIA MEDIOAMBIENTAL Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA[1]

Celia Carrasco Pérez

1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de elaborar instrumentos que posibiliten una política criminal eficaz sobre la estrategia «garantizar que el delito no resulte provechoso» frente a la criminalidad económica, se ha venido sosteniendo por medio de herramientas que faciliten la recuperación de bienes. Este menester pone sobre la mesa la necesaria revaluación de la naturaleza jurídica de estos instrumentos frente a las nuevas formas de delincuencia que han venido floreciendo ante los nuevos mercados digitales, sociales, económicos, y por supuesto, medioambientales.

El presente capítulo se centra en el estudio de la institución del decomiso frente a las realidades criminales de la delincuencia medioambiental. A su vez, sirve como ejemplo del actual entramado normativo que reclama una política criminal efectiva y europea acorde con los derechos fundamentales garantizados por la Carta Europea de Derechos Fundamentales[2].

[1] Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del plan estatal «El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Ref. PID2021-124027NB-100)», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

[2] *DOCE* C 364, de 18 de diciembre de 2000.

Los riesgos globales a los que nos enfrentamos llevan a que los poderes públicos estén reaccionando con acciones legislativas inmediatas, precipitadas y, en definitiva, poco reflexivas. Con la inmediata consecuencia no solo de su incapacidad por alcanzar un elevado nivel de efectividad, sino por incrementar su carácter retributivo. En un permanente bascular entre seguridad y libertad,[3] en los primeros meses del año 2024 se han acometido importantes reformas legislativas con implicaciones sustantivas y procesales. En nuestro caso particular, el 30 de abril de 2024 vio la luz la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE[4] que pretende endurecer el derecho penal medioambiental europeo y que armoniza la perspectiva comunitaria en materia de embargo y decomiso sobre los productos derivados del delito medioambiental. A penas una semana después, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de abril de 2024 sobre recuperación y decomiso de activos[5] que incluye por vez primera en el ámbito de aplicación del instrumento del decomiso a los delitos medioambientales.

En este marco ha tenido lugar la actualización de una tradicional institución como el decomiso. Esta se ha anudado a la nueva política criminal que busca alcanzar mayores niveles de efectividad en el combate de todas aquellas formas delictivas graves y complejas las cuales, de forma directa o indirecta, producen ingentes cantidades de recursos económicos, o de una forma más particular, pueden afectar a los sistemas financieros nacionales, y en esencia al sistema financiero europeo.

La novedad de la reforma en materia de recuperación de bienes procedentes del delito viene dada por la importancia que en los últimos años se ha dado a la investigación patrimonial en el proceso penal y a las consecuencias de carácter patrimonial derivadas del delito. En estas, se dota al decomiso de un carácter esencialmente retributivo que tiene su fundamento en el populismo punitivo. Un populismo punitivo que, paradójicamente reclama, a su vez, la vigencia de los principios fundamentales de la tutela judicial efectiva y del debido proceso.

Los cambios llevados a cabo por medio de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea[6], ya introdujeron una ambiciosa y profunda reordenación del decomiso. Su fundamento se encuentra, al igual que ha suce-

---

[3] Rodríguez-García (2020: 22).
[4] *DOUE* L 1203, de 30 de abril de 2024, pp. 1-28.
[5] *DOUE* L 1260, de 2 de mayo de 2024, pp. 1-28.
[6] *DOUE* L 42, de 29 de abril de 2014, pp. 1-36.

dido con la Directiva (UE) 2024/1260, en el consecuente compromiso internacional adquirido en el ámbito de Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea de combatir el crimen organizado transfronterizo bajo la imprescindible colaboración entre los Estados. El camino que se inició por la reforma operada en el año 2014 del instrumento del decomiso supuso la admisión del decomiso ampliado y del decomiso sin condena[7]. Es decir, dio cobertura a un decomiso que permitía decomisar más allá de los instrumentos utilizados para realizar el delito y más allá de los beneficios obtenidos por el mismo; y decomisar aquellos bienes procedentes de un delito cuyo presunto autor ha fallecido o ha sido imposible llegar a juzgarlo. En este caso, con la nueva normativa el legislador da un paso más allá, pues partiendo del fomento de los modelos de decomiso más agresivos para con las garantías y derechos procedimentales como *prima facie*, introduce una nueva modalidad de decomiso referida a la riqueza inexplicable vinculada a actividades criminales, en el que se toma como prueba indiciaria el desequilibrio entre el patrimonio del investigado y sus ingresos legítimos sin que se requiera la condena por ningún delito.

La Directiva (UE) 2024/1260 sobre recuperación y decomiso de activos, que pretende buscar una mayor eficacia del decomiso frente a los nuevos mercados criminales, se encuadra en una política de decomiso total que rompe con los equilibrios de las garantías y derechos de un proceso penal que debe su aplicabilidad al título VI de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y llevando al extremo la afectación de las garantías procesales y los derechos fundamentales de proporcionalidad del art. 49 de la Carta, y presunción de inocencia del art. 48 de la Carta.

Es por ello que, pese a que la Directiva (UE) 2024/1260 disponga que esta debe aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la aplicabilidad de la Directiva (UE) 2024/1260, avecina una oleada de denegaciones de reconocimiento mutuo en el uso transfronterizo del decomiso por violaciones a los derechos fundamentales de la Carta[8] poniendo en peligro la protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros de la Unión Europea.

A lo largo del presente capítulo realizaremos un estudio de la figura del decomiso como instrumento de reconocimiento mutuo, cuya aplicabilidad entra en colisión con los derechos fundamentales desde una doble perspectiva.

---

[7] Carrillo del Teso (2018: 170).

[8] El art. 19.1.h del Reglamento (UE) 2018/1805, contempla como causa de denegación del decomiso, la «violación manifiesta de un derecho fundamental aplicable recogido en la Carta, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio justo y a la defensa».

Por un lado, la estrategia de una política criminal de preferente recurso a la seguridad pone en jaque el principio de reconocimiento mutuo en detrimento de la confianza mutua necesaria para la puesta en marcha del sistema de cooperación judicial.

La seguridad como *leitmotiv* ha sido la justificación del desarrollo de instrumentos de reconocimiento mutuo que, para dar cobertura a los nuevos mercados criminales que, en particular abre la delincuencia medioambiental, son cada vez más restrictivas de derechos fundamentales.

Así en los tres apartados que siguen abordaremos en un primer momento el decomiso como instrumento al servicio de la cooperación judicial penal desde el análisis de la base jurídica que sustenta el instrumento, que es el principio de reconocimiento mutuo. En ese contexto los derechos fundamentales materializados en la Carta se presentan como un instrumento de integración.

En el apartado 3 se reflexiona sobre cómo las nuevas modalidades delictivas han abierto la puerta a un mercado criminal medioambiental para cuya prevención y represión, la Unión Europea requiere instrumentos eficaces que neutralicen su principal motivación: la ventaja o ganancia económica.

Finalmente, el apartado 4 retoma la importancia de articular un sistema de garantías de derechos procesales bajo el respeto al título VI de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y examina a su luz las principales novedades en materia de decomiso que aporta la Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de abril de 2024 sobre recuperación y decomiso de activos.

2. EL DECOMISO COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

El compromiso de la Unión Europea por garantizar un elevado nivel de seguridad mediante la adopción de medidas de prevención y de lucha contra la delincuencia, así como de cooperación entre autoridades policiales y judiciales, tiene como ejes fundamentales el reconocimiento mutuo de resoluciones penales y la aproximación legislativa[9]. Siempre dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos

[9] El Consejo Europeo de Tampere celebrado bajo la Presidencia finlandesa en la ciudad de Tampere en las fechas de 15 y 16 de octubre de 1999 proclama el principio de reconocimiento mutuo en sede civil y penal. En el ámbito penal, dentro de las Conclusiones redactadas por la Presidencia de dicho Consejo Europeo se incluyó la Conclusión núm. 33 que proclamaba que «un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales». *Vid.* JIMENO BULNES (2024: 90).

sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, cuya base jurídica descansa en los artículos relativos a la cooperación judicial penal del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[10], los arts. 82 y 83.

En esencia, la institución del decomiso puede catalogarse como uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo al servicio de la cooperación judicial en tanto en cuanto las normas que del mismo se derivan sientan su base jurídica en los arts. 82 y 83 TFUE.

En esencia, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la cooperación judicial penal entre Estados miembros de la Unión Europea viene a decir que, lo que es conforme a derecho en un Estado miembro de la Unión, debe ser reconocido y tenido por válido y efectivo en los otros[11]. El éxito de los instrumentos jurídicos de la Unión, tal como es el caso de la Orden Europea de Embargo y Decomiso, como lo es la Orden Europea de Detención y Entrega o la Orden Europea de Investigación, se lo deben al principio de reconocimiento mutuo[12]. El principio de reconocimiento mutuo, que es base jurídica sobre la que descansa la cooperación judicial[13], se conjuga además con un presupuesto fundamental para su operatividad como es la confianza mutua[14], en tanto que el principio de reconocimiento mutuo no rige de manera absoluta[15].

En este sentido, el reconocimiento automático de resoluciones judiciales que propugna el principio de reconocimiento mutuo encuentra como límite los derechos fundamentales y libertades individuales, así como los principios constitucionales reconocidos por los distintos Estados miembros en el ámbito del proceso penal. Estos, pese a la importante labor realizada especialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no parecen resultar siempre uniformes en el espacio geográfico europeo. Por esta razón, el reconocimiento en el área penal debe quedar sujeto a los límites impuestos en la observancia de tales derechos y principios[16], y en particular la observancia de la confianza mutua como presupuesto fundamental para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal.

La actual tendencia amplificadora del uso del decomiso y su relación con las garantías y derechos procesales consagrados en la Carta, supone una vulneración al principio de reconocimiento mutuo en detrimento de la confianza mutua necesaria para la puesta en marcha del

---

[10] *DOUE* C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47-199.
[11] De Hoyos Sancho (2005: 820).
[12] Thomas (2013: 585).
[13] Caeiro (2018: 305).
[14] Albert (2015: 60).
[15] De Jorge Mesas (2016: 60).
[16] Jimeno Bulnes (2024: 59).

sistema de cooperación judicial penal, debido a la desconfianza en lo que a estándar mínimo de derechos y garantías procesales de sospechosos, investigados y acusados entre los Estados miembros supone al conformar una arquitectura jurídica de eminente recurso a presunciones e indicios[17]. De manera que aparece el frágil equilibrio entre justicia y seguridad como desafío al que se debe enfrentar el actual Derecho Procesal penal europeo[18].

2.1. La evolución del decomiso en el marco de la cooperación judicial penal

Una de las principales líneas de actuación de las instituciones europeas en materia penal en este ámbito material, consistió en el empeño de privar a los delincuentes y a las organizaciones delictivas de cualquier beneficio, ganancia o provecho que pudiera haberles reportado su actuación ilícita[19]. La delincuencia transfronteriza que se mueve por el ánimo de lucro se ha hecho paso a partir de las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito.

Entre las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere[20], se acordaron una serie de orientaciones y prioridades políticas referidas a la lucha contra la delincuencia a escala de la Unión, que, circunscribiéndose al ámbito de la delincuencia económica, se pretendía la armonización entre los Estados miembros para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito sirviéndose, para ello, de la aproximación del Derecho penal y procesal penal[21].

A partir de este momento y haciendo uso de las facultades legislativas de la Unión Europea en materia penal que proporcionaron el Tratado de Ámsterdam[22] y el Programa de Tampere se inicia un camino, que aún hoy persiste, de armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros en materia de confiscación de los bienes de la

---

[17] El modelo de cooperación judicial penal articula un sistema en el que se entiende que las resoluciones producidas tienen su origen en sistemas jurídicos con bases compartidas, con garantías homogéneas y normas comunes. Estas bases jurídicas comunes son las que han permitido formular el principio de confianza mutua entendido como la afirmación de la existencia de una comunidad jurídica esencial, aun dentro de la diversidad de ordenamientos jurídicos, entre los diferentes Estados que componen la Unión Europea. *Vid.* de Jorge Mesas (2016: 61).

[18] Gascón Inchausti (2016: 2-3).

[19] Jimeno Bulnes (2011: 60).

[20] Conclusiones de la Presidencia al Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999. *Vid*. *https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm#b.*

[21] González Cano (2016: 200).

[22] Con el Tratado de Ámsterdam se abre la puerta al recurso al Derecho penal en la protección de los objetivos comunitarios.

persona condenada desde una doble reflexión: por una parte, se constata que el ánimo de lucro está presente en la mayor parte de los delitos tipificados como tales en los códigos penales de los Estados miembros bajo la forma de criminalidad organizada, y en particular en aquellos delitos sobre los que la Unión Europea tiene competencia directa por afectar a sus intereses financieros. Y que, por tanto, la obtención de ganancias parece ser la principal motivación de la delincuencia. En este sentido, la perdida de todos esos beneficios puede ejercer sobre los delincuentes un efecto disuasorio. Y de otro lado, los beneficios ilícitos le han sido arrebatados a la sociedad en su conjunto, y, por tanto, el Estado tiene la obligación de recuperar dichos bienes, ya sea para compensar a la víctima o para darle un uso socialmente responsable[23].

Bajo este marco, tiene sentido que el desarrollo del decomiso estuviera vinculado a los delitos relacionados con la corrupción hasta que, de manera posterior, su uso se hiciera extensivo a todas las formas de delincuencia. A partir del Consejo Europeo de Tampere, en 1999, vieron la luz diversas decisiones marco que se ocuparon de regular el embargo y el decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito en relación con la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de embargo y decomiso[24].

El interés de la Unión Europea por la aplicación generalizada del decomiso, con independencia del tipo de delito del que procedan los bienes, tiene lugar en el mismo nacimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia con ausencia de controles en las fronteras interiores que tuvo como consecuencia que los bienes procedentes de un delito cometido en un Estado miembro pudieran trasladarse con absoluta rapidez a otro Estado miembro. De esta forma, la estrategia europea pretendía trasladar al ámbito de la recuperación de bienes las experiencias de éxito[25] que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales había demostrado con la Orden Europea de Detención y Entrega como primer instrumento de reconocimiento mutuo al servicio de la cooperación judicial. Se trataba, por tanto, de

---

[23] Corral Escariz (2023: 520).

[24] Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (*DOUE* L 182, de 5 de julio de 2001); Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (*DOUE* L 212, de 15 de marzo de 2005); la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (*DOUE* L 196, de 2 de agosto de 2003); y la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (*DOUE* L 328, de 24 de noviembre de 2006).

[25] *Informe sobre la aplicación de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, 2021, p. 3. *Vid. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0248_ES.html.*

que las resoluciones de embargo y decomiso acordadas por un juez de cualquier Estado miembro fuesen reconocidas y ejecutadas del modo más práctico posible sin verificación de la doble tipicidad. Para conseguir este objetivo, era necesaria una aproximación legislativa de los elementos del tipo de los delitos y de las penas, por medio de, en un primer momento, decisiones marco, y a partir del Tratado de Lisboa[26], directivas, así como del concepto de embargo y decomiso. Sin embargo, esta actividad de aproximación se ha venido dificultando a partir de la proliferación de diversas tipologías de decomiso cada vez más restrictivas de derechos fundamentales en el sentido de que han supuesto una mayor relajación de la conexión entre el bien a decomisar, el delito cometido y su autor.

En este marco, la Comisión Europea propuso en el año 2012 una Directiva por la que se establecen normas mínimas para los Estados miembros en materia de embargo preventivo y decomiso de activos de origen delictivo mediante: el decomiso directo, el decomiso del valor equivalente de los bienes, el decomiso ampliado, el decomiso no basado en condena, y el decomiso de terceros. Dos años más tarde, la propuesta se materializó en la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. En España las normas mínimas de la Directiva fueron incorporadas a través de tres instrumentos jurídicos: la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal[27]; la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales[28]; y, por último el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos[29].

De forma paulatina a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/42/UE, el marco jurídico del decomiso se ha ido articulando a través de diversas normas sectoriales que tienen como fundamento el principio de reconocimiento mutuo. Entre ellas, podemos destacar la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal[30]; la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal[31]; y la Directiva (UE) 2019/1145

---

[26] *DOUE* C 306, de 17 de diciembre de 2007.
[27] *BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
[28] *BOE* núm. 239, de 6 de octubre de 2015.
[29] *BOE* núm. 255, de 24 de octubre de 2015.
[30] *DOUE* L 198, de 28 de julio de 2017.
[31] *DOUE* L 284, de 12 de noviembre de 2018.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo[32].

En esa necesaria adopción de normas mínimas para aproximar los regímenes de embargo y decomiso de los Estados miembros, facilitando la confianza mutua y la cooperación transfronteriza eficaz, ciertamente la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, resultó eficaz en la medida en la que supuso la incorporación del principio de reconocimiento mutuo al ámbito de la recuperación de bienes ilícitos[33]. Sin embargo, la insuficiencia material de la Directiva 2014/42/UE en tanto que permite un cierto margen de actuación a los Estados miembros para adaptarla a sus respectivos ordenamientos jurídicos, supuso la necesidad de instaurar un sistema normativo uniforme para el embargo y el decomiso de los productos e instrumentos de la delincuencia en la Unión Europea[34].

La elaboración del Reglamento (UE) 2018/1805, de 14 de noviembre, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso[35], fue la solución normativa que unificó en materia de cooperación judicial penal basado en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales de embargo y decomiso.

Finalmente, ante la necesidad de actualizar la normativa sobre recuperación y decomiso de bienes, y acabar con la dispersión normativa, se ha procedido a adoptar un enfoque integral que complemente al Reglamento 2018/1805 y dé cobertura al carácter polidelictivo de la delincuencia transnacional que actúa por un ánimo de lucro. Por este motivo se ha procedido a adoptar la Directiva 2024/1260. Dicha Directiva será objeto de estudio en el último de los apartados por contemplar un modelo de decomiso de patrimonio no explicado irrespetuoso con los derechos fundamentales de las personas afectadas[36].

2.2. El refuerzo de las garantías procesales penales como medio para alcanzar un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

Desde la creación del tercer pilar de la Unión Europea en el Tratado de Maastricht en 1992, donde se incluyó la cooperación policial y judi-

---

[32] *DOUE* L 186, de 11 de julio de 2019.
[33] Aguado Correa (2020: 57).
[34] Conde Fuentes (2021: 10).
[35] *DOUE* L 303, de 28 de noviembre de 2018, pp. 1-18.
[36] Aguado Correa (2023: 29).

cial en materia penal, y, sobre todo, tras la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea por parte del Tratado de Ámsterdam en 1997, la cooperación judicial penal entre los Estados miembros ha ocupado un lugar preferente en la escala comunitaria. Como hemos anotado, el elemento clave en materia de cooperación judicial es el principio de reconocimiento mutuo positivizado en los arts. 67.3 y 83.1 TFUE. En el compromiso un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la regulación de los derechos y garantías procesales penales es un elemento fundamental para asegurar un sistema no solo respetuoso con los derechos fundamentales, sino también para dotar de efectividad a los instrumentos jurídicos de reconocimiento mutuo en los procedimientos penales.

El marco jurídico actual por el que la Unión Europea ha asumido competencias en materia de garantías procesales penales viene establecido principalmente a partir del Tratado de Lisboa por el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La intervención de la Unión Europea se justifica por la necesidad de asegurar un nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales en todos los Estados miembros y garantizar la efectividad de la cooperación judicial y policial[37]. En este sentido, los derechos fundamentales se articulan como límite y fundamento de la actividad del Derecho penal y procesal penal de la Unión Europea. Se presentan como un instrumento de integración[38] a partir del momento en el que se les reconoce el papel de principios generales del Derecho comunitario.

En este contexto, el reconocimiento de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como documento vinculante de tutela de derechos fundamentales tiene un fuerte compromiso con el Derecho de la Unión desde una doble perspectiva: por un lado, desde el punto de vista de aproximación de las legislaciones estatales, las cuales no podrán prescindir del respeto de los derechos fundamentales. Y, por otro lado, desde la perspectiva de la cooperación judicial penal cuya previsión normativa, en atención al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se plasma a través de los arts. 47 a 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En suma, el efecto integrador de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[39] se positiviza en los siguientes derechos: derecho a la tutela judicial efectiva, imparcialidad judicial y asistencia jurídica gratuita, presunción de inocencia, derechos de defensa, legalidad y proporcionalidad de delitos y penas, y finalmente el principio *ne bis in idem*.

---

[37] Bueno Benedí (2024: 3).
[38] Kostoris (2022: 100).
[39] Guerrero Palomares (2023: 220).

En este sentido, el principio de reconocimiento mutuo se asienta sobre la premisa de la confianza mutua. En tanto en cuanto los ordenamientos jurídicos cumplen unas garantías mínimas dado que todos los Estados miembros son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cumple una función de principio general del ordenamiento europeo. Ese nivel de protección común permite la puesta en marcha de un sistema de cooperación judicial penal. Ahora bien, esto no significa que todos los Estados deban aplicar unas normas comunes, sino que su sistema jurídico es fiable porque garantiza que los estándares europeos de protección de los derechos humanos y las garantías procesales se aplican en términos equivalentes Esta fiabilidad se traduce en una presunción *iuris tantum* del cumplimiento de los derechos fundamentales de la Carta. Es decir, si hubiera motivos relevantes para considerar que la ejecución de una resolución, en este caso de decomiso, conlleva la vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, cabría la posibilidad de denegar la cooperación requerida por otro Estado miembro[40].

La eficacia en la prevención y persecución de los delitos, en esa constante balanza entre justicia y seguridad[41]. En esa tensión se ubica la problemática en torno a la adopción de un concepto amplio de decomiso que alcanza a cualquier bien que, directa o indirectamente, tenga relación con la comisión de los delitos y, en el que se recurre a presunciones legales sobre el origen delictivo de los bienes a decomisar. El decomiso no puede entenderse al margen de las garantías procesales y, sobre todo, del derecho fundamental a la presunción de inocencia del investigado[42]. De ahí que las presunciones legales que ha venido introduciendo el legislador comunitario en materia de decomiso, deban ser analizadas desde una perspectiva garantista para tratar de determinar si son legítimas o no.

3. EL DECOMISO COMO ESTRATEGIA DE LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA MEDIOAMBIENTAL

La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas[43], firmada en Viena en 1988, inauguró una nueva política criminal internacional enfocada en la persecución de los beneficios ilícitamente obtenidos. Ello obedece al

---

[40] Bachmaier Winter (2022: 353).

[41] Jimeno Bulnes (2011: 143).

[42] Neira Pena (2020: 95).

[43] Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 1988. *Vid. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf.*

convencimiento de que la privación de las ganancias delictivas supone un importante incentivo para el abandono de las actividades delictivas, además de que permite la identificación y persecución de los responsables de esta[44].

El decomiso, como instrumento penal, puede definirse como la pérdida de efectos, bienes, medios, instrumentos o ganancias de un delito o actividad delictiva[45].. El decomiso no aparece entre el catálogo de penas previsto en el art. 33 del Código Penal, tampoco lo hace en el art. 96 del Código Penal relativo a las medidas de seguridad. Y tampoco podemos ver que se ubique en el título v del Código Penal dedicado a la responsabilidad civil. El decomiso aparece regulado entre las consecuencias accesorias derivadas de la infracción penal en el título VI del libro I del Código Penal. Según ha entendido la jurisprudencia, «el decomiso es una tercera clase de sanción penal, y puede entenderse como una consecuencia patrimonial del delito que aparece en la condena, o como una consecuencia jurídica de la misma, […] el decomiso se trata en realidad de una sanción»[46]. En efecto, el decomiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho represor-sancionador, de ahí la lógica exigencia del obligado cauce procesal penal para su imposición[47]. Y, por tanto, tal y como afirma la doctrina, el decomiso es junto con la pena y la medida de seguridad una de las tres manifestaciones del *ius puniendi* en el ámbito del proceso penal[48].

En este marco, el decomiso constituye una herramienta muy eficaz de lucha contra la delincuencia que se mueve esencialmente por el ánimo de lucro. En la medida en la que priva a la delincuencia del que puede ser su principal incentivo, que es el beneficio económico[49]. Esta privación se justifica por la existencia de una vinculación entre el bien decomisado y un hecho antijurídico. El decomiso tiene una naturaleza sancionadora y su implementación obedece a consideraciones propias de la política criminal, es decir, está directamente relacionado con el modo en el que el poder público decide reaccionar ante el fenómeno delictivo[50]. En este sentido una eficaz utilización del decomiso, como instrumento al servicio de la persecución de la criminalidad requiere avances de carácter sustantivo y procesal, sin olvidar el respeto por las garantías y derechos procesales en materia penal.

La criminalidad medioambiental es sin duda una de las principales amenazas a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a la

---

[44] Vidales Rodríguez (2020: 85).
[45] Vercher Noguera (2020: 221).
[46] STS de 5 de junio de 2019.
[47] STS de 30 de mayo de 2007.
[48] Díaz Cabiale (2016: 15); Vercher Noguera (2020: 221).
[49] Aguado Correa (2013: 9).
[50] Gascón Inchausti (2006: 588).

subsistencia del Estado de derecho en la actualidad. La criminalidad medioambiental adopta una naturaleza transnacional, que se observa tanto de las conductas que genera daños ambientales, como de los propios efectos contaminantes, de ahí que en la actualidad nos encontremos inmersos ante un tejido jurídico europeo de armonización penal en el ámbito medioambiental a través de la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE. A su vez, la criminalidad medioambiental adopta una forma de criminalidad organizada y empresarial. El último informe de EUROPOL, relativo a 2022[51], señala cómo la delincuencia medioambiental se ha vuelto un negocio muy atractivo para, entre otros, la criminalidad organizada. Esto se debe sobre todo a la creciente escasez de recursos naturales, lo que indirectamente ha desencadenado el interés del crimen organizado en términos de ganancias sobre su asignación futura. Junto a ello, la criminalidad medioambiental también se mide en términos económicos. La delincuencia medioambiental actúa sobre un concreto mercado, que tiene por objeto la oferta o la demanda de bienes ilícitos, bien sea relativos a la flora y fauna, a los recursos naturales, o a los materiales contaminantes.

En definitiva, el mercado medioambiental es uno de los mercados ilícitos más lucrativos que existen en el espacio europeo en la actualidad. La comisión de conductas delictivas medioambientales está en constante aumento, lo que ha propiciado que las ganancias económicas sean cada vez más altas, posicionándose el crimen contra el medio ambiente como el cuarto crimen a nivel mundial donde más ganancias se obtienen[52]. En esta modalidad delictiva, pese a que en la mayor parte de las ocasiones su objetivo va a ser la obtención de un beneficio económico, nada impide que sea otro, como sucede con la misma afección al medio ambiente. Y, aun cuando la finalidad principal de la actividad sea el daño ambiental y no la obtención de ganancias, la consecución de dicha finalidad requiere la disponibilidad de bienes patrimoniales[53].

3.1. El medio ambiente como mercado criminal

En la actualidad, la investigación de los bienes relacionados con la actividad delictiva debe hacer frente al incremento progresivo de conductas antijurídicas cada día más complejas como es el caso de la

---

[51] EUROPOL, *Environmental crime in the age of climate change*, 2022.

[52] EUROJUST, *Criminal Justice Across Borders 2002-2022.* Véase *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-annual-report-2021-es.pdf.*

[53] Rodrigues Nunes (2023: 3).

criminalidad medioambiental. El mercado de la criminalidad medioambiental ha puesto sobre la mesa la presencia cada vez más fuerte de nuevos mercados criminales, en los que más allá de las ganancias delictivas, hablamos de nuevos bienes e instrumentos que deben quedar cubiertos por las herramientas de decomiso existentes. La eficiencia procesal del decomiso, respecto de los nuevos mercados que nos abre la delincuencia medioambiental, y que directa o indirectamente tiene por finalidad el lucro económico, requiere que profundicemos sobre la misma naturaleza y finalidad del instrumento del decomiso.

La proliferación de estos fenómenos delictivos medioambientales se debe a la introducción de una amplia variedad de normativas cuya finalidad es la protección ambiental mediante la prohibición o restricción de multitud de actividades y productos, lo cual ha supuesto el surgimiento de multitud de mercados negros. En este sentido, es obvia la vinculación de la delincuencia medioambiental con la delincuencia organizada. Prueba de ello es que fuera incluida como prioridad por el Consejo de la Unión Europea en la lucha contra la delincuencia internacional organizada y grave entre 2018 y 2021[54].

En este sentido, si nos situamos ante el incremento de la actividad delictiva en el ámbito del mercado de los derechos de emisión de carbono y en concreto sobre la explotación de los sistemas de certificados energéticos sobre el comercio de emisiones en la Unión Europea[55], la aplicabilidad del instrumento del decomiso podemos ejemplificarla de la siguiente manera: si procedemos a decomisar un instrumento del delito, que es un bien común y fácilmente reemplazable en el mercado, la finalidad preventiva se diluye en tanto este instrumento, como decimos es fácilmente reemplazable. Sin embargo, si se procede a decomisar aquel título por el que se concede la titularidad de los derechos de emisión de carbono, nos encontramos ante bienes limitados y escasos en el mercado, de manera que la finalidad preventivo general y preventivo especial, quedaría salvada. Esto nos lleva a apostar por la tutela del bien jurídico medioambiente más allá, de todos aquellos bienes jurídi-

---

[54] Conclusiones del Consejo sobre la determinación de las prioridades de la Unión Europea para la lucha contra la delincuencia internacional organizada y grave entre 2018 y 2021, de 19 de mayo de 2017.

[55] El mercado de derechos de emisión de carbono se sustenta a partir de los créditos de carbono, que son certificados que determinan el límite de emisiones permitidas de dióxido de carbono (CO2) de una organización. El sistema de créditos permite a las empresas intercambiar créditos no utilizados. De esta manera, las organizaciones que producen un exceso de CO2 pueden cubrir sus emisiones comprando créditos a los operadores que infrautilizan su asignación. El comercio de créditos de carbono no es ilegal en sí mismo. Sin embargo, dado que la transferencia de dichos créditos está sujeta a impuestos, el sistema brinda oportunidades para el fraude. Los delincuentes compran permisos de carbono libres de IVA en un Estado miembro y los venden en otro Estado miembro con el IVA añadido, en lugar de repercutir el IVA a la autoridad fiscal correspondiente. *Vid.* Nieto Martín (2022: 274).

cos por los que quedaría protegido el mismo interés medioambiental en el marco de la criminalidad organizada.

Los delitos medioambientales cubren una gran variedad de mercados, la mayor parte de la criminalidad se sustenta sobre mercados legales que aprovechan las vulnerabilidades relacionadas con un concreto ámbito industrial, ya sea la gestión de residuos, el comercio de flora y fauna o la venta de combustible. Actividades comerciales que funcionan como el principal facilitador de delitos ambientales bajo una perfecta fachada de legalidad que oculta todo un entramado de actividades ilícitas[56]. En este sentido puede apreciarse la viabilidad que el decomiso tiene en el amplio abanico de ilícitos medioambientales. Sin embargo, más allá de la presencia de un factor económico, la delincuencia medioambiental al derivar su ilicitud de la normativa administrativa de referencia dificulta la prueba del lucro ilícito, lo que supone la consiguiente reducción de garantías procesales para poder abarcar esta amplia criminalidad y en consecuencia fomentar las formas de decomiso más agresivas desde una finalidad utilitarista del Derecho penal: el decomiso ampliado, y el decomiso sin condena.

3.2. La tutela del medio ambiente desde la Unión Europea

A nivel de la Unión Europea, el derecho al medio ambiente no es un derecho reconocido explícitamente por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino que el medio ambiente es uno de los objetivos de la Unión, que implica que su política debe encaminarse a su protección y mejora. Y desde esta premisa podremos entender la política criminal medioambiental que ha ido incorporando la Unión Europea.

La protección medioambiental como política comunitaria se incorpora al Tratado de la Unión Europea a partir del Tratado de Maastricht de 1992 ocupando el título XVI[57], y el Programa de Tampere en 1999 introduce la lesión del medio ambiente como una de las formas de criminalidad necesitadas de tratamiento específico por la Unión. Pese a esto, la protección medioambiental en la Unión Europea no está encaminada de forma específica a la protección de los derechos humanos en relación con el medio ambiente[58]. Esto se explica por la

---

[56] Esto tiene especial relevancia de cara a la investigación de los delitos medioambientales y su posterior enjuiciamiento. Gran parte de las actividades delictivas medioambientales se cometen a partir de un establecimiento industrial legal, lo que hace que se catalogue a efectos de investigación como delitos económicos o delitos de cuello blanco invisibilizando el delito medioambiental. *Vid*. Zamora Cabot (2022: 200).

[57] *DOUE* C 191 de 29 de julio de 1992.

[58] A diferencia de otros tipos de criminalidad como sucede con la criminalidad en materia de trata de seres humanos, cuya tutela viene avalada por constituir una grave violación de los

finalidad económica de la Unión Europea. En efecto, la protección del medio ambiente es una de las prioridades de la Unión Europea cuya importancia viene materializada en el derecho originario de la Unión. Sin embargo, las medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de protección de medio ambiente deben atender a los objetivos de la política ambiental de la Unión. Esta política, se articula, por un lado, en todo un repertorio de normas específicas de carácter administrativo que buscan regular aspectos concretos como las emisiones tóxicas, el tratamiento de residuos o la calidad de las aguas; y, por otro lado, en normas de carácter general que inciden en el tratamiento de la delincuencia medioambiental[59].

Esto ha supuesto que la tutela medioambiental en los sistemas nacionales se haya adoptado de una manera asimétrica, tanto en conductas como en penas. La tutela del medio ambiente a través del derecho penal europeo ha tenido menor desarrollo en tanto que no se prevé una codificación unitaria de conductas punibles para proteger al medio ambiente, lo cual por una parte es coherente a los principios que rigen el sistema de cooperación judicial penal de aproximación legislativa[60]. Sin embargo, el carácter transnacional de los problemas ambientales requiere que la protección medioambiental no se limite al ámbito nacional. La labor desarrollada por la Unión Europea para lograr una política medioambiental común se ha fundamentado en una labor legislativa bajo las directrices del Consejo de Europa con el objetivo de adecuar el ordenamiento comunitario a las exigencias de la protección medioambiental, recurriendo al derecho penal para responder ante los atentados medioambientales más graves. Sin embargo, teniendo en cuenta que el derecho penal ha sido siempre una de las áreas reservadas a la soberanía estatal y los Estados suelen ser reticentes a ceder competencias en esta materia, junto con la falta de consenso y voluntad política para atajar problemas medioambientales y la multitud de normas especiales generalmente administrativas que, de un modo indirecto, inciden en el medio ambiente se vislumbra un panorama que dificulta el tratamiento coherente y efectivo de los problemas ambientales[61].

---

derechos fundamentales.

[59] En particular, destaca la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE. *DOUE* L 1203 de 30 abril de 2024.

[60] Jimeno Bulnes (2011: 140).

[61] Hecho que motivó la revisión de la anterior norma de referencia en materia medioambiental y que dio pie a la redacción y adopción de la actual Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE.

Como ya hemos anotado, el Consejo de Tampere impulsó la aproximación del Derecho penal en la que se incluían las agresiones medioambientales entre aquellas formas de criminalidad necesitadas de una lucha y abordaje específico a nivel de la Unión. Este compromiso no se vio cristalizado hasta cuatro años más tarde con la entrada en vigor de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. La Decisión marco supone la primera medida de carácter penal medioambiental —respetando la competencia que en ese momento la Unión Europea tenía en materia penal— por la que introduce una serie de acciones que todos los Estados deben incluir en sus ordenamientos jurídicos, dejando a estos la posibilidad de aplicar las sanciones oportunas, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Una vez que la Unión Europea asumió la competencia en materia penal y en particular tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2005 en la que se establece que la Unión tiene competencias para proteger el medio ambiente a través del Derecho penal[62], la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal ha sido el primer intento de aproximación de las disposiciones penales en materia de medio ambiente. Esta Directiva ofrece a los Estados miembros unas normas mínimas cuyo objetivo pretende conseguir un elevado nivel de protección para evitar que sigan produciéndose delitos en el ámbito del medio ambiente, dada la insuficiente respuesta del sistema sancionador administrativo. En el Informe de Evaluación de la Directiva por la Comisión Europea del año 2020[63], se consideró que se había dejado demasiado margen de interpretación a las autoridades judiciales, obstaculizando la pretendida aproximación tanto en conductas como en sanciones.

En el ámbito de las sanciones, la aproximación es quizás aún más necesaria que el avance en materia de conductas medioambientales para lograr una cooperación judicial. Sin embargo, si nos basamos en la anterior regulación —de un lado, la Directiva 2008/99/CE relativa a la protección del medio ambiente mediante de medioambiente y, de otro lado, la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso de los instrumentos del producto del delito en la Unión Europea—, pese a que en el art. 3 la Directiva 2008/99/CE insta a los Estados miembros a adoptar sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias, nada dice entre su articulado sobre el uso del decomiso. A mayores, la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso establece la aplicación de medidas de confiscación y embargo solo para los delitos graves castigados con penas

[62] STJUE de 13 de septiembre de 2005, C-176/03.

[63] Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2008/99/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on the protection of the environment through criminal law (Environmental Crime Directive).

superiores a los cuatro años. Hasta la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2024/1203 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, la criminalidad medioambiental no ha sido considerada delito grave, por lo que ha vetado el mecanismo del decomiso dadas las divergencias en materia de sanciones entre los Estados miembros y su régimen de responsabilidad, bien sea penal, o administrativa[64].

Esta problemática a la que hacemos referencia viene dada por la administrativización de las conductas medioambientales y el principio de intervención mínima del Derecho penal para la salvaguarda de intereses jurídicos. La evolución de las conductas ilícitas medioambientales parte de elevar a delitos las sanciones administrativas con el consecuente adelanto de la barrera punitiva[65]. En esencia, la tutela jurídica del medioambiente es quizás el campo que en la actualidad mejor expone la finalidad de *ultima ratio* como criterio jurídico básico que indica que el derecho penal solo debe utilizarse cuando no exista otro modo de protección menos invasivo. La evolución del medioambiente, y los problemas que se derivan del mismo han hecho necesaria —o no— la intervención del Derecho penal como garante de las cuestiones medioambientales. La intervención del Derecho penal en materia medioambiental puede deberse a tres aspectos fundamentales: por un lado, el fracaso del Derecho administrativo y de la sanción administrativa para dar respuesta; por otro lado, la inevitable preferencia de la sociedad al uso del Derecho penal como instrumento que condene las acciones criminales; y finalmente, en base al estudio economicista del delito, «una norma penal aplicada efectivamente incrementa el coste de ciertos tipos de conductas y por ello fomenta la obediencia de leyes y normas que, de otra manera, serían ignoradas»[66].

La intervención del Derecho penal en la cuestión medioambiental, con su inevitable adelanto de la barrera punitiva ha dificultado el tratamiento coherente y efectivo de los problemas ambientales. Es decir, esta intervención, como bien hemos referido ha supuesto la conversión de las sanciones administrativas en delitos, dificultando con ello la delimitación entre ilícito administrativo y delito, lo que provoca el recurso a las normas penales en blanco y la posible vulneración a la garantía del ciudadano al *ne bis in idem* materializada en el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Trasladando la problemática al ámbito de la aproximación europea, se ha generado dicotomías a la hora de transponer a los ordenamientos nacionales los mandatos nacionales. Si tomamos como referencia la Directiva (UE) 2024/1203 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, la estructura penal de los delitos contra el

---

[64] De Pablo Serrano (2023: 248).
[65] Alzina Lozano (2023: 122).
[66] Byung-Sun (2001: 4-5).

medio ambiente consiste en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones. Es decir, en primer lugar, se necesita la realización de una serie de comportamientos: vertido, emisión o introducción; comercialización, fabricación, exportación e importación, almacenamiento, la recogida, el transporte o el tratamiento, entre otras. En segundo lugar, que estos comportamientos han de ser contrarios a las normas administrativas, y, en tercer lugar, que sean idóneos para ocasionar daños substanciales en la calidad del aire, de las aguas, del suelo o afecten a la vida de los animales y plantas.

Conforme a estos elementos típicos, la aplicación de los delitos contra el medio ambiente exigirá demostrar, primero, que constituyen una conducta contraria a la normativa administrativa y, segundo, que efectivamente es idónea para afectar a los elementos que componen el medio ambiente o la salud de las personas[67]. Esto nos lleva a que, mientras que determinadas conductas son reconocidas en la Unión Europea como delitos medioambientales, otros reciben una aproximación diferente en función del país[68].

En definitiva, el recurso al decomiso como un instrumento de reconocimiento mutuo al servicio de la cooperación judicial para con la delincuencia medioambiental, cuya viabilidad examinaremos en el apartado siguiente, va a requerir en un primer momento, lograr una adecuada cooperación judicial. Ello pasa por una buena aproximación legislativa que, como hemos visto va a depender del recurso al Derecho administrativo. La aproximación legislativa es necesaria como requisito *sine qua non* para que pueda surgir entre los Estados miembros la confianza recíproca que hará posible el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de embargo y decomiso.

3.3. El recurso al decomiso en la criminalidad medioambiental

Como bien hemos comentado, en un primer momento y en base al marco normativo aplicable en materia de delincuencia medioambiental y de decomiso, hasta el año 2024, la figura del decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea no sería aplicable a la delincuencia medioambiental como sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias en la medida en la que la delincuencia medioambiental no ha sido catalogada como delincuencia grave por la normativa de referencia.

La Convención del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente por vía penal[69] preveía de manera tasada medidas de

[67] Nieto Martín (2022: 280).
[68] Santed Liébana (2024: 112).
[69] Estrasburgo, 4 de noviembre de 1998. *European Treaty Series*, núm. 172.

decomiso para supuestos delictivos ambientales. Una posibilidad que, como hemos expuesto, no se trasladó al ámbito de la Directiva 2008/99 a pesar de que tanto la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, y posteriormente la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, contenían en su ámbito objetivo de aplicación los delitos contra el medio ambiente. De igual manera esta previsión normativa fue trasladada al Reglamento 2018/1805. Sin embargo, las deficiencias en materia de aproximación en materia penal tanto en conceptos como en penas, ha llevado al legislador europeo a hacer uso, de nuevo, del instrumento de la directiva para incidir en esos mínimos sancionatorios para poder hacer uso de la cooperación judicial penal en materia medioambiental.

A la vista de lo anterior, la nueva directiva de medioambiente posibilita por medio del art. 83.2 TFUE a las instituciones europeas a ir más allá en el régimen de sanciones. Viene a introducir unos niveles mínimos y máximos de las penas para quienes cometan alguno de los ilícitos medioambientales que llegan hasta los diez años para aquellos casos más graves, y en otros a seis y cuatro años de privación de libertad. Eleva la pena en un intento de aproximación punitiva hasta el umbral de los cuatro años, lo que convierte a la delincuencia medioambiental en delincuencia grave, y por tanto se puede recurrir al uso del instrumento del decomiso como sanción penal eficaz, proporcionada y disuasoria. A su vez, incluye una circunstancia agravante para que en aquellos casos en los que los Estados miembros no hubieran elevado el mínimo punible, la criminalidad medioambiental organizada quede bajo el ámbito objetivo del decomiso. A mayores, para dejar claro que la delincuencia medioambiental debe quedar sujeta a la aplicación del decomiso, introduce en el art. 10 una mención expresa al instrumento.

Este marco normativo permite reflexionar si el decomiso de bienes y ganancias, o activos, de origen delictivo responde a una institución jurídica vinculada a una nueva política criminal que pretende ser más eficaz en la lucha contra la delincuencia que obtiene importantes beneficios de su actividad ilícita[70]. En este sentido, la política criminal medioambiental de la Unión Europea ha ido asumiendo una finalidad utilitarista del Derecho penal en la medida en la que ha sido necesario elevar la pena para aquellas conductas ilícitas. Su consecuencia viene a ser el uso del decomiso más que como una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria, como una medida de control criminal. Lo que inevitablemente supone relajar el nivel de exigencia en relación con la acreditación del vínculo entre el bien decomisado y el delito cometido o el autor del delito.

[70] Farto Piay (2023: 315).

Si trasladamos lo anterior al marco normativo español, debemos tener en cuenta que de la lista de delitos a los que se puede aplicar el decomiso en atención al art. 127 *bis* del Código Penal, no se incluyen los delitos medioambientales. Para una adecuada puesta en marcha de la política criminal europea en materia de delincuencia medioambiental como en materia de decomiso, la solución del legislador español pasaría por incluir en la lista del art. 127 *bis* del Código Penal a los delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, debemos decir que la tendencia de nuestro legislador nacional ha sido, de una manera colateral, la de excluir las conductas medioambientales ilícitas de la aplicación del decomiso[71].

El legislador español por medio de la reforma operada en el Código Penal en el año 2010[72], decidió realizar una referencia expresa al decomiso para los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, conductas que se integran dentro del título XVI del Código penal relativo a los delitos de ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. El art. 319 apartado tercero del Código Penal establece que se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, en referencia a la demolición de obra. Es cierto que, en este caso, la previsión normativa tiene una clara vertiente del decomiso restauradora o reparadora del daño conforme al art. 339 del Código Penal. Sin embargo, se echa en falta una previsión normativa expresa para el particular de las conductas contenidas en el capítulo III y IV del título XVI, y los previstos en el capítulo I y II del título XVII. Mas allá de que estas conductas puedan quedar al amparo del decomiso por medio de la previsión normativa del art. 127 *bis* apartado primero letra *r)*, si han sido realizadas en el seno de una organización o grupo criminal.

4. GARANTIAS PROCESALES EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2024/1260 SOBRE RECUPERACIÓN Y DECOMISO DE ACTIVOS

La lucha contra la criminalidad medioambiental, considerándola una forma de criminalidad económica y transnacional requiere de la reflexión de la estrategia del derecho penal en materia de seguridad y los límites a los que debe quedar sujeta la potestad de los poderes públicos. El respeto al Estado de derecho, en tanto es uno de los valores reconocidos en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, requiere

[71] Noguera Vercher (2020: 227).

[72] 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. *BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010.

un necesario equilibrio entre libertad y seguridad, sin que, en ningún momento ante una irrenunciable seguridad, suponga un menoscabo de los derechos y garantías de los ciudadanos[73].

La solidez de la arquitectura garantista de los derechos fundamentales contrasta, sin embargo, con algunos excesos del legislador que ponen en riesgo el imperio del Estado de derecho a favor de la seguridad[74]. Es en el sistema penal y los instrumentos procesales al uso frente a la lucha contra la delincuencia moderna, donde podemos evidenciar algunos excesos justificados en el interés del Estado en la efectividad en la lucha contra el ámbito delictivo lo que origina conflictos con los derechos de los investigados. La nueva directiva sobre decomiso es un ejemplo de este exceso legislativo justificado por pretender dar cobertura a los nuevos mercados criminales en los que más allá de las ganancias ilícitas, aparecen nuevos bienes e instrumentos del delito que deben quedar cubiertos por las herramientas de decomiso existente, fundado en la mera sospecha. La aplicabilidad de la Directiva supone una cierta flexibilización de la investigación en la que se facilita el recurso al decomiso en una constante y evolucionada restricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como procesal penal[75]. La experiencia en la aplicación del decomiso tiene que ser debidamente reflexionada, pues no se puede combatir a toda costa los mercados de la criminalidad medioambiental como una forma de delincuencia grave a partir de la Directiva (UE) 2024/1203 relativa a la protección del medio ambiente, olvidando las garantías y derechos procesales[76].

Son muchas las cuestiones del decomiso que tensionan el actual sistema de garantías procesales. A lo largo de las próximas páginas abordaremos el sistema de indicios establecido para el decomiso que generan una política de decomiso total en la lucha contra el crimen y el lucro económico, afectando a los derechos y garantías procesales básicas sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2024/1260 sobre recuperación y decomiso de activos.

En este sentido, la Directiva 2024/1260 afecta a los derechos personales no solo de los sospechosos o acusados, sino también de terceros no procesados al igual que lo venía haciendo su predecesora la Directiva 2014/42/UE[77]. Bajo este marco, es coherente el necesario esfuerzo por establecer un sistema de derechos y garantías que aseguren la protección de los derechos fundamentales de todos los afectados, sobre todo el derecho a la tutela judicial efectiva, a un juicio justo y el

---

[73] Sanz Hermida (2021: 24).
[74] Ferrajoli (1995: 851).
[75] Portilla Contreras (2004: 50).
[76] De Pablo Serrano (2023: 252).
[77] Garrido Carrillo (2021: 56); Garrido Carrillo (2018: 493).

derecho a la presunción de inocencia que imperan en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, junto a todo el entramado normativo que conforma el estatuto procesal del investigado en la Unión Europea[78]. A su vez, la Directiva 2024/1260 establece que la misma deberá interpretarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo imprescindible garantizar los derechos antes mencionados positivizados en los arts. 47 y 48 de la Carta.

La problemática fundamental sobre la que recae la aplicabilidad del decomiso desde la incorporación del decomiso ampliado. Es decir, desde que se instauró una política de decomiso total que con la Directiva 2024/1260, se sustenta en el hecho de que los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas o no del sujeto, condenado o no, a partir de un sistema de presunciones con hechos delictivos pero que no han sido objeto de prueba plena en el proceso en el que se ordena el decomiso. Una regulación legal que como podemos intuir vulnera los derechos y garantías a los que debe quedar sometido el decomiso en virtud de una interpretación de conformidad con la Carta[79].

4.1. Los derechos fundamentales vinculados al valor «Justicia»

El respeto por los derechos fundamentales constituye una de las señas de identidad del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. De ahí la elaboración de un catálogo en el que se recogieran los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos semejante a los contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales (CDFUE o la Carta) en el año 2000 en Niza dota a la Unión Europea de este catálogo de derechos subjetivos[80]. La Carta se conformó como un instrumento jurídicamente vinculante para las instituciones, los órganos y organismos de la Unión, así como para los Estados miembros al aplicar el derecho de la Unión, de modo que los ciudadanos estuvieran dotados de verdaderos derechos fundamentales jurídicamente vinculantes a partir del art. 6 TUE por el que se reconoce a la Carta el mismo valor que a los Tratados, armonizándose entre los instrumentos de derecho originario de la Unión Europea.

Respecto de su contenido, centrándonos en el título VI dedicado a los derechos vinculados a la Justicia, allí se garantizan los derechos a

[78] Vicario Pérez (2024: 7-9).

[79] Considerando décimo de la Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, sobre recuperación y decomiso de activos.

[80] Arangüena Fanego (2023: 516).

la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia, los derechos de la defensa, los principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción o *ne bis in idem*.

El primero de los derechos reconocidos, en el art. 47 CDFUE «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», dentro del cual se incluyen las garantías generales o derechos relacionados con el debido proceso que se atribuyen a las distintas partes que pueden intervenir en todo tipo de procesos. Se consagra, de esta manera, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ya había afirmado dicho derecho, como un principio general del Derecho de la Unión en el asunto *Johnston* (222/84)[81].

Además, se reconocen derechos que conciernen de manera específica al acusado. El art. 48 CDFUE garantiza el derecho a la presunción de inocencia, así como el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable bajo la cláusula de los derechos de la defensa. También vinculado al sujeto pasivo del proceso penal, el artículo de cierre del título VI, reconoce un último derecho, el *ne bis in idem* del art. 50.

Finalmente, el art. 49 CDFUE consagra dos principios: el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas.

Estos derechos y principios recogidos, dotados de eficacia directa permiten reforzar la cooperación judicial entre los Estados miembros, cristalizando la seguridad jurídica necesaria para la confianza mutua integrados en un instrumento que sin constituir un texto internacional al uso ni tampoco un documento constitucional nacional, la Carta pretende combinar las propiedades de ambos tipos de instrumentos normativos[82].

4.2. El decomiso en la Directiva 2024/1260 sobre recuperación y decomiso de activos y las posibles vulneraciones al título VI de la Carta de Derechos Fundamentales

La reforma del decomiso llevada a cabo por la Directiva 2024/1260 da cuenta de la evolución de las diversas formas de delincuencia o la vinculación a nuevos patrones criminales que han puesto de manifiesto el interés de privar a quienes cometían delitos de aquellos elementos con los que los cometían o podían cometerlos[83]. Esto ha justificado que en el devenir del uso del instrumento del decomiso se haya sustituido la finalidad retributiva con la que fue concebido el decomiso, por la

[81] Mangas Martín (2008: 11).
[82] Arzoz Santisteban (2019: 359).
[83] Garrido Carrillo (2021: 58).

finalidad preventiva. Su utilización ha ido ampliándose hasta culminar en una política de decomiso total. El decomiso viene a ser concebido como la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal. Lo que implica que el sujeto afectado pierda la titularidad del bien. Dadas las múltiples variantes del decomiso, va a recaer tanto sobre los efectos provenientes del delito, como sobre los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado, así como sobre las ganancias derivadas del delito cometido, o sobre el fruto de su transformación. Es decir, el decomiso, bajo una finalidad preventiva pretende no solo evitar que el sujeto tenga en su poder medios para cometer delitos, sino también que no se produzca el enriquecimiento ilícito asociado al delito que lo conviertan en una actividad rentable, para su autor, otros partícipes en el delito o terceras personas relacionadas con él.

Ahora bien, la aplicabilidad del decomiso debe llevarse a cabo con el máximo respeto de los derechos y garantías procedimentales que están en el centro de la tutela judicial efectiva con la necesaria prueba de los hechos. En la regulación del decomiso por la Directiva 2024/1260 podemos distinguir las siguientes modalidades: decomiso directo y decomiso por valor equivalente o por sustitución, decomiso de bienes de terceros, decomiso ampliado, decomiso no basado en sentencia condenatoria y el decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos. Pasaremos a continuación a analizar de manera sucinta alguno de los cambios que introduce la Directiva 2024/1260 ante las modalidades más conflictivas de decomiso junto a la incorporación de una nueva modalidad desde la perspectiva de una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

4.2.1. *Decomiso ampliado*

El elemento caracterizador de esta modalidad es el decomiso de bienes que no han sido objeto de prueba plena en el proceso en el que se ordena el decomiso y provienen de otras actividades ilícitas del sujeto que ha sido condenado, distintas a los hechos por los que se le condena. Es decir, se prescinde del nexo entre el delito objeto de condena y los bienes que se decomisan, cuyo único fundamento es la presencia de indicios tales como que el valor de los bienes no guarde proporción con los ingresos ilícitos de la persona, ante la dificultad de conecta la titularidad de los bienes del hecho objeto de condena y las personas encausadas.

Esta modalidad de decomiso aparece regulada en el art. 14 de la Directiva y ligada al considerando 29.

4.2.2. *Decomiso no basado en sentencia condenatoria*

El decomiso no basado en condena contemplado en el art. 15 de la Directiva 2024/1260 podría encuadrarse como la modalidad de decomiso que más choca con el respeto de los derechos fundamentales. En particular, la ausencia de una condena penal plantea cuestiones relacionadas con el derecho a un juicio justo, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia, en la medida en la que esta modalidad de decomiso permite el decomiso de instrumentos, productos o bienes que se hayan transferido a terceros cuando se hayan incoado procesos penales que no hayan podido continuar debido a la enfermedad de la persona sospechosa o acusada; la fuga de las persona sospechosa o acusada; el fallecimiento de la persona sospechosa o acusada; o que el plazo de prescripción de la infracción penal correspondiente establecido por el Derecho nacional siendo inferior a quince años hubiera expirado después de la incoación del proceso penal. O, aun cuando no se han dado estas circunstancias, el proceso penal correspondiente hubiera podido conducir a una condena penal, al menos en relación con los delitos que puedan dar lugar, directa o indirectamente, a un beneficio económico sustancial, y a su vez, el órgano jurisdiccional nacional haya considerado que los bienes que deban decomisarse bien proceden de la infracción penal en cuestión o están directa o indirectamente relacionados con esta.

4.2.3. *Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos*

La Directiva 2024/1260 incorpora en el art. 16 incorpora una modalidad de decomiso que permite el decomiso de bienes identificados en el contexto de una investigación en relación con una infracción penal cuando el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que proceden de comportamientos delictivos que como mínimo puedan dar lugar directa o indirectamente a una ventaja económica sustancial y hayan decomisado en el marco de una organización delictiva. Deben concurrir una serie de circunstancias para determinar si se deben decomisar los bienes; en primer lugar, el valor de los bienes debe ser muy desproporcionado con respecto a los ingresos ilícitos de la persona afectada; en segundo lugar, los bienes deben carecer de una procedencia lícita verosímil; y, finalmente, la persona afectada debe estar vinculada a personas vinculadas a su vez a una organización delictiva.

Bajo esta modalidad de decomiso, la conexión de los bienes con el comportamiento delictivo queda totalmente diluida en la medida en la que la prueba del origen ilícito de los bienes decomisados no precisa que el tribunal se haya formado una convicción suficiente acerca de la

vinculación entre el bien y el delito, debiendo basarse en presunciones judiciales. Es decir, supone dar cabida a que el tribunal considere como cierto un hecho que no es objeto de prueba directa por estar convencido de la certeza de otro hecho o de otros hechos, con los que existe un enlace directo o indirecto[84].

La justificación de la introducción del nuevo modelo de decomiso la encontramos en el considerando número 28. En este se expone las grandes dificultades intrínsecas para rastrear los bienes hasta delitos específicos en aquellos casos en los que el propietario de los bienes estuviera involucrado en actividades de delincuencia organizada, y como consecuencia se obtengan beneficios sustanciales[85].

Es inevitable pensar que la tradicional consideración de decomiso como una consecuencia jurídica del delito, ya no resulta compatible con sus modalidades, especialmente con el decomiso de patrimonio no explicado vinculado a comportamientos delictivos. Si son la consecuencia jurídica de una conducta típicamente antijurídica, pero sin existir el requisito de la culpabilidad[86]. En definitiva, un sistema de decomiso fundamentado en indicios y presunciones aleja de cohesión su tratamiento jurídico como consecuencia jurídica del delito para pasar a ser una privación de bienes sin mayor argumentación técnica que supone la ausencia total de equilibrio entre la respuesta adecuada al delito y el respeto a los derechos fundamentales.

El legislador introduce esta nueva modalidad de decomiso para aquellos supuestos en los que no sea posible llevar a cabo la privación de bienes bajo la modalidad del decomiso ordinario, decomiso de valor, decomiso de terceros y decomiso ampliado. Además, se reserva una suerte de garantías en tanto en cuanto solo se permite llevar a cabo el decomiso cuando el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que los bienes en cuestión proceden de actividades delictivas. Una conclusión que deberá basarse en una apreciación global de todas las circunstancias del caso, sobre todo respecto del valor del bien en la medida en la que sea un valor desproporcionado con respecto a los ingresos legales del que es el titular de los bienes. Junto a ello, al igual que introdujo en la redacción del decomiso ampliado, prevé que los Estados deban velar por el respeto a los derechos de defensa de la persona afectada. Para ello establece que se deba dar acceso al expediente y se reconozca el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de derecho. Es decir, que los Estados miembros, antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución, deben estipular y garantizar al titular de los bienes la posibilidad efectiva de demostrar que el bien en cuestión procede de actividades lícitas. Una reserva de garantía que

[84] Gascón Inchausti (2006: 7).
[85] Maugeri (2024: 44).
[86] Carrillo del Teso (2019: 150).

sin duda incorpora la inversión de la carga de la prueba. En este caso, el sujeto pasivo del proceso de decomiso tendría la carga de demostrar el origen licito de los bienes que integran su patrimonio, para evitar su decomiso[87].

Sin duda, esta modalidad de decomiso afecta sustancialmente a los derechos de terceros sospechosos. Por ello, por lo que la Directiva 2024/1260 contempla, además, garantías específicas y recursos judicial que protejan sus derechos fundamentales, en particular los consagrados en los arts. 47 y 48 de la Carta. En este sentido, los terceros sospechosos sometidos a un proceso de decomiso deberán ser informados de dichas medidas y de los motivos para proceder al decomiso. Es decir, se requiere la comunicación fundada de la resolución que corresponda como sistema que garantice los derechos que se pudieran ver afectados. Junto a ello, la Directiva 2024/1260, establece vías de recurso efectivas contra las medidas adoptadas. Es decir, consagra que la persona cuyos bienes se vean afectados pueda recurrir la resolución de decomiso.

Por último, el ámbito de aplicación en materia de delitos se limita a aquellos que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años. Ello implica que tras la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2024/1203, las conductas medioambientales ilícitas se incorporan al ámbito de aplicación de un decomiso de bienes que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica sustancial y hayan sido bienes que deriven de infracciones penales, anteriores, cometidas en el marco de una organización criminal. Lo que, inevitablemente vulnera el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción consagrado en el art. 50 de la Carta de, en el que se ve materializado el principio *ne bis in idem*.

5. CONCLUSIONES

La tendencia amplificadora del uso del decomiso en detrimento de las garantías y derechos procesales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales podría llegar a inferir sobre el principio de reconocimiento mutuo que rige como base sobre la que se sustenta la cooperación judicial penal en el diseño del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. La armonización de las diversas tipologías de decomiso cada vez más restrictivas para con los derechos fundamentales, puede erosionar la confianza mutua necesaria para la puesta en marcha del sistema de cooperación judicial penal.

---

[87] Gascón Inchausti (2006: 8).

El respeto por los derechos fundamentales ha permitido el reconocimiento de las resoluciones judiciales adoptadas en sistemas jurídicos que, aunque parten de bases, garantías y normas comunes, siguen siendo diferentes. Estas bases jurídicas comunes que parten del respeto a los derechos fundamentales materializados en la Carta son las que han permitido formular el principio de confianza mutua. En este sentido, la predisposición del legislador europeo en materia de decomiso suscita desconfianza en lo que respecta al cumplimiento de los parámetros del sistema de derechos y garantías penales y procesales de la Unión Europea.

El decomiso como instrumento clave en la estrategia de privación de bienes procedentes del delito ha dado paso a una regulación que generaliza su uso a nuevas formas delictivas que no tienen por qué tener su *leitmotiv* en la consecución de un lucro económico. Este puede ser el caso de la ampliación de su ámbito material hacia las conductas por las que se cometen delitos medioambientales, más allá de las que se cometen en consonancia con el crimen organizado. En este marco, la arquitectura jurídica del decomiso no puede quedar al margen de sus implicaciones preventivas, generales y específicas.

El mercado medioambiental se ha posicionado como uno de los mercados ilícitos más lucrativos que existen en el espacio europeo en la actualidad. Los delitos medioambientales derivan su ilicitud de la normativa administrativa, lo que dificulta la prueba del lucro ilícito en un supuesto proceso de decomiso. Lo que supone, por consiguiente, la reducción de garantías procesales ante el fomento de las formas de decomiso más agresivas desde una finalidad utilitarista del Derecho penal.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguado Correa, T. (2013). «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-05, pp. 1-27.

Aguado Correa, T. (2020). «Cinco años después de las reformas del Decomiso: does crime still pay?» En Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.) y Rodríguez García, N. (coord.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn´t pay»,* pp. 55-82. Valencia: Tirant lo Blanch.

Aguado Correa, T. (2023). «Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-34, pp. 1-49.

Albert, J. y Merlin, J. B. (2015). «Is the EU ready for automatic mutual recognition… in the fight against crime?» *Eucrim*, 2, pp. 60-64.

Alzina Lozano, A. (2023), *El derecho penal y la política medioambiental de la unión europea*. Madrid: Iustel.

Arangüena Fanego, C. (2023). «Garantías procesales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». En Asencio Mellado, J. M.

y Fuentes Soriano, O. (dirs.), *El proceso como garantía*, pp. 515-534. Barcelona: Atelier.

Arzoz Santisteban, X. (2019). «Recensión a la obra de Antonio López Castillo (dir): La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia». *Revista de Administración Pública*, 215,, pp. 59-362. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bachmaier Winter, L. (2022). «El principio de reconocimiento mutuo». En Kostoris, R. (coord.), *Manual de Derecho procesal penal europeo*, pp. 347-361. Madrid: Marcial Pons.

Bueno Benedí, M. (2024). «La competencia de la Unión Europea para regular los derechos y garantías procesales penales como medio para alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia». *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* 166.

Byung-Sun, C. (2001). «¿El surgimiento de un Derecho Penal internacional del medioambiente?» *Revista penal*, 8, pp. 3-23.

Caeiro, P. (2018). «Una nota sobre reconocimiento mutuo y armonización penal sustantiva en la Unión Europea». En Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. (dirs.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, pp. 305-310. Madrid: Marcial Pons.

Carrillo del Teso, A. E. (2017). «La recuperación de activos como estrategia común contra la criminalidad». En Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.), Fabián Caparrós, E. A. (dir) y Rodríguez García, N. (coord.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, pp. 13-33. Valencia: Tirant lo Blanch.

Carrillo del Teso, A. E. (2019). «La cooperación internacional contra la criminalidad grave: embargo y decomiso de bienes y reconocimiento mutuo en la Unión Europea». En Álvarez Alarcón, A. (dir.) y Confe Fuentes, J. (coord.), *Tendencias actuales del derecho procesal*, pp. 143-155. Granada: Comares.

Conde Fuentes, J. (2021). «El Reglamento (UE) 2018/1805 y la ejecución de resoluciones de embargo y decomiso». *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* 151.

Corral Escariz, V. (2023). *La localización de bienes en la UE y su aplicación en España. Fase clave de la recuperación de activos procedentes del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Hoyos Sancho, M. (2005). «El principio de reconocimiento mutuo». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 22, pp. 807-842.

De Jorge Mesas, L. F. (2016). *El reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Pablo Serrano, A. (2022). «Sanciones adecuadas para recuperar las ganancias ilícitas derivadas de la criminalidad medioambiental y transnacional organizada». En Sputo García, E. M. (coord.) y Puente Aba, L. M. (dir.), *Ganancias ilícitas y Derecho pena,* pp. 235-258. Granada: Comares.

De Pablo Serrano, A. (2023). «Presente, pasado y futuro de la armonización penal europea en materia medioambiental a través de la directiva de 2008 de protección del medioambiente a través del derecho penal y la propuesta de directiva de 2021». En Hernández López, A. (coord.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, pp. 239-258. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Díaz Cabiale, J.A. (2016). «El decomiso tras las Reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 18-10.

Farto Piay, T. (2023). «Evolución y desafíos de la política criminal y la normativa de la UE en materia de recuperación y decomiso de activos». En Hernández López, A. (coord.), *Proceso penal europeo: últimas tendencias, análisis y perspectivas*, pp. 315-336. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Garrido Carrillo, F.J. (2018). «La intervención de terceros afectados por el decomiso». En Aranguena Fanego, C. y de Hoyos Sancho, M. (dirs.), *Garantías Procesales de investigados y acusados: situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, pp. 493-522. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrido Carrillo, F.J. (2021). «Límites a una política de decomiso total en la lucha contra la delincuencia organizada. Derechos y garantías procesales en el sistema de indicios y en la inversión de la carga de la prueba». En Garrido Carrillo, F.J. (dir.) y Faggiani, V., Jiménez Arroyo, S. y Picó López, R. (coords.), *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada: Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, pp. 49-83. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Gascón Inchausti, F. (2006). «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba». En Robles Garzón, J.A. y Ortells Ramos, M. (dirs.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, pp. 587-605. Málaga: Cedma.

Gascón Inchausti, F. (2016). «Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito». *Revista General de Derecho Procesal*, 38, pp. 1-71.

González Cano, M.I. (2016). *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Guerrero Palomares, S. (2023). «El efecto expansivo o normativo directo del principio de reconocimiento mutuo en relación con los derechos fundamentales de la Carta de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del S.T.J. portugués de 14 de julio de 2022 (y de la sentencia española del TC 147/2021)». *Revista de Estudios Europeos*, 1, pp. 198-240.

Jimeno Bulnes, M. (2011). *Un proceso europeo para el siglo xxi*. Cizur Menor: Civitas.

Jimeno Bulnes, M. (2024). *La orden europea de detención y entrega*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Kostoris, E. (2020). «La tutela de los derechos fundamentales». En Kostoris, R. (coord.), *Manual de Derecho procesal penal europeo*, pp. 99-135. Madrid: Marcial Pons.

Mangas Martín, A. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.

Maugeri, A.M. (2024). «La proposta di una nuova direttiva per la confisca dei beni», *Revista Dirrito Penale Contemporaneo*, 1, pp. 1-86.

Neira Pena, A. (2020). «Decomiso: entre garantismo y eficacia. Las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes». En Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.) y Rodríguez García, N. (coord.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn´t pay»*, pp. 89-122. Valencia: Tirant lo Blanch.

Nieto Martín, A. (2022). «No mires arriba: Las respuestas del derecho penal a la crisis climática». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 26, pp. 269-302.

Portilla Contreras, G. (2004). «Fundamentos teóricos del Derecho penal y Procesal Penal del enemigo». *Jueces para la democracia*, 49, pp. 43-50.

Rodrigues Nunes, D. (2023). «El decomiso de ganancias como instrumento para la lucha contra la criminalidad organizada, terrorismo, criminalidad económica y ciberdelincuencia». *Revista internacional Consinter de direito*, 16, pp. 273-320.

Rodríguez-García, N. (2020). «El decomiso en el sistema penal español: análisis de contexto y lineamientos para una mejor intelección». En Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.) y Rodríguez García, N. (coord.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn´t pay»*, pp. 19-54. Valencia: Tirant lo Blanch.

Santed Liébana, H. (2024). «La amenaza química derivada del tráfico ilegal de residuos». *Cuadernos de estrategia*, 223, pp. 105-125.

Sanz Hermida, A. M. (2021). «Garantismo y seguridad en el Estado de derecho en la lucha (preventiva) contra la delincuencia organizada». En Garrido Carrillo, F. J. (dir.), *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada: Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, pp. 23-47. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Thomas, J. (2013). «The principle of mutual recognition – success or failure». *ERA Forum,* 4, pp. 585-588.

Vercher Noguera, A. (2020). «El decomiso en el contexto de los delitos medioambientales». En Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.) y Rodríguez García, N. (coord.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn´t pay»*, pp. 221-235. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vicario Pérez, A. M. (2024). «El estatuto procesal del investigado en la Unión Europea y su aplicación en procedimientos administrativos: análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE». *Revista de Estudios Europeos*, 83, pp. 1-18.

Vidales Rodríguez, C. (2020). «Decomiso: análisis desde una perspectiva constitucional». En Berdugo Gómez de la Torre, I. (dir.) y Rodríguez García, N. (coord.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn´t pay»*, pp. 83-88. Valencia: Tirant lo Blanch.

Zamora Cabot, F. J., Pallarés Sales, L., Chiara Marullo, M. (2022). *Lucha en clave judicial frente al cambio climático*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 85-106
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/03*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

BUENA ADMINISTRACIÓN Y POLÍTICA EXTERIOR: DESAFÍOS JURÍDICOS EN LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA[1]

Irene Purificación Lozano López

1. INTRODUCCIÓN

El espíritu de este trabajo es relacionar dos amplios términos jurídicos: buena administración y política exterior. Ambos conceptos tienen un mínimo común denominador: son dos nociones generales, de empírica definición, y, como razonaremos en el cuerpo del trabajo, sujetos a un posible control judicial.

Recientemente, se está produciendo lo que algunos han calificado como «revolución silenciosa»[2] en el seno de los tribunales de justicia españoles y europeos. Revolución consistente en un control de la discrecionalidad no solamente basado en el principio de interdicción de la arbitrariedad, sino también en un análisis más sutil y exigente relacionado, entre otros, con la exigencia de una motivación que, en palabras de Ponce Solé (2023: 171), «no solo exista y sea racional, sino además suficiente y congruente», en fin, una motivación que, como veremos más adelante, sea conforme al principio de buena administración.

Es precisamente a través de esta vocación de incrementar el control de la discrecionalidad donde podremos encontrar el punto de unión entre la buena administración y la política exterior. En particular, a través

[1] El presente trabajo ha sido desarrollado durante una estancia de investigación predoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg, Alemania.

[2] Ponce Solé (2023: 171).

de la sentencia del Tribunal Supremo 998/2021, de 9 de julio de 2021, relativa al asunto *Couso*, que abre la puerta a un mayor control de la discrecionalidad de un tradicional instrumento de la política exterior: la protección diplomática.

Si el proyecto resultara exitoso, esta conexión bien podría servir a los jueces a modo de apoyo para el control de la discrecionalidad en aquellos casos en los que cupiera hablar de cierto control jurisdiccional de la acción exterior.

Para abordar el estudio, hemos empleado la metodología clásica jurídica del estudio sustantivo de los conceptos y de la doctrina.

En primer lugar, delimitaremos el concepto fundamental «buena administración», para así perimetrar el marco jurídico y el área de nuestra investigación. Nuestro objetivo es otorgar de significado internacional público a «buena administración». Seguidamente, analizaremos la aplicación del derecho en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, para pasar después a introducir brevemente la institución de la protección diplomática. Por último, trataremos de encontrar la conexión entre la buena administración y la política exterior a través de la STS 998/2021, antes referida, con el fin de aportar unas conclusiones deductivas.

2. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Lo que hoy en día conocemos como derecho a una buena administración, cristalizado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta, CDFUE), no es sino la codificación de un principio general del Derecho. Tal y como señala Viñuales Ferreiro (2014: 322), dicho principio fue utilizado frecuentemente por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y, posteriormente, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[3]. Adicionalmente, se encontraba ya codificado en los ordenamientos jurídicos de ciertos Estados. Es el caso de Italia, por ejemplo, que en el art. 97 de su Constitución lo reconoce en el *buon andamento*.

El TJUE, en su jurisprudencia, realiza una diferenciación entre el *principio* de buena administración, según se concebía antes de la pro-

[3] Véase, entre otras, las SSTPI de 18 de septiembre de 1995, *Nölle*, T-167/94, ECLI:EU:T:1995:169; de 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting y otros*, T-231/97, ECLI:EU:T:1999:146; de 6 de diciembre de 1994, *Lisrestal*, T-450/93, ECLI:EU:T:1994:290; de 31 de marzo de 1992, *Burban,* C-255/90 P, ECLI:EU:C:1992:153; y las SSTJUE de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, 222/86, ECLI:EU:C:1987:442; de 18 de octubre de 1989, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, 374/87, ECLI:EU:C:1989:387; de 21 de noviembre de 1991, *TU München*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438.

mulgación de la Carta, y el *derecho* a una buena administración, tal y como se consagra en la misma.

La abogada general Kokott, en sus conclusiones en el asunto C-75/08, señaló que «del propio tenor literal del art. 41, apartado 1, de la Carta se desprende, al igual que del art. 253 TCE, que la obligación de motivación que allí se menciona solo se aplica a las instituciones de la Comunidad. Por tanto, no puede transponerse sin más a los órganos de los Estados miembros, ni siquiera cuando aplican el derecho comunitario»[4].

En un asunto posterior, señaló que:

> Además, como indica claramente el art. 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, las instituciones públicas han de cumplir sus obligaciones dentro de un plazo razonable, con arreglo al principio de buena administración, al que también han de atenerse los Estados miembros al aplicar el Derecho comunitario. Por ese motivo, los Estados miembros no pueden dilatar excesivamente la elaboración de sus planes de emergencia externos[5].

Igualmente, el TJUE se ha pronunciado acerca de la lectura literal del art. 41 de la Carta con relación a la restricción aplicativa del mismo a los Estados miembros:

> A este respecto, ha de señalarse que la Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Siciliana, no menciona en absoluto que la referida remisión tenga como consecuencia excluir las normas nacionales relativas a la obligación de motivación en favor de los arts. 296 TFUE, párrafo segundo, y 41, apartado 2, letra c), de la Carta, que, por otra parte, van dirigidos, según su tenor literal, no a los Estados miembros, sino únicamente a las instituciones y órganos de la Unión[6].

Anteriormente, y refiriéndose a la implementación de una regulación europea por parte de un Estado miembro, había señalado refiriéndose al principio de buena administración que «dicho principio se opone a que una administración pública sancione a un operador económico que actúa de buena fe por el incumplimiento de unas normas de procedimiento cuando dicho incumplimiento se deriva del propio comportamiento de esa administración»[7], incluso si la administración es nacional[8].

---

[4] Conclusiones de la abogada general Kokott del 22 de enero de 2009, *Mellor*, C-75/08, ECLI:EU:C:2009:32, apdo. 25.

[5] Conclusiones de la abogada general Kokott de 10 de diciembre de 2009, *Comisión v. España*, C-392/08, ECLI:EU:C:2009:773, apdo. 16.

[6] STJUE de 21 de diciembre de 2011, *Cicala*, C-482/10, ECLI:EU:C:2011:868, apdo. 28.

[7] STJUE de 21 de junio de 2007, *Laub*, C428/05, ECLI:EU:C:2007:368, apdo. 25.

[8] Hofmann y Mihaescu (2013: 98).

De esta guisa, podemos distinguir dos elementos diferenciales a tener en cuenta entre la buena administración como principio y como derecho.

El primero de ellos afecta al ámbito subjetivo de aplicación. Desde su vertiente de principio general, y al igual que el resto de principios, la buena administración vincula tanto a las instituciones de la UE como a las de los Estados miembros, siempre que actúen aplicando el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, desde su otra vertiente, la de derecho, *ex* art. 41, parece limitarse únicamente a la actuación de instituciones y órganos de la Unión Europea[9].

El segundo elemento diferencial es *ratione materiae*. El principio de buena administración, según la jurisprudencia mencionada de los tribunales de la UE, tiene un alcance material amplio, aplicable incluso a la elaboración de normas ejecutivas de contenido general y abstracto como, por ejemplo, los acuerdos internacionales de asociación[10]. Con esta óptica, se abordaron el asunto *Alliance for Natural Health*[11] y *Mosanto*[12], al señalar el TJUE que las decisiones de la Comisión debían seguir el principio de buena administración y diligencia debida.

El derecho a una buena administración del art. 41, por otro lado, tiene una utilización *ratione materiae* más limitada al aplicarse, tal y como se verá a continuación, a las decisiones individuales.

3. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Habiendo desbrozado el significado jurídico del término, analizaremos con cierto detenimiento, al ser el más relevante para el asunto que nos ocupa, el contenido del art. 41 CDFUE.

---

[9] Sobre la limitación del alcance: Kristjánsdóttir (2013).

[10] Hofmann y Mihaescu (2013: 86).

[11] La organización *Alliance for Natural Health*, una organización que representaba a fabricantes y consumidores de suplementos alimenticios, argumentó que la Directiva 2002/46/CE, que establecía una lista de vitaminas y minerales permitidos en los suplementos alimenticios comercializables en la UE, vulneraba el principio de proporcionalidad, entre otros. El TJUE analizó si la Comisión Europea había seguido adecuadamente el principio de buena administración en la adopción de la directiva, concluyendo que, efectivamente, así lo había hecho. STJUE de 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health*, asunto acumulado C-154/04 y C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449.

[12] En el asunto *Mosanto*, la empresa multinacional Mosanto, dedicada a los productos agrícolas y biotecnológicos, impugnó la legalidad de una decisión de la Comisión Europea que incluía una sustancia activa en el anexo de un reglamento que regulaba los productos fitosanitarios. La empresa señalaba que la decisión de incluir dicha sustancia no había seguido el procedimiento requerido y no se había respetado el principio de buena administración. Finalmente, la decisión de la Comisión no fue anulada, pero el TJUE volvió a subrayar la obligación de la Comisión de actuar con diligencia, cuidado y respetando el principio de buena administración en la toma de decisiones. Véase STJUE de 8 de enero de 2002, *Mosanto*, C-248/99, ECLI:EU:C:2002:1.

3.1. El apartado 1 del art. 41 CDFUE

Es en el art. 41.1 CDFUE donde encontramos la primera diferencia —antes señalada— entre la buena administración como principio y como derecho, al limitar el campo de aplicación del derecho a, únicamente, las instituciones y órganos de la Unión.

Así lo ha señalado también el TJUE al indicar que, ciertamente, el art. 41 únicamente vincula a las instituciones de la UE, pero recordando en múltiples ocasiones que el principio de buena administración vincula también a los Estados miembros[13].

Sin embargo, y como se analizará más adelante, ciertos Ordenamientos Jurídicos y tribunales nacionales parecen optar por una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del art. 41, más cercana a la del principio que a la del derecho positivo.

El primer guion del apartado en cuestión confiere el derecho a un procedimiento imparcial, equitativo y a tiempo.

La amplitud de estos conceptos lo convierte en una suerte de derecho «paraguas», bajo el cual podrían llegar a encontrarse integrados un amplio número de distintos derechos[14]. Adicionalmente, da pie a dos interpretaciones: una amplia y una estricta. Como nos señala Craig, la primera podría incluir las cuestiones enumeradas por el Defensor del Pueblo de la UE en su Código de Buena Conducta Administrativa, como por ejemplo la no discriminación, la proporcionalidad, la objetividad, la independencia o la confianza legítima. Una interpretación más restrictiva incluiría derechos más discretos como el deber de las instituciones de considerar debidamente cada caso[15].

---

[13] SSTJUE de 13 de diciembre de 2012, *MM contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland and Attorney General*, C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744; 8 de mayo de 2014, *HN contra Ministra de Justicia, Igualdad y Reforma Legislativa*, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302; 5 de noviembre de 2014, *Mukurabega*, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336; 11 de diciembre de 2014, *Boudjlida*, C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431; 17 de julio de 2014, *YS v Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*, C-141/12, ECLI:EU:C:2014:2081; 20 de septiembre de 2018, *UBS Europe*, C-358/16, ECLI:EU:C:2018:715; 8 de mayo de 2019, *PI contra Landespolizeidirektion Tirol*, C-230/18, ECLI:EU:C:2019:383.

[14] Lo cierto es la gran amplitud de ciertos derechos, entre ellos el de buena administración, conduce a la imposibilidad de su aplicación o invocación por particulares a no ser que se concreten en derechos, subsumidos en el primero, más definidos. Así lo señaló el abogado general Poiares Maduro en sus conclusiones en el asunto C-141/02 P: «El Tribunal de Justicia […] no se ha conformado con la existencia de derechos procesales vagamente definidos para reconocer un derecho a ejercitar una acción. En general, el Tribunal exige que los derechos invocados en apoyo de un recurso sean suficientemente "precisos". Así ocurre cuando los derechos individuales se derivan de un reglamento o pueden derivarse directamente de disposiciones del Tratado […]». *Vid*. conclusiones del abogado general Poiares Maduro de 14 de octubre de 2004, *Comisión contra T-Mobile Austria GmbH*, C-141/02 P, ECLI:EU:C:2004:723, apdo. 54.

[15] Craig (2021: 1125-1151).

3.2. El apartado 2 del art. 41 CDFUE

El art. 41.2. fue fruto tanto del desarrollo jurisprudencial del principio, tal y como hemos señalado con anterioridad, como del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en lo que se refiere a la obligación de motivación (art. 296 TFUE), el derecho a la reparación de los daños causados (art. 340 TFUE) y el derecho a dirigirse a las instituciones en una de las lenguas de los Tratados [art. 20.2.d) TFUE].

Se concretan aquí, aunque someramente y mediante una lista abierta, los derechos que han de entenderse incluidos[16] dentro del art. 41 de la Carta, a saber: el derecho a ser oído, el derecho al acceso al expediente y la obligación de la administración de motivar sus decisiones.

En lo que al derecho a ser oído se refiere, podemos destacar que viene siendo aplicado tanto a personas físicas, como jurídicas y que solamente alcanza a las decisiones individuales. No ostenta carácter absoluto, puesto que no se incluye en lo que al procedimiento legislativo se refiere. El límite, por tanto, viene dado por la naturaleza del acto: si tiene vocación de generalidad, y no directa e individual, el art. 41 de la Carta no puede ser alegado, ni vincula a las instituciones de la Unión[17].

---

[16] Precisamente la expresión «Este derecho incluye en particular […]», con la que comienza el art. 41.2, ha permitido al TJUE entender comprendidos en el art. 41 ciertos derechos y obligaciones que no parecerían pertenecientes a la esfera más inmediata de la buena administración. Es el caso de la obligación de confidencialidad a la que el TJUE sujetó a la Comisión en el asunto *Franchet y Byk v. Comisión*. Los demandantes, Franchet y Byk, invocaron el principio de buena administración para indicar que la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF, por sus siglas en inglés) había vulnerado su privacidad al publicar ciertos datos sensibles. El TJUE indicó que, en virtud del art. 41 de la Carta, «la administración debe, por una parte, evitar dar a la prensa informaciones sobre un procedimiento disciplinario que pudieran perjudicar al funcionario de que se trate y, por otra, adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, en el seno de la institución, toda difusión de informaciones que pudieran resultar difamatorias para aquel». Otro de los aspectos más relevantes del art. 41 es su vertiente de garante del derecho de defensa. En este sentido, la abogada general Kokott resaltó, refiriéndose al derecho de ciertas empresas a conocer las reflexiones y motivos que llevaron a la Comisión a tomar su decisión, que el derecho a una buena administración implica la conducción de «[…] un procedimiento justo. Sería totalmente incompatible con este principio esencial de justicia que las empresas afectadas, en definitiva, tuviesen que adivinar contra qué deben defenderse». Véase STPI de 8 de julio de 2008, *Franchet y Byk*, C-265/17, ECLI: EU:T:2008:257, apdo. 214; conclusiones de la abogada general Kokott de 25 de julio de 2018, C-265/17 P, ECLI: EU:C:2018:628, apdos. 42-43. También un estudio sobre las garantías al proceso en Marcos Martínez (2023).

[17] Así lo ha señalado reiterada jurisprudencia del TJUE. En particular, en el asunto *Atlanta* —previo a la aprobación de la Carta— en el que el demandante solicitaba reparación por los daños causados por un reglamento comunitario en el contexto del mercado del plátano, señalando que se había vulnerado su derecho a ser oído. El TJUE rechazó el argumento, indicando que dicho derecho se reconocía únicamente en actos individuales que afectaban

Adicionalmente, el TJUE ha llegado incluso a imponer el derecho a ser oído en aquellos procedimientos compuestos, en los que intervenía tanto la UE como un Estado miembro —como, por ejemplo, en el contexto del Derecho aduanero—, aun cuando tal cosa no estaba expresamente prevista en la citada norma[18].

Por otro lado, la obligación de motivación contenida en el art. 41.2, tercer guion, ya se recogía en el art. 296 TFUE[19]. En dicho Tratado, sin embargo, la obligación tiene un alcance mucho más amplio, al referirse a los actos jurídicos en general —incluyendo propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes—, y no solamente a los actos emanados de la Administración. A pesar del más limitado alcance, se ha llegado a señalar que el art. 41 CDFUE podría llegar a ser interpretado de manera más amplia que el art. 296 TFUE, ya que podría incluir a las administraciones nacionales cuando actúan aplicando el Derecho de la Unión Europea[20].

El grado de motivación, por otro lado, dependerá de la naturaleza del acto *in se*, exigiéndose una mayor concreción cuando la medida impugnada sea de carácter individual[21] y se tome en el seno de una mayor discrecionalidad administrativa, que cuando el acto tenga carácter reglado.

Así, como indica Rodríguez Arana (2013: 52), la motivación será proporcional a la extensión e intensidad de la discrecionalidad desde la que opere la Administración Pública.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su art. 35, obliga a la motivación de, entre otros, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos y los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, aunque no indica la extensión de esta ni regula su contenido. Quizás algo más acertado, a nuestro juicio, es el análogo

---

directamente al solicitante. Tras la entrada en vigor de la CDFUE, el TJUE ha visto reforzada su tesis a través de la redacción del art. 41.2, que indica expresamente que el derecho solo expande sus efectos sobre las medidas individuales. Véase al respecto SSTJUE de 14 de octubre de 1999, *Atlanta AG contra Comisión*, C-104/97 P, ECLI:EU:C:1999:498; 17 de marzo de 2011, *AJD Tuna Ltd contra Direttur tal-Agrikoltura u s-Sajd y Avukat Generali*, C-221/09, ECLI:EU:C:2011:153, apdo. 49.

[18] STJUE de 21 de enero de 1993, *Technische Universität München contra Hauptzollamt München-Mitte*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438.

[19] Así se indica en las «Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales», disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32007X1214%2801%29*.

[20] Craig (2021: 1129).

[21] En *Alemania contra Comisión*, el TJUE señaló que la Comisión no había motivado con suficiente detalle su decisión de rechazar una exención arancelaria sobre una cantidad específica de hectolitros de vino importado desde un tercer Estado. Véase STJUE de 4 de julio de 1963, *Alemania contra Comisión*, 24/62, ECLI:EU:C:1963:14.

art. 39.1 de la Ley alemana de Procedimiento Administrativo, que también obliga a la motivación de ciertos actos, pero profundiza en cuanto al contenido de dicha motivación. Así, indica que, en caso de decisiones discrecionales, la motivación debe contener no solamente los principales razonamientos jurídicos, sino también los criterios y motivos no jurídicos que la autoridad ha considerado en el ejercicio de sus facultades discrecionales[22].

El derecho a una buena administración, por consiguiente, incluye el derecho a una motivación adecuadamente razonada, máxime en aquellos casos en los que se estén ejerciendo potestades discrecionales.

3.3. El apartado 3 del art. 41 CDFUE

Encontramos en el apartado 3 del art. 41 una cláusula del tipo reparativo: la posibilidad de acceso por parte del ciudadano a una hipotética acción de indemnización por daños causados por las instituciones de la UE o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones, y de conformidad con los principios generales comunes al Derecho de los Estados miembros.

Para determinar las condiciones en las que es posible acceder a la reparación del daño, debemos atender a la jurisprudencia previa[23], que nos indica que la exigencia probatoria dependerá del grado de discrecionalidad del acto.

De esta manera, a los actos administrativos discrecionales se les exige una infracción patente y suficientemente caracterizada de una norma legal superior para que nazca un derecho a reparación de daños.

---

[22] En castellano (traducción propia) indica que: «Un acto administrativo, ya sea escrito o electrónico, debe ir acompañado de una justificación. En la justificación, deben indicarse los motivos fácticos y jurídicos esenciales que llevaron a la autoridad a tomar su decisión. La justificación de las decisiones discrecionales también debe mostrar los criterios que la autoridad consideró al ejercer su discreción».

[23] Es en el asunto *Nölle* donde claramente se aprecia esta mayor exigencia aplicable a los actos con una mayor discrecionalidad, aun refiriéndose al principio de buena administración, y no al derecho, al tratarse de un asunto anterior a la aprobación de la Carta. La empresa Nölle impugnó una decisión del Consejo relacionada con la imposición de medidas *antidumping* sobre productos que dicha empresa importaba. Nölle argumentó, entre otras cosas, que el Consejo no se había atenido al principio de buena administración al no haber actuado de manera justa y transparente en la adopción de dichas medidas. El Tribunal de Primera Instancia recordó que, según reiterada jurisprudencia, en el contexto de los actos dotados de una amplia facultad de apreciación, la responsabilidad de la entonces Comunidad solamente nace si se han rebasado, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades. *Vid*. STPI de 18 de septiembre de 1995, *Nölle contra Consejo y Comisión*, T-167/94, ECLI:EU:T:1995:169. Véanse también SSTJUE de 5 de diciembre de 1979, *Amylum y Tunnel Refineries contra Consejo y Comisión*, asuntos acumulados 116/77 y 124/77, ECLI:EU:C:1979:273, p. 3497, y 5 de diciembre de 1979, *Koninklijke Scholten-Honig contra Consejo y Comisión*, 143/77, ECLI:EU:C:1979:274, p. 3583.

Cuando la discrecionalidad es muy reducida o prácticamente inexistente, por otro lado, no es necesaria tal prueba, al bastar con una mera infracción del Derecho comunitario sin necesidad de que reúna los caracteres de patente y suficientemente caracterizada[24].

Realizando una interpretación forense del precepto, el control del acto administrativo discrecional ha sido configurado jurisprudencialmente como un mecanismo de control por el que, para que el acto pueda ser impugnado por el individuo, se deben cumplir dos premisas. La primera es que el acto sea consecuencia de la infracción de una norma jurídica superior, es decir, entramos en el terreno normativo de la primacía de la norma. La segunda, que la infracción en la esfera jurídica del individuo no ha de ser ya simplemente sustancial, sino que se eleva la categoría dañosa a la de flagrante[25]. El criterio interpretativo tiene, a nuestro juicio, un valor técnico-funcional: evitar un abuso de reclamaciones no motivadas lo suficientemente, que pudiera ocasionar un daño o paralización de la normal actividad orgánica de las instituciones de la UE.

4. LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS

Ciertamente, tanto el art. 41 CDFUE como la jurisprudencia del TJUE parecen coincidir al señalar que, mientras que el principio de buena administración puede tener una aplicación amplia, el derecho, tal y como aparece codificado, debería aplicarse únicamente a las instituciones europeas.

Ahora bien, en lo que a los tribunales nacionales se refiere, la interpretación muta y la distinción entre buena administración como principio y como derecho parece difuminarse.

Algunos de dichos tribunales nacionales de Estados miembros, incluidos los españoles, vienen interpretando el art. 41 CDFUE —el derecho, que no el principio— de manera expansiva, aplicándolo no solo a sus propias administraciones cuando aplican derecho europeo, sino también cuando dichas administraciones actúan en el marco del propio derecho interno[26].

---

[24] Craig (2021: 1143).

[25] *Ibid.*, p. 1144.

[26] En el asunto *Cicala*, antes referenciado, el juez nacional que planteó la cuestión prejudicial sostuvo que la obligación de motivación del art. 41.2.c de la Carta se aplicaba a las actividades de la administración italiana, tanto si aplicaba el Derecho de la Unión como si era en el marco de las competencias propias de la administración. *Ibid.*, nota pie de página 103.

Adicionalmente, ciertos Estados miembros han reconocido el efecto directo de la disposición[27]. Así ha ocurrido, entre otros, en Rumanía, donde el Tribunal Superior de Casación y Justicia señaló que, en virtud del art. 20 de la Constitución rumana[28], el derecho a una buena administración del art. 41 CDFUE es directamente aplicable[29].

También en Países Bajos los tribunales nacionales han manifestado una tendencia parecida. En 2019, actuaron de manera similar, aunque esta vez no usando directamente el art. 41 e invocando el más amplio y abstracto derecho al «buen gobierno», que incluye el derecho a una buena administración. El Tribunal Supremo de los de Países Bajos condenó al gobierno a reducir los gases con efecto invernadero, señalando que el Estado estaba obligado a cumplir con la debida diligencia[30].

En lo que a España se refiere, varios Estatutos de Autonomía, como el de Andalucía, Castilla y León, Cataluña o Illes Balears o Andalucía, han incluido el derecho a una buena administración entre sus disposiciones. La Ley gallega 1/2015, de Garantía de los Servicios Públicos y de la Buena Administración, recoge este derecho. Y lo desarrolla la Ley catalana 19/2014, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en su título V, capítulo II.

Sin embargo, nuestro texto constitucional no contiene ninguna referencia directa al principio. Esto, unido a la ya mencionada restricción de la aplicabilidad del art. 41 a las instituciones europeas, podría conducir a la conclusión de que, más allá de las puntuales disposiciones autonómicas, el derecho a una buena administración carece de impacto significativo en el panorama jurídico estatal.

Ahora bien, lo cierto es que el Tribunal Supremo español —especialmente en materia tributaria— ha realizado una tarea de aplicación de este derecho también a las instituciones nacionales. Así, en numerosas ocasiones lo ha identificado de manera inferencial en los arts. 9.3, 103 y 106 de la Constitución Española, así como en el art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público[31].

---

[27] *Newsletter ACA Europe*, núm. 27, abril de 2012, Informe general sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Seminario celebrado en La Haya el 24 de nov. de 2011), p. 137; Hofmann y Mihaescu (2013: 99).

[28] Relativo a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos: «Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumanía sea parte».

[29] Sentencias del Tribunal Superior de Casación y Justicia de Rumanía de 20 de mayo de 2010, 2668/2010, y de 21 de enero de 2011, 118/2011.

[30] Sentencia del Tribunal Supremo de Países Bajos de 20 de diciembre de 2019, 19/00135, ECLI:NL:PHR:2019:887.

[31] La STS 1309/2020, de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3279) señala que «es sabido que el principio de buena administración está implícito en nuestra Constitución

Nos resulta particularmente relevante la STS de 4 de diciembre de 2014[32], que, a su vez, se remite a las SSTS de 20 de diciembre y 15 de noviembre de 2012, al señalar que «el derecho a una buena administración está relacionado con una correcta motivación de las decisiones administrativas y el derecho a comprender dicha motivación. Motivación que debe mostrar la relación lógica de su contenido con la decisión adoptada».

Por otro lado, el TS ha ido incluso algo más allá en su definición y aplicación del principio de buena administración extrayendo del mismo, entre otros, un deber de diligencia[33]. Asimismo, y especialmente en el ámbito tributario, la Sala de lo Contencioso ha relacionado el derecho a una buena administración con, entre otros, la prohibición de enriquecimiento injusto o con el deber de anular de oficio ciertos actos basado en normas contrarias al Derecho de la Unión[34].

También el TJUE y el Tribunal General de la Unión Europea han realizado, en ocasiones, una lectura del derecho a una buena administración que sobrepasaba los límites de la literalidad del art. 41.

Es precisamente la expresión «Este derecho incluye en particular […]», con la que comienza el art. 41.2, la que ha permitido al tribunal europeo, y posteriormente a los tribunales nacionales, entender comprendidos en el art. 41 ciertos derechos y obligaciones que no parecerían pertenecientes a la esfera más inmediata de la buena administración.

(arts. 9.3, 103 y 106), ha sido positivizado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 41 y 42)». Indica también que «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 que no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que impone a las Administraciones públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (entre ellos, la motivación, el tratamiento equitativo de los asunto y la buena fe), tiene plasmación efectiva y lleva aparejado un correlativo elenco de deberes exigibles». La STS 3699/2021, de 4 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3878, por su parte, ha indicado que el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible con dos manifestaciones: deber y exigencia a la propia Administración, y derecho del administrado, que, como tal, puede hacerse valer ante la Administración. Para un estudio detallado de la doctrina de la Sala Tercera relativa a la buena administración, consúltese Fernández Farreres (2023).

[32] STS 6278/2014, de 4 de diciembre de 2014, ECLI: ES:TS:2014:6278.

[33] Esta interpretación realizada por el Tribunal Supremo español reforzaría nuestra posición acerca de que la locución buena administración ostenta de capacidad impermeable, es decir, la definición no puede ser categórica en tanto en cuanto el término acepta una capacidad de absorber otros principios como: eficiencia, eficacia, diligencia. La STS 1638/2017, de 7 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3971), señala que «la Administración pública no puede permanecer impasible y debe actuar con la diligencia debida propia del derecho a una buena administración».

[34] STS 1016/2020, de 16 de julio de 2020, ECLI: ES:TS:2020:2724.

Es el caso de, por ejemplo, la obligación de confidencialidad a la que el TJUE sujetó a la Comisión en el asunto *Franchet y Byk v. Comisión*[35], su vertiente de garante del derecho de defensa[36] resaltado por la abogada general Kokott, o la obligación de diligencia inherente al principio de buena administración indicada en el asunto *Masdar*[37].

5. SOBRE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA POLÍTICA EXTERIOR. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

5.1. La protección diplomática

Habiendo realizado el anterior análisis acerca de la trayectoria del principio y derecho a la buena administración, nuestra próxima empresa será reflexionar sobre una posible aplicación en el campo de la política exterior[38] y, especialmente, en la protección diplomática a la luz de las recientes sentencias relativas al conocido como asunto *Couso*.

Tradicionalmente, las decisiones concernientes a la política exterior han tenido un carácter discrecional. Esto encontraba, y encuentra, su razón de ser en lo íntimamente delicadas que son las relaciones internacionales y en la imposibilidad de regular con detalle el comportamiento del ejecutivo en lo que a la política internacional se refiere. El efecto dominó, tan común en las relaciones internacionales, y la imposibilidad de prever la reacción de todos los agentes internacionales a una

---

[35] Los demandantes, Franchet y Byk, invocaron el principio de buena administración para indicar que la OLAF había vulnerado su privacidad al publicar ciertos datos sensibles. El TJUE indicó que, en virtud del art. 41 de la Carta, «la administración debe, por una parte, evitar dar a la prensa informaciones sobre un procedimiento disciplinario que pudieran perjudicar al funcionario de que se trate y, por otra, adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, en el seno de la institución, toda difusión de informaciones que pudieran resultar difamatorias para aquel». Véase STPI de 8 de julio de 2008, *Franchet y Byk*, C-265/17, ECLI: EU:T:2008:257, apdo. 214.

[36] En este sentido, la abogada general Kokott resaltó, refiriéndose al derecho de ciertas empresas a conocer las reflexiones y motivos que llevaron a la Comisión a tomar su decisión, que el derecho a una buena administración implica la conducción de «[…] un procedimiento justo. Sería totalmente incompatible con este principio esencial de justicia que las empresas afectadas, en definitiva, tuviesen que adivinar contra qué deben defenderse». Véanse las conclusiones de la abogada general Kokott de 25 de julio de 2018, C-265/17 P, ECLI: EU:C:2018:628, apdos. 42-43.

[37] El TJUE señaló que «[…] la obligación de diligencia es inherente al principio de buena administración. […] Esta obligación implica que la Administración comunitaria debe actuar con cuidado y prudencia». Véase STJUE de 16 de diciembre de 2008, *Masdar (UK)/Comisión*, C-47/07 P, ECLI:EU:C:2008:726, apdos. 92 y 93.

[38] La conducción de la Política Exterior está encomendada al Gobierno español, conforme al art. 97 CE. Su regulación detallada se encuentra plasmada en la Ley 2/2014, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

decisión en concreto, redunda en la justificación de una mayor libertad concedida al Gobierno.

Ahora bien, esa mayor discrecionalidad no implica, o no debería implicar, en ningún caso, absoluta libertad de acción ejecutiva, exenta de control a posteriori de las decisiones gubernamentales en este campo. En la era actual, la globalización y la inmediatez de acción y reacción hacen que las decisiones políticas puedan acabar afectando, ya sea directa o indirectamente, a los individuos.

En concreto, la protección diplomática, no encuentra regulación alguna ni en nuestro ordenamiento jurídico nacional ni en el internacional. Aun tratándose de una herramienta jurídica de gran antigüedad[39], el instrumento jurídico en el que se encuentra la definición de protección diplomática más aceptada no alcanza, tan siquiera, el rango de vinculante, como veremos a continuación.

En efecto, una revisión de las fuentes normativas internacionales nos revela que el único texto relativo a la protección diplomática emanado de un órgano internacional, y el que mejor define y regula la institución, ni siquiera es vinculante.

Se trata del Proyecto de Artículos relativos a la Protección Diplomática, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), y cuyo primer artículo indica que por protección diplomática se entenderá: «[…] la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad». Por otro lado, el art. 2 señala que «Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos».

Así, la protección diplomática se configura como un derecho del Estado a realizar actuaciones en favor de un particular. El problema de esta definición reside en que, a falta de legislación nacional sobre esta herramienta jurídica, los Estados pueden libre y discrecionalmente elegir en qué momentos ejercer la protección diplomática y en qué

[39] La protección diplomática nace con Emmerich de Vattel quien en 1758 señaló que quien maltrata a un ciudadano, indirectamente ofende al Estado, el cual debe proteger a dicho ciudadano. Esa ficción jurídica a través de la cual el daño al ciudadano se considera un daño al Estado, sirvió de inspiración para la práctica estatal. Ahora bien, los Estados no adoptaron la teoría de De Vattel en su totalidad, ya que, *de facto*, optaron por transformar ese último «debe proteger al ciudadano» en «puede proteger al ciudadano». Véase de Vattel (1758: 309); Torroja Mateu (2006: 214).

momentos no hacerlo, basándose en ocasiones en criterios arbitrarios y más relacionados con la geopolítica que con el Derecho[40].

También la jurisprudencia internacional se ha decantado por esta interpretación de discrecionalidad absoluta de la protección diplomática. Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el asunto relativo a las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, 1924, señaló lo siguiente: «Al asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional»[41].

En lo que a España concierne, la protección diplomática no se encuentra regulada por norma alguna[42]. Resulta interesante señalar, empero, que aunque la Constitución española de 1978 no menciona de manera explícita dicho instrumento, un borrador previo[43] sí incluía un artículo concerniente a la obligación del Estado de proteger de manera eficaz a los españoles en el extranjero: el art. 14.2, que establecía que «El Estado dirigirá su acción exterior a la protección eficaz de los españoles en país extranjero, y en especial de los emigrantes, y a conseguir que gocen de los derechos, libertades y prestaciones que aseguren su más amplia equiparación a los ciudadanos del país en que residan»[44].

Por tanto, para tratar de dar respuesta a las controversias que plantea el ejercicio de esta herramienta y su control, se ha de acudir a

---

[40] La CDI, en el Proyecto de Artículos, incluyó un artículo «recomendatorio», el art. 19, en el que instaba a los Estados a «considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se ha producido un perjuicio grave», a «tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener» y a «transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables».

[41] CPJI, «*Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*», serie A, núm. 2, 1924, p. 12. Traducción extraída de Dugard (2013: 3).

[42] La sentencia de la Audiencia Nacional y la posterior confirmatoria del Tribunal Supremo destacan esta dificultad. La Audiencia Nacional hace una referencia a otra sentencia similar, la STS de 6 de octubre de 2004, en la que se señalaba lo siguiente: «La ausencia de una previsión expresa en nuestra norma suprema no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo manifestase en su sentencia de 29 de diciembre de 1986 que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la constitución». Esto lleva a la Audiencia Nacional a señalar que el hecho de que la protección diplomática no esté regulada de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico implica que su ejercicio ha de basarse en los valores y principios que puedan destilarse de la Constitución Española. Véase SAN 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4391, FJ 4.º; y STS 998/2021, de 9 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:998, FJ 3.º.

[43] El borrador puede encontrarse en las Actas de la ponencia constitucional disponibles en el apartado dedicado a la Constitución española en la página web del Congreso: *https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/actas/actas.pdf*.

[44] Díaz Barrado (2016: 173).

la doctrina del Consejo de Estado[45] y a la jurisprudencia relativa a la protección diplomática[46].

Aunque no procede ahora realizar un examen detallado de ambas, señalaremos que, en la perspectiva tradicional de la protección diplo-

[45] Respecto de la doctrina del Consejo de Estado, destaca especialmente el dictamen adoptado en 1990. Teniendo en cuenta que la postura general del órgano consultivo se inclina hacia una visión tradicional de la protección diplomática, este dictamen resulta significativo porque se advierte en él cierto matiz *pro individuo*, al apreciar el Consejo la posibilidad de que una norma establezca la concesión de una indemnización por falta de ejercicio de la protección diplomática. Este dictamen hace también referencia a la legítima confianza en que el Estado no dejará desasistidos a sus nacionales por el hecho de haber abandonado el territorio español. Véase Dictamen del Consejo de Estado núm. 54274, «Formalización eventual del ejercicio de la protección diplomática frente a Suiza de la menor de nacionalidad española», abril de 1990. Para un análisis más amplio de lo uno y lo otro, véase Vázquez Rodríguez (2020).

[46] En lo que a la casuística judicial se refiere, el Tribunal Supremo había resuelto con anterioridad al asunto *Couso* numerosos asuntos relativos a la protección diplomática. Uno de ellos concernió a un grupo de españoles contra los cuales el Gobierno guineano tomó diversas represalias derivadas de ciertos actos anteriores de organismos públicos españoles El Tribunal Supremo hizo referencia al principio de solidaridad, que impide que deban asumirse por el ciudadano cargas sociales injustas o extraordinarias, si bien finalmente apoyó la decisión de indemnizar, principalmente, en el hecho de que el acto de represalia del tercer Estado vino ocasionado causalmente, a su vez, por una actuación previa de las autoridades españolas, unido todo ello a la inactividad posterior a la hora de ofrecer la adecuada protección. Esta vinculación causal a una actuación anterior de España fue confirmada por el Tribunal Supremo en 2003 y 2004. En otras ocasiones este mismo Tribunal ha admitido la responsabilidad del Estado en casos en los que la lesión al particular por las autoridades extranjeras no era susceptible de interpretarse como un acto de represalia. No obstante, también en tales supuestos seguía existiendo una vinculación causal del Estado español con el daño, aunque fuera en la forma de una falta de diligencia por parte de aquel. Es el caso de la Sentencia de 1986, referida al apresamiento de buques españoles por el gobierno de Mauritania. En diciembre de 1979, el gobierno de Mauritania y el gobierno español se encontraban en medio de unas arduas negociaciones con vistas a la aprobación de un tratado relativo a la pesca. El gobierno español tenía el deber en ese momento de prever de manera muy escrupulosa a sus nacionales «las consecuencias de su conducta por la más que probable realización por la Administración mauritana de actuaciones tales como apresamientos antijurídicos, pero significativos en el plano de las relaciones internacionales y de las negociaciones en curso que eran competencia del Estado». Para ello, el gobierno español avisó a los pesqueros que faenaban al norte del Cabo Blanco de que cesaran su actividad. Ante esto, ciertos barcos consultaron al gobierno sobre la posibilidad de trasladar la pesca a una zona sureña, aun dentro del mar territorial mauritano. El gobierno dio su aprobación señalando que no habría ningún problema. Obrando en consecuencia, dos pesqueros españoles trasladaron su actividad a dicha zona. Poco después, fueron apresados y se les obligó a fondear en puerto de Mauritania. Allí, los barcos acabaron hundiéndose por falta de mantenimiento. Los dueños de los barcos pidieron al Estado español daños y perjuicios por la falta de ejercicio de protección diplomática, herramienta que, adujeron, podría haber impulsado a las autoridades mauritanas a liberar las dos embarcaciones. La sentencia concedió la indemnización solicitada, modulada haciendo uso del coste de oportunidad que el no ejercicio de la protección diplomática generó. Véase SSTS 2914/1974, de 16 de noviembre, ECLI: ES:TS:1974:2914; 7934/2003, de 10 de diciembre, ECLI: ES:TS:2003:7934; 6259/2004, de 6 de octubre, ECLI: ES:TS:2004:6259; 14540/1986, de 29 de diciembre, ECLI: ES:TS:1986:14540.

mática en el contexto nacional, hay dos características que hemos de tener en cuenta:

1. Se adopta la visión tradicional de que la protección diplomática es un derecho del Estado.

2. Se exigía, hasta el asunto *Couso*, un nexo causal, esto es: para el ejercicio de la protección diplomática era necesario que el daño sufrido por el particular hubiera sido causado a modo de represalia por un comportamiento previo del Estado español.

5.2. El asunto *Couso*

Nos encontramos ya en el corazón de la cuestión que nos ocupa: relacionar los conceptos de «buena administración» y «política exterior» a tenor del bloque normativo y la doctrina anteriormente analizada.

Antes de comenzar, resulta necesario examinar las siguientes cuestiones previas:

1. La buena administración tal y como se encuentra positivizada en nuestro ordenamiento, solo se refiere a las actuaciones de las Administraciones, aunque ciertos autores señalan que se debería aplicar a toda manifestación de poder llevada a cabo tanto por el Gobierno como por la Administración[47].

2. Los actos concernientes a la política exterior son actos de gobierno, actos políticos. El art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa otorga al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con, entre otros, «[…] la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno, cualquier que fuese la naturaleza de dichos actos».

3. El art. 35 de la LPAC, antes referido, se refiere a la obligatoriedad de motivación de actos administrativos. Por tanto, cuando el Gobierno, en su faceta administrativa, emite un acto, este debe contener el elemento reglado de la motivación.

Dicho esto, planteamos aquí el debate sobre la sujeción a control judicial de los actos de gobierno, refiriéndonos en este caso a la protección diplomática y a la luz de la reciente, y bastante novedosa en su contenido, STS 998/2021[48], asunto *Couso*[49].

---

[47] Rodríguez Arana (2013: 40).

[48] STS 998/2021, de 9 de julio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3026.

[49] La reciente secuencia de acontecimientos viene reflejada en los Antecedentes de la citada Sentencia. Muy brevemente. En el año 2003, el periodista español José Couso se encontraba

La sentencia desestima el recurso de casación contra la SAN 4391/2019[50], y, como veremos a continuación, parece abrir la puerta a la aplicación del derecho a una buena administración a la protección diplomática, al convertir a esta última en una decisión administrativa, y no política.

No es baladí la categorización de la acción del Gobierno, puesto que la motivación, en caso de que el acto fuese gubernamental o político, no sería un elemento reglado controlable por los jueces y estaría, por tanto, exento de ulterior responsabilidad patrimonial en caso de faltar la primera.

La sentencia confirmatoria se aleja de las dos características que, hasta entonces y como antes hemos señalado, los tribunales españoles habían conferido a la protección diplomática —su carácter discrecional y la exigencia de un nexo de causalidad— abriendo la puerta a una posible judicialización del acto de la política exterior.

El fallo de la sentencia de la AN es del tipo condenatorio, puesto que la Sala en primera instancia obliga —y más tarde confirma el TS— al Estado a resarcir a la familia del periodista con una cantidad dineraria en concepto de indemnización por la *falta* de ejercicio de la protección diplomática[51].

Ahora bien, el TS difiere enormemente en la *ratio decidendi* de lo sostenido por la AN[52]. Este desplazamiento argumentativo no es en absoluto inane a la hora de encarar las consecuencias prácticas que estas decisiones judiciales pueden llegar a suponer.

La *ratio decidendi* del TS para motivar su sentencia resarcitoria convierte a la protección diplomática en una decisión administrativa, elevándola incluso a la categoría de servicio público.

Así, en su FJ 2.º, comienza señalando lo siguiente: «Lo que se nos impone en este recurso es determinar si puede considerarse la protección diplomática un auténtico servicio público que deba prestar la

---

en Bagdad, cubriendo la invasión estadounidense de la capital de Irak. Por recomendación del ejército norteamericano, los periodistas internacionales, incluido Couso, se alojaban en el Hotel Palestina. El 8 de abril de ese mismo año, un tanque estadounidense disparó sobre el hotel, causando la muerte del periodista español. Ciertos grupos civiles y políticos realizaron múltiples peticiones al Gobierno con el objetivo de que ejerciera protección diplomática a favor de la familia de Couso, de manera que el Estado español solicitara al estadounidense información más exhaustiva sobre lo ocurrido y, en su caso, responsabilidad por los daños causados.

[50] SAN 4391/2019, de 11 de diciembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4391.

[51] Es conveniente señalar que la indemnización no se concede por la muerte del periodista, sino por la falta de ejercicio de protección diplomática.

[52] Aunque no procede en este momento realizar un análisis detallado de la sentencia de la Audiencia Nacional, podemos indicar muy someramente que la Audiencia Nacional se apoyó principalmente en el hecho de que se había producido un reparto de las cargas sociales manifiestamente desigual.

Administración del Estado —que es la que tiene asumida la política exterior, conforme se dispone en el art. 97 de la Constitución».

Nos resulta llamativo el uso del término «Administración del Estado» en vez de Gobierno —que es lo que señala el art. 97 CE—, pareciendo ya desdibujar la línea que separa la actividad administrativa del Gobierno de la puramente política.

La Sala es consciente de que la protección diplomática es una potestad del Gobierno («la mención es relevante porque pone de manifiesto que la protección diplomática en nuestro Derecho era un asunto del Gobierno, a quien corresponde su ejercicio»[53]) y, sin embargo, elige señalar que la política exterior es ejercida por la Administración del Estado.

Por tanto, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿Se trataría, simplemente, de una desafortunada elección de palabras y donde se dice Administración del Estado hemos de leer o interpretar Gobierno?

Un análisis algo más profundo de la sentencia revela que no parece ser un error semántico, y es que el TS, en múltiples ocasiones, considera el ejercicio de protección diplomática una actividad administrativa, y, con ello, condena al Gobierno por la falta de motivación y la pérdida de oportunidad que esta generó en los demandantes.

Así, se señala que:

> […] se necesitarían poderosos argumentos para justificar que, concurriendo los presupuestos de ese derecho a la protección diplomática, el Estado no lo ejerciera, y grandes razones de motivación serían necesarios frente a sus ciudadanos para hacer dejación de tal mecanismo jurídico[54].

Posteriormente:

> […] esa potestad administrativa discrecional debe obedecer a las exigencias que impone nuestro Derecho interno para el ejercicio de dichas potestades, en concreto, la necesidad de motivar la elección de dicho medio, conforme a la regla general que se impone en el art. 35.1.i) de la LPAC[55].

También:

> […] reiterada jurisprudencia de este Tribunal en orden al control de las potestades discrecionales de la Administración, que deberá realizarse por vía de la motivación[56].

---

[53] STS 998/2021, FD. 3.º.
[54] *Ibid.,* FD 4.º.
[55] *Ibid.,* FD 5.º.
[56] *Ibid.,* FD 5.º.

Más aún, el último párrafo de la sentencia señala que:

> La discrecionalidad en nuestro Derecho no comporta una libertad absoluta de la Administración para adoptar una decisión que pudiera incurrir en la arbitrariedad, al apartarse de los fines para los que se confiere esa potestad. De ahí la necesidad de la motivación que, habiéndose omitido, genera el funcionamiento de los servicios públicos, generando el daño que no es el ocasionado por el fallecimiento del padre y esposo, sino la pérdida de oportunidad de que estos hubiesen obtenido la reparación del daño ocasionado[57].

Así pues, el Tribunal avala la defensa forense realizada por parte de la familia Couso, cuya base jurídica viene recogida en la denominada pérdida de oportunidad ocasionada por el no ejercicio de la protección diplomática. Como ya señalamos anteriormente, y siguiendo a la abogada general Kokott, el derecho a una defensa adecuada, ligada necesariamente al conocimiento exacto de los motivos que impulsaron a la administración a decidir, es una de las vertientes del derecho a una buena administración.

El TS no desconoce que la protección diplomática es un elemento propio de la política exterior y, sin embargo, exige una motivación por la falta de su ejercicio. Hace suyas las palabras de la sentencia recurrida en casación, «Por más que el control de la actuación discrecional revista caracteres y límites específicos, es precisamente la motivación del acto uno de los elementos sobre los que puede gravitar el control jurisdiccional de la discrecionalidad»[58].

Adicionalmente, sobre toda la sentencia parece sobrevolar la idea de la buena administración, realizando el Tribunal Supremo alusiones constantes que recuerdan a lo anteriormente expuesto sobre el citado término.

Por un lado, porque la Sala se apoya en todos los artículos de los que, como la misma había señalado en jurisprudencia pasada, se infiere el derecho a una buena administración. Por otro, porque afirma que la protección diplomática es una función de la Administración y le aplica exigencias propias del derecho a una buena administración. Por último, porque la sentencia elige recordar que la acción exterior ha de orientarse a la prestación de un servicio público de calidad.

La Sala acaba fallando que no ha lugar al recurso de casación, y confirma que la falta de motivación del —en el parecer de la Sala— acto administrativo produjo una pérdida de oportunidad indemnizable.

Lo cierto es que no podemos olvidar la clara influencia que tuvo en ambos tribunales el hecho de que el bien jurídico vulnerado en origen

---

[57] *Ibid.,* FD 7.º.

[58] SAN 4391/2019, FD 15.º.

fuera la vida e, incluso —como señala la Audiencia—, la libertad de prensa[59]. Es probable que precisamente la relevante naturaleza del primero, así como la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y el cada vez mayor control ejercido sobre las potestades discrecionales, condujera a las respectivas Salas a entender que, en estos casos, los actos del Gobierno debían considerarse de la Administración para así poder someterlos a un mayor control. En un intento de frenar la interdicción de la arbitrariedad y garantizar la protección de los derechos fundamentales, el TS podría haber comenzado a administrativizar una de las facultades más políticas del Estado.

Ahora bien, lo cierto es que la Sala en ningún momento señala que estas sean las razones que han podido fundamentar este criterio tan peculiar.

Quizás el TS podría haber alcanzado un resultado similar si hubiera acudido a la posible aplicación directa del derecho a la buena administración —recordemos que ya lo ha aplicado con anterioridad y lo entiende incluido en ciertos preceptos constitucionales— o, incluso, del principio de buena administración.

De esta manera, se podría haber argumentado que este principio exige una motivación, entre otras cosas, y que su ausencia causa una pérdida de oportunidad indemnizable sin haber tenido que recurrir a la conversión de la protección diplomática en servicio público. O, incluso, que se ha producido un reparto manifiestamente desigual de las cargas sociales que activa el deber de diligencia derivado del principio de buena administración, y que a su vez genera un deber de indemnización a los perjudicados.

Lo cierto es que la consideración de la protección diplomática como servicio público abre la puerta a la aplicación del derecho a una buena administración —y de todos los derechos incluidos en él— en todas sus facetas. Quizás, la más importante y la que cambiaría por completo la tradicional institución de la protección diplomática: el derecho a ser oído. Uno de los elementos más importantes, y más criticados, de la protección diplomática era, precisamente, que el individuo no puede ni exigir ni, tan siquiera, protestar, en el procedimiento de toma de decisión para el ejercicio, o no, de la protección diplomática. Con esta nueva configuración se permite que el particular pueda intervenir en la toma de decisión concerniente a la protección diplomática.

Esto implicaría que todos los derechos contenidos en el derecho de buena administración, —incluido, a su vez, en los artículos individuali-

[59] Así, la AN señala que «se afectaba a un bien jurídico de primer orden como es el derecho a la vida, de manera que si, como hemos dejado expuesto, uno de los cometidos esenciales del Estado es la protección de sus nacionales, la obligación del Estado a dispensar dicha protección alcanzaría grado superlativo». *Vid.* SAN 4391/2019, FD 14.º.

zados por el TS— serían exigibles, produciéndose un muy significativo cambio a la hora de proceder en la toma de decisiones de un sector de la política tan relevante como es la acción exterior del Estado.

6. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, podemos realizar las siguientes conclusiones:

1. Buena administración y política exterior son dos conceptos abstractos y de compleja simbiosis jurídica. La posible aplicación de buena administración como derecho, debe necesariamente llevar intrínseco un deber de motivación suficiente.

2. La política exterior es un pilar fundamental en un Estado, y las decisiones tomadas en su contexto tienen la capacidad de afectar, directa o indirectamente, en la esfera privada del particular.

3. La buena administración, en su doble vertiente de principio y derecho, ha comenzado a irrumpir en los tribunales de los Estados miembros, ya sea a través de su aplicación directa, ya sea entendiéndose incluida en preceptos del ordenamiento jurídico nacional. En el caso de España, el TS viene entendiéndola incluida en los arts. 9.3, 103 y 106 de la Constitución Española, así como en el art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4. La nueva configuración de la protección diplomática como servicio público realizada en la STS 998/2021, de 9 de julio de 2021, abre la puerta a la exigencia de todos aquellos derechos incluidos dentro del derecho a una buena administración, incluidos el derecho a una motivación suficiente y a ser oído, alterando completamente la naturaleza de la institución y dando pie la posibilidad de futuras reclamaciones indemnizatorias similares a la concedida en el asunto *Couso*.

7. BIBLIOGRAFÍA

Craig, P. (2021). «Article 41. The Right to Good Administration». En S. Peers, T. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, pp. 1125-1151. Oxford: Hart Publishing.

De Vattel, E. (1758). *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle.* Washington D. C.: Carnegie Institution.

Díaz Barrado, C. M. (2016). «La protección diplomática en el Derecho internacional contemporáneo: cuestiones generales». *Anuario de Derecho Diplomático y Consular*, 1, pp. 163-182.

Dugard, J. (2013). «Artículos sobre protección diplomática». *United Nations Audiovisual Library of International Law*.

Fernández Farreres, G. (2023). «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo». *Revista española de derecho administrativo*, 230, pp. 11-34.

Hofmann, H. C. H. y Mihaescu, B. (2013). «The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case». *European Constitutional Law Review*, 9, pp. 73-101.

Kristjánsdóttir, M. V. (2013). «Good Administration as a Fundamental Right». *Icelandic Review of Politics and Administration*, 9(1), 237-255.

Marcos Martínez, E. (2023). «Privacidad y proceso penal: el impacto de la era digital en el proceso». En Nicolás García, J. N., Sigüenza López, J. y Giner Alegría, C. A. (dirs.), *Estudios jurídicos y criminológicos: Homenaje a Juan José Nicolás Guardiola,* pp. 363-377. Cizur Menor: Aranzadi.

Ponce Solé, J. (2023). «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos». *Revista de Administración Pública*, 221, pp. 163-182.

Rodríguez-Arana, J. (2013). «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa». *Revista Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, 6(6), pp. 23-56.

Vázquez Rodríguez, B. (2020). «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado: a propósito del asunto Couso». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 39.

Viñuales Ferreiro, S. (2014). «La constitucionalización del derecho a una buena administración en la UE: ¿Nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?» *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 27, pp. 321-340.

PARTE SEGUNDA
LIBERTADES

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 107-134
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/04*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

DILIGENCIA DEBIDA PARA UN MERCADO MÁS JUSTO Y SOSTENIBLE: GOBERNANZA RESPONSABLE

Pablo Tortajada Chardí

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea se encuentra en un punto de inflexión en su camino hacia un mercado más justo y sostenible. En este contexto, la reciente Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (en adelante Directiva de diligencia debida, Directiva 2024/1760 o CS3D), se presenta como un instrumento clave para armonizar dos derechos fundamentales, a veces percibidos como contrapuestos: la libertad de empresa y la protección del medio ambiente. Este estudio se centra en el análisis de la Directiva como catalizador de dicha armonización, donde se examina cómo busca integrar la sostenibilidad en la gestión empresarial, sin menoscabar la esencia de la libertad de empresa consagrada en el art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE o la Carta), a la vez que da cumplimiento al mandato de la protección al medio ambiente, recogido en el art. 37 de la Carta.

En el marco actual, el cambio hacia un modelo más justo y sostenible en la Unión Europa es una necesidad imperiosa, donde las empresas y el legislador juegan un papel fundamental en el que se requiere la aplicación de amplios procesos de mitigación de los efectos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente en las cadenas de valor de las empresas, la integración de la sostenibilidad en los sistemas

de gestión, gobernanza empresarial y la definición de las decisiones empresariales en término de derechos humanos, impacto climático y medioambiental, con un fomento sólido de una competencia leal y una mayor transparencia.

En el estudio se realiza un análisis de la Directiva y su marco normativo, considerando los avances llevados a cabo para la implementación de esta junto su impacto en la protección de los derechos fundamentales, donde se vislumbra cómo la Directiva contribuye principalmente a la armonización de la libertad de empresa y la protección del medio ambiente, promoviendo prácticas empresariales sostenibles y responsables.

La Directiva de Diligencia Debida en materia de sostenibilidad representa un hito en el compromiso de la Unión Europa con la sostenibilidad corporativa, al establecer un marco legal, más allá del derecho blando, que obliga a las empresas a adoptar un enfoque proactivo en la identificación, prevención y mitigación de los riesgos ambientales (Embid, 2023b: 47), avanza el rumbo que adoptará la política legislativa en materia de responsabilidad social corporativa y sostenibilidad, y aclara que pese a la existencia hasta la fecha y la preeminencia del derecho blando o *soft law*, todo apunta a un aumento del derecho firme, o *hard law*, dada la sensibilidad social y la consiguiente juridificación de ciertos aspectos relativos a la actividad de las empresas en su interacción con los ciudadanos. Dentro de las recomendaciones propone continuar otorgando un mayor papel al derecho blando, «mediante la elaboración de códigos singulares de buenas prácticas según el sector empresarial de que se trate», y por tanto «elaborar un conjunto de principios y recomendaciones centrado en los temas propios de Responsabilidad Social Corporativa y sostenibilidad». En este contexto, Bataller (2023: 44) considera que la Responsabilidad Social no puede ser el mero cumplimiento voluntario de las normas, interesando la asunción de compromisos voluntariamente, y reitera que no es un mayor celo en el cumplimiento de la legalidad vigente. Dicha Responsabilidad comienza precisamente donde finaliza el respeto a la legalidad vigente, se trata, por tanto y, en definitiva, de asumir compromisos voluntariamente.

El creciente enfoque en la sostenibilidad ha promovido un tránsito hacia un mayor escrutinio de las cadenas de suministro y las operaciones comerciales, donde las empresas se enfrentan a la creciente presión de los inversores, consumidores y reguladores para que rindan cuentas de su impacto social y ambiental. En este contexto, la diligencia debida se ha convertido en un proceso crucial para que las empresas identifiquen, evalúen y mitiguen los riesgos ESG[1] dentro de sus pro-

[1] Acrónimo en inglés que engloba los factores ambientales, sociales y de gobernanza (ESG en castellano ASG).

pias operaciones y cadenas, donde la inteligencia artificial (IA), con sus avanzadas capacidades de análisis de datos, puede revolucionar el proceso haciéndolo más eficiente y efectivo. Este enfoque enfatiza la necesidad de una gestión empresarial que incorpore consideraciones de sostenibilidad en su núcleo, promoviendo prácticas que vayan más allá del cumplimiento normativo hacia una integración genuina de los principios de sostenibilidad en la estrategia y operaciones de la empresa, lo cual incluye la adopción de medidas para reducir el impacto ambiental, garantizar el respeto de los derechos laborales, los derechos humanos fomentando una cultura corporativa de responsabilidad y transparencia.

Este análisis impulsado por la inteligencia artificial puede ayudar a las empresas a identificar riesgos potenciales de ESG, de manera más eficiente y efectiva de lo que es posible con los métodos tradicionales y por tanto se lleva a cabo el examen de la integración de nuevas tecnologías a los consejos de administración de las empresas junto la responsabilidad derivada al efecto. La implementación efectiva de ambas variables, inteligencia artificial y gobierno corporativo requiere un avance significativo y una modificación en el paradigma empresarial y social actual, por lo que entendemos que el esfuerzo conjunto de las empresas, los reguladores y en general de toda la sociedad, podrá ofrecer resultados ventajosos. Se promueve, por tanto, un enfoque de trabajo e interactividad con el fin de llevar a cabo una evaluación de los impactos ambientales y sociales, junto con la orientación clara del legislador de facilitar el proceso que beneficia a las empresas, sin olvidar la patente defensa de los derechos fundamentales recogidos en la Carta.

Acometemos por ello el examen a través de una metodología cualitativa, enfocada en el análisis jurídico en el ámbito del derecho mercantil, con la revisión de la reciente Directiva de diligencia debida y marco regulatorio, que incluye la interpretación jurídica de las disposiciones normativas, enfocándonos en las obligaciones legales de las empresas en materia de derechos fundamentales; y destacamos los aspectos principales y las conexiones causales que han dado forma a la normativa actual, con descomposición de las normas y prácticas de diligencia debida en sus elementos constitutivos con el fin de permitir una comprensión integral y detallada de las disposiciones normativas. Junto a ello, se analiza las implicaciones de la inteligencia artificial y el gobierno corporativo en la gestión de los riesgos ambientales y derechos humanos, así como la importancia de la cooperación entre los diferentes actores involucrados para garantizar una aplicación efectiva de la Directiva.

A través del meritado análisis jurídico y tomando como base la propia Directiva y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, se pretende arrojar luz sobre el impacto y la interacción que la Directiva puede tener en la construcción de un mercado más justo y sostenible

dentro de la Unión Europea, impulsando un cambio hacia un modelo donde las empresas no solo operen en el mercado, sino que lo hagan de manera responsable, transparente y sostenible.

2. LA DIRECTIVA SOBRE DILIGENCIA DEBIDA: UN INSTRUMENTO CLAVE PARA LA SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

2.1. Evolución y marco normativo

La Directiva sobre diligencia debida corporativa en cuestiones de sostenibilidad es resultado del proceso legislativo de la Unión Europea y es el resultado de un esfuerzo conjunto que sienta las bases para futuras políticas de sostenibilidad en este ámbito. Incluye la necesidad de desarrollar requisitos de diligencia debida para asegurar que las actividades empresariales sean sostenibles y responsables[2]. Ello no puede obviar sus inicios, con la presentación del Pacto Verde Europeo[3], por el cual se lleva a cabo el establecimiento de una hoja de ruta con la finalidad de que la UE se convierta en la primera economía climáticamente neutra de aquí a 2050. En enero de 2020, la Comisión Europea publica una comunicación sobre el Plan de Acción de Finanzas Sostenibles[4], donde se destaca la necesidad de que las empresas consideren los riesgos de sostenibilidad en su toma de decisiones. Posteriormente la Comisión Europea publica un estudio titulado «Study on due diligence requirements through the supply chain»[5], destinado a evaluar las necesidades y requisitos de diligencia debida[6] en las cadenas de suministro. Entre los principales hallazgos y propuestas se destacó la necesidad de una legislación a nivel de la UE para estandarizar las prácticas de diligencia debida, argumentando que la carencia de un marco común llega a generar desigualdades y dificulta la transparencia en las cadenas. Entre otras disposiciones, se destaca cómo la implementación de prácticas unificadas de diligencia debida puede beneficiar a las em-

---

[2] Comisión Europea (2018).

[3] Comisión Europea (2019).

[4] Comisión Europea (2020a).

[5] Comisión Europea (2020b).

[6] Significar que el concepto de diligencia debida en materia de derechos humanos se detalló y expandió en las líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE (2018), Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable, disponible en: *https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf*, que incluyeron cuestiones medioambientales y de gobernanza. La Guía de la OCDE para una conducta empresarial responsable y las guías sectoriales proporcionan marcos reconocidos internacionalmente, donde establecen medidas prácticas de diligencia debida para ayudar a las empresas a identificar, prevenir y mitigar las repercusiones reales y potenciales en sus operaciones, cadenas de suministro y otras relaciones comerciales, y a informar sobre cómo las gestionan.

presas al reducir el riesgo y mejorar la reputación, así como beneficiar a los consumidores al garantizar productos y servicios más sostenibles y éticos. En última instancia, proporciona una serie de recomendaciones concretas para el desarrollo de políticas, incluida la necesidad de establecer obligaciones legales claras para las empresas junto con mecanismos efectivos de supervisión y cumplimiento.

En el Reglamento (UE) 2021/1119, la Unión Europea se comprometió jurídicamente a alcanzar la neutralidad climática para 2050 y a reducir las emisiones en al menos un 55 por 100 para 2030. El 17 de septiembre de 2020, la Comisión Europea publicó el Plan del Objetivo Climático para 2030, que detalla reducciones de emisiones por sector económico, subrayando la necesidad de cambios en la gobernanza empresarial para priorizar la sostenibilidad[7]. La Comunicación de la Comisión sobre el Pacto Verde Europeo establece, por tanto, que todas las políticas de la UE deben contribuir a una transición justa hacia un futuro sostenible, que viene a reforzarse por la Decisión (UE) 2022/591[8] en cuanto al marco para acelerar la transición ecológica.

En este contexto, en las conclusiones del Consejo de 1 de diciembre de 2020, se pidió a la Comisión un marco jurídico para la gobernanza empresarial sostenible. Al día siguiente, el Parlamento Europeo solicitó la clarificación de las obligaciones de los administradores. Posteriormente el 10 de marzo de 2021, el Parlamento Europeo recomendó a la Comisión establecer obligaciones de diligencia debida para las empresas, incluyendo responsabilidad civil por daños[9]. A continuación, en la Declaración conjunta del 21 de diciembre de 2021, las instituciones de la UE se comprometieron a mejorar la gobernanza empresarial sostenible[10].

Es en fecha 23 de febrero de 2022, cuando la Comisión Europea presenta oficialmente la propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida de Sostenibilidad Corporativa (COM (2022) 71 final), que establece requisitos para que las empresas identifiquen, prevengan y mitiguen los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente[11],

---

[7] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: Invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficio de nuestros ciudadanos». COM (2020) 562 final.

[8] Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de abril de 2022, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030.

[9] Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

[10] Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea Prioridades legislativas de la UE para 2022 (2021/C 514 I/01).

[11] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, 2022/0051(COD).

continuando con el proceso legislativo. Posteriormente y tras sucesivos debates y negociaciones en el Consejo y el Parlamento Europeo, culminan en la adopción de la posición del Consejo el 1 de diciembre de 2022, adoptando su orientación general sobre la propuesta. A continuación, el 14 de diciembre de 2023 el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo provisional sobre la Directiva, que tras celebrar negociaciones interinstitucionales (triálogos) entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento para reconciliar las diferencias entre las versiones de la Directiva, alcanzan un acuerdo provisional. Finalmente, el 24 de mayo de 2024, el Consejo de la Unión Europea dio su aprobación definitiva a la Directiva, y fue el 13 de junio de 2024, cuando el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptan y publican oficialmente la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, cuya entrada en vigor se produce a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea[12], concretamente el pasado 25 de julio de 2024.

2.2. Objetivos y alcance de la Directiva

La Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, busca impulsar la sostenibilidad y la responsabilidad empresarial a través de un enfoque responsable y sostenible de las cadenas de valor mundiales y por tanto su objetivo principal es fomentar la sostenibilidad dentro del mercado interior de la Unión Europea (UE). La Directiva busca alcanzar este logro a través de la exigencia a las empresas de una actitud y acción que identifiquen, prevengan, mitiguen y rindan cuentas sobre los impactos negativos de sus operaciones en los derechos humanos y el medio ambiente[13]. En este sentido, resaltar que no se trata simplemente de exigir a las empresas que «identifiquen, prevengan, mitiguen y rindan cuentas», sino que busca un cambio tangible en la forma en que las empresas operan. Los tres objetivos principales por tanto son: la promoción de la gestión sostenible y responsable de las cadenas de suministro, el fomento del respeto de los derechos humanos en las operaciones empresariales y la armonización de los requisitos de diligencia debida en el mercado único, lo que pretende, por tanto, evitar la fragmentación y crear seguridad jurídica.

Este enfoque se encuentra en línea con los valores fundamentales de la UE de un alto nivel de protección, donde se resalta la mejora

---

[12] A tenor de lo dispuesto en el art. 37 de la Directiva 2024/1760, los Estados miembros deben transponerla a más tardar el 26 de julio de 2026, y las normas internas de transposición entrarán en vigor a partir del 26 de julio de 2027, del 26 de julio de 2028 y del 26 de julio de 2029, dependiendo del número de empleados y el volumen de negocios mundial de las empresas a las que se aplica.

[13] Considerando 16 de la Directiva (UE) 2024/1760.

de la calidad del medio ambiente[14], por lo que se basa en un enfoque gradual, con plazos de implementación que varían según el tamaño de la empresa y busca un equilibrio entra la ambición de sus objetivos y la necesidad de minimizar la carga administrativa[15].

La Directiva sobre diligencia debida (CS3D) se complementa con la Directiva de Informes de Sostenibilidad Corporativa (CSRD), que establece requisitos detallados para la elaboración de informes ESG, y juntas, estas directivas crean un marco regulatorio sólido que abarca tanto la gestión de los riesgos ambientales y sociales como la comunicación de esta información a los *stakeholders*, por tanto, esa interrelación es donde se proyectará el marco de un contexto más amplio de políticas europeas para la sostenibilidad, como el Pacto Verde Europeo y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible[16]. Bataller (2022: 1) aduce la esperanza de que, pese a no ser obligatorios, sean adoptados por todos los países, y que estos establezcan marcos nacionales para su consecución.

3. INTEGRACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Armonización de la libertad de empresa junto a la protección del medio ambiente

La integración de la sostenibilidad en el ámbito empresarial debe considerar el delicado equilibrio entre el derecho fundamental de la libertad de empresa y la protección del medio ambiente, dos derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La

---

[14] Cabe resaltar el considerando 2: «En consonancia con el art. 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y la promoción de los valores fundamentales europeos figuran entre las prioridades de la Unión, tal como se establece en la Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2019, sobre el Pacto Verde Europeo. Estos objetivos requieren la participación no solo de autoridades públicas, sino también de agentes privados, especialmente empresas».

[15] Tal y como se dispone en el considerando 20 de la Directiva (UE) 2024/1760: El proceso de diligencia debida establecido en la presente Directiva debe comprender las seis etapas definidas en la Guía para una Conducta Empresarial responsable, que incluye medidas de diligencia debida para que las empresas detecten y aborden los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente. Dicho proceso comprende las siguientes etapas: (1) integrar la diligencia debida en las políticas y los sistemas de gestión; (2) detectar y evaluar los efectos adversos en los derechos humanos y el medio ambiente; (3) prevenir, interrumpir o minimizar los efectos adversos reales y potenciales en los derechos humanos y el medio ambiente; (4) supervisar y evaluar la eficacia de las medidas; (5) comunicar, y (6) reparar.

[16] De Vivero Porras (2024) expone que la Comisión Europea, en su Comunicación del 22 de noviembre de 2016, enfatizó la sostenibilidad como un distintivo europeo, relacionando los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con el marco de acción de la UE y la implementación de la Agenda 2030, donde se exponen los logros clave a nivel europeo. *Vid*. Comisión Europea (2018).

Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CS3D) busca precisamente este equilibrio, armonizando la actividad empresarial con la responsabilidad ambiental, por lo que en este contexto se reconoce que la libertad de empresa, consagrada en el art. 16 CDFUE, no es absoluta, pues esta libertad debe ejercerse en armonía con la protección del medio ambiente, establecida en el art. 37 CDFUE, garantizando que el crecimiento económico no se produzca a costa de la degradación ambiental.

Para alcanzar este objetivo, la Directiva introduce un enfoque de diligencia debida que obliga a las empresas a identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de su impacto en los derechos humanos y el medio ambiente a lo largo de sus cadenas de valor, y, por tanto, se basa en el análisis de riesgos, la implementación de medidas preventivas y la reparación de daños, buscando un impacto positivo en la sostenibilidad.

Estos derechos, derivados de instrumentos internacionales como los promulgados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), abarcan aspectos como los derechos laborales, el derecho a un medio ambiente sano y los derechos de las comunidades[17].

En cuanto a los derechos laborales, la Directiva busca erradicar el trabajo infantil, el trabajo forzoso y la explotación laboral en las cadenas de suministro, promueve salarios dignos y condiciones laborales justas para todos los trabajadores, independientemente de su ubicación geográfica, lo que va a evidenciar una mejora, no solo en la calidad de vida de los trabajadores, sino que también contribuirá a la estabilidad social y económica en las regiones donde operan las empresas. Asimismo, la Directiva reconoce la importancia de proteger los derechos de las comunidades locales que pueden verse afectadas por la actividad empresarial, como el derecho al agua, a la salud y a un medio ambiente saludable.

El derecho y la protección del medio ambiente es otro pilar fundamental de la CS3D, donde las empresas deben evaluar y gestionar su impacto ambiental, incluyendo las emisiones de gases de efecto invernadero, la gestión de residuos y el consumo de recursos. Se fomenta la transición hacia una economía baja en carbono, en línea con el Acuerdo de París[18], y, por ende, ello implica la adopción de tecnologías limpias, la mejora de la eficiencia energética y la reducción de la huella de car-

---

[17] Considerandos 32 y 33 de la Directiva (UE) 2024/1760.

[18] Con la finalidad de abordar el cambio climático y negativos impactos que conlleva, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), en París, se reunieron los líderes mundiales, donde realizaron un avance más el 12 de diciembre de 2015 con el histórico Acuerdo de París. Disponible en: *https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf.*

bono, con la implementación de prácticas sostenibles en la gestión de residuos, promoviendo el reciclaje y la reducción de desechos.

En esta misma línea, y con la finalidad de garantizar la efectiva integración de la sostenibilidad en materia de derechos fundamentales, la CS3D implementa un sistema de debida diligencia que comprende seis etapas fundamentales. En primer lugar, las empresas deben incorporar la diligencia debida en sus políticas, sistemas de gestión y procesos de toma de decisiones, lo cual debe implicar la creación de una cultura empresarial que valore la sostenibilidad y la responsabilidad social. Por tanto, deben desarrollar políticas claras y transparentes que guíen sus operaciones y aseguren que todas las partes interesadas comprendan y respeten los principios de la debida diligencia. En segundo lugar, se deben identificar y evaluar los efectos adversos potenciales y reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente a lo largo de la cadena de valor, lo que va a requerir un análisis exhaustivo de las operaciones de la empresa y sus impactos, utilizando herramientas y metodologías adecuadas para evaluar los riesgos, donde las empresas deben trabajar en estrecha colaboración con sus proveedores y otras partes interesadas para asegurar que se identifiquen todos los posibles impactos adversos[19].

En tercer lugar, se deben implementar medidas para prevenir, mitigar o eliminar los efectos adversos identificados, lo que puede incluir la adopción de tecnologías limpias, la mejora de las condiciones laborales, la implementación de programas de capacitación y la promoción de prácticas sostenibles en toda la cadena de valor. En cuarto lugar, las empresas deben evaluar periódicamente la eficacia de las medidas implementadas. Esto implica la realización de auditorías y evaluaciones regulares para asegurar que las medidas de prevención y mitigación sean efectivas y que se estén logrando los objetivos de sostenibilidad, y en caso contrario ajustar sus estrategias y planes de acción en función de los resultados de estas evaluaciones.

En quinto lugar, se debe informar públicamente sobre el proceso de diligencia debida y sus resultados, con una base en la transparencia, fundamental para construir la confianza de las partes interesadas y asegurar que las empresas sean responsables de sus acciones, si bien solo se les exige que tomen medidas adecuadas que sean proporcionales al nivel de gravedad y a la posibilidad de producción de efectos (Salas, 2022: 9). Las empresas deben publicar informes detallados sobre sus políticas de sostenibilidad, los resultados de sus evaluaciones de riesgos y las medidas que están tomando para prevenir y mitigar los impactos adversos, por lo que los informes deben ser accesibles y comprensibles para todas las partes interesadas, incluyendo inversores, consumidores, empleados

[19] Navarro Frías (2021).

y comunidades locales (Del Val, 2019: 171). Finalmente, las empresas deben establecer mecanismos para proporcionar reparación por los daños causados por sus operaciones, lo que implica la creación de sistemas de reclamación y reparación que permitan a las personas afectadas obtener justicia y compensación por los daños sufridos, trabajando en estrecha colaboración con las autoridades y otras partes interesadas para asegurar que los mecanismos de reparación sean justos y efectivos.

Es incuestionable que la adopción de prácticas sostenibles mejorará la reputación de la empresa, atraerá inversión responsable, fortalecerá las relaciones con los grupos de interés y aumentará la competitividad a largo plazo por lo que las empresas que demuestren un compromiso patente con la sostenibilidad y la responsabilidad social pueden diferenciarse en el mercado y ganar la lealtad de los consumidores y otras partes interesadas, por lo que en este sentido debemos huir de la idea de que es solo una responsabilidad ética y legal, pues se produce una apertura de mayores oportunidades para las empresas de innovar, crecer y prosperar en un escenario creciente y consciente de los desafíos ambientales y sociales.

3.2. Promoción de la transparencia y el cumplimiento normativo

En este contexto, resulta de gran interés incidir en la promoción de varios aspectos de la Directiva, en concreto de la transparencia, cumplimiento y competencia, donde se debe establecer la necesidad de un campo de juego nivelado para todas las empresas. La Directiva asegura que todas las empresas cumplan con los mismos estándares de sostenibilidad lo que evitará que las empresas que no respetan los principios de responsabilidad y sostenibilidad obtengan una ventaja injusta en el mercado.

La Directiva sobre la diligencia debida (CS3D) fomenta una cultura de responsabilidad y transparencia corporativa, al requerir que las empresas implementen políticas y procedimientos de diligencia debida, asegura que sean proactivas en la identificación y gestión de riesgos relacionados con los derechos humanos y el medio ambiente. Esta cultura se ve reforzada por un marco riguroso de sanciones para quienes no cumplan con las normativas establecidas.

Sin embargo, debemos resaltar de forma negativa, en lo que respecta a los deberes de los administradores, que se ha producido la eliminación de los arts. 25 y 26 en la versión final de la Directiva[20],

[20] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, Bruselas, 23.2.2022 COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD).

lo que evidencia un retroceso en comparación con la solución definitiva, que no perjudica la aplicabilidad de las reglas y de los preceptos legales consagrados en la legislación de los Estados miembros, sobre los deberes de los administradores (Morais, 2023: 1476), pues los administradores deben cumplir con las normativas nacionales y asegurar la implementación de políticas de sostenibilidad para evitar sanciones.

Las sanciones por incumplimiento pueden incluir multas significativas, restricciones operativas y, en casos graves, la prohibición de participar en licitaciones públicas. Estas medidas están diseñadas para ser lo suficientemente disuasorias como para motivar a las empresas a ser proactivas en la gestión de sus riesgos.

La transparencia, impregnada en los procesos de divulgación de información financiera, que produjeron las diversas modificaciones legislativas[21], en la actualidad conforme a la Directiva (UE) 2014/95, permite a los consumidores, inversores y otras partes interesadas evaluar el desempeño de las empresas y fomenta una mayor rendición de cuentas, dado que obliga a las empresas a publicar informes detallados sobre sus políticas de sostenibilidad, riesgos identificados y medidas adoptadas para gestionarlos, donde la disponibilidad de esta información permite a la sociedad civil y otros interesados monitorear el cumplimiento y presionar a las empresas para que mejoren sus prácticas.

La divulgación de información no financiera facilita la supervisión por parte de las autoridades regulatorias, creando un entorno en el que las empresas deben ser transparentes sobre sus prácticas y resultados, lo que incardina un aumento de la presión sobre las empresas para que cumplan con sus obligaciones y empodera a los consumidores y a la sociedad civil para que tomen decisiones informadas, donde la colaboración con la autoridad supervisora es fundamental para el éxito de la CS3D. En este sentido, resaltar que las autoridades supervisores, designadas por los Estados miembros, tienen el mandato de monitorear el cumplimiento de la Directiva, investigar posibles violaciones y aplicar las sanciones correspondientes, pues la meritada colaboración con las autoridades no solo actúa como un mecanismo de control, sino también como un apoyo para que las empresas implementen sus políticas de diligencia debida. Esta relación de colaboración puede ayudar a las

[21] Debe traerse a colación la Directiva sobre la presentación de información no financiera y diversidad (2014/95/UE), también conocida como la Directiva NFR (Non-Financial Reporting), que establecía los requisitos para que las grandes empresas divulgaran información sobre políticas, riesgos y resultados en materia ambiental, social y de derechos humanos, así como de anticorrupción y soborno y que fue adoptada el 22 de octubre de 2014. Con posterioridad se actualiza casi una década después mediante la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento de 14 de diciembre de 2022, por la que se modifican el Reglamento (UE) 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, tiene como objetivo aumentar la transparencia y fomentar prácticas empresariales responsables.

empresas a entender mejor sus obligaciones, identificar áreas de mejora y adoptar mejores prácticas. Asimismo, las empresas que demuestran un compromiso genuino con la diligencia debida y la transparencia, y que cooperan activamente con las autoridades, pueden ser vistas más favorablemente en caso de incidentes, lo cual mitiga los riesgos de sanciones severas y protege la reputación de la empresa.

Es patente que la implementación de políticas de diligencia debida y la colaboración con las autoridades supervisoras también pueden tener beneficios tangibles para las empresas, al identificar y gestionar los riesgos de manera proactiva, pueden prevenir incidentes costosos y daños a su reputación. La transparencia y la rendición de cuentas pueden fortalecer la confianza y lealtad de los consumidores, atraer inversiones responsables y mejorar las relaciones con los empleados y otras partes interesadas. En este contexto, la CS3D no solo impone obligaciones, sino que también ofrece una oportunidad para que las empresas se distingan como líderes en sostenibilidad y responsabilidad corporativa.

La adopción de prácticas de diligencia debida y la colaboración con las autoridades supervisores pueden convertirse en un diferencial competitivo, posicionando a las empresas como actores responsables y comprometidos con un desarrollo sostenible y ético. La cultura de responsabilidad y transparencia promovida por la CS3D también tiene implicaciones a largo plazo para el mercado global. A medida que más empresas adopten estas prácticas, se elevarán los estándares de sostenibilidad y responsabilidad corporativa a nivel mundial, ello no solo beneficia a las empresas que operan en la UE, sino que también establece un precedente para otras regiones y mercados.

En suma, la CS3D establece un marco robusto de sanciones para asegurar el cumplimiento de las normativas de diligencia debida, promoviendo una cultura de responsabilidad y transparencia corporativa. La colaboración con la autoridad supervisora es fundamental para el éxito de la Directiva, creando un entorno de confianza y cumplimiento que beneficia tanto a las empresas como a la sociedad en general. Al implementar políticas de diligencia debida y colaborar activamente con las autoridades, las empresas no solo cumplen con sus obligaciones legales, sino que también se posicionan como líderes en sostenibilidad y responsabilidad corporativa, contribuyendo a un mercado más justo y sostenible. La transparencia y la rendición de cuentas, facilitadas por la divulgación de información no financiera, son elementos clave en este proceso, empoderando a los consumidores y a la sociedad civil para exigir comportamientos responsables y promover un desarrollo sostenible y ético en el ámbito empresarial.

La CS3D reconoce que la supervisión y la participación de la sociedad civil son esenciales para garantizar que las empresas cumplan

con sus obligaciones de diligencia debida y sostenibilidad. Las ONG, sindicatos y grupos comunitarios pueden actuar como vigilantes y defensores de los derechos humanos y ambientales, proporcionando una perspectiva externa que complementa los esfuerzos de las autoridades reguladoras y las propias empresas. Estas organizaciones están en una posición única para identificar y denunciar violaciones de derechos, debido a su cercanía con las comunidades afectadas y su experiencia en temas de derechos humanos y ambientales, en virtud de ello, se promueve por tanto la transparencia al exigir a las empresas que publiquen informes detallados sobre sus prácticas de diligencia debida, incluyendo las medidas adoptadas para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos.

3.3. Eficiencia en la reducción del impacto ambiental

La Directiva será efectiva en la reducción del impacto ambiental de las actividades empresariales al obligar a las empresas a adoptar medidas específicas para minimizar su huella ambiental, y por tanto, contribuir significativamente a la lucha contra el cambio climático y la preservación de los recursos naturales, por lo que no solo impone la regulación de obligaciones, sino que también incentiva a las empresas a integrar tecnologías limpias y prácticas sostenibles en sus operaciones diarias, debemos abandonar el pensamiento de encontrarnos ante la filantropía por delegación (Alfaro, 2016) encubriendo actividades que nada tienen que ver con la responsabilidad social para beneficiar la reputación de la empresa, y promoviendo una verdadera eficacia en las políticas y reducción del impacto ambiental.

La adopción de estas medidas no solo protege el medio ambiente, sino que también puede generar beneficios económicos a largo plazo, como la implementación de tecnologías eficientes en el uso de energía y agua que reducirán significativamente los costos operativos. Las inversiones iniciales en tecnologías limpias suelen ser compensadas por los ahorros a largo plazo que resultan de una mayor eficiencia y menores gastos en recursos.

La integración de tecnologías limpias es un componente crucial de este enfoque, donde las empresas están siendo impulsadas a invertir en innovaciones que les permitan reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, gestionar mejor sus residuos y utilizar los recursos de manera más eficiente.

En este orden, la Directiva fomenta la adopción de prácticas sostenibles, como la economía circular, que promueve el uso eficiente y sostenible de los recursos mediante el reciclaje, la reutilización y la reducción de residuos. Este enfoque no solo beneficia al medio ambiente, sino que también puede abrir nuevas oportunidades de negocio

y fomentar la innovación, por lo que quien adopte y se adapte a la economía circular puede encontrar nuevas formas de reutilizar materiales y reducir el desperdicio, lo que puede resultar en la creación de productos más sostenibles y la reducción de los costos de producción.

La diligencia debida también desempeña un papel vital en la gestión de riesgos ambientales, por lo que las empresas que implementan políticas de diligencia debida están mejor equipadas para identificar y gestionar los riesgos ambientales de manera proactiva. Ello conlleva realizar evaluaciones de impacto ambiental detalladas y continuas, lo que permite a las empresas anticipar y mitigar posibles problemas antes de que se conviertan en crisis, evitando sanciones regulatorias, litigios y daños a la reputación, pues se verá beneficiada de forma significativa, por lo que una reputación sólida en sostenibilidad puede atraer a consumidores, inversores y talentos que valoran la responsabilidad ambiental, lo que puede traducirse en mayores ventas, mejores condiciones de financiación y una mayor retención de empleados, y por ende, permite operar de manera más eficiente y responsable en un mercado global cada vez más enfocado en la sostenibilidad.

3.4. Sostenibilidad inteligente

La integración de la inteligencia artificial (IA) en las estrategias de gobernanza y sostenibilidad empresarial presenta congruencias significativas para mejorar la eficiencia operativa y reducir el impacto ambiental. En la era digital, la IA permite la automatización de procesos y la optimización del uso de recursos, donde algoritmos de IA pueden ajustar en tiempo real el consumo energético en fábricas y edificios, basándose en datos de consumo y condiciones ambientales, reduciendo así las emisiones de carbono, esencial para la sostenibilidad (Guamán, 2021: 109) y para solidificar una inversión sostenible, que tiene en cuenta cuestiones ambientales y sociales en la decisión de inversión.

El sistema permite el análisis de grandes volúmenes de datos para mejorar la gestión de recursos naturales, como agua y materias primas, promoviendo un uso más eficiente y sostenible. En la agricultura, a modo de ejemplo ilustrativo, la IA se utiliza para la agricultura de precisión, donde los datos sobre el clima, el suelo y los cultivos optimizan el uso de fertilizantes y agua, reduciendo el impacto ambiental, donde el enfoque no solo mejora la sostenibilidad, sino que también aumenta la productividad y reduce costos.

En cuanto a la gobernanza corporativa, es necesario que las empresas desarrollen políticas de sostenibilidad que integren el uso de IA para asegurar que todas las decisiones estratégicas consideren el impacto ambiental y social. Las empresas deban crear comités de sostenibilidad y tecnología en los consejos de administración para supervisar la imple-

mentación y el progreso de estas políticas, por lo que pueden garantizar que las prácticas empresariales estén alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas y las normativas medioambientales internacionales.

Como continuación de la transparencia y la rendición de cuentas, en este contexto cabe resaltar que las empresas deben implementar sistemas de reporte y auditoría que utilicen IA para monitorear el cumplimiento de las metas de sostenibilidad y la adherencia a las regulaciones ambientales. Es importante recordar que la Directiva de Información No Financiera[22] exige a las grandes empresas publicar información sobre cómo operan y gestionan los desafíos sociales y ambientales, donde esta transparencia permite a los *stakeholders* evaluar el desempeño sostenible de la empresa.

El Reglamento General de Protección de Datos de la UE establece directrices sobre la gestión de datos personales y la transparencia en su uso, lo cual es esencial cuando se implementa IA en la gobernanza, puesto que este sistema debe manejar los datos de manera ética y conforme a la legislación, protegiendo la privacidad de los individuos y evitando el uso indebido de la información.

Sin embargo, la integración de sistemas de IA y sostenibilidad también presenta desafíos, y es necesario desarrollar regulaciones claras que guíen el uso ético de la IA en la sostenibilidad, asegurando que las tecnologías no perpetúen desigualdades o discriminación. La Directiva de Servicios Digitales y el Reglamento sobre IA son pasos importantes hacia la creación de un marco regulatorio que equilibre la innovación con la protección de derechos fundamentales[23].

Al mismo tiempo, la gestión del cambio cultural dentro de las organizaciones es decisiva para adoptar nuevas tecnologías y prácticas sostenibles, con el fin de fomentar una cultura de innovación y sostenibilidad, capacitando a los empleados en el uso de nuevas tecnologías y con la promoción de prácticas empresariales responsables, donde la colaboración entre empresas, gobiernos y sociedad civil resulta esencial para crear un entorno favorable para la innovación sostenible.

---

[22] Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

[23] Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), y Reglamento (UE) 2024/1689 de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

4. GOBERNANZA RESPONSABLE EN LA ERA DIGITAL

4.1. Sistema de gobernanza digital

Dentro de las bondades que entendemos que nos puede ofrecer este cambio de paradigma, la Directiva fomenta la innovación y la mejora continua en la gestión de la sostenibilidad, donde la digitalización e integración de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial en el ámbito empresarial y en concreto en el societario, son un puntal y la base para el progreso y la consecución de los objetivos, donde algún autor (Cohen, 2021: 417) destaca la amplitud y las diversas aplicaciones que se puede conceder al concepto de digitalización referido al Derecho de sociedades, en el que se denomina, digitalización del ordenamiento, a la irrupción en el ámbito jurídico de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (Embid, 2023a: 18).

En este contexto, el ordenamiento jurídico lleva a cabo la protección de los intervinientes, donde se vislumbra una ordenación de las actuaciones que acarrean la adopción de la consideración de una suprema protección de los derechos fundamentales, donde tomará gran relevancia la creación de la autoridad nacional de supervisión (Ríos, 2022: 6), con la finalidad de supervisar el cumplimiento de la legislación nacional de transposición de la directiva. En este ámbito que nos depara la actuación y donde emerge el gobierno corporativo, se presenta la regulación a través de los códigos de buen gobierno[24] y las disposiciones legales (González, 2023: 467). El tránsito desde un primer sistema, de gobierno corporativo, entendido como un «conjunto estructurado de pautas de comportamiento y organizaciones dirigidas, habitualmente, a la función y estructura del consejo de administración, organización y funcionamiento de la junta general, y relaciones con los mercados» (Calvo, 2011:12), hacia un sistema digital, debe guiarse por el umbral y los estándares de diligencia propio del derecho mercantil (Embid, 2016: 17), que resultan más exigentes al tener en cuenta elementos profesionales (Ponce, 2019:121), tomando en consideración la experiencia del derecho administrativo respecto a la motivación de las decisiones al interpretar este estándar.

Se presenta un nuevo campo temático, que se llega a calificar como «cibernética corporativa» (Abriani, 2023: 427), que expresa la nueva *governance* de la era algorítmica, donde prima el cambio de modelo donde los sistemas tecnológicos mudan su función tradicional, suce-

[24] A modo de ejemplo, en España el «Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante Código unificado) fue aprobado por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 22 de mayo de 2006, como documento único, junto con las recomendaciones de gobierno corporativo a efectos de lo dispuesto en el apartado 1. *f)* de la disposición primera de la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre».

diendo la intervención humana, donde es preciso señalar del riesgo y la necesidad de adoptar las cautelas necesarias, e incluso se advierte del conflicto de intereses que puede aparecer ante el suministro de datos por ejecutivos que controlan los sistemas y su beneficio podría no coincidir con el de la sociedad.

En este contexto se debe mencionar la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que fomenta la transparencia y la responsabilidad de los administradores y donde, al mejorar el control y la supervisión en la gestión empresarial, complementa las exigencias de la Directiva de diligencia debida, asegurando que las empresas no solo cumplan con sus obligaciones legales, sino que también actúen de manera ética y responsable.

Desde este punto de vista, resulta plausible la ayuda que va a prestar a las empresas, una herramienta y tecnología de dicho nivel, que puede ayudar a analizar grandes cantidades de datos, identificar patrones y predecir riesgos, lo que permite una respuesta más rápida y precisa a los problemas.

Entre otras las nuevas herramientas, el *blockchain* (Bednarz, 2020: 3) es otra tecnología emergente que puede fortalecer la gobernanza digital, su capacidad para crear registros inmutables y transparentes es esencial para asegurar la trazabilidad y la verificación en las cadenas de suministro, donde las empresas pueden garantizar que cada paso en la cadena de producción, desde la obtención de materias primas hasta la entrega del producto final, esté documentado y sea verificable, por lo que no solo ayuda a prevenir fraudes y asegurar el cumplimiento de estándares de sostenibilidad, sino que también mejora la confianza de los consumidores y otros interesados en la integridad de los procesos empresariales. La transparencia proporcionada por *blockchain* es particularmente útil en sectores como el alimentario y el textil, donde la procedencia y las condiciones de producción son de gran preocupación para los consumidores.

El *big data*, por su parte, ofrece capacidades de análisis avanzado, las empresas pueden recopilar datos de diversas fuentes, los cuales pueden revelar tendencias y patrones que no serían evidentes de otra manera, permitiendo la toma de decisiones informadas y basadas en datos.

El Internet de las Cosas (IoT) complementa estas tecnologías al proporcionar datos en tiempo real desde el entorno operativo, los dispositivos IoT, pueden monitorear continuamente diversos parámetros ambientales y operativos, como la calidad del aire, el consumo de energía, el uso del agua y las emisiones de gases de efecto invernadero, donde estos datos son cruciales para evaluar el impacto ambiental de las operaciones empresariales y para implementar medidas correctivas cuando sea necesario.

La implementación de un sistema de gobernanza digital robusto puede mejorar la rendición de cuentas y la transparencia, factores cruciales en la sostenibilidad corporativa. Un sistema bien diseñado permite a las empresas rastrear y reportar sus actividades de sostenibilidad de manera precisa y coherente, cumpliendo con las regulaciones y respondiendo a las expectativas de los interesados. La transparencia en las operaciones empresariales no solo aumentará la confianza de los consumidores y las partes interesadas, sino que también facilita el cumplimiento normativo y la gestión de riesgos, la divulgación de información no financiera, como se requiere bajo la Directiva (UE) 2014/95, es un componente clave de este enfoque, permitiendo a las empresas reportar de manera integral sobre sus políticas y prácticas de sostenibilidad.

La integración de estas tecnologías en un sistema de gobernanza digital fomenta la innovación, al utilizar herramientas avanzadas para analizar datos y optimizar procesos, con la posibilidad de identificar nuevas oportunidades para mejorar la sostenibilidad, donde esta capacidad de adaptarse rápidamente a los cambios en el entorno regulatorio y de mercado es una ventaja competitiva importante, especialmente en un mundo donde la sostenibilidad está cada vez más en el centro de las decisiones empresariales y de inversión.

El desarrollo de un sistema de gobernanza digital efectivo también va a requerir un enfoque colaborativo en estrecha colaboración con las autoridades regulatorias, las organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas para asegurar que sus prácticas de sostenibilidad sean transparentes y responsables. Esta colaboración puede incluir la participación en iniciativas de estándares y certificaciones, la contribución a la elaboración de políticas y la adopción de mejores prácticas, con la propuesta de elevar los estándares de sostenibilidad en toda la industria.

Finalmente, la educación y la capacitación son componentes críticos de un sistema de gobernanza digital exitoso, donde las empresas deben invertir en el desarrollo de habilidades digitales entre sus empleados, asegurándose de que comprendan cómo utilizar las nuevas tecnologías para gestionar la sostenibilidad de manera efectiva, y con ello destruir la incapacidad digital, lo que puede incluir formación en análisis de datos, gestión de riesgos y cumplimiento normativo. La capacidad de utilizar herramientas digitales avanzadas para la gestión de la sostenibilidad no solo mejora el desempeño de la empresa, sino que también empodera a los empleados para que contribuyan activamente a los objetivos de sostenibilidad.

En suma, la implementación de un sistema de gobernanza digital es esencial para la gestión efectiva de la sostenibilidad en el entorno empresarial moderno, donde la mejora continua es esencial para mantener la relevancia y efectividad de los esfuerzos de sostenibilidad. Las empresas deben estar dispuestas a adaptar y mejorar sus políticas

y procedimientos en respuesta a nuevos desafíos y oportunidades. Este enfoque se alinea con la Estrategia de la UE para el Mercado Único Digital, que promueve la digitalización como una herramienta clave para la sostenibilidad (Comisión Europea, 2015).

4.2. Regulación de la IA en el ámbito empresarial: hacia un marco legal que fomente la innovación y la protección de derechos

La regulación de la IA en el ámbito empresarial va a ser esencial para garantizar que su uso promueva tanto la innovación como la protección de los derechos fundamentales y la Directiva CS3D fundamenta el respeto a estos derechos, asegurando que las aplicaciones de IA en las empresas no comprometan la dignidad humana, la privacidad, la no discriminación y otros principios fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La creación de un marco legal específico para la IA debe equilibrar la necesidad de fomentar la innovación tecnológica con la imperiosa protección de los derechos humanos y ambientales.

El art. 16 de la Carta garantiza la libertad de empresa, permitiendo que las empresas operen en un mercado libre y competitivo. Sin embargo, la utilización de la IA debe alinearse con los valores de transparencia, responsabilidad y ética, ello implica que las empresas deben ser claras sobre cómo se usan los algoritmos y los datos, asegurando que las decisiones automatizadas no resulten en prácticas discriminatorias o invasivas.

Al mismo tiempo, el art. 37 de la Carta establece que se debe garantizar un alto nivel de protección del medio ambiente. La IA tiene el potencial de contribuir significativamente a la sostenibilidad ambiental mediante la optimización de procesos, la reducción de residuos y la mejora de la eficiencia energética, sin embargo, esto requiere una regulación que promueva el desarrollo y la implementación de tecnologías verdes y sostenibles.

El marco legal debe incluir directrices claras sobre la transparencia en el desarrollo y la implementación de la IA, así como mecanismos de responsabilidad para asegurar que las empresas adopten prácticas éticas y sostenibles. Esto podría incluir la obligación de realizar evaluaciones de impacto sobre derechos humanos y medioambientales antes de desplegar sistemas de IA, así como la creación de comités de ética y sostenibilidad dentro de las empresas para supervisar el uso de la IA, pues es palpable la carencia del marco legal actual para abordar los riesgos que comporta el desarrollo de estos sistemas y su implementación (Peguera, 2023: 2).

La regulación también debe fomentar la innovación permitiendo la experimentación y el desarrollo de nuevas tecnologías bajo condiciones

controladas, las «zonas de prueba» reguladas o *sandboxes* regulatorios pueden ser una herramienta eficaz para permitir que las empresas innoven mientras se garantiza que las nuevas tecnologías cumplen con los estándares de protección de derechos fundamentales. Este enfoque es fundamental para una gobernanza responsable en la era digital, alineada con los principios establecidos en la Carta.

4.3. El impacto de la IA y la necesaria protección de derechos fundamentales

La integración de la IA en la gobernanza corporativa tiene un impacto significativo en el derecho de sociedades, donde puede fomentar la eficiencia y eficacia de los consejos de administración mediante la aplicación de análisis precisos y objetivos que respaldan la toma de decisiones estratégicas. Asimismo, puede contribuir a garantizar el cumplimiento normativo al monitorear y reportar automáticamente sobre las actividades de la empresa, identificando posibles riesgos y áreas de mejora. De este modo, viene a generar controversias legales y éticas, tales como la responsabilidad por las decisiones tomadas con la asistencia de IA y la transparencia en los procesos algorítmicos.

El empleo de la IA en la gobernanza corporativa puede transformar y alterar la forma en que se toman las decisiones a nivel de la junta directiva y proporcionar información y un análisis en tiempo real, lo que facilita la toma de decisiones más precisas y oportunas. Este recurso resulta sumamente beneficioso en un entorno empresarial dinámico en el que la capacidad de adaptarse rápidamente a los cambios es fundamental y la objetividad en la toma de decisiones, reduciendo el riesgo de sesgos y errores humanos necesaria.

Por tanto, la implementación de la IA en la toma de decisiones empresariales ofrece numerosos beneficios, uno de los cuales, y podríamos hablar actualmente del más utilizado, es su capacidad para procesar y analizar grandes conjuntos de datos en tiempo real, lo que va a permitir a las empresas obtener *insights* valiosos sobre sus operaciones, el comportamiento del mercado y las tendencias emergentes. En este contexto se pueden detectar patrones y anomalías que podrían pasar desapercibidos para los analistas humanos, proporcionando una base más sólida para la toma de decisiones estratégicas. En este punto, debemos pausar el acelerador tecnológico y ponderar los derechos fundamentales, donde es relevante considerar el derecho a la protección de datos con la libertad de empresas, y donde se nos ofrece un marco jurídico emergente de la Unión Europea, como el Reglamento de Datos (*Data Act*)[25], que

[25] Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización y por el que

tiene como objetivo regular el acceso y uso de los datos generados en la economía digital, y que va a establecer normas para asegurar que los datos sean accesibles y reutilizables, promoviendo así la innovación y la competencia.

La IA también puede mejorar la precisión y la coherencia en la toma de decisiones, donde los algoritmos pueden aplicar criterios y reglas de manera uniforme, reduciendo la subjetividad y el sesgo que pueden influir en las decisiones humanas, de suma importancia en áreas como la gestión de riesgos y el cumplimiento normativo, donde la consistencia y la precisión son esenciales.

En este contexto, la IA puede automatizar tareas rutinarias y repetitivas, liberando tiempo y recursos para que los empleados se concentren en actividades de mayor valor añadido. Ello mejora la eficiencia operativa y permite una respuesta más rápida y adaptativa a los cambios en el entorno empresarial, que incluso potencia la predicción y la planificación. Hoy nadie pone en duda que los modelos predictivos basados en IA pueden anticipar demandas futuras, identificar oportunidades de mercado y prever posibles desafíos, lo que va a permitir a las empresas planificar con mayor precisión y tomar decisiones proactivas para optimizar sus operaciones y estrategias (Rodríguez de las Heras, 2022: 105).

La IA también puede facilitar una mayor personalización y mejora en la relación con los clientes, lo que se imbrica con la protección de los datos personales a que nos hemos referido y donde es necesario un diseño que proporcione claridad y evidencia en la toma de decisiones con la garantía de su alineamiento con los objetivos y valores de la empresa. Ello nos traslada a una mejora de la confianza de los accionistas y del mercado, así como el cumplimiento con los principios de buen gobierno corporativo y protección de datos, tal y como se dispone en el Reglamento General de Protección de Datos. Al llevar a cabo dicho análisis sobre las preferencias y comportamientos de los clientes se podrá ayudar a las empresas a ofrecer productos y servicios más adaptados a las necesidades individuales, mejorando la satisfacción del cliente y fomentando la lealtad, pero siempre con la vigilancia y supervisión del marco normativo mencionado.

En este sentido, ofrece una amplia gama de beneficios para la toma de decisiones empresariales, esenciales para una gobernanza corporativa efectiva en la era digital, donde resulta necesario definir claramente quién es responsable de las decisiones tomadas con la asistencia de IA, lo que incluye la responsabilidad por los errores algorítmicos y los

---

se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos), y que a tenor de lo dispuesto en su art. 50, será aplicable a partir del 12 de septiembre de 2025.

resultados no deseados. Las empresas deben establecer mecanismos de supervisión y control para asegurar que los sistemas de IA operen de manera ética y conforme a las leyes y regulaciones aplicables.

La transparencia es esencial y los algoritmos de IA deben ser transparentes y explicables, permitiendo a los directores y otros *stakeholders* entender cómo se toman las decisiones, lo cual, es importante no solo para la confianza y la aceptación de la IA, sino también para cumplir con las regulaciones de protección de datos y derechos de los consumidores. Por ello, la implementación de IA también requerirá cambios en la estructura y los procesos de gobernanza, y las empresas pueden necesitar nuevas políticas y procedimientos para integrar el sistema de manera efectiva y segura, lo que necesariamente va a precisar de formación de los miembros de la junta y otros integrantes, así como la actualización de las estrategias y prácticas de gestión de riesgos.

En suma, la IA tiene el potencial de revolucionar la gobernanza corporativa, mejorando la eficiencia, la precisión y la capacidad de adaptación. Sin embargo, para aprovechar estos beneficios, es esencial abordar los desafíos legales y éticos asociados, asegurando la transparencia, la responsabilidad y el cumplimiento normativo, se proporciona un marco para la integración de la IA en la gobernanza corporativa, con la promoción de prácticas empresariales responsables y sostenibles en la era digital.

5. CONCLUSIONES

La Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (CS3D), recién aprobada, representa un paso crucial hacia un mercado más justo y sostenible en la Unión Europea. Es esencial para lograr la sostenibilidad a largo plazo, ya que obliga a las empresas a integrar consideraciones ambientales y de potenciales derechos afectados en sus operaciones y cadenas de valor, y donde la propia sociedad en su conjunto valora e interesa un enfoque proactivo que minimice los impactos negativos de las empresas y fomente una cultura de responsabilidad y transparencia. Por tanto, la transición del *soft law* al *hard law* que avanza ante el sistema anterior, donde las iniciativas de sostenibilidad a menudo se basaban en directrices voluntarias y códigos de conducta que, aunque influyentes, carecían de fuerza coercitiva. Ahora se establecen sanciones claras y mecanismos de cumplimiento, que proporcionan una base más sólida para garantizar que todas las empresas cumplan con los estándares de sostenibilidad, eliminando la ambigüedad y la desigualdad en la aplicación de estas normas.

El papel crucial del marco regulatorio es evidente. A la vista de la ineficacia demostrada por el anterior marco que permitía una fragmentación del mercado, la CS3D reestablece este sistema y establece

un marco legal armonizado que proporciona seguridad jurídica a las empresas, la nueva directiva establece obligaciones claras para las empresas, incluyendo la identificación, prevención, mitigación y reparación de los efectos adversos sobre los derechos afectados, por lo que este enfoque obliga a la integración de consideraciones ambientales y de derechos fundamentales de la Carta en sus operaciones y cadenas de valor y que al actuar de manera proactiva, las empresas pueden minimizar los impactos negativos de sus actividades y contribuir de manera positiva al entorno social y ambiental.

La importancia de los derechos fundamentales en la defensa de la sostenibilidad es central donde se ven afectados el derecho al medio ambiente (art. 37 CDFUE), que establece que un alto nivel de protección ambiental y la mejora de la calidad del medio ambiente deben integrarse en las políticas de la Unión y garantizarse conforme al principio de desarrollo sostenible. El derecho a la protección de datos personales (art. 8 CDFUE), crucial en la era digital, donde la implementación de tecnologías avanzadas, como la inteligencia artificial y el *blockchain*, en la diligencia debida y la gobernanza digital debe estar alineada con la protección de la privacidad y los datos personales. La libertad de empresa (art. 16 CDFUE) es también de gran relevancia. La Directiva promueve la eficiencia y la calidad en la administración corporativa mediante el uso de tecnologías avanzadas, con resultado de mejora significativa en los procesos de toma de decisiones, permitiendo a las empresas responder de manera más rápida y precisa a los problemas ambientales y operativos. Esto no solo aporta una mejora de la administración interna, sino que también asegura que las prácticas empresariales sean transparentes y responsables.

Si bien, la Directiva es un paso en la dirección correcta, existen áreas que requieren una mayor atención y refinamiento, pues cabe resaltar, la dificultad en la implementación y supervisión efectiva de la Directiva, dado que las autoridades nacionales deben contar con los recursos y la capacitación necesarios para monitorear y hacer cumplir las normas de manera uniforme, por lo que sin una supervisión adecuada, existe el riesgo de que las empresas no cumplan plenamente con sus obligaciones, escurriéndose en la internacionalización del comercio globalizado.

Desde otro ámbito y desde una perspectiva tecnológica, aunque la adopción de IA y otras tecnologías avanzadas es fundamental, es decisivo abordar los riesgos asociados con su uso, como los sesgos algorítmicos y la privacidad de los datos, por lo que se debe exigir a las empresas transparencia sobre cómo utilizan estas tecnologías y deben estar sujetas a auditorías regulares para garantizar que sus sistemas sean justos y equitativos.

No obstante, de forma concluyente entendemos que la Directiva debería incentivar a las empresas a ir más allá del cumplimiento mínimo,

fomentando la innovación y la adopción de prácticas de sostenibilidad de mayor alcance y progreso, sin limitación, aunque se opte por su implantación de forma progresiva, de los sujetos obligados y de su ámbito de aplicación, con la necesidad de ampliar a empresas de menores dimensiones y todo tipo de actores en el comercio mercantil, pues es contrastada la aceptación por el consumidor de las referidas prácticas.

En conclusión, la diligencia debida, la gobernanza responsable, un marco regulatorio sólido y la innovación tecnológica son la base fundamental para construir un futuro sostenible, donde todos los actores adquieren un papel esencial a desempeñar en el proceso, y donde la colaboración de estos resulta primordial para el logro de un cambio significativo de paradigma. La Directiva CS3D es un paso importante: no solamente establece un marco para la protección de los derechos fundamentales de libertad de empresa y protección del medio ambiente, sino que también ofrece una hoja de ruta para que las empresas adopten prácticas sostenibles y responsables, contribuyendo así a un mercado global más justo y sostenible, que se verá completado y positivizado con mejoras en la implementación y avance en una mayor claridad normativa. La normativa considerada puede reportar magnos beneficios y mayor efectividad en la promoción de un cambio significativo en el comportamiento empresarial hacia una verídica sostenibilidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

Abriani, N. (2023). «Responsabilidad corporativa digital». En J. M. Embid y N. Abriani (coords.). *Problemas actuales del gobierno corporativo*, pp. 425-434. Madrid: Marcial Pons.

Alfaro Águila-Real, J. (2016). «Interés social, cumplimiento normativo y responsabilidad social corporativa». *Almacén de Derecho*. *https://almacendederecho.org/interes-social-cumplimiento-normativo-y-responsabilidad-social-corporativa.*

Bataller Grau, J. (2023). «El papel del hard law en la responsabilidad social». En J. Bataller Grau y J. Boquera Matarredona (dirs.). *Responsabilidad social y sostenibilidad. El marco de actuación de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2018). «Un concepto de la Responsabilidad Social de la empresa desde el Derecho Mercantil». *Revista de Derecho Mercantil*, 310.

— (2022). «Desmontando tópicos sobre Responsabilidad Social de la Empresa». *Revista de Derecho Mercantil*, 233.

Bednarz, Z. (2020). «El uso de la tecnología blockchain en las sociedades cotizadas: la implicación de los accionistas». *Revista de Derecho de Sociedades*, 58.

Calvo Iriarte, E. (2011). *El buen gobierno corporativo en el contexto de la responsabilidad social corporativa (RSC)*. ESIC.

Cohen Benchetrit, A. (2021). «Digitalización en el derecho de sociedades». En *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de Derecho Privado*, pp. 417-440. Valencia: Tirant lo Blanch.

Comisión Europea (2018). *Plan de acción: Financiar el desarrollo sostenible* (COM/2018/97 final). Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097.*

— (2019). «El Pacto Verde Europeo (COM/2019/640 final)». Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0640.*

— (2020a). Plan de Acción de Finanzas Sostenibles (COM (2020) 21 final). Disponible en: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0021.*

— (2020b). Studyon due diligence requirements through the supply chain. Disponible en: *https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en.*

Del Val Talens, P. (2019). «Información no financiera y responsabilidad social corporativa». En M. Ruiz Muñoz y B. de la Vega, (dirs.), *Responsabilidad Social Corporativa (RSC), economía colaborativa y cumplimiento normativo*, pp. 171-191. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Vivero Porras, C. (2024). «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores». *Revista de Derecho de Sociedades*, 70.

Embid Irujo, J. M. (2016). «Aproximación al significado de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del Gobierno Corporativo». En J. M. Embid y A. Emparanza (coords.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, pp. 17-55. Madrid: Marcial Pons.

— (2023a). La digitalización del Derecho de Sociedades. En U. Nieto (dir.), *La Digitalización en el Derecho de Sociedades*, pp. 17-72. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2023b). De la Responsabilidad Social Corporativa a la Sostenibilidad. En J. M. Embid y N. Abriani (coord.), *Problemas actuales del gobierno corporativo*, pp. 27-48. Madrid: Marcial Pons.

González Bustos, J. P. (2023). «La equidad de género en el Consejo de Administración de las entidades aseguradoras como mecanismo de sostenibilidad del buen gobierno corporativo». En L. Hernando y E. González (coords.), *Problemas actuales del gobierno corporativo*, pp. 63-83. Madrid: Marcial Pons.

Guamán Hernández, A. (2021). *Diligencia debida en derechos humanos: Posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Morais Antunes, A. F. (2023). A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade ("CSDDD") – Aspectos actuais e desafios futuros. *Revista de Direito Comercial*. 2023 1467-1478. Disponible en: *https://www.revistadedireitocomercial.com/a-proposta-de-directiva-relativa-ao-dever-de-diligencia-das-empresas.*

Navarro Frías, I. (2021). «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores». *Revista de Derecho de Sociedades*, 63.

OCDE (2018). *Guía de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*.

Peguera Poch, M. (2023). «La propuesta de Reglamento de IA: una inter-

vención legislativa insoslayable en un contexto de incertidumbre». En M. Peguera Poch (coord.), *Perspectivas regulatorias de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea*. Madrid: Editorial Reus.

Ponce Solé, J. (2019). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Servicio de Publicaciones: Universidad de Alcalá.

Ríos Estrella, M. y Navarro Manich, J.A. (2022). «ESG: Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y derechos humanos». *Uría Menéndez*. *https://www.uria.com/documentos/circulares/1498/documento/12700/nota-ESG.pdf?id=12700&forceDownload=true.*

Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2022). «Inteligencia artificial en el sector bancario: reflexiones sobre su régimen jurídico en la Unión Europea». *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 926.

Ruiz Muñoz, M. (2011). «Un apunte crítico sobre la responsabilidad social corporativa (RSC/RSE)». *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, pp. 27-65.

Salas Compás, M.B. (2022). «Propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: un análisis de su aplicación en el mercado español». *XX Congreso Asepuc, Málaga*. *https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/24444/ComunicacionXXEncuentroInternacionalASEPUC_Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y.*

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 135-160
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/05*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA POLÍTICA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA PROPUESTA NORMATIVA

María Dolores Requena de Torre

1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Cada año ACNUR publica su informe *Tendencias globales de desplazamiento forzado*, y cada año sus cifras superan a las del anterior. En el último informe, publicado en 2024 en relación con la situación mundial constatada al final del año 2023, se estimó que 117,3 millones de personas estaban desplazadas a la fuerza, lo que equivale a una de cada 69 personas en el mundo[1]. Una cifra que supone un incremento del 8 por 100 (8,8 millones de personas más) respecto al informe anterior, y supera significativamente a la proporción de 1 de cada 167 personas registrada en 2012[2].

Pese a que los datos revelan la magnitud de la cuestión, y la urgencia de una respuesta internacional ante el drama humanitario inherente al desplazamiento forzado, la Unión Europea y sus Estados miembros están respondiendo de manera sistemática con una acogida tan deficiente como lesiva; como se evidenció tras la afluencia migratoria masiva que alcanzó Europa entre 2015 y 2016. En este sentido, la jurispru-

[1] Véase el Informe «Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2023», ACNUR, 2024.

[2] Véase el Informe «Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2021», ACNUR, 2022, p. 5.

dencia europea en la materia nos permite advertir que ya no resulta infrecuente que los solicitantes que acuden a los Estados de la Unión Europea se encuentren con estrictas políticas de rechazo; procedimientos de protección faltos de las suficientes garantías; y condiciones de acogida indignas a las que se ven sometidos los solicitantes durante el tiempo, normalmente excesivo, que dura el procedimiento. La imposibilidad de solicitar protección internacional en muchas administraciones nacionales; la falta de asistencia jurídica gratuita en todas las fases del procedimiento; exámenes inadecuados de las pruebas al invertir la carga de la misma desproporcionadamente sobre los solicitantes; la indebida dilación para la resolución de estos procedimientos; recursos sin efecto suspensivo; restricciones a la libertad personal del solicitante, e incluso la separación de sus familias son prácticas que parecen haberse normalizado en el territorio de la Unión. Ejemplos que evidencian cómo la política de protección internacional se ha convertido en una excepción constante respecto al estándar de derechos de la UE y que se ha tratado de justificar por la saturación de los sistemas nacionales y la llegada irregular de la inmensa mayoría de los solicitantes a Europa. Subterfugios que tratan de desviar la responsabilidad que los Estados y la propia Unión tienen sobre estos factores, y que parece excusar la adopción de medidas disuasorias tan variadas como cuestionables.

Sin embargo, observamos que esas graves vulneraciones de derechos de los solicitantes, y que se reflejan en casos tan emblemáticos y dramáticos como *M. S. S. c. Bélgica y Grecia*, ya sucedían años antes de la afluencia masiva del 2015, cuando el número de llegadas era muy inferior. Ante la tragedia humanitaria en la que se ha convertido la inmigración forzada en nuestro continente, la pregunta ineludible es: ¿por qué el sistema de garantía tan avanzado que honra a la *Europa de los derechos,* no resulta efectivo para quienes acuden en busca de protección internacional? Este trabajo pretende dar respuesta a la pregunta formulada al tiempo que presenta una propuesta normativa[3] basada en la reivindicación de la efectividad del Derecho de la Unión: del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y de la Carta de Derechos Fundamentales en el ámbito de la política de protección internacional.

Y es que, tras un estudio del SECA, se ha observado que este adolece de lacras que lo sitúan como un sistema ineficiente e insolidario; y que proporciona un grado insuficiente de armonización de los procedimientos de protección internacional y de las condiciones relativas a la acogida de los solicitantes; lo que conlleva que su estatuto jurídico se encuentre afectado por una gran inseguridad jurídica que, sin duda, debilita su protección. Las graves consecuencias del mal funcionamiento del SECA, sumado a la certera continuidad en el tiempo de estos flujos migratorios, hacen que sea necesario un cambio en la estrategia europea desde la po-

[3] Propuesta formulada con mayor desarrollo en la obra Requena de Torre (2024).

sición que merecen en el mismo los derechos de los solicitantes de protección y que dé cumplimiento al propósito para la que fue concebida en el art. 78 TFUE, esto es: «ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que *necesite* protección internacional». Por ello, constatando a raíz de la jurisprudencia del TJUE que el estándar de la Carta de Derechos Fundamentales no resulta suficientemente garantizado en la ejecución nacional de la política europea de protección internacional, ni que la misma resulte efectiva para lograr el objetivo plasmado en el art. 78 TFUE, este trabajo reivindica la conveniencia de incluir dentro del marco normativo del SECA una nueva norma: un estatuto común de derechos del solicitante de protección internacional. Una propuesta que encuentra su justificación más directa en el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea al constituir una posible herramienta para la efectividad del objetivo marcado en el art. 78 TFUE y del estándar supranacional de derechos en la tutela multinivel, en especial del art. 18 CDFUE. Para comprender su conveniencia, y los propios fallos del sistema, primero debemos retroceder en el tiempo y comprender el interés de la UE en una política de protección internacional común.

2. EL INTERÉS DE LA UE EN LA REGULACIÓN DEL ASILO: DE LA COLABORACIÓN EXTRACOMUNITARIA AL TRATADO DE LISBOA

La evolución de la política europea de protección internacional es un ejemplo del proceso de integración europea, desde sus inicios hasta sus bloqueos más críticos. En este sentido, en un primer momento los Estados se mostraron reacios a una intervención externa en la materia, pues las políticas migratorias siempre han formado parte del denominado núcleo duro de la soberanía. Sin embargo, la globalización hizo evidente la limitada capacidad de los Estados para alcanzar por sí mismos sus objetivos, lo que los llevó a aceptar su gestión compartida. Aunque, como demuestra la última reforma, acontecida en 2023 tras siete años de bloqueos, las tensiones inherentes a la sensibilidad de la materia siguen intactas.

A partir de la década de los ochenta, las políticas migratorias en Europa dejaron de ser exclusivamente nacionales. Un cambio político que se dio, como es ya costumbre en Europa, a consecuencia de un cambio económico previo[4].

[4] Lo que demuestra, como ha afirmado Sánchez Barrilao (2017), «que la naturaleza funcional de la integración europea está al servicio del mercado y de las libertades comunitarias […]». Y en este mismo sentido González Vega (2017): «la supuestamente voraz UE no ha asumido unas competencias en materia de asilo e inmigración, sino en tanto en cuanto estas resultan necesarias para la vertebración de un proyecto guiado por el objetivo de la integración económica a través de la creación de un mercado interior europeo».

En este sentido, el Acta Única Europea (AUE) supuso un avance significativo en la consecución del primigenio objetivo de alcanzar un mercado único, es decir, sin fronteras interiores:

> La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992 […]. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado[5].

Pero el cambio político necesario para alcanzar el objetivo económico debía matizarse: se hablaba de *personas*, pero en realidad se refería a la libre circulación de *ciudadanos* europeos. Y es que los Estados no estaban aún dispuestos a una cesión de soberanía en el ámbito de la inmigración de terceros países, como así se plasmó expresamente en las Declaraciones anexas al Acta Única, afirmando que «cooperarían»[6] (atendiendo al bajo compromiso que se asume con tal concepto) a fin de promover la libre circulación de personas pero que «ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de inmigración de terceros países»[7].

El avance hacia la eliminación de las fronteras y el establecimiento de la libre circulación era un paso lógico, pero complejo. Los Estados estaban comprometidos con la necesidad de armonizar sus legislaciones en materia migratoria, pero rechazaron el método comunitario, optando entonces por una colaboración intergubernamental[8], que dejaba al margen la intervención de las instituciones de la Comunidad. Lo que algunos autores han definido como un «*dispositif intergouvernemental d'application d'un objectif communautaire*»[9].

---

[5] Art. 13 del Acta Única Europea.

[6] Según la Declaración política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas: «con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperaran, sin perjuicio de las competencias de la comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo, cooperaran en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades». Así se recoge en el *BOE* de 3 de julio de 1987. En la publicación del Instrumento de ratificación del Acta Única Europea, como declaraciones anexas al AUE.

[7] *Ibid*.

[8] *Ibid.* «Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo, cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades». Publicada en el *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 1987.

[9] Como señala Carrera Hernández (2020): «Si el Acta Única favoreció el refuerzo de la cooperación intergubernamental, sus propias carencias motivaron la puesta en marcha de otras estructuras de idéntica naturaleza intergubernamental paralelas a las mencionadas».

Con la firma del AUE y del Acuerdo Schengen, la Comunidad Europea amplió sus objetivos de integración; y con la nueva necesidad de gestionar juntos las fronteras exteriores, la cuestión migratoria (y de asilo) fue haciéndose más presente[10]. Por ello, tras la adopción de estos instrumentos, el Parlamento Europeo presentó en 1986 una «resolución sobre la iniciativa para entablar conversaciones en el ámbito comunitario, bajo los auspicios del Consejo, para la configuración de una política europea común en materia de refugiados» al considerar, «que una política común significará el punto de partida en la política de derechos humanos»[11].

Y solo unos años después, en 1989, tuvo lugar el Consejo Europeo de Estrasburgo, donde se expresó la necesidad de progresar «de manera que los avances hacia la libre circulación de las personas vayan a la par con los realizados en la libre circulación de bienes, servicios y capitales, de acuerdo con el calendario establecido en el documento de Palma de Mallorca»[12]. Y así mismo, se insistió en la elaboración de un inventario de las posturas nacionales en materia migratoria para debatirlo en el seno del Consejo con el objetivo final de elaborar, antes de finalizar el año 1990, los convenios que ya estaban bajo estudio, relativos al derecho de asilo, visados, y cruce de las fronteras exteriores de la Comunidad. Un año después, cumpliendo tales propósitos, se firmaron el Acuerdo Dublín y el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen.

A raíz de la adopción de los citados instrumentos normativos se acuñó el término *Europa fortaleza*; y treinta años después, las reflexiones sobre lo que supuso realmente la apertura de las fronteras interiores

---

[10] Sería erróneo suponer que hasta entonces el asilo resultaba políticamente indiferente a la CE pues, tratándose de un asunto que afecta por completo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, no podía ser obviado. Aunque durante muchos años, las indicaciones en la materia se limitaban prácticamente a resoluciones y declaraciones de intenciones del Parlamento o del Consejo que se remitían a la Convención de Ginebra de 1951, como parámetro de referencia a respetar. Véase, a modo de ejemplo, la resolución de 25 marzo 1964 de los Representantes de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, reunidos en el seno del Consejo, relativa a los refugiados.

[11] *DOCE* C 283, de 10 de noviembre de 1986, p. 74. Y continúa en la p. 75: «Considera lógico y conveniente que se trate de solucionar de una manera solidaria los graves problemas que plantea en los distintos Estados miembros la dificultad de acoger a una cantidad relativamente grande de refugiados que lo solicitan, para evitar la "exportación" de problemas de un Estado miembro a otro, puesto que semejante situación de "peloteo" es degradante tanto para los refugiados como para nuestra sociedad abierta y democrática. 4. Propone que una solución solidaria incluya, por ejemplo, una uniformidad de criterios en lo relativo a los "refugiados políticos" que se dirigen a las fronteras de la Comunidad pidiendo asilo, así como una uniformidad en las normas para tratar a estas personas. 5. Propone que, en relación con la mejor aplicación de lo que constituye el objeto de apartado anterior, se lleve a cabo, por parte de los órganos comunitarios competentes, un estudio sobre la posibilidad y oportunidad de que la Comunidad, en cuanto a tal, se adhiera a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de las Naciones Unidas».

[12] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, Estrasburgo de 8 y 9 de diciembre de 1989, p. 5.

y el mercado único para la migración extracomunitaria continúan siendo tan interesantes como pertinentes. En este sentido, Espada (1994: 83) afirmó lo siguiente:

> Con la abolición de las fronteras físicas, técnicas y fiscales, el control del territorio se desplaza hacia los límites externos del espacio físico y económico de ese mercado interior. Se trata de regular rigurosa y restrictivamente el acceso y el establecimiento de extranjeros de terceros países para garantizar la normalización interna del mercado de trabajo en crisis, garantizar la situación económica interna y preservar los estadios de convivencia y seguridad europeas[13].

Y en la misma línea López Garrido expresó que el Acuerdo de Schengen suponía un intento por frenar de un solo golpe la inmigración, para frenar a quien no tiene un visado; pero sin hacer ninguna excepción con los refugiados[14]. En definitiva, un vistazo a la doctrina de aquellos años nos permite afirmar que la dirección hacia la que se orienta hoy la política migratoria de la Unión, con carácter restrictivo y notables prioridades securitarias, es muy anterior a la crisis migratoria del 2015.

Con el Tratado de Maastricht, en 1992, las políticas migratorias se incorporaron a los Tratados. Y aunque quedaba vinculada a la libertad de circulación, con la consiguiente incorporación como política comunitaria, esta fue considerada dentro de la materia de seguridad nacional y política exterior[15]. No fue hasta 1997 cuando entró en vigor el Convenio de Dublín para los doce signatarios iniciales. Una norma extracomunitaria cuyo objetivo era poner fin al *asylum shopping* y a los *refugiados en órbita.* Una norma ambiciosa de la que, ya desde sus inicios, se evidenciaron sus deficiencias[16]. A partir del Tratado de Maastricht los avances, aunque limitados, no se pueden considerar despreciables, habida cuenta de las limitaciones competenciales.

---

[13] La autora añade, además, una reflexión muy interesante sobre la Europa fortaleza que se estaba construyendo y que resulta aún hoy muy oportuna: «Ante unos problemas de alta sensibilidad política, el factor aglutinador inicial va a ser el marco de la cooperación para la lucha contra el terrorismo. En este marco de cooperación se conectan problemas y soluciones impregnando las soluciones internacionales y, por reflejo, las nacionales, de una interconexión entre inmigración, asilo, tráfico de drogas, inseguridad europea, etc. Se produce un diseño de la arquitectura europea que ha sido repetidamente descrito como una Europa atrincherada a modo de fortaleza frente a lo extranjero. Se extrapolan soluciones de la cooperación policial a un mundo que debería haber estado presidido por una coherente coincidencia en defender los derechos humanos de personas en situaciones extremas de vida y libertad».

[14] López Garrido (1991).

[15] Una concepción que, además de las limitaciones competenciales que conlleva, la desvincula de las políticas de integración social. *Vid.* Goig Martínez (2015).

[16] Tan solo unos años después de que entrara en vigor, la Comisión emitió un documento de trabajo según el cual: «parece existir un amplio consenso en cuanto a que no está funcionando tan bien como se había esperado».

Pero fue con el Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997, cuando la cooperación Schengen dejó de desarrollarse al margen de los Tratados comunitarios[17], introduciendo en el título IV las políticas de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas; y se acuñó el término de «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», que implicaba la generalización de la libre circulación en el interior de la Unión, a cambio de reforzar los controles para el ingreso en dicho espacio. Como resume Graglia (2011): *«Da Maastricht ad Amsterdam sono quindi sensibilmente aumentati l´attenzione e l´interesse per la dimensione política e sociale dell´integrazione, ma l´Unione non si è ancora data degli strumenti efficaci e chiari per raggiungere tali scopi»*.

En este sentido, al tiempo que se fraguaba una política migratoria y de asilo en el seno de la UE, el proceso de integración exigía la creación de instrumentos normativos comunitarios y la transformación de otros instrumentos ya existentes, pero de naturaleza intergubernamental. Con el proceso de *comunitarización* de la política migratoria y de asilo en marcha, y ya con el Tratado en vigor, se acordó el objetivo de elaborar una política común que debía comprender cuatro ámbitos[18]: la asociación con países de origen; el trato equitativo para los nacionales de terceros países; una gestión más eficaz de los flujos migratorios; y un «sistema europeo común de asilo», introduciendo por primera vez este concepto[19].

En el año 2005, cuatro directivas y un reglamento después, se dio por concluida la primera fase del SECA. Las políticas de inmigración, de gestión de fronteras, y de asilo adquirían cada vez más importancia en la agenda europea hasta el punto de abordarlas en el Programa de la Haya, donde se incluyeron entre las diez prioridades para los siguientes cinco años. Con ello se asumía el reto de elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión; definir un enfoque equilibrado de la inmigración, maximizando sus repercusiones positivas; y la elaboración a medio plazo de un procedimiento común y un estatuto uniforme para los refugiados.

Por aquel entonces, el proceso de integración había proseguido hasta el punto de impulsar, y posteriormente ver cómo fracasaba, el proyecto por el que se establecía una Constitución para la UE. En la Unión había ya 25 miembros y de las cenizas del Tratado Constitucional nació el Tratado de Lisboa que entró en vigor en 2009 y dio lugar a la última gran reforma de los Tratados, incluyendo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parte del Derecho primario

[17] Carrera Hernández (2020).
[18] González Vega (2008).
[19] Martínez Alarcón (2018).

de la Unión, y entrando en vigor con carácter jurídicamente vinculante, evidenciando la *constitucionalización* de la Unión Europea[20].

Cumpliendo con el objetivo del art. 3.2 TUE, el Tratado de Lisboa reguló el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que fue reubicado en el título v del Tratado de Funcionamiento de la Unión, insertándolo en el cuadro competencial como una competencia de naturaleza compartida, e incluyendo un Capítulo (el segundo) sobre políticas de gestión de fronteras, asilo e inmigración. Con todo, resulta muy interesante el análisis que Scuto (2012) hace del Tratado de Lisboa, cuando afirma que sus límites respecto a los derechos fundamentales en las políticas de gestión de fronteras, inmigración y asilo son los mismos que tenía el Tratado de Ámsterdam. Pues el Tratado de Lisboa avanzó en la protección de los derechos humanos, al recoger como uno de los valores de la Unión su respeto, e integrar la CDFUE como derecho originario; pero en el ámbito de la política migratoria y de asilo obvió este valor. De este modo, en el *incipt* del título v del Tratado de Funcionamiento, se plasma de manera expresa la obligación de garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia en el respeto de los derechos fundamentales, pero esta preocupación desaparece en el Capítulo Segundo, dedicado específicamente a las políticas de control de fronteras, asilo e inmigración.

Así, el apartado primero del art. 67 TFUE, con el que se abre el título v, dispone que: «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros». Sin embargo, la siguiente disposición afirma que la política común de asilo que la Unión desarrollará estará basada en la solidaridad entre los Estados miembros, obviando cualquier referencia al respeto a los derechos de los solicitantes o de los propios asilados. Tampoco se hace referencia expresa a los derechos en el art. 77 que, dentro del referido capítulo segundo, aborda la política de control de fronteras. Ni en el art. 78, que describe el contenido mínimo que deberá abordar la política de asilo instaurando tres niveles de protección distinta según las circunstancias: asilo, protección temporal y protección subsidiaria. En este precepto tan solo se menciona el respeto al principio de no devolución. Por su parte, el art. 79, sobre la política común de inmigración, establece como objetivo de esta «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». De nuevo,

[20] Häberle (2008). Y en este mismo sentido considera F. Balaguer Callejón (2008) que su entrada en vigor supone: «el germen de la definitiva constitucionalización de la Unión Europea. La Carta establecerá un vínculo directo entre las instituciones europeas y la ciudadanía, reforzando la conformación de un estatus jurídico propio de la ciudadanía europea y contribuyendo a la configuración de una específica identidad constitucional europea».

sin más mención a la protección de los derechos que la realizada en el apartado 2.b, referente a la necesidad de definir los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro. Y una vez más, se excluye cualquier referencia a la protección y respeto de los derechos humanos en el art. 80. Esta quizás sea la omisión más reveladora y evidente pues el art. 80, con el que finaliza el Capítulo Segundo, enumera los principios que deben regir las mencionadas políticas de gestión de fronteras, asilo e inmigración: «el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio».

Si hasta este último precepto podría considerarse que la omisión no era trascendente, quizás incluso por su obviedad, pocas dudas pueden quedar después de una expresa enumeración de los principios rectores. Se podrá debatir acerca de las repercusiones reales que conlleva haber prescindido de la mención de este principio, cuando el respeto a los derechos es un valor fundamental de la Unión expresamente reconocido, y cuando el art. 67 circunscribe a su respeto el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; lo que no se puede dudar es que la omisión fue consciente, y la inclusión de una referencia en materia tan sensible habría sido más que oportuna.

Más allá de cuestiones formales, que tienen también un indudable alcance material, el gran logro del Tratado de Lisboa en las políticas de fronteras, inmigración y asilo fue acoger el reto de desarrollar una política común en estas materias, en coherencia con el proceso de integración al que aspira. Un avance que se hace posible al aumentar las atribuciones que le confería el anterior art. 62 TCE, pues este objetivo dota a la Unión de herramientas que superan a las normas mínimas para la armonización con las que contaba hasta entonces[21]. Sin embargo, como advierte Scuto (2012), aunque el Tratado de Lisboa contiene las bases jurídicas que permiten a la UE progresar en el proceso de integración, el desarrollo efectivo en este sector depende en último término, como siempre, de la voluntad de los Estados.

Con estas nuevas herramientas legislativas, y conscientes de la ineficacia del Sistema Europeo Común de Asilo y de las graves vulneraciones en los derechos de los solicitantes que propiciaba (reflejadas en la jurisprudencia del TJUE y del TEDH), se afrontó su reforma dando origen al llamado «paquete de asilo de segunda generación», que ha regido nuestra política de asilo hasta la entrada en vigor del *Pacto Migratorio,* adoptado finalmente en 2024. El SECA de segunda generación consistía en: *a)* la Directiva 2011/95/UE por la que se

[21] Favilli (2010).

establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida; *b)* la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; *c)* la Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; *d)* el Reglamento 603/2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares; y *e)* el Reglamento 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, comúnmente conocido como Dublín III.

La última década ha puesto en evidencia los límites del Sistema; las directivas y los (escasos) reglamentos que conforman el SECA no resultan eficaces para gestionar los flujos migratorios forzosos, ni suficientemente garantistas con los derechos de los solicitantes. Carencias que, sin embargo, no han sido enmendadas en la última reforma, más orientada a reforzar el blindaje fronterizo que en garantizar la efectividad de la política de protección.

En este contexto, y tras comprender el interés de la Unión en una materia ligada tradicionalmente al núcleo duro de la soberanía estatal; y su configuración actual como competencia compartida tras décadas de evolución, debemos abordar los motivos por los cuales el estándar de protección supranacional derivado de la aplicación de la CDFUE no resulta suficientemente eficaz en la ejecución de la política de protección internacional, y por qué el diseño actual del SECA, incluso tras su reforma, no permite alcanzar el objetivo establecido en el art. 78 TFUE. Para abordar estas cuestiones, parece adecuado considerar una disposición del Derecho originario que ha sido poco discutida en los debates sobre política migratoria: ¿qué implicaciones tiene el derecho al *asilo* enunciado en el art. 18 CDFUE?

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO A LA EFICACIA DEL ART. 18 DE LA CARTA

El art. 18 de la Carta es un precepto consagrado al objetivo de desarrollar una política común en materia de protección internacional. Sin embargo, su tenor literal resulta poco revelador de su alcance:

> Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31

de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Así, si bien supone un reconocimiento singular y meritorio (inexistente dentro de instrumentos internacionales tan importantes como en el CEDH o en el PIDCP), su mera inclusión no le ha conferido la eficacia necesaria para garantizar un estándar de protección común de este derecho. Lo que puede deberse a las peculiaridades que rodean al instituto de la protección internacional, como materia íntimamente ligada a la soberanía nacional, y, por supuesto, a la falta de concreción del artículo que apenas adelanta el contenido de este.

Y es que el tenor literal no da demasiadas pistas acerca del contenido del *derecho al asilo* enunciado en el art. 18 de la Carta. El precepto se remite a la Convención de Ginebra, pero conviene recordar que esta no crea un derecho al asilo, sino que instaura una norma de derecho imperativo que prohíbe la expulsión a un territorio donde la persona vaya a sufrir tratos inhumanos o degradantes, donde su libertad o su vida corran peligro: el principio de *non refoulement.* De hecho, no existe en el Derecho internacional un derecho exigible ante las autoridades de un Estado para que este reconozca el asilo. Ni siquiera en el derecho interno existe un derecho directamente exigible a gozar de protección internacional. Las constituciones nacionales se remiten a su desarrollo legal, existiendo un consenso en la comunidad internacional en calificar como una prerrogativa estatal la concesión de protección internacional.

Por ello, no debemos caer en el error de interpretar que la Carta ha creado un derecho. Sería impensable a tenor del art. 51.2 CDFUE[22] pensar que la Carta ha instaurado un derecho al asilo directamente exigible ante las autoridades nacionales. La CDFUE contiene, en realidad, una «expectativa de derecho»[23], que se desarrolla a través del Derecho derivado en base a las competencias atribuidas: el SECA y su desarrollo por los sistemas nacionales.

Esta falta de concreción hace que el contenido del art. 18 resulte difícil de definir, porque se conforma por varios elementos. De un lado, el art. 18 contiene una materialización del principio de *non refoulement*. Ello se deduce de la referencia expresa a la Convención de Ginebra que, como se ha señalado con anterioridad, no regula un posible derecho al asilo sino el principio de no devolución, esto es, la prohibición de devolución a un lugar donde la persona pueda sufrir tratos inhumanos y degradantes. No obstante, si bien no deja de resultar obvio que

[22] Art. 51.2 CDFUE: «La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados».

[23] Así lo califica Porras Ramírez (2021).

el respeto a este principio puede derivar del art. 18, su contenido no puede limitarse a ello; pues ya hay un artículo expresamente previsto para garantizar el principio de no devolución: el art. 19. Y otro del que la tradición europea lo ha deducido, el art. 4 de la Carta. Y es que, a falta de una disposición más específica, el TEDH ha reconducido la tutela del principio de no devolución a través de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).

Encontramos así en la Carta de Derechos Fundamentales la genérica prohibición que protege frente a los tratos inhumanos y degradantes del art. 4; el art. 19, que en desarrollo del principio de no devolución, protege frente a las expulsiones colectivas y frente a aquellas que impliquen un grave riesgo de suponer una tortura o un trato inhumano o degradante. Y un art. 18 que, con un contenido poco concretado, pretende garantizar el *derecho de asilo* en el territorio de la Unión. Tres artículos con zonas convergentes de tutela que, sin embargo, no resultan completamente coincidentes.

Sin duda, estos preceptos guardan una estrecha relación. Pero no siempre se vulneran simultáneamente. Puede suceder que a una persona se le deniegue el asilo (u otro estatuto de protección internacional) porque, tras un procedimiento con todas las garantías, el Estado considere que no está sometida a un riesgo de persecución y el Estado, por tanto, no conceda esa protección. Sin embargo, puede ocurrir que ese solicitante de protección esté gravemente enfermo y que el traslado pueda suponerle un empeoramiento tan grave que se considere un trato inhumano. En ese caso, la desestimación del asilo no vulnera el art. 18, pero sí que puede dar lugar a la vulneración del art. 19 e incluso del art. 4 si se procede a su expulsión.

Así lo consideró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contra Moussa Abdida*[24], al interpretar el alcance del art. 19 en relación con la jurisprudencia del TEDH:

> De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que debe atenderse en aplicación del art. 52, apartado 3, de la Carta para interpretar el art. 19, apartado 2, de esta, resulta que, si bien los no nacionales afectados por una decisión que permite su devolución no pueden en principio reclamar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado para seguir beneficiándose de la asistencia y de los servicios médicos sociales u otros prestados por ese Estado, la decisión de devolver a un extranjero aquejado de una dolencia física o mental grave a un país en el que los medios para tratarla son inferiores a los disponibles en el referido Estado puede suscitar una cuestión a la luz del art. 3 del

[24] STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-526/13, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la Neuve y Moussa Abdida*, apdo. 47.

> CEDH, en casos muy excepcionales, cuando sean imperiosas las consideraciones humanitarias contrarias a esa devolución (véase en especial TEDH, sentencia N. c. Reino Unido de 27 de mayo de 2008, § 42).

O también puede suceder al contrario: que a una persona se le someta a una devolución a un país *seguro*, y donde no corre ese riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes; pero que no se le haya permitido previamente acceder a la protección internacional. Práctica frecuente en las expulsiones en frontera y en las conocidas expulsiones en caliente. En ese caso podemos considerar una vulneración del art. 18 CDFUE, aunque, ¿cómo podríamos asegurar que ese país es seguro para la persona si no se le permite acceder al procedimiento de protección internacional para exponer sus motivos?

Con todo ello, podemos concluir que la otra parte fundamental del art. 18 CDFUE se corresponde con un derecho de acceso al procedimiento de protección internacional, siendo este un proceso con todas las garantías. Lo que nos permite señalar un claro vínculo entre el mal llamado *derecho al asilo* y el derecho a la tutela judicial efectiva, condicionando la eficacia del *derecho* a las garantías procesales del procedimiento de reconocimiento de protección internacional. Destacando, en primer lugar, el acceso efectivo al procedimiento[25] y, de otro lado, el derecho a una resolución fundada en Derecho.

Pero esta lectura del precepto no resuelve todas las dudas, pues cabe preguntarse en qué medida resulta exigible el derecho a través del art. 18 CDFUE. Y es que, si hablamos de eficacia a la hora de exigir este derecho procedimental, nos tendremos que remitir a su desarrollo legislativo, es decir, al SECA y, en especial, a las directivas de procedimiento[26] y a los requisitos para el reconocimiento. Normas que, si bien prevén unas garantías mínimas, no permiten deducir un verdadero estándar común debido al alto margen con el que cuentan los Estados al desarrollar en su normativa interna sus propios procedimientos de protección; y al reconocer los distintos estatutos de protección. En este sentido, las cifras son muy ilustrativas. A modo de ejemplo basta observar cómo en 2020, el porcentaje de resoluciones desfavorables de solicitudes de protección internacional por parte de Grecia fue del 45 por 100; mientras que en la República Checa fue del 90 por 100. Y aunque en ese mismo año Austria

---

[25] En este sentido lo confirma la STJUE de 8 de febrero de 2024, C-216/22, apdo. 39, al señalar que «el efecto útil del derecho que se reconoce al solicitante de protección internacional, consagrado en el art. 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y concretado por las Directivas 2011/95 y 2013/32, a obtener el estatuto de beneficiario de protección internacional, siempre que concurran los requisitos establecidos por el Derecho de la Unión, se vería seriamente comprometido si fuera posible declarar inadmisible una solicitud posterior por el motivo contemplado en el art. 33, apartado 2, letra d), de la Directiva 2013/32 cuando la desestimación de la primera solicitud se haya producido infringiendo el Derecho de la Unión».

[26] Tras la reforma del *Pacto migratorio*, ahora reglamento de procedimiento.

concedió el estatus de refugiado a casi el 50 por 100 de los solicitantes, en España no llegó al 5 por 100; aunque nuestro país concedió un estatuto de protección por razones humanitarias a más del 30 por 100 de solicitudes. Datos que revelarían la falta de un estándar común derivado del art. 18, no pudiendo dejar de subrayar lo inusual que resulta que un derecho reconocido en la CDFUE tenga un margen de efectividad tan dispar en el territorio de la Unión.

Todo ello nos permite concluir que el art. 18 CDFUE no se ha desarrollado legislativamente lo suficiente para constituir *per se* un derecho efectivo. Pero, debido a su particular naturaleza, esta falta de desarrollo puede verse compensada (en gran medida) a tenor de otras garantías existentes en la CDFUE tales como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un recurso efectivo, o el derecho a una buena administración. Y es que la relación del *derecho al asilo* con otros preceptos de la Carta no es un asunto menor, sino inherente a su compleja naturaleza instrumental. No olvidemos que lo que se trata de proteger a través del art. 18 son otros derechos y libertades; desde la prohibición de tratos inhumanos (porque la persona huye por temor a ellos) hasta las libertades ideológica, religiosa, de expresión, etc. No en balde, se ha considerado al asilo, la protección internacional, como el derecho a tener derechos.

Pero, pese a que podamos buscar una compensación a la falta de efectividad del art. 18 en otros preceptos de la Carta, debemos reivindicar el necesario desarrollo legislativo del art. 18 mediante una normativa apropiada para lograr un estándar común de ese *derecho al asilo.* Esto es, una norma que permita deducir las garantías de procedimiento y de reconocimiento comunes para los solicitantes de protección en todo el territorio de la Unión atendiendo a la jurisprudencia actual. Lo que, a su vez, nos obliga a plantear la necesidad de objetivar y comunitarizar la concesión de los diferentes estatutos de protección internacional bajo los límites competenciales actuales. Por ello, ya hemos señalado la conveniencia de adoptar en el marco del SECA un nuevo reglamento relativo a un estatuto común para los solicitantes de protección internacional. Este incluiría garantías suficientes para el examen de la solicitud, acordes con los principios de tutela judicial efectiva que ha señalado la jurisprudencia europea, pero que el legislador ha desoído. Y permitiría armonizar y objetivar también las consecuencias derivadas de la concesión de cada estatuto de protección objetivando la concesión del estatuto, y facilitando el reconocimiento y la garantía de derechos inherentes al mismo, dando una seguridad jurídica totalmente ausente en la regulación actual.

Además, no podemos dejar de señalar que uno de los aspectos positivos de la inclusión del art. 18 CDFUE es que supone, o debe suponer, un estímulo para que las instituciones comunitarias acepten desarrollar

aún más esa competencia que le reconoce el art. 78 TFUE y que se diseñó con unos márgenes más amplios de lo que se ha concretado hasta ahora. Y es que sin ese mayor desarrollo parece imposible lograr su objetivo: un estatuto común. Y, por otro lado, debe permitir elevar el canon de protección que han establecido ciertos Estados miembros, cuyas políticas nacionales llegan a vaciar de contenido este derecho.

A fin de comprender las virtudes del reglamento propuesto como herramienta para dotar de eficacia el derecho conferido en el art. 18 de la Carta debemos observar las carencias del actual SECA. Lo que nos permitirá concluir que el desarrollo legislativo actual del art. 18 precisa de una reforma diferente de la adoptada en el *Pacto Migratorio* para garantizar la efectividad del Derecho de la Unión, tanto en relación con el objetivo del art. 78, como del estándar de protección de derechos derivado de la Carta.

4. EL SECA COMO SISTEMA INEFICAZ Y POCO GARANTISTA

El SECA se ha consolidado como uno de los sistemas normativos más ambiciosos y desarrollados a nivel global en el ámbito migratorio. Sin embargo, pese sus muchos logros, el SECA dista mucho de ser perfecto y la consecuencia de sus fallos ha derivado en una sucesión de graves violaciones de los derechos de los más vulnerables: los solicitantes de protección internacional. Pero tras observar que las graves vulneraciones de derechos de los solicitantes de protección ya se producían años antes de la llegada masiva de 2015, parece necesario abordar las carencias del sistema a fin de encontrar los motivos del fracaso de esta política, y la sistemática devaluación del estándar de protección. En este sentido, podemos identificar tres límites que hacen el sistema tan ineficaz como poco garantista.

Por un lado, la falta de estándares comunes tanto en las fases iniciales del procedimiento (la recepción y el estudio de la solicitud) como en las fases finales de resolución, acogida e integración. Una carencia del Sistema que deriva de los límites competenciales con los que cuenta la Unión, atendiendo a la naturaleza compartida de esta materia, así como al uso de instrumentos de armonización mínima para su conformación, y que conlleva su desigual desarrollo por cada Estado miembro. Como consecuencia, dentro de un teórico *Sistema Europeo Común*, se han concretado más de veintisiete políticas de protección internacional; algunas de las cuales resultan más atractivas para los solicitantes.

La falta de garantías de procedimiento común, así como de un plan de acogida e integración igualmente comunes, con derechos afines, conlleva que los solicitantes decidan acudir a unos determinados Estados. Lo cual, no solo incrementa la presión migratoria en esos territorios,

sino que favorece los movimientos secundarios, tan temidos para la UE, pero que benefician a los Estados de primera línea, al desaparecer su responsabilidad cuando emigran hacia los países del norte. Una deficiencia del Sistema que se entiende mejor al examinarla juntamente con la segunda gran lacra del SECA.

La segunda gran lacra del SECA es un reparto desigual de la responsabilidad debido a un sistema insolidario. Y ese desequilibrio deriva directamente de la aplicación de los criterios de determinación del Estado miembro responsable, contenidos en el reglamento Dublín III. Estas deficiencias del Sistema no solo reducen su eficacia, sino que han hecho aumentar las tensiones entre los Estados miembros, muchos de los cuales se han sentido abandonados y defraudados por las actuaciones de sus socios que, en el marco de la crisis migratoria, han adoptado decisiones que anteponían sus cortoplacistas intereses nacionales; mostrando así una faceta incompatible con el proyecto europeo, y cuyos efectos se han propagado más allá de la política migratoria.

El tercer gran reto al que se enfrenta el SECA es responder a la dicotomía existente entre libertad y seguridad. Y es que resulta imposible elaborar de manera coherente un sistema de protección internacional dentro de una política migratoria global que, por un lado, trata de desincentivar la migración proveniente de una mayoría de Estados, reduciendo las vías legales de acceso; y que, por otro lado, sitúa como prioridad la lucha contra la inmigración ilegal. Máxime cuando esa política de protección se articula desde criterios de territorialidad que requieren estar presente en suelo europeo.

Un límite que responde a los desequilibrios existentes entre las políticas de asilo, de inmigración y de gestión de fronteras exteriores, que establecen prioridades distintas y cuya ordenación deberá enjuiciarse, en cualquier caso, bajo la efectiva protección de la Carta de Derechos Fundamentales.

Superar estos límites del SECA es sumamente complejo debido a la transversalidad que caracteriza a las cuestiones de política migratoria, en general, y de protección internacional, en particular; y que afecta a ámbitos casi irreconciliables. Y es que un Sistema que logre garantizar los derechos de los solicitantes de protección internacional y que, a su vez, logre preservar la seguridad de las fronteras es sumamente complejo cuando la inmensa mayoría de solicitantes de protección acceden irregularmente. Y resulta igualmente difícil articular un sistema común para Estados con realidades tan distintas, si este no se sustenta de manera firme sobre la solidaridad comunitaria y el establecimiento de estándares comunes.

Mientras sus problemas estructurales no se resuelvan, el funcionamiento efectivo del SECA será imposible. Las autoridades actuarán

primando un objetivo, sea la seguridad, sean los derechos, sobre otro; tal y como se ha evidenciado con la reforma del Pacto migratorio que ha priorizado el blindaje de sus fronteras, sobre la construcción de un sistema solidario, garantista y eficiente[27]. Una situación que no solo deteriora el SECA, sino también el gran logro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, las relaciones entre los Estados e incluso el sistema Schengen. Las graves consecuencias del mal funcionamiento del SECA, sumado a la certera continuidad en el tiempo de estos flujos migratorios, hacen que sea necesario un cambio en la estrategia europea desde la posición que merecen en el mismo los derechos de los solicitantes de protección y que dé cumplimiento al propósito para la que fue concebida en el art. 78 TFUE, esto es: «ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional».

Por todo ello se reitera la conveniencia de incluir dentro del marco normativo del SECA un estatuto de derechos del solicitante de protección internacional que aunaría, en una norma directamente aplicable, los derechos del solicitante de protección internacional cuyo reconocimiento y condiciones de ejercicio derivan de diversas directivas y reglamentos; y limitando ahora el margen de acción de los Estados al incorporar la extensa jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

La incorporación de un estatuto de derechos como norma vinculante en el marco del SECA se presenta así como posible respuesta a sus grandes límites. Pues si bien debe verse acompañada de otras medidas para hacer el sistema más efectivo y solidario, así como de las medidas de colaboración e incentivos para garantizar la aplicación del Derecho de la Unión, su aprobación y el consiguiente establecimiento de estándares comunes en el procedimiento y en la acogida, presentan ventajas transversales para el funcionamiento eficiente y garantista del SECA; legitimando los instrumentos de reubicación planteados en las propuestas de reforma; y equilibrando la tutela de los solicitantes dentro de la espiral restrictiva de la política migratoria común.

Una propuesta que encuentra su justificación más directa en el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea al constituir una posible herramienta para la efectividad del objetivo marcado en el art. 78 TFUE y del estándar supranacional de derechos en la tutela multinivel, en especial del art. 18 CDFUE.

---

[27] Sobre la reforma del SECA acontecida con la aprobación del Pacto migratorio se recomienda la lectura del trabajo de Porras Ramírez (2024).

5. EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁNDAR COMÚN PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL SOLICITANTE DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

En su emblemática sentencia *N. S. y otros*[28] el TJUE reconoció «como razón de ser de la Unión y de la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente del sistema europeo común de asilo […], la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión, en particular de los Derechos Fundamentales»[29]. Señaló entonces que el sistema europeo común de asilo «ha sido concebido en un contexto que permite suponer que todos los Estados que participan en él, ya sean Estados miembros o terceros Estados, respetan los derechos fundamentales, incluidos los que se basan en la Convención de Ginebra y en el Protocolo de 1967, así como en el CEDH, y que los Estados miembros pueden otorgarse *confianza mutua* a este respecto»[30]. Y que «precisamente sobre la base de este principio de *confianza mutua*, el legislador de la Unión adoptó el Reglamento núm. 343/2003 (Reglamento Dublín)»[31]. Si bien, el propio Tribunal matizó estas afirmaciones señalando que las graves dificultades de funcionamiento que puede entrañar el SECA pueden suponer un grave riesgo de que los solicitantes reciban un trato incompatible con sus derechos fundamentales si son trasladados a otro Estado miembro. De tal manera que la presunción de respeto no puede considerarse ya irrefutable.

Tras aquel asunto, y pese a las reformas legislativas que actualizaron los instrumentos del SECA, la jurisprudencia europea ha dado cuenta de las enormes deficiencias existentes en los sistemas nacionales de protección internacional. Así, se ha evidenciado que, aun cuando la normativa europea pueda respetar los estándares de protección europeos, la aplicación de esta por los sistemas nacionales supone, en una gran cantidad de casos, sistemáticas violaciones de derechos para los solicitantes, contrarias al estándar de la Unión.

En este sentido, el TJUE ha tenido que señalar que es contraria al Derecho de la Unión una normativa nacional que no prevea la anulación de aquellas resoluciones de inadmisibilidad que sean adoptadas sin la realización de una entrevista personal previa[32], siendo la entrevista

---

[28] STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, C-411/10.
[29] *Ibid*., apdo. 83.
[30] *Ibid*., apdo. 78.
[31] *Ibid*., apdo. 79.
[32] STJUE de 16 de julio de 2020, C-517/17.

una manifestación del derecho a ser oído[33]. O una normativa nacional que impone al órgano jurisdiccional que resuelve el recurso frente a una resolución denegatoria de la protección internacional «un plazo de ocho días para resolver», cuando el órgano jurisdiccional no pueda garantizar en ese plazo la efectividad de las garantías procesales que el Derecho de la Unión reconoce al solicitante[34]. Y fuera del ámbito estrictamente procesal también abundan los supuestos de normativas nacionales contrarias al estándar de protección de la UE. Así, el TJUE ha llamado la atención ante normativas nacionales que excluyen al solicitante de protección internacional del acceso al mercado de trabajo por el único motivo de que se haya dictado respecto a él una decisión de traslado de acuerdo con el Reglamento Dublín[35]. El TJUE se ha tenido que pronunciar incluso sobre normativas nacionales que, ante una violación de la normativa aplicable en un centro de acogida, prevén como sanción la retirada de las condiciones materiales de acogida relativas al alojamiento, a la alimentación o al vestido. Habiendo señalado que, aunque se trate de una sanción *grave,* no se puede privar al solicitante de la posibilidad de satisfacer sus necesidades más elementales[36].

Los ejemplos de normativas internas lesivas y disuasorias para los solicitantes de protección abundan, y evidencian que un SECA *de mínimos* no sirven para lograr una aplicación uniforme, respetuosa con los estándares europeos, y, ni mucho menos, coherente dentro del propio Sistema. Si a ello le sumamos los problemas inherentes al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y al principio de confianza mutua, junto con la incoherente configuración del reconocimiento mutuo solo de las resoluciones negativas, todo nos lleva a insistir en la conveniencia de incorporar un reglamento que catalogue como derechos las garantías sustantivas y procedimentales que derivan ya de la normativa existente y que han sido interpretadas por el TJUE. Y si bien esta propuesta topa de frente con el límite competencial de la Unión y el principio de subsidiariedad, lo cierto es que este no es el único campo donde se ha venido exigiendo una mayor comunitarización y donde, pese a las dificultades, los avances han sido posibles dentro de los límites competenciales actuales.

Así, al igual que en la política de protección internacional, la legislación europea en materia de consumidores nace de la premisa de condicionar la eficacia de estas normas a su armonización para la tutela de quien se encuentra en una situación de desventaja, de mayor vulnerabilidad. También en este ámbito se ha desplazado el foco de atención del terreno puramente sustantivo a la dimensión procesal del *derecho.*

---

[33] STJUE de 22 de noviembre de 2012, *M. M. contra Minister for Justice, Equiality and Law Reform, Ireland y Attorney General*.

[34] STJUE de 19 de marzo de 2020, C-564/19.

[35] STJUE de 14 de enero de 2021, C-322/19.

[36] STJUE de 12 de noviembre de 2019, C233/18, *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoeker.*

Y, por supuesto, también aquí se plantean importantes límites competenciales que, en último término, prestan atención a la salvaguardia de la soberanía estatal, aunque sea en referencia a un principio de difícil concreción: la autonomía procesal de los Estados miembros, frente a la efectividad del Derecho comunitario.

Con relación a los consumidores, Carmona Contreras (2017) ha señalado que, a raíz de los asuntos *Aziz, Sánchez Morcillo* y *BBVA*, el Tribunal de Justicia ha desarrollado una «constitucionalización oculta», a través de la relación entre el principio de efectividad y la tutela judicial efectiva. En el momento en que el TJUE encuentra fallos en los sistemas internos que merman la protección jurisdiccional de los consumidores, declara el incumplimiento de la genérica obligación contenida en el art. 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los Estados miembros el deber de velar por la existencia de medios adecuados y eficaces para que cesen las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

De tal manera que, a raíz de esta genérica obligación, se ha producido «un mandato de armonización en la esfera procesal de los Estados miembros, afectando al principio de autonomía procesal al condicionar el cumplimiento de la obligación, no solo la existencia de medios sino también su eficacia[37]». Y es que, como señala Carmona, el principio de efectividad es «un instrumento esencial al servicio de la adecuada aplicación el Derecho de la Unión en los ordenamientos internos, garantizando su efecto directo». Que requiere, evidentemente, de un sistema jurisdiccional eficiente para garantizar a los titulares de los derechos emanados de la normativa europea, una tutela judicial efectiva para garantizarlos. «Lo contrario, como resulta obvio, condenaría a las normas europeas a la inoperancia y a una palmaria ausencia de efecto útil»[38].

Unas reflexiones que trayéndolas al tema que nos ocupa, nos obliga a preguntarnos: ¿los sistemas nacionales de protección internacional permiten el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión? Es decir, ¿son las legislaciones nacionales en materia de protección internacional compatibles con las exigencias derivadas del principio de efectividad de los derechos que la normativa del SECA atribuye a los solicitantes de protección internacional? La respuesta no puede ser otra que no.

La falta de efectividad de los derechos reconocidos en el SECA para los solicitantes de protección resulta tan evidente como desalentadora. Una falta de efectividad que conlleva, a su vez, una vulneración del Derecho originario de la Unión: tanto del art. 78 TFUE, al fracasar en el objetivo de proporcionar un estatuto adecuado a quien necesita protección internacional; como del art. 18 de la Carta, al no quedar

[37] Carmona Contreras (2017).
[38] *Ibid*.

garantizado un estándar común de protección para ese derecho de acceso a un procedimiento con todas las garantías. Pero también de otros derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales que los solicitantes de protección ven sistemáticamente vulnerados, como si el estándar de protección de su derecho a la vida privada y familiar; a la libertad personal; a la educación; a la integridad física; o a la tutela judicial efectiva (entre otros) fuese menor.

Todo ello avala la necesidad de incorporar en el complejo normativo un nuevo reglamento que colme las lagunas existentes, concentrando en un único instrumento normativo esos derechos reconocidos de manera difusa en el SECA y en la jurisprudencia del TJUE para que, mediante su aplicación directa, sirva a los Estados miembros para adecuar sus sistemas nacionales. Este instrumento es imprescindible para que se produzca una reforma adecuada y uniforme de los sistemas nacionales que permitan el funcionamiento eficaz del SECA en su conjunto; es presupuesto indispensable para legitimar la incorporación de mecanismos de reubicación; y es imperioso para alcanzar una tutela eficaz de los derechos de los solicitantes cuyo abandono más extremo, que se vivió en el punto álgido de la crisis migratoria, amenaza con repetirse a cada nueva oleada.

Además de todos los argumentos señalados, este instrumento normativo se debe entender como una oportunidad para que la Unión desarrolle el papel de guardián que está destinado a desempeñar en el sistema multinivel de protección. Tal y como se ha evidenciado en los últimos años, la Unión debe continuar preservando las líneas rojas que conforman su *Constitución material* y entre las que se encuentra el Estado de derecho, la democracia y el respeto a los derechos humanos. Manteniéndose firme ante las vulneraciones de derechos que permiten o incluso provocan sus Estados miembros. Como afirmó tempranamente el TJUE en la emblemática sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*: «la salvaguardia de los derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad»[39].

6. CONCLUSIONES

Lo que ocurre con el sistema de protección internacional es un ejemplo más de la complejidad que han alcanzado nuestros sistemas jurídicos actuales, puesto que las normas que lo conforman no emanan únicamente del poder estatal sino también de órganos externos

[39] STJUE de 17 de diciembre de 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, apdo. 4.

(supranacionales o estrictamente internacionales), cuyas normas corresponden a ordenamientos diferentes, según competencia y ámbito de aplicación.

De este modo, logran coexistir un elevado número de normas de distintos niveles normativos que, con una lógica garantista, constituyen en sí, un sistema jurídico multinivel, integrador y unitario, formado por normas ordenadas y coherentes cuya finalidad es, simplemente, dar respuesta a unos problemas jurídicos que, de otro modo, escaparían de nuestro control. Sin embargo, en esta relación multinivel, que permite la existencia de un estándar particular para cada Estado dentro de los límites que marcan la CDFUE y, en último término, el CEDH, irrumpe la necesidad de elaborar un estándar común en determinados ámbitos. Lo que, sin duda, puede suponer una confrontación con los límites soberanos de cada Estado.

En este sentido, este trabajo se articula en torno a una política de la Unión (competencia compartida entre esta y los Estados miembros) que ha estado marcada por las sistemáticas vulneraciones de derechos sufrida por un colectivo especialmente vulnerable. Un ámbito que nos lleva a reflexionar sobre la eficacia de la CDFUE y el compromiso que supone para los Estados miembros.

En particular, el incumplimiento sistemático de las disposiciones del Sistema Europeo Común de Asilo en detrimento de los derechos de los solicitantes nos plantea dudas sobre el propósito de la Carta y, de manera más específica, sobre la relación entre el derecho primario y su efectiva plasmación en el derecho derivado. Por ello, es importante subrayar el papel de la Carta como límite al poder del Estado en el desarrollo de esas competencias compartidas; al tiempo que actúa como un «instrumento de legitimación del derecho derivado»[40]. Y es que las reformas llevadas a cabo hasta ahora, incluyendo la última reforma acontecida tras la aprobación del Pacto migratorio en 2024, no solo no han solventado las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo, sino que también ponen en entredicho el contenido del impreciso art. 18, al dificultar el acceso al procedimiento de protección para quienes llegan irregularmente, es decir, para la inmensa mayoría. Una configuración del procedimiento que amenaza con vaciar de contenido el mismo, al tiempo que puede debilitar el estándar garantizado por otras disposiciones de la Carta.

Por todo ello, se ha reiterado en este trabajo la conveniencia de codificar, en un reglamento directamente aplicable, aquellos derechos que configuran el estatuto jurídico de los solicitantes de protección internacional en atención a los pronunciamientos del TJUE y, en su caso, del TEDH. Un nuevo reglamento que permita el desarrollo normativo del

[40] Aguilar Calahorro (2018).

art. 18 CDFUE, para su concreción y mayor efectividad; y una garantía para el respeto a otras disposiciones de la Carta que, frecuentemente, son interpretadas bajo una perspectiva securitaria que parece facultar a los Estados a rebajar su estándar de protección.

Además, la propuesta de elaboración de un estatuto de derechos resulta conveniente y necesaria a tenor de la vulnerabilidad que la jurisprudencia (especialmente del TEDH) ha identificado en los solicitantes de protección internacional. Pues la calificación de un colectivo como *especialmente vulnerable*[41] por parte del TEDH[42] debe servir de llamamiento a los poderes públicos para su tutela, en aras de remover los obstáculos que impiden la igualdad efectiva del mismo[43]. Lo que, a su vez, implica exhortar al legislador a desarrollar las herramientas normativas necesarias para su tutela, evitando así que las conquistas alcanzadas con la enunciación teórica de derechos se pierdan en una dinámica que obvia su contenido.

La imperiosa necesidad de garantizar un estándar común de derechos para los solicitantes de protección encuentra otra justificación funcional, inherente al desarrollo de la política de protección internacional. Y es que, el complejo normativo que la desarrolla no solo tiene que resultar coherente con los tres niveles verticales de tutela, sino que, al haberse construido un *Sistema Europeo Común,* debe guardar la máxima coherencia lógica con los sistemas nacionales aplicados en el territorio de la Unión. De este modo, las normativas de protección internacional alemana, francesa, italiana o húngara, por ejemplo, deben responder a las exigencias del Derecho de la Unión y del CEDH. Pero si no mantiene una coherencia con otros sistemas nacionales, el Sistema fracasa. Pensemos que, si Hungría deniega sistemáticamente las solicitudes de protección internacional, resulta lógico que aumenten los movimientos secundarios hacia Austria o hacia Alemania, si las condiciones de acogida son más favorables allí que en el resto de los Estados.

Es lo que ha ocurrido hasta ahora y los resultados son de sobra conocidos: una gran disparidad en los porcentajes de reconocimiento de algún estatuto de protección internacional; disparidad de prestaciones sociales para los solicitantes; diversidad de garantías procedimentales y, en último término, un lógico incremento de los movimientos secundarios. Todo ello hace que la efectividad del Sistema Europeo Común de Asilo esté viciada desde sus inicios, convirtiendo los arts. 78 TFUE y 18 CDFUE en papel mojado. Y rodeando el estatuto del solicitante de protección de una gran inseguridad jurídica que debilita su protección.

---

[41] Aun cuando esta calificación puede resultar, en palabras de Macioce, «débil en el plano teórico y peligrosa en el plano político». *Vid*. Macioce (2022).

[42] Sobre esta cuestión, se recomienda la lectura de Morgades Gil (2010).

[43] Requena de Torre (2023).

Por ello, este trabajo ha tratado de poner el foco de atención en la necesidad de alcanzar un estándar de protección común derivado de la CDFUE y, especialmente, del art. 18 CDFUE. Un estándar que se hace necesario para el funcionamiento efectivo del SECA; pero también para hacer posible el objetivo enunciado en el art. 78 TFUE, cuyo establecimiento resulta ya ineludible en atención a la deriva actual de la política de protección internacional en todo el mundo.

Sin embargo, a pesar de reiterar la premisa de que la Carta merece el mismo compromiso por parte de los Estados que el resto del Derecho primario de la Unión, no podemos obviar que esta exigencia de cumplimiento se realiza en un contexto de crisis del Estado de derecho y de crisis política de la Unión. De hecho, la *crisis de la política migratoria* es una manifestación de estas circunstancias, caracterizada por un aumento de la tensión entre Estados miembros, un incumplimiento generalizado de las obligaciones asumidas y una erosión del principio de solidaridad de la Unión. Por ello, a pesar del contexto desalentador, es crucial reiterar que la garantía de una acogida digna a los más vulnerables que acuden en busca de protección es un deber ineludible en el que la Unión Europea se juega su presente y su futuro.

7. BIBLIOGRAFÍA

Balaguer Callejón, F. (2008). «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, pp. 57-82.

Carmona Contreras, A. M. (2017). «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un standard común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria». *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, pp. 307-332.

Carrera Hernández, F. J. (2020). «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ante los nuevos desafíos de la Unión Europea: evolución y articulación jurídica». En Porras Ramírez, J. M. (dir.) *Migraciones y asilo en la Unión Europea*, pp. 45-72. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Espada Ramos, M. L. (1994). «Asilo e inmigración en la Unión Europea». *Revista de Estudios Políticos*, pp. 86, 71-98.

Favilli, C. (2010). «Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione». *Diritto, immigrazione e cittadinanza* xii, 2, pp. 13-35.

Goig Martínez, J. M. (2015). «¿Una política común de inmigración en la Unión Europea? Evolución, Retos y Realidades». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 29, pp. 191-222.

González Vega, J. A. (2008). «¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración». En: Aldecoa Luzárraga, F. *et al.* (coords.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas de derecho internacional y relaciones internacionales*, pp. 1561-1578. Madrid, Marcial Pons.

González Vega, J.A. (2017). «Mitos y Mistificaciones: La Unión Europea y La Protección Internacional» (A propósito de la «crisis de los refugiados). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, pp. 27-75.

Graglia, P.S. (2011). *L´Unione europea*. Bolonia: Il Mulino.

Häberle, P. (2008). «El Tratado de reforma de Lisboa de 2007» (Traducción de F. Balaguer Callejón). *ReDCE*, 9.

López Garrido, D. (1991). *Derecho al asilo*. Madrid: Trotta.

Martínez Alarcón, M.L. (2018). *La Política Europea de Protección Internacional. Sistema Europeo Común de Asilo*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Macioce, F. (2022). «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables». *Revista de Estudios Políticos,* 195, pp. 245-265.

Morgades Gil, S. (2010). «La protección de los demandantes de Asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 37, pp. 801-842.

Porras Ramírez, J.M. (2020). *Migraciones y asilo en la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

Porras Ramírez, J.M. (2021). «El derecho de asilo en la Unión Europea». En Pizzolo, C. (coord.), *Integración Regional y Derechos Humanos. Puntos de Convergencia*, pp. 305-326. Buenos Aires: Astrea.

Porras Ramírez, J.M. (2024). «Blindar las fronteras de la Unión Europea para garantizar la libre circulación. El refuerzo del enfoque securitario en el nuevo pacto sobre migración y asilo». *Revista de Estudios Políticos*, 205, pp. 57-90.

Requena de Torre, M.D. (2024). *Un estatuto común de derechos para los solicitantes de protección internacional en la Unión Europea*. Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi.

Sánchez Barrilao, J.F. (2019). «Fundamentalismos, identidades e integración en Europa». En Balaguer Callejón, F. y Tudela Aranda, J. (coords.), *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, pp. 113-142. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Scuto, F. (2012). *I diritti fondamentai della persona quale limite al contrasto dell´immigrazione irregolare*. Milán: Giufrè.

PARTE TERCERA
IGUALDAD Y SOLIDARIDAD

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 161-190
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/06*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL DERECHO A LA SALUD EN LA UNIÓN EUROPEA: LOS MECANISMOS DE FINANCIACIÓN EUROPEOS TRAS EL COVID-19

Amalia Lozano España

1. INTRODUCCIÓN

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), también conocida como la Carta de Niza, proclamada en el año 2000 y dotada de valor jurídico con la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el año 2009, representa un hito significativo en el proceso de integración europea. En especial, brinda una garantía jurídica para la defensa de los derechos fundamentales frente a la elaboración y aplicación de las normas comunitarias, superando así la limitada salvaguarda que derivaba de su reconocimiento fragmentado en los Tratados previos[1]. Además, la UE cuenta con una Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) y mecanismos de implementación para supervisar la inclusión de los derechos fundamentales en todas las políticas de la UE[2]. Así, se reconoce que los derechos fundamentales juegan un papel de referencia para determinar la legitimidad del sistema político de la UE, por consiguiente, también sus políticas[3].

[1] Rodríguez Bereijo (2022: 1-15).
[2] De Ruijter (2019: 1-220).
[3] *Ibid.*

La importancia del art. 35 CDFUE en la protección del derecho a la salud en el ámbito europeo es esencial[4]. Este artículo estipula que: «Toda persona tiene derecho a acceder a una asistencia sanitaria preventiva y a beneficiarse de un tratamiento médico en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»[5]. Para los fines de nuestro estudio, resulta particularmente relevante la sección que reconoce el derecho de toda persona a recibir tratamiento médico, aunque la plena efectividad de este derecho está condicionada por la legislación de cada Estado miembro. Esto implica que la normativa de cada Estado miembro debe no solo garantizar el acceso a la atención médica, sino también disponer de los recursos necesarios para su desarrollo.

Este derecho, como hemos mencionado, en lo que respecta a la atención sanitaria, establece la obligación de garantizar dicha prestación conforme a las condiciones establecidas en las legislaciones nacionales. Asimismo, implica que en todas las políticas y acciones de la Unión Europea se debe aplicar un alto nivel de protección de la salud humana, en consonancia con lo dispuesto en el art. 35 CDFUE y otras normativas, como el art. 168 TFUE. La necesaria «actuación integral y transversal»[6] en este ámbito es muy relevante. El art. 168.1 TFUE establece que la salud es una competencia de apoyo, lo que implica que, al no ser una competencia exclusiva, su intervención en un principio está limitada. En este sentido, el art.168.7 TFUE especifica que la «acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica»[7]. De esta manera, los Estados miembros conservan su soberanía en la creación de políticas sanitarias. De hecho, su ámbito de aplicación sigue siendo extremadamente restringido, y ninguna institución, organismo u oficina de la UE es responsable de

---

[4] Las referencias al derecho a la salud, debemos remontarnos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice en su art. 25: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, con especial atención a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios».

[5] Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

[6] Bombillar Sáenz y Pérez Miras (2015: 299-331).

[7] Debemos considerar que el apartado sexto del art. 52 CDFUE, el cual regula el alcance y la interpretación de los derechos y principios, estableciendo un sistema de protección a los derechos reconocidos. De esta manera, si los Estados miembros proporcionan una protección adecuada de los derechos nacionales en relación con los derechos protección, la actuación de la Unión Europea debería ser limitada o no intervenir. Sin embargo, en situaciones en las que algunos Estados tienen dificultades para estructurar sus sistemas sanitarios, especialmente en lo que respecta la accesibilidad y la falta de adecuados niveles de prestaciones y medios, se hace necesario garantizar un nivel de protección pública adecuado.

proporcionar lo que se denomina «asistencia sanitaria preventiva» o «tratamiento médico». Por tanto, corresponde a cada Estado miembro garantizar los recursos y establecer su propio sistema de asistencia sanitaria de acuerdo con sus marcos nacionales. En este sentido, el art. 35 CDFUE solo adquiere relevancia cuando los Estados miembros aplican los derechos de la Unión Europea.

Hasta la fecha, la actuación de la Unión Europea en el ámbito de la sanidad se había limitado a cuestiones circunstanciales relacionadas con el funcionamiento del mercado interior. A pesar de ser una competencia de apoyo, esto no ha impedido la intervención de la UE en diversos ámbitos. En este contexto, aspectos como la legislación sobre alimentos, medicamentos y consumidores han sido prioritarios, lo cual no ha dejado de impactar en la armonización de los sistemas nacionales, gracias a la cláusula que exige un alto nivel de protección de la salud humana. Entre las disposiciones europeas que venían a regular estos sistemas nacionales de asistencia sanitaria se encuentra el Reglamento 883/2004/CE, que coordinaba los sistemas de seguridad social[8]. Entre las medidas que han tenido un efecto directo debemos mencionar que el derecho y la regulación de la UE en materia de gobernanza económica y fiscal han afectado directamente, en una serie de casos profundamente, a los sistemas de asistencia sanitarios.

Sin embargo, hasta la crisis del COVID-19, su influencia en la asistencia sanitaria y la dotación de recursos en este sector ha sido muy limitada y en todo caso, las normas sobre gobernanza económica y la cláusula del «equilibrio presupuestario» han tenido un impacto directo y en general, negativo[9]. Durante la crisis de deuda de 2008, estas reglamentaciones llevaron a comenzar a hablar de la «sostenibilidad» y la «austeridad», lo cual se tradujo en «recortes», privatización, y que llevó a una pérdida de la cohesión social y a una degradación de los servicios públicos[10].

El proceso de globalización dificulta la posibilidad de influir o generar cambios, ya que la atención médica ha dejado de ser un tema que puede abordarse exclusivamente a nivel local, requiriendo ahora enfoques más amplios y profundos. Esta dinámica, sumada a la creciente internacionalización de la economía y la creciente competencia dentro de los mercados internacionales, tiene un impacto considerable

---

[8] Por otro lado, la Directiva 2011/24/UE que se encarga de regular la asistencia transfronteriza. Igualmente, hay una serie de disposiciones generales del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la libre circulación, contratación pública y competencia. El Derecho de la Unión en materia de migración (incluidos el asilo y la residencia de larga duración) y de no discriminación también es importante, al igual que el Derecho de relaciones exteriores de la Unión en materia de políticas de desarrollo.

[9] De Falco (2019: 55-96).

[10] Lema Añón (2014: 3-16).

en los modelos europeos de estado de bienestar. La actuación de la Unión Europea hacia el derecho a la salud es esencial; sin los recursos suficientes y sin una defensa sólida de la asistencia sanitaria como un derecho de acceso para toda la población, se corre el riesgo de desmantelar estos principios.

La pandemia de COVID-19 constituyó una crisis sanitaria global en la que el papel de la Unión Europea fue crucial. No solo facilitó la compra conjunta de vacunas entre los Estados miembros, sino que también implementó una serie de nuevas regulaciones. En nuestro estudio, nos centraremos especialmente en los mecanismos de financiación establecidos, que han sido fundamentales no solo para proporcionar recursos, sino también para fomentar la innovación y fortalecer los sistemas de salud, especialmente en aquellos países que se encontraban más debilitados. Este fortalecimiento ha sido, en cierta medida, «encubierto», ya que no ha ido acompañado de una reforma de los tratados como en ocasiones anteriores. En este contexto, los arts. 122 y 175 TFUE han desempeñado un papel esencial al servir como base para introducir mecanismos europeos de financiación en diversas áreas donde la Unión Europea tenía ambiciones institucionales y condicionando la financiación al cumplimiento de una serie de requisitos y objetivos políticos, superando el principio de subsidiariedad aplicado a las competencias no asumidas directamente por la Unión Europea.

Esta crisis ha abierto la oportunidad de examinar una posible profundización de las competencias y el proceso de gradual «federalización» en un ámbito de la salud en el que tradicionalmente se ha mostrado una gran reticencia a ceder soberanía a la Unión Europea, y esta estaba limitada a su actuación en función de un principio de apoyo y coordinación en el ámbito de las políticas sanitarias. Sin embargo, la naturaleza transfronteriza del virus y la necesidad de una respuesta concertada a nivel europeo evidenciaron la necesidad de fortalecer el rol de la Unión en la protección de la salud.

Nuestro trabajo abordará cómo la pandemia de COVID-19 también ha tenido un efecto colateral en la interacción entre la Unión Europea y los Estados miembros, evidenciando la necesidad de una política de salud comunitaria. Este aspecto resalta la importancia de establecer una «organización social»[11] que garantice el ejercicio pleno de este derecho, incluso en contextos de limitación de recursos. Ejemplos como la política de vacunación de la UE y el Certificado COVID Digital, junto con las referencias en los fondos NGUE, muestran cómo la pandemia ha intensificado los mecanismos de coordinación en materia de salud y ha fortalecido el liderazgo de las instituciones europeas en la implementación de estos mecanismos. Este trabajo abordará las consecuencias de

[11] Peces-Barbas (1997: 537-551).

la crisis pandémica y la ampliación de la capacidad de influencia de la Unión Europea a través de mecanismos de financiación.

Para ello, es necesario, en primer lugar, analizar el derecho a la salud desde una perspectiva que permita entender que, aunque los tratados mencionan el derecho a la asistencia sanitaria, la Carta no transfirió competencias a la Unión en este ámbito. Esto significa que, aunque los derechos proclamados en la Carta sean de gran importancia, la Unión tiene, en principio, una capacidad limitada para actuar en estas áreas. Es fundamental recordar que, en virtud de los Tratados, la Unión Europea solo puede ejercer las competencias específicamente conferidas por los Estados miembros. Por tanto, la verdadera cuestión de interés es observar cómo la Unión está utilizando sus competencias limitadas para diseñar una política sanitaria general y, a partir de ahí, analizar las estrategias y acciones que está emprendiendo dentro de este marco restrictivo para avanzar en la protección y promoción de los derechos fundamentales.

2. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA Y LA COMPETENCIA SOBRE SANIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN HASTA LA CRISIS DE 2008

Para centrarnos en la posibilidad de desarrollo de una política sanitaria, y las implicaciones para el derecho a la salud como asistencia sanitaria, primero debemos hacer ciertas precisiones terminológicas. El derecho a la salud en ningún caso puede entenderse como una norma jurídica que implique «estar sanos»[12]. La doctrina ha considerado que el concepto más adecuado es la «protección de la salud»[13]. En este sentido, debemos diferenciar tres aspectos de actuación diferentes: «derecho a la protección de la salud individual y colectiva en sentido estricto, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a decidir en el ámbito de los tratamientos médicos»[14]. En nuestro capítulo, nos centraremos en este derecho como el derecho a una asistencia sanitaria. Este derecho incluye, como mínimo, el acceso a «atención primaria esencial» y «atención médica primaria y de emergencia»[15]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su doctrina sobre las «obligaciones positivas»[16], en relación con esta materia, implica que los Estados contratantes tienen el deber de adoptar medidas para salvaguardar la salud de las

[12] Bombillar Sáenz y Pérez Miras (2015: 299-331).
[13] *Ibid*.
[14] *Ibid*.
[15] Hervey y Mchale (2021: 1007-1024).
[16] Busatta (2022: 14-33).

personas en circunstancias particulares que puedan poner en peligro la vida del individuo, una de ellas es la falta de prestaciones sanitarias[17].

En este capítulo, nos centraremos en el derecho a la salud, como un derecho que implica una asistencia sanitaria y la necesidad de que esté garantizado su dotación de recursos y para ello, la influencia de la Unión Europea es fundamental como veremos a continuación. En el ámbito de la Unión Europea, como hemos mencionado, los sistemas nacionales de asistencia sanitaria se regulan de acuerdo con las legislaciones nacionales vigentes. No obstante, con el fin de alcanzar ciertos objetivos, se contempla la posibilidad de ampliar la acción de la Unión Europea en ámbitos donde los «poderes de actuación» sean inexistentes o insuficientes según el art. 352 TFUE. Estas acciones deben, sin embargo, respetar los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y suficiencia de medios, tal como se establece en el art. 5 y en el Protocolo núm. 2. Asimismo, es importante mencionar que el marco jurídico del art. 35 CDFUE se complementa con el art. 9 TFUE, que actúa como una «cláusula social horizontal»[18] aplicable a todas las políticas y objetivos de la UE. Este artículo desarrolla la garantía de alcanzar un bienestar social en el marco del proceso de integración, el cual debe promover también los derechos sociales.

Para entender la limitación competencial, es importante reconocer que ya durante las negociaciones del Tratado de Maastricht, el creciente papel de la UE en materia de salud pública, en relación con la libre circulación, generó controversias, especialmente en torno a programas como los del VIH/SIDA y el cáncer[19]. Algunos Estados miembros vieron en la inclusión del antiguo art. 129 del Tratado CE una forma de frenar el aumento de competencias, mientras que otros lo percibieron como una oportunidad para formalizar la participación de la UE en el ámbito de la salud[20]. Sin embargo, lo cierto es que, en el Tratado de Maastricht, no se logró establecer una «auténtica política común sobre salud pública»[21]. En el Tratado de Ámsterdam, se introdujo lo que se denominó acciones comunes, pero estas se limitaron a la «promoción de la salud»[22].

---

[17] Un ejemplo de esto es el caso *Oyal v. Turquía* de 26 de junio de 2010, donde el TEDH apreció una violación del art. 2.

[18] Rizzo (2021: 107-130). En este sentido, el autor menciona asimismo que la potencialidad del art. 9 TFUE radica en que consagra una serie de «intereses sociales» (alto nivel de empleo, protección social y lucha contra la exclusión social, niveles elevados de educación, formación y protección de la salud humana) con relevancia normativa «objetiva», que las instituciones de la Unión, incluidas las legislativas, deben velar primordialmente por proteger en el ejercicio de sus funciones.

[19] De Ruijter (2019: 1-220).

[20] *Ibid.*

[21] Domínguez *et al*. (2020: 35-60).

[22] *Ibid*., pp. 35 y ss.

El TFUE, en vigor desde 2009, aporta poco más en términos de regulación de la salud pública. El art. 6 TFUE establece que, en el ámbito de la «protección y mejora de la salud pública», la Unión Europea tiene competencias de apoyo. Esto se concretó en su art. 168 TFUE[23] que define el ámbito de actuación de la UE, esta disposición establece un deber de complementar y apoyar las políticas nacionales en el ámbito de la salud, promover la cooperación entre los Estados miembros y facilitar la coordinación de sus programas, respetando plenamente las responsabilidades de cada Estado miembro en la definición de sus políticas de salud, así como en la organización, gestión y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Es decir, se configura como una competencia de apoyo, coordinación y complemento a la acción de los Estados miembros a través de medidas de cooperación necesarias, las acciones de los Estados miembros en la mejora de la salud pública, la prevención de enfermedades y la protección frente a riesgos para la integridad física o mental (art. 168.2 TFUE)[24].

El ámbito competencial del derecho a la salud está estrechamente relacionado con los objetivos generales que marcan la acción de la Unión Europea establecidos en los tratados que se encuentran igualmente dispersos en varias disposiciones[25]. Así, el art. 168 establece el objetivo elevado de garantizar «un alto nivel de protección de la salud humana» y busca que este objetivo impregne todas las acciones y políticas comunes, en la práctica su alcance resulta limitado sobre todo en el ámbito de garantizar unos estándares mínimos asistenciales[26]. En este sentido, el art. 35 CDFUE protege tanto el derecho a la salud como el derecho a la asistencia sanitaria. Sin embargo, esto no puede interpretarse como una ampliación de las competencias de la Unión Europea, ya que está limitado por el art. 51.2 CDFUE, que actúa como una cláusula de cierre en cuanto al ámbito de aplicación de estos derechos, confirmando que no puede extender el alcance del Derecho de la Unión más allá de las competencias establecidas en los tratados.

No obstante, la complementariedad de la competencia de la Unión en esta materia no excluye, conforme al apartado cuarto del art. 168 TFUE, el deber de implementar un alto nivel de protección humana en

---

[23] El antiguo art. 152 del mismo TCE tras las reformas del Tratado de Ámsterdam.

[24] En el Derecho de la Unión Europea, el art. 2 TFUE establece el principio de atribución, delimitando el alcance de la actuación de la Unión Europea. En el art. 3 TFUE se encuentran las competencias exclusivas; en el art. 4 TFUE, las competencias compartidas; y, las competencias de coordinación (art. 5 TFUE). Por último, las competencias de apoyo, coordinación y complemento de la acción de los Estados miembros (art. 6 TFUE).

[25] La protección medioambiental ha estado muy relacionada con el objetivo específico de protección de la salud humana. Uno de los ejemplos es el art. 30 EURATOM, que establecía el concepto de «estándares mínimos», muy relacionado con la presencia de partículas radiactivas y su compatibilidad con la salud.

[26] Domínguez *et al*. (2020: 35-60).

todas las políticas y acciones de la UE. En este contexto, el mercado interior ha jugado un papel importante, especialmente en lo que respecta a la armonización de normas. Esta influencia ha sido notable en sectores como el farmacéutico, agricultura (por el uso de fitosanitarios) y el veterinario[27], promoviendo una «actuación integral y transversal»[28]. Inicialmente, otro ámbito donde estuvo orientada la acción de la Unión Europea fueron la mejora de los estándares de protección de los trabajadores mediante la armonización de medidas de prevención de riesgos laborales para facilitar la implementación de la libertad de movimiento de trabajadores. Así mismo, en medio ambiente, para garantizar la salud pública y no permitir que «la competitividad económica pudiera basarse en evitar los costes de la seguridad e higiene laboral o del control de emisiones al medioambiente»[29]. También las medidas dirigidas a los consumidores dieron lugar al desarrollo de normas más específicas relacionadas con la salud. Un ejemplo significativo de esa influencia fue la llamada «crisis de las vacas locas»[30], que supuso un avance en garantías alimentarias con la aprobación del Reglamento (CE) 178/2002 y la creación de instituciones como la EFSA[31]. La prevención de enfermedades y las amenazas de pandemias mundiales también se han convertido en una preocupación europea. En 2013, se adoptó una Decisión sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud, que ha sido derogada y reemplazada por nueva normativa tras el COVID-19.

En el ámbito de la asistencia sanitaria, la influencia progresiva que viene ejerciendo la Unión Europea en el desarrollo de los sistemas sanitarios y las directrices para sus reformas de ellos han sido notables[32]. Esta influencia, que podríamos denominar «transversal»[33], tiene un

---

[27] En el asunto *Comisión contra Italia*, resuelto el 10 de noviembre de 2020, C-644/18, el Tribunal de Justicia reiteró que «la necesidad de garantizar un aire limpio responde al interés fundamental de proteger la salud humana y que la facultad de apreciación de las autoridades competentes debe ser coherente con ese imperativo» (apdo. 124). En otras palabras, independientemente de su carácter nacional o comunitario, las autoridades competentes deben perseguir en todo caso el interés fundamental de proteger la salud humana.

[28] Domínguez *et al*. (2020: 35-60).

[29] Fundación Alternativas (2022).

[30] Lobo Aleu (2024: 81-93).

[31] Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. *DOCE* L 31, de 1 de febrero de 2002.

[32] Debemos mencionar las instrucciones recibidas por la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros. Para un análisis detallado de esta cuestión, véase Baeten y Vanhercke (2017: 478-497).

[33] El Estado cambia su posición de mal necesario y, de esta manera, es necesario un «Estado benefactor» que pueda ser capaz de procurar bienes y servicios a la sociedad; de esta manera los derechos sociales, tienen una «dimensión social y prestacional». *Vid*. Bastida *et al*. (2004: 64).

claro contenido económico. Sin embargo, la base jurídica sobre la que se han desarrollado estas normas es relativamente débil. Como hemos visto, el art. 168 TFUE otorga a la Unión Europea una competencia de apoyo. No obstante, el impacto de la Unión Europea se ha hecho sentir incluso antes de la crisis del COVID-19. En el ámbito de la asistencia sanitaria, especialmente en lo que respecta a la dotación de recursos y la capacidad de gasto de la administración pública, dicho impacto ha provenido de forma indirecta a través de las normativas de gobernanza económica y las políticas monetarias y económicas de la Unión Europea.

Durante la crisis de deuda de 2008, las políticas macroeconómicas de austeridad llevaron a una serie de recortes que impactaron severamente en sistemas sanitarios como el de España. Desde una perspectiva de derechos humanos, significó el retroceso de derechos asistenciales y la dificultad de acceso a personas más vulnerables. En 2010 y 2012, las medidas de austeridad implementadas sobre los sistemas sanitarios sobre todo del sur de Europa, bajo la presión de los tenedores de bonos, las instituciones financieras internacionales y las nuevas Reglas Fiscales de la UE, incluyeron recortes históricos. En España, se produjo en general una disminución del gasto público, y el Real Decreto-Legislativo 16/2012 introdujo una «segmentación de los servicios ofrecidos por el sistema de salud»[34]. Esto permitió que algunas comunidades autónomas redujeran al mínimo sus servicios públicos, al mismo tiempo que se introdujo el «copago»[35], es decir, los pacientes debían asumir una parte del costo o un porcentaje del precio por la prestación del servicio. Además, entre 2012 y 2014, el número de trabajadores en el Sistema Nacional de Salud se redujo en 28 500[36]. En Grecia, uno de los países más afectados, el acceso a los servicios básicos de salud de las personas más vulnerables se redujo gravemente, con la introducción de tasas por la utilización de los servicios sanitarios[37]. Estas condiciones de control del gasto público, impuestas tanto por la UE como por el FMI, estaban contempladas en los memorandos de entendimiento y eran requisitos necesarios para acceder a la financiación.

Estas medidas contravenían lo dispuesto a nivel europeo en el Carta Social Europea (CSE) y por su órgano de monitorización, el Comité de la Carta Social Europea (CEDS). El art. 13 de la Carta Social Europea garantiza «el derecho a la asistencia social y médica» como parte del derecho a la Seguridad Social. Según este artículo, los Estados deben asegurar que: «toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de

[34] Lema Añon (2021: 220-241).
[35] *Ibid.*
[36] *Ibid.*
[37] De Falco (2019: 55-96).

recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado» (art. 13.1 CSE). De este artículo se desprende la necesidad de un sistema de seguridad que asegure una serie de prestaciones. Esto ha sido materializado en diversas conclusiones del CEDS, que reconocen el deber de unos estándares mínimos: «instalaciones y acceso, lo que significa una carga colectiva de los costos, provisión para aquellos que no pueden pagar, evitar demoras indebidas, tres camas por cada 1 000 habitantes»[38].

Se consideró la posibilidad de que, frente a los recortes en sanidad, los tribunales nacionales invocaran el art. 35 CDFUE ante el TJUE, aunque esto no ha sucedido[39]. No hubo una confrontación directa entre los tribunales y la aplicabilidad de estas medidas, las quejas se dirigieron al ámbito de las pensiones, la seguridad social y los derechos en materia de vivienda, en lugar del derecho a la salud. Algunos autores han considerado que existe una «reticencia general de los tribunales a considerar justiciables los derechos económicos y sociales»[40], lo cual ha supuesto, en la práctica, que incluso frente a los recortes en sanidad y en otros derechos asistenciales que se produjeron en el sur de Europa, apenas hubo pronunciamientos[41]. En este caso, el organismo que más se ha manifestado contrario ha sido la FRA, la cual ha concluido sobre el derecho a la salud desde diferentes perspectivas, sobre todo en lo que se refiere a la necesidad de asistencia a colectivos vulnerables[42]. En contraposición, debemos mencionar que, en este sentido países como Colombia, la India, Canadá y Sudáfrica[43] han invocado por parte de particulares lo que han llamado un derecho a la «atención sanitaria»

---

[38] El CEDS se pronunció sobre el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que establece medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Señaló que esta norma, junto con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, representa una regresión significativa en la universalidad del sistema de asistencia sanitaria y vulnera el art. 11 de la CSE. Véase Jimena Quesada (2014: 171-189).

[39] El art. 35 CDFUE se ha citado con frecuencia en procedimientos ante el Tribunal de Justicia, especialmente en los últimos años. Curiosamente, las decisiones más significativas se refieren a la segunda frase del art. 35 CDFUE («Se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»), mientras que el reconocimiento del derecho individual a acceder a la atención preventiva y al tratamiento médico ha sido menos efectivo en la jurisprudencia del TJUE.

[40] Hervey y Mchale (2021: 1007-1024).

[41] Algunos de los que se produjeron en España, destacar las SSTC 71/2014, de 8 de mayo, y 85/2014, de 29 de mayo, declararon la inconstitucionalidad del establecimiento del llamado «euro por receta» en materia de acceso a la sanidad, tal como habían sido configurados es la Ley catalana 5/2012, de 20 de marzo, y por la Ley de la Asamblea de Madrid 8/2012, de 28 de diciembre. Estas sentencias estimaron que perjudicaban a los beneficiarios con referencia a la norma estatal en el acceso a esta prestación. Para más detalle *vid.* Saenz Royo (2020: 119-149).

[42] Véase, por ejemplo, FRA (2018).

[43] En el caso de Colombia, véase, por ejemplo: la Sentencia T-445/2023, *Néstor* contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, de 26 de octubre de 2023.

como forma de impugnar ciertas medidas a nivel federal o de los propios estados que pretendían reducir la prestación de servicios[44].

La necesidad de un cambio de paradigma respecto a la narrativa de la austeridad surgió a raíz de la pandemia de COVID-19, que afectó de manera equitativa a todos los Estados. Las consecuencias dramáticas en países como Italia y España, cuyos sistemas de salud estaban debilitados tras una década de recortes, evidenciaron la urgencia de nuevas regulaciones y mecanismos de financiación. Esta crisis simétrica fue clave para promover una mayor solidaridad entre los Estados y modificar el discurso predominante en Europa, lo que se ha traducido en la implementación de mecanismos económicos orientados hacia una salida conjunta de la crisis[45].

3. LOS NUEVOS MECANISMOS DE FINANCIACIÓN PARA UNA POLÍTICA SANITARIA EUROPEA: UN CAMBIO DE PARADIGMA Y LA APERTURA A UN MACROPROGRAMA DE RECURSOS EN SALUD

La defensa material del derecho a la salud, que incluye el acceso a una atención sanitaria de calidad y con los recursos necesarios, adquiere especial relevancia a la luz de las consecuencias de la reciente crisis sanitaria. Además, las ambiciones institucionales de la anterior Comisión cambiaron el paradigma, especialmente en lo que respecta a los mecanismos de financiación. En los discursos iniciales de la crisis pandémica, la Comisión Europea ya hablaba de una «Unión Europea de la Salud»[46]. De hecho, la Comunicación de la Comisión «Construir la UE de la Salud», de 11 de noviembre de 2020[47], avanzaba hacia la voluntad de ampliar la influencia en la organización de los sistemas sanitarios de salud y fortalecer una mayor coordinación entre los Estados miembros. En esta Comunicación se subrayaba la necesidad de una respuesta coordinada y, a la vez, solidaria entre los Estados miembros.

Durante esta crisis se hizo manifiesto el escaso peso individual de los Estados para enfrentar una mayor carga hospitalaria y la creciente necesidad de recursos, así como las dificultades para ampliar la capacidad de gasto debido a las medidas de equilibrio presupuestario y control del déficit establecidas a nivel europeo. No podemos ignorar el impacto de las políticas de austeridad y el objetivo de la estabilidad

---

[44] Hervey y Mchale (2021: 1007-1024).

[45] *Ibid*.

[46] Lobo Aleu (2024: 81-93).

[47] COM (2020). Construir una Unión Europea de la Salud: reforzar la resiliencia de la UE ante las amenazas transfronterizas para la salud. En: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0724&qid=1607446113082&from=ES* (Consultado el 10 de agosto de 2024).

económica, que terminaron por comprometer los objetivos de política social, especialmente en países que ya enfrentaban dificultades para garantizar ciertos niveles de gasto público.

En 2020, para enfrentar de manera eficaz la expansión de la pandemia de COVID-19, se tomó la decisión de suspender el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Esta medida permitió a los Estados contar con mayor flexibilidad para asignar recursos y endeudarse. Sin embargo, los efectos de la pandemia hicieron evidente la necesidad de una respuesta financiera común y de un acuerdo político entre los estados, fundamentado en la solidaridad entre territorios. En el ámbito sanitario debemos mencionar la Comunicación de la Comisión de 13 de marzo de 2020, titulada «Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19»[48]. Esta comunicación ya anunciaba la necesidad de contar con más recursos, no solo para mejorar el acceso a la asistencia sanitaria, sino también para asegurar un acceso adecuado a medicamentos sostenibles y de calidad, con el fin de incrementar su disponibilidad y mejorar su asequibilidad.

En este contexto, tanto la prestación de la asistencia sanitaria como el acceso a recursos se vuelven prioritarios, siendo fundamental contar con los medios suficientes. Esta respuesta fue guiada por la Hoja de Ruta elaborada por la Comisión y el Consejo, titulada «Hacia una Europa más resiliente y sostenible»[49]. A diferencia de la tardía respuesta de 2008, que impuso demasiadas condiciones a los Estados miembros que más necesitaban apoyo, ahora era imperativo adoptar una solución común y solidaria.

Por un lado, ante la incertidumbre sobre cómo actuar, los primeros cambios de paradigma consistieron en facilitar ayuda financiera mediante la ampliación del Fondo de Solidaridad, lo que en 2020 supuso la posibilidad de acceder a 800 millones de euros[50]. Este mecanismo tiene como base jurídica la política de cohesión según el art. 175, párrafo tercero, TFUE. Este fondo tiene como objetivo la posibilidad de asistencia financiera ante una «catástrofe natural grave o una emergencia grave de salud pública»[51]. De este modo, se autorizó que, ante la crisis sanitaria, los «gastos sanitarios» pudieran ser subvencionados mediante

---

[48] Comisión Europea (2020). Respuesta económica coordinada el brote del COVID-19. En: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0112.*

[49] Comisión Europea (2020). Una hoja de ruta para la recuperación. En: *https://www.consilium.europa.eu/media/43407/20200421-a-roadmap-for-recovery_es.pdf.*

[50] Comisión Europea (2020). Fondo de Solidaridad de la UE: la Comisión presenta una ayuda financiera por un valor de 823 millones de euros para el terremoto de Croacia, las inundaciones en Polonia y la crisis del coronavirus. En: *https://ec.europa.eu/regional_policy/es/newsroom/news/2020/10/10-09-2020-eu-solidarity-fund-commission-puts-forward-financial-assistance-worth-eur823-million-for-the-croatia-earthquake-floods-in-poland-and-the-coronavirus-crisis* (consultado el 11 de agosto de 2024).

[51] Domínguez *et al*. (2020: 35-60).

fondos ya disponibles, permitiendo además la redistribución de estos recursos para beneficiar a los países más afectados[52]. La activación de esta cláusula de solidaridad intracomunitaria en el ámbito económico, sumada a la flexibilización de los objetivos de déficit de los Estados, facilitó que estos movilizaran grandes cantidades de recursos hacia el sector sanitario.

Por otro lado, se activó el Instrumento de Asistencia Urgente (*Emergency Support Instrument*, ESI)[53], que fue modificado para permitir su uso durante las etapas iniciales de la emergencia sanitaria, con el objetivo claro de proporcionar apoyo directo a los Estados miembros. Este instrumento, que nació con la vocación de hacer frente a los desastres naturales y humanitarios, responde no solo a los retos provocados por el cambio climático, sino también a la crisis migratoria derivada de la situación en los países vecinos que afectó a la UE en 2016. Esta crisis impactó en la capacidad económica de los Estados miembros y destacó la necesidad de una respuesta solidaria[54]. Durante la crisis pandémica, la modificación de la finalidad de este fondo de solidaridad permitió la financiación de productos esenciales y equipos médicos, así como la posibilidad de transporte de material de asistencia y productos sanitarios hacia aquellos Estados miembros más afectados. También facilitó el traslado de pacientes para poder disminuir los niveles de saturación de determinados sistemas sanitarios y habilitó la posibilidad de equipos médicos móviles entre Estados miembros. Este instrumento ascendió a 164 millones de euros, los cuales se destinaron a la adquisición de «productos sanitarios, equipos de vacunación y tratamientos»[55]. Asimismo, se busca mejorar la cooperación entre los Estados miembros frente a amenazas similares para la salud y enfermedades graves, con el fin de optimizar la prevención y el control de estas enfermedades en caso de que surjan nuevas amenazas transfronterizas.

En marzo de 2020, fue anunciado otro programa de financiación, la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus (IIRC) implicaba la asignación de 37 000 millones de euros provenientes de los fondos de cohesión de la política europea, con el objetivo de fortalecer los sistemas de atención sanitaria[56]. Asimismo, en abril de 2020, la Ini-

---

[52] *Ibid.*

[53] Reglamento (UE) 2020/521, de 14 de abril de 2020, por el que se activa el apoyo de emergencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/369, y se modifican sus disposiciones teniendo en cuenta el brote de COVID-19, *DOUE* núm. 117, 15 de abril de 2020.

[54] Esta situación llevó al Consejo Europeo, el 19 de febrero de 2016, a instar a la Comisión a establecer la capacidad de proporcionar asistencia humanitaria interna para apoyar a los países que enfrentaron grandes números de refugiados y migrantes.

[55] Comisión Europea (2020): *https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/coronavirus-response/emergency-support-instrument_es* (consultado el 10 de junio de 2024).

[56] Tribunal de Cuentas Europeo (2023). Informe Especial: Adaptación de las normas de la política de cohesión para responder al COVID-19. En: *https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR23_02/SR_Covid_II-ReACT_EU_ES.pdf.*

ciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus Plus (IIRC+) reforzó las medidas de flexibilidad introducidas en marzo y estableció además la posibilidad de la financiación de la UE al 100 por 100 durante un año[57]. Estas medidas se adoptaron dentro de la política de cohesión de la Unión Europea, supusieron aumentar la liquidez y la flexibilidad financiera. Estos fondos también se destinaron a otras áreas afectadas, como el apoyo a las PYMEs, los programas de empleo a corto plazo y los servicios locales. Una de las principales novedades de estos mecanismos fue el uso de una parte del dinero no utilizado de los fondos estructurales de 2019, permitiendo que, en lugar de su devolución, los Estados miembros pudieran emplearlo en sus presupuestos. El resto de la financiación provino de un desembolso anticipado. Asimismo, se flexibilizaron los fondos de cohesión para beneficiar a las regiones más necesitadas. Esto fue posible gracias al art. 222 TFUE, que funcionó como una cláusula de solidaridad en casos de catástrofes.

Los avances en materia regulatoria incluyeron el Reglamento 2022/2371 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud. Esta norma establece una dirección firme que permita la coordinación en caso de nuevas amenazas para la salud y donde se refuerza el papel de la Comisión Europea en situaciones de emergencias, con la posibilidad de declarar dichas emergencias y otorga al Comité de Seguridad Sanitaria mayores competencias.

A nivel institucional, una de las cuestiones que más se han demandado es la necesidad de dirección europea con el nombramiento de un cargo específico de vicepresidente de salud, con un mandato en salud y atención médica universal vinculado a la agenda de derechos sociales en la Comisión Europea. Por su parte, en el Parlamento Europeo como respuesta ha creado una Subcomisión Permanente de Salud Pública (SANT)[58] para permitir que estas acciones no sean puntuales debido al momento de crisis sanitaria, otorgándole amplias competencias en el campo de la salud pública, con el objetivo de ampliar las acciones necesarias para intensificar la salud pública y el reparto de recursos que permita mayor equidad.

Para ampliar el plan de recuperación económica y además avanzar hacia los objetivos marcados por la Comisión, se hizo la Declaración Conjunta de los Miembros del Consejo Europeo, adoptada el 26 de marzo de 2020, hizo un llamado a la flexibilidad financiera, y se reafir-

---

[57] Tribunal de Cuentas Europeo (2023). Informe Especial: Adaptación de las normas de la política de cohesión para responder al COVID-19. En: *https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR23_02/SR_Covid_II-ReACT_EU_ES.pdf.*

[58] El Parlamento Europeo decidió que los asuntos de salud requieren un órgano parlamentario especializado. En 2020, el Parlamento estableció el Comité Especial sobre la Lucha contra el Cáncer (BECA), seguido en 2022 por el Comité Especial sobre la pandemia de COVID-19. En 2023, se crea en el Parlamento Europeo la Subcomisión permanente de salud pública.

man en nuevos paquetes de ayudas «para afrontar este desafío con un espíritu de Solidaridad»[59]. Ante el temor de una nueva crisis de deuda y la presión de los gobiernos más afectados, se evidenció la necesidad de una respuesta común a las consecuencias económicas. Además, invitó tanto al presidente del Consejo Europeo como al presidente de la Comisión, en consulta con otras instituciones, especialmente el Banco Central Europeo, a trazar una serie de programas de inversiones y recuperación para paliar las consecuencias de esta crisis y mejorar los sistemas sanitarios.

4. EL PROGRAMA UEPROSALUD Y LA REINTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS PARA AMPLIAR RECURSOS E INICIAR REFORMAS EN MATERIA DE SALUD

La capacidad de dotar de recursos a las políticas sanitarias coordinadas de acuerdo con el art. 168 TFUE se ha fundamentado legalmente en el art. 122 TFUE. Dicho artículo permite, dentro de una norma que tiene como ámbito objetivo la política económica de la UE, que la Comisión Europea proponga y el Consejo decida si autoriza la asignación de recursos para enfrentar graves situaciones de crisis dentro de la UE que hayan provocado la falta de suministros. De esta manera, se utilizó esta cláusula frente a una crisis sanitaria que había provocado una crisis económica, y la falta de una actuación conjunta podría haber acarreado consecuencias tanto económicas como para la vida de las personas, además de un colapso total de nuestros sistemas sanitarios[60]. En el ámbito sanitario, estas dificultades de ampliar los recursos se agravan como hemos mencionado por la naturaleza de competencia compartida de la UE y la dificultad de reforma de los tratados[61].

Este ha sido el marco para la aprobación del Reglamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de marzo de 2021, por el que se establece un programa de acción de la Unión

---

[59] Consejo Europeo (2020): Declaración conjunta de los miembros del Consejo Europeo. En: *https://www.consilium.europa.eu/media/43098/26-vc-euco-statement-es.pdf* (consultado el 11 de agosto de 2024).

[60] Esta ha sido la base jurídica de programas como NextGenerationEU (NGUE), los programas sobre Europa digital, Horizonte Europa, la reserva EU en el marco del mecanismo de protección civil de la Unión, el instrumento de apoyo de emergencia, el nuevo Fondo Social, el programa InvestEU, el programa para el mercado interior y el programa de competitividad empresarial.

[61] Este complejo equilibrio entre la política económica y social ha sido objeto de intensos debates, tanto en el ámbito político como en el jurídico, involucrando incluso a los tribunales constitucionales de los Estados miembros. Para un análisis detallado de las respuestas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal alemán durante la crisis de deuda de 2010, se recomienda consultar el artículo de Azpitarte Sánchez (2014: 301-336).

en el ámbito de la salud (programa UEproSalud o EU4Health) para el período 2021-2027[62]. Este programa es fundamental ya que busca fortalecer el horizonte de la salud y el bienestar, establecer las bases de un incipiente sistema de salud europeo ante situaciones de crisis sanitarias, alineado con los objetivos generales de invertir en innovación y atención médica, y mejorar la situación de los servicios sanitarios. En el plano sanitario, el programa UEproSalud es esencial y es el pilar donde se incardina la respuesta en los próximos años de consolidar una Unión Europea de la Salud, y como veremos ha sido un «apoyo financiero sin precedentes»[63]. De esta manera, la dotación financiera a este programa asciende para su implementación a los 5 300 millones de euros, y esta cantidad podrá aumentar según lo establecido.

Un instrumento que nace como una respuesta coyuntural, pero que implica en el plano económico un cambio de paradigma hacia una «política activa»[64] de la Unión, y la creación de fondos estructurales. Este nuevo marco regulatorio de políticas activas se refleja en la disposición del art. 3 del Reglamento que rige el programa UEproSalud, el cual establece como objetivos generales: «*c)* mejorar la disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad en la Unión de medicamentos y productos sanitarios, así como de productos pertinentes en caso de crisis, y apoyar la innovación en relación con dichos productos; *d)* reforzar los sistemas sanitarios mejorando su resiliencia y eficiencia en el uso de los recursos»[65] (art. 3). De esta manera, uno de sus objetivos principales es fortalecer los sistemas sanitarios, con un enfoque específico en mejorar el acceso a la asistencia sanitaria.

El programa de subvenciones, regulado en el art. 7 del programa UEproSalud, se gestiona en el marco de su título VIII. Este aspecto resulta particularmente relevante, ya que está vinculado a la capacidad de movilizar fondos adiciones provenientes tanto del Banco Europeo de Inversiones como de los bancos nacionales de fomento, y permitir la cooperación con otras instituciones financieras públicas. De manera similar a los mecanismos establecidos en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, se contempla una colaboración público-privada.

En este contexto, la Unión Europea ha establecido un límite del 60 por 100 para los gastos subvencionables relacionados con acciones que se alineen con los objetivos del programa. No obstante, si la acción presenta un interés especial para la política comunitaria de la UE, dicho

---

[62] Reglamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de marzo de 2021, por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud («programa UEproSalud») para el período 2021-2027 y por el que se deroga el Reglamento (UE) 282/2014, *DOUE* L 107, de 26 de marzo de 2021.

[63] Lobo Aleu (2024: 81-93).

[64] Rizzo (2021: 107-128).

[65] Reglamento (UE) 2021/522, *DOUE* L 107, de 26 de marzo de 2021.

porcentaje puede aumentar hasta el 80 por 100, según lo dispuesto en su apartado tercero. Esto abre la posibilidad de canalizar más fondos de la Unión hacia aquellos países cuyos sistemas sanitarios enfrenten mayores dificultades. Uno de los objetivos a largo plazo de esta política que ha iniciado el programa EUproSalud es la posibilidad de contar con gran cantidad de recursos UE y que incluye a la salud como una de sus prioridades en inversiones económicas[66].

En consonancia con el principio de cohesión y con el objetivo de reducir las disparidades estructurales entre las regiones de la Unión, promover el desarrollo equilibrado del territorio comunitario y garantizar la igualdad de oportunidades entre las personas, se intenta destinar más recursos también a los más gravemente afectados. Es importante señalar que se establecen dos requisitos clave:

> *a)* Al menos el 30 por 100 del presupuesto asignado a la acción propuesta debe ser dirigido a Estados miembros cuya Renta Nacional Bruta (RNB) per cápita sea inferior al 90 por 100 del promedio de la Unión.
>
> *b)* La acción debe involucrar a organismos de al menos catorce Estados miembros participantes, de los cuales al menos cuatro deben ser países con una RNB per cápita por debajo del 90 por 100 del promedio de la Unión[67].

De esta manera, aquellos países cuya RNB sea inferior a ese noventa por ciento de la media europea tendrán acceso al 30 por 100 del presupuesto. En caso de una acción conjunta, también deberán participar países al menos de los catorce miembros, cuatro de los cuales deben tener una renta por debajo a ese noventa por ciento.

A nivel jurídico, este programa plantea la posibilidad de redistribuir recursos en el ámbito de la salud, estableciendo una política fiscal de carácter redistributivo. También permite condicionar dicho programa a la consecución de objetivos políticos. De manera similar a la idea de que el poder de asignar subvenciones, reservado a la federación, busca apoyar a aquellas jurisdicciones que se encuentran en una situación de «desventaja fiscal»[68]. Esta función redistributiva, permite ayudar a aquellos Estados que tienen dificultades para suministrar servicios sanitarios de calidad porque los costos de prestación son demasiados elevados o los ingresos de dichos estados no son suficientes, lo que dificulta la prestación adecuada de dichos servicios[69]. A través de este programa

---

[66] Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (2024). Elecciones europeas 2024. En: *https://sespas.es/2024/05/22/elecciones-europeas-2024/* (consultado el 1 de julio de 2024).

[67] Art. 8, apartado 3, del Reglamento (UE) 2021/522, *DOUE* L 107, de 26 de marzo de 2021.

[68] Oates (1987: 307-330).

[69] *Ibid.*

la Unión ha intensificado su poder de gasto público progresivamente y su implicación en las cuestiones jurídicas relacionadas con el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria, aunque —formalmente— no tenga una competencia explícita al respecto.

Para comprender la magnitud de este compromiso, es necesario considerarlo junto con los fondos NGEU que suponen un cambio y la revitalización de un pacto que incluso se llegó a hablar de un «New Deal» europeo, con este nuevo «Fondo de Reactivación Económica»[70]. La mayor innovación ha sido entre otras a nivel de financiación, la posibilidad de que la Unión Europea «solicitara préstamos y se endeudara en los mercados internacionales para cubrir los gastos emergentes»[71].

Los arts. 122 y 175 TFUE, bases jurídicas para las reformas emprendidas en materia de financiación de la Unión Europea, fueron poco utilizados originalmente. Sin embargo, durante la crisis del euro fueron «redescubiertos»[72] gracias a la amplitud potencial de su interpretación y alcance. En la crisis financiera, se utilizó para establecer temporalmente un «Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera»[73] y ayudar a los Estados miembros que habían perdido, total o parcialmente, el acceso al mercado debido a un fuerte aumento de los costos de financiación[74]. En ese contexto, surgieron dudas sobre la idoneidad de la base jurídica del art. 122, párrafo 2, TFUE, ya que su aplicación en circunstancias excepcionales que escapan al control del Estado miembro involucrado no se ajustaba adecuadamente a las dificultades financieras y presupuestarias enfrentadas. Por ello, se consideró necesario ampliar el marco y se formuló el Mecanismo Europeo de Estabilidad («MEDE»)[75]. No obstante, su uso durante la crisis pandémica ha sido mucho más ambicioso que en cualquiera de los casos anteriores[76].

El primer apartado del art. 122 TFUE es la base legal para la adopción de estas medidas de asistencia financiera en la crisis pandémica, este artículo permite otorgar al Consejo, si lo propone la Comisión, la adopción de «medidas adecuadas a la situación económica» articuladas a través de un «espíritu de solidaridad entre Estados miembros» (art. 122.1 TFUE), en concreto, va dirigidas especialmente si existen dificultades en los suministros energéticos. Por otro lado, el apartado

---

[70] Olesti Rayo (2023: 727-745).

[71] *Ibid.* En este sentido, debemos mencionar como señala el autor que hay ciertos antecedentes equivalentes sobre todo en los años ochenta y noventa, en donde se «autorizó a la Comisión a captar fondos en los mercados internacionales mediante la emisión de bonos para ayudar al sostenimiento de las balanzas de pago de algunos Estados miembros» (*Ibid*.).

[72] De Witte (2021: 635–682).

[73] Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.

[74] Giubboni (2020: 421-427).

[75] Tuori (2012: 26).

[76] *Ibid*.

segundo del art. 122 TFUE, establece la posibilidad de asistencia financiera a un Estado que esté sufriendo dificultades «ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar» (art. 122.2 TFUE).

Desde una perspectiva legal, se ha concluido que, aunque ambas bases jurídicas del art. 122 TFUE se presentan típicamente como medidas de emergencia, la doctrina ha determinado que esto solo es cierto para el art. 122.2 TFUE[77]. Por ello, según la jurisprudencia[78], este segundo apartado se ha concretado en una función armonizadora o de aproximación por parte del Consejo, ya que solo puede tomar medidas de coordinación, mientras que los Estados miembros conservan la competencia para diseñar y ejecutar su política económica[79]. Este apartado del art. 122 TFUE establece esta posibilidad para la Unión «en caso de situaciones graves eventuales»[80] y cuando se necesiten medidas «indispensables para la salvaguardia de la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto»[81], unido a una fuerte condicionalidad financiera.

En contraste, el art. 122.1 TFUE no está limitado a situaciones de crisis, otorgando al Consejo un poder excepcionalmente amplio[82]. El alcance que plantea el art. 122 TFUE como base jurídica de estos programas supone varias cuestiones. En primer lugar, si hay justificación suficiente para seguir utilizando estos programas una vez superada la crisis económica, y si estos pueden continuar en el tiempo. De esta manera, una de las problemáticas que abre esta cuestión es determinar si estos programas implican un cambio en las capacidades fiscales de la UE es crucial, ya que podría permitir que derechos, como los establecidos en el art. 35 CDFUE, cuenten con un respaldo económico europeo continuo, no solo durante situaciones de crisis. Es difícil determinar el alcance temporal de programas como *EUforHealth* o *Next Generation EU*. En este sentido, los programas iniciados por la vía del art. 122 TFUE pueden implicar cuestionar el principio de atribución de competencias y ser la vía de entrada para la cuestión de la profundización

---

[77] El segundo apartado del art. 122 TFUE permite, de forma específica, proporcionar ayuda financiera a los Estados miembros. Ahora bien, según la jurisprudencia, se proscribe que esta ayuda esté dirigida para la «estabilización de la Eurozona en su conjunto». De este modo, este apartado no permite una ayuda financiera en sentido amplio, ya que constituiría *lex specialis* con respecto al primer apartado. Véase Merjin (2023).

[78] *Cfr.* STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Thomas Pringle / Government of Ireland, Ireland, The Attorney General*, C-370/12, apdos. 64-70. En este caso, la cuestión a dirimir era la posibilidad de prohibición de ayudas financiera a través de los mercados. Debemos destacar el apartado 130, donde el TJUE concluye que no se puede entender como una prohibición absoluta de asistencia financiera el art. 125 TFUE.

[79] Merjin (2023).

[80] Calahorro Aguilar (2014: 337-380). En referencia a los apartados 115-118.

[81] *Ibid.*

[82] Sánchez Magdalena (2020: 12-29).

de las competencias fiscales, una de las áreas donde la Unión Europea ha tenido más «ambiciones institucionales»[83], pero en parte no han sido llevadas a cabo por la necesidad de reformas de los tratados y la posibilidad de que el Consejo amplíe los límites establecidos por el art. 352 TFUE y extienda su ámbito de actuación.

Por otro lado, el art. 175 TFUE establece la posibilidad de actuación de la Unión Europea en el desarrollo de fondos que contribuyan a alcanzar los objetivos de cohesión económica, social y territorial del art. 174 TFUE. Esta política de cohesión, a raíz de la pandemia, está siendo redefinida y su interpretación como una «competencia de manera dinámica»[84] supone «la reinvención de la política de cohesión»[85], ampliando su campo de actuación hacia una política redistributiva a gran escala y como vía de intervención para alcanzar objetivos macroeconómicos comunes.

En los últimos años, teniendo en cuenta las dificultades que se planteaban, sobre todo tras el fracaso del proyecto de Constitución europea, los «miedos» a la no aprobación del tratado de Lisboa y el Brexit, que en parte supuso un punto de inflexión, no se habían activado procedimientos de reforma de los tratados. Una de las únicas excepciones es la reforma del art. 136.3 TFUE, que no estuvo exenta de polémica, al permitir autorizar mediante esta disposición la creación del MEDE, cuya regulación se llevó a cabo a través de un nuevo tratado[86]. De esta forma, la oportunidad de reforma de estos se ha visto con escepticismos, mientras que los «cambios constitucionales»[87] han ocurrido mediante «la interpretación de los tratados vigentes»[88].

Las dificultades que se plantean radican en la interrelación de estas cuestiones con el principio democrático y la reconfiguración de la distribución de poderes que podrían implicar. En primer lugar, la cuestión del principio democrático y la falta de reforma de los tratados. No podemos olvidar que la Unión Europea «se reconoce como una comunidad de derecho limitada por el principio de atribución»[89]. En este sentido, es interesante la posición alemana, reflejada en la sentencia de su Tribunal Constitucional, para determinar la constitucionalidad del llamado «rescate griego». Dicho tribunal concluyó que este control de su identidad constitucional era particularmente intenso en la cuestión de determinar la «potestad presupuestaria del Parlamento»[90], enten-

[83] Leino-Sandberg y Ruffert (2022: 433-472).
[84] Fabrinni (2022: 45-66).
[85] *Ibid.*
[86] Linde Panigua (2012: 87-104).
[87] *Ibid*.
[88] *Ibid*.
[89] Azpitarte Sánchez (2014: 301-336).
[90] *Ibid*.

diendo que la cuestión recaudatoria y el gasto eran partes esenciales de la autodeterminación democrática. En este sentido, las dificultades que entrañan estos nuevos programas de reformas afectan a los principios de representatividad y al control democrático, ya que no se han incluido ciertos mecanismos de supervisión parlamentaria que permitan asumir responsabilidades tanto a las instituciones, la Comisión y el Consejo, como a los miembros de este, es decir, los miembros de los Gobiernos nacionales. Así, se relega la función de rendición de cuentas, esencial en nuestros sistemas democrático, que deben llevar a cabo en sus respectivas instituciones, el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales.

Frente a la falta de legitimidad parlamentaria, surge la necesidad de reconstruir el proceso político para garantizar la legitimidad de políticas como el programa *EUforHealth*. Esto implica asegurar ciertos derechos básicos, como la salud, en los cuales la UE solo tiene competencia de apoyo. En este sentido, es necesario que estos macroprogramas de reformas no solo revitalicen los derechos sociales, sino que impliquen realmente reformas, como en los sistemas sanitarios, especialmente al no haber surgido de un debate parlamentario público tanto a nivel europeo como nacional. Para mantener estos programas, ante la ausencia de una reforma del presupuesto de la Unión Europea y los tratados, es necesario consolidar una legitimidad de «funcionamiento»[91]. Esta forma de legitimidad se relaciona con la capacidad de la Constitución para «racionalizar el proceso político y garantizar una acción pública efectiva»[92]. Esto es crucial para asegurar la continuidad de las políticas, especialmente en áreas críticas como la salud.

En segundo lugar, es importante considerar la distribución de competencias entre los Estados miembros y la UE. En el ámbito de la salud, la continuidad de los programas dependerá en gran medida de su eficacia y de su capacidad para generar cambios significativos, como una mayor asignación de recursos e innovación, tal como se ha mencionado. De lo contrario, se corre el riesgo de una crisis de legitimidad aún más profunda, agravada por el descontento derivado del déficit que estos programas puedan generar. En este contexto, las iniciativas para controlar el gasto de los programas, así como la actuación de los gobiernos estatales y subestatales, resultan útiles como instrumentos para garantizar el correcto destino de los fondos. Sin embargo, estas medidas no solo implican una injerencia en las competencias de los estados, sino que los instrumentos de control de la ejecución condicionan aún más las competencias de los estados miembros, ya que el pago

[91] Frente a una Unión Europea, que en la actualidad carece de esa legitimidad de origen, aunque sí encontramos de contenido en ciertos textos dispersos pero que necesitarían más reformas. Véase Azpitarte Sánchez (2022: 67-85).

[92] *Ibid*.

total de los fondos está sujeto a dicho control. De hecho, se integrarán dentro de los instrumentos como el Semestre Europeo y con sujeción a los mecanismos de la condicionalidad impuestas en los Tratados de la Unión Europea, el *Fiscal compact*, el *Six pack*, y el *Two Pack*[93]. Esto muestra, por un lado, esa capacidad de dirección política de la Unión Europea, pero que, tiene como consecuencia la desnaturalización del «proceso político nacional»[94].

En tercer lugar, el plano institucional, parece intuirse un cambio de paradigma en las divisiones funcionales, asumiendo, sobre todo, la Comisión un papel político frente a la división funcional que imperaba, y un cambio en la dirección política económica. Esto cambia el axioma de «*no spending without national representation*» que mencionaba Azpitarte Sánchez (2014: 301-336) a un «*spending without parlamentary representation*», alterando los principios más básicos de la representación. La cuestión del reparto de la riqueza entre los Estados miembros ha sido parte de «cada iniciativa autorizada de la UE»[95] para poder profundizar en la unión económica y monetaria. Ante la falta de un presupuesto federal, que proporcione directamente a los ciudadanos bienes públicos europeos que palien los desequilibrios fiscales, desde la doctrina se habla de mejorar «la capacidad fiscal de la UE (o de la zona euro) que interactúa»[96]. Frente a la utilización de la cláusula de flexibilidad general del art. 352 TFUE, lo que confirma el declive de su importancia en el proceso de integración europea, esto puede considerarse un cambio de paradigma y explica la preocupación del Parlamento respecto a la dependencia del Consejo en la aplicación de dicho artículo[97].

5. CONCLUSIONES

La narrativa dominante especialmente durante la crisis de 2008 fue la austeridad frente a la solidaridad. Con el objetivo de aumentar la eficiencia (o al menos eso se esperaba) en sectores tradicionalmente públicos como el transporte, la energía, la educación y la salud, la provisión de servicios se delegó cada vez más a organizaciones y empresas privadas[98]. Se avanzaba hacia un modelo de gestión cada vez más privatizado y se fomentaba un modelo de asistencia privada similar al estadounidense, con las consecuencias sociales que pudiera tener para las personas más vulnerables y la realidad de que los siste-

---

[93] Salmoni (2024: 51-106).
[94] Azpitarte Sánchez (2024: 103-135).
[95] Leino-Sandberg y Ruffert (2022: 433-472).
[96] *Ibid*.
[97] De Witte (2021: 635–682).
[98] Geyers (2004: 29–34).

mas de gestión privada no ofrecen determinados tratamientos. Como consecuencia, el Estado perdía el control directo sobre las condiciones en las que estos servicios se ofrecen a los ciudadanos y esto tuvo sus consecuencias con la llegada de la pandemia SARS-COVID 2. Tanto la falta de profesionales como la imposibilidad de brindar servicios que cumplan con los estándares profesionales como consecuencia de la falta de recursos llevó casi al colapso hospitalario en numerosas regiones. Así, queda claro que el derecho a la atención médica implica una responsabilidad de los poderes públicos para garantizar el acceso a servicios de salud adecuados. Esto se refleja en las constituciones de los países europeos, donde se reconoce el derecho individual a la seguridad social y la protección de la salud como un interés colectivo[99]. En efecto, el reconocimiento del derecho a la salud implica que es responsabilidad del poder público correspondiente dotarlo de los medios necesarios para su efectividad.

Esta crisis pandémica abría una nueva vía para la financiación de los derechos sociales como la sanidad y para dotar de recursos suficientes a nuestros vapuleados sistemas sanitarios. Como señala Medina Guerrero, podríamos concluir que, al igual que la crisis de deuda de 2008, la pandemia ha demostrado el cumplimiento de un axioma no escrito, una vez más, la esencial regla no escrita del federalismo se ha cumplido: «las medidas adoptadas para enfrentar la severa crisis económica y financiera que aún atravesamos han conducido a una mayor integración de la Unión Europea»[100].

Las distintas etapas de la crisis estuvieron definidas por sus dimensiones, lo que puede interpretarse como un progresivo «empoderamiento de las instituciones europeas»[101] a medida que la situación se agravaba. Su continuidad ante todo dependerá de voluntad política ante la falta de reforma de los tratados. En este sentido, resulta imperativo que a nivel de la Unión Europea se asignen los recursos necesarios para establecer sistemas de atención médica eficaces y accesibles para toda la población, en consonancia con los principios fundamentales de solidaridad y equidad consagrados en los tratados y convenciones europeas.

Este cambio, manifestado en la profundización del ejercicio de competencias y la necesidad de financiación a gran escala, ha repre-

---

[99] Por ejemplo, el art. 32 de la Constitución italiana establece que «la República protege la salud como un derecho fundamental del individuo y como un interés colectivo»; mientras que el art. 9 de la Constitución portuguesa incluye, entre las tareas básicas del Estado, la promoción del «bienestar y la calidad de vida del pueblo, así como la verdadera igualdad entre los portugueses». En España el art. 43: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

[100] Medina Guerrero (2014: 189-210).

[101] Domínguez *et al*. (2020: 35-60).

sentado una respuesta sanitaria de gran magnitud. El programa UEproSalud se ha desarrollado como un mecanismo para implementar reformas en el ámbito de la salud y fomentar el gasto público en los sistemas sanitarios. En este sentido, es fundamental destacar el marco jurídico gracias al cual se han adoptado las medidas tras la crisis sanitaria. La clave para la reforma ha sido el uso del art. 122 TFUE para la asignación de recursos y la puesta en marcha de un amplio programa de transferencias a nuestros sistemas de salud. Este mecanismo de crisis ha permitido la transferencia de recursos. Sin embargo, plantea una serie de problemáticas e interpretaciones sobre la legitimidad, el encaje jurídico y las competencias atribuidas a la Unión, en particular a dos instituciones: la Comisión y el Consejo, en contraste con el Parlamento Europeo. Esto ha alterado el equilibrio institucional, si es que alguna vez existió, así como la posición de los gobiernos nacionales. Los parlamentos nacionales han quedado al margen de estas decisiones, lo que ha afectado negativamente a nuestras democracias nacionales.

En este sentido, es necesario, a nivel institucional de la Unión, promover una reforma de los Tratados con el propósito de establecer una auténtica política sanitaria dentro del ámbito de competencia de la Unión. Es necesario, en este sentido, que la salud tenga un lugar en el presupuesto de la UE de cara al futuro y que tenga un claro respaldo en el MFP, con un presupuesto fuerte para la Iniciativa de la UE para la Salud, con el objetivo de mantener este cambio que permita que el art. 35 CDFUE sea un derecho con plena realización dentro del espacio europeo. Hasta entonces, es fundamental que programas como *EUforHealth* demuestren su efectividad y adquieran legitimidad a través del impacto y las reformas que están generando. De lo contrario, corren el riesgo de provocar un déficit económico, lo cual podría ser aún más reprochable frente a una ola de populismo reaccionario que ve en las instituciones europeas un blanco de ataque.

Por otro lado, estos mecanismos, han abierto la vía a la actuación de las instituciones de la UE. La proyección de futuro apunta a la implementación de los principios reconocidos en el Pilar Europeo de Derecho Sociales (denominado «Código normativo social»). De esta manera, desarrollar un programa europeo de política social se ha convertido en uno de los objetivos de la Unión.

En conclusión, las nuevas instituciones de la Unión Europea deberían impulsar este cambio positivo y seguir dirigiendo una acción colectiva que nos permita hablar en un futuro de una verdadera Unión Europea de la salud, fortaleciendo la solidaridad y cohesión entre los Estados miembros.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Calahorro, A. (2014). «La decisión Pringle en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea». *Revista Española de Derecho Constitucional,* 101, pp. 337-380.

Azpitarte Sánchez, M. (2014). «Los confines de la democracia y la solidaridad: A propósito de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 14 de enero y de 18 de marzo de 2014, que enjuician el marco jurídico-supranacional de las políticas de rescate». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, pp. 301-336.

Azpitarte Sánchez, M. (2022). «La defensa política de los valores constitucionales». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 37, pp. 67-85.

Azpitarte Sánchez, M. (2024). «La solidaridad como problema constitucional. El ejemplo de la Unión». *Rivista di diritti comparati,* 5, pp. 103-135.

Baeten, R. y Vanhercke, B. (2017). «Inside the Black Box: The EU's Economic Surveillance of National Healthcare Systems». *Comparative European Politics*, 15, pp. 478-497.

Bastida, F. J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., y Fernández Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Bombillar Sáenz, F. y Pérez Miras, A. (2015). «El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, pp. 299-331.

Busatta, L. (2022). «Section III. Health as a Fundamental Right: A European Union Law Perspective». *Judicial Protection of Health as a Fundamental Right*, pp. 14-33.

De Falco, R. (2019). «Socioeconomic Rights at Times of Economic Crisis: The Right to Health in the Age of Austerity». En de Perini, P. y de Stefani, P. (eds), *What's new in human rights doctoral research. A collection of critical literature reviews*, pp. 55-96. Padua: Padua University Press.

De Ruijter, A. (2019). *EU health law & policy: the expansion of EU power in public health and health care*. Oxford University Press, Oxford.

De Witte, B. (2021). «The European Union's COVID Recovery Plan: The legal engineering of an economic policy shift». *Common Market Law Review*, 58, pp. 635-682.

Domínguez, J. J.; Fernández Domingo, G.; Viéitez García, J. J. (2020). «La "Avocación" de competencias sanitarias y de salud pública por la Unión Europea durante la pandemia causada por el Coronavirus SARS CoV 2». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 25, pp. 35-60.

Fabrinni, F. (2022). «Next Generation Eu: Legal Structure and Constitutional Consequences». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 24, pp. 45-66.

FRA (2018). *Manual de legislación europea contra la discriminación*. En: *https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_es.pdf.*

Fundación Alternativas (2022). *Hacia la Unión Europea de la Salud*, documento de Trabajo, 109, *https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/fbc69b319970c15331847917412d89e0.pdf.*

Geyers, S. (2004). «The Right to Health Care». *European Journal of Health Law* 11, 1, pp. 29-34.

Giubboni, S. (2020). «In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri… Noterella polemica sulla proposta della Commissione d'una cosiddetta "cassa integrazione europea"». *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 20(2), pp. 421-427.

Hernández Bejarano, M. (2023). «El método abierto de coordinación y su impacto en el sistema nacional de salud». *Lan Harremanak*, 50, pp. 285-314.

Hervey, T. y Mchale, J. (2021). «Article 35: The Right to health Care». En Peers, S., Hervey, T., Kenner, J. y Ward, A. (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, pp. 1007-1024. Oxford: Hart Publishing.

Jimena Quesada, L. (2014). «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea». *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 29, pp. 171-189.

Lema Añón, C. (2014). «La titularidad del derecho a la salud en España: ¿hacia un cambio de modelo?» *Revista de Bioética y Derecho*, 31, 3-16.

Leino-Sandberg, P., y Ruffert, M. (2022). «Next Generation EU and its constitutional ramifications: a critical assessment». *Kluver Law International,* 59(2), pp. 433-472.

Lobo Aleu, F. (2024). «La reorganización de las instituciones europeas de salud tras la pandemia de la COVID-19». *Cuadernos de información económica*, pp. 81-93.

Medina Guerrero, M. (2014). «La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal». *Revista de estudios políticos,* 165, pp. 189-210.

Merjin, C. (2023). «The use of Article 122 TFEU Institutional implications and impact on democratic accountability, informe realizado para la Comisión de Asuntos Constitucionales (AFCO)». En: *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/753307/IPOL_STU(2023)753307_EN.pdf.*

Linde Panigua, E. (2012). «La mutación de la Unión Europea y de su derecho originario: la modificación del art. 136 del TFUE, y otros tratados (tratados parásitos) suscritos por estados de la Unión Europea, en particular, el tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión Europea». *Revista de derecho de la Unión Europea*, 23, pp. 87-104.

Oates, W. E. (1987). «Assistance to the poor in a federal system». *Journal of Public Economics,* 32, pp. 307-330.

Olesti Rayo, A. (2023). «El programa Next Generation EU y el presupuesto de la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 73, pp. 727-745.

Peces-Barbas, G. (1997). La función de los derechos fundamentales, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 74, pp. 537-552.

Rizzo, A. (2021). «La crisi pandemica e la nuova centralità delle politiche sanitarie europee alla luce della disciplina "EU4Health"». *Studi sull'integrazione europea*, 1, pp. 107-130.

Rodríguez Bereijo, A. (2022). «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Encuentros Interdisciplinares*, 71, pp. 1-15.

Sáenz Royo, E. (2020). «La prestación sanitaria en el Estado autonómico». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40, pp. 119-149.

Salmoni, F. (2024). «Indirizzo politico economico e forma di governo». *Rivista AIC*, 1, pp. 51-106.

Sánchez Magdalena, M. (2023). «Una mirada a la aplicación del art. 122 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desde el principio de transparencia». *Esade Law Review*, pp. 12-29.

Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (2024). *Elecciones europeas 2024*. Disponible en: *https://sespas.es/2024/05/22/elecciones-europeas-2024* (consultado el 1 de julio de 2024).

Tuori, K. (2012). «The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications». *EUI Law Working Papers*, 28.

Viens, A. M. (2019). «Neo-liberalism, austerity and the political determinants of health». *Health Care Analysis*, 27, pp. 147-152.

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 191-214
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/07*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS DETENIDAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

Andrea Tigrino

El grado de civilización de una sociedad
se mide por el trato a sus presos.

F. M. Dostoyevski, *Crimen y castigo*

1. INTRODUCCIÓN

Interrogarse sobre las modalidades de ejecución de la sanción penal y el respeto de los derechos fundamentales del individuo sometido a un régimen de detención significa indagar en torno a la esencia misma del Derecho penal, confrontándose con sus finalidades y con principios que, en la práctica, corren el riesgo de ser percibidos por la población como mitos falsos y anticuados[1].

A pesar del creciente recurso a medidas alternativas por parte de los ordenamientos europeos y del debate sobre un uso cada vez más extendido de formas de justicia restaurativa, las estadísticas y los informes elaborados por numerosas organizaciones humanitarias sobre el número y las condiciones de los presos siguen ofreciendo a los

[1] Para una literatura esencial sobre las principales cuestiones históricas, políticas y jurídicas en torno a la pena de prisión, deben recordarse en este lugar Beccaria (1764); Dostoyevski (1862); Foucault (1975); Rusche y Kirchheimer (1968); Mathiesen (1987); Morris y Rothman (1998); Othmani (2002); Davis (2003).

académicos y a los profesionales de la justicia un cuadro preocupante de la vida en los centros penitenciarios[2]: según el *XX Informe sobre las condiciones de detención* de la Asociación Antigone (2024)[3], el número de los presos en las cárceles italianas ha vuelto a aumentar tras la superación de la emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19, habiéndose registrado 61 049 internados a 31 de marzo de 2024. El índice de hacinamiento oficial medio es del 119,3 por 100 en comparación con los espacios disponibles, con picos vertiginosos en algunas regiones (152,1 por 100 en Puglia y 143,9 por 100 en Lombardía, donde en algunas cárceles el hacinamiento es igual al doble de las celdas construidas). El documento señala también los fenómenos carcelarios que suscitan mayor preocupación, entre ellos las condiciones de los detenidos sometidos a regímenes penitenciarios especiales (*infra*, § 4), los comportamientos suicidas y los episodios de autolesión (*infra*, § 5) así como las exigencias de aislamiento impuestas por el juez en el momento de la condena o posteriormente necesarias para proteger la seguridad de los presos. En España, un informe de 2022 redactado por el Observatorio Derechos Humanos y Salud Mental en Prisión señala que lo que resulta «realmente desadaptativo […] no es la psicopatología en sí, sino el entorno, la falta de redes de apoyo, el abandono y la comorbilidad con adicciones»[4], en contra de los objetivos del Programa de Atención Integral al Enfermo Mental en Prisión (PAIEM) de 2009. Más ampliamente, la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria, la cual se ocupa de promover la difusión de los conocimientos en medicina y enfermería penitenciaria así como de impulsar la formación continuada de los profesionales sanitarios comprometidos en los centros de detención, ha recientemente relanzado la noticia relativa a la dramática escasez de personal en las cárceles ibéricas, atribuyendo al Ministerio del Interior la responsabilidad de haber cubierto solo el 30 por 100 de las plazas necesarias[5].

---

[2] A nivel político supranacional, la reciente Recomendación (UE) 2023/681 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022, sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión, ha citado expresamente los informes del Comité para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) del Consejo de Europa, los cuales han llamado la atención sobre la persistencia de determinados problemas graves en algunos Estados miembros, como los malos tratos, la inadecuación de los centros de reclusión y la falta de actividades útiles y de una prestación adecuada de asistencia sanitaria.

[3] El texto completo está disponible en: *https://www.rapportoantigone.it/ventesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/i-numeri-della-detenzione*. Los datos han sido confirmados por *Amnesty International*, que en su último informe 2023-2024 también informó sobre el número cada vez mayor de denuncias de tortura en las cárceles italianas. Todas las informaciones están disponibles en: *https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-2023-2024/europa-e-asia-centrale/italia.*

[4] Observatorio Derechos Humanos y Salud Mental en Prisión (2022). *Informe 2022*, 6, disponible en: *https://consaludmental.org/centro-documentacion/observatorio-derechos-humanos-salud-mental-prision*.

[5] Las actividades de la Sociedad y todas las noticias están disponibles en: https://sesp.es.

De esta manera, el conjunto de problemáticas médicas, jurídicas y sociológicas percibidas en igual medida por todos los países ha estimulado a dirigir la mirada hacia las cuestiones más frecuentemente tratadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, observando que las violaciones del Convenio de 1950 se deben a veces a dificultades de orden económico y administrativo enfrentadas por los ordenamientos internos y a veces a una dramática falta de cultura humanitaria en los espacios carcelarios. Por tanto, el objetivo de esta aportación es ofrecer una visión clara y lo más amplia posible de la protección garantizada al derecho a la salud según las indicaciones ofrecidas por el TEDH. A partir de las disposiciones invocadas por los jueces supranacionales, se procederá a una evaluación estrictamente casuística de las cuestiones más debatidas, a fin de poner de relieve las violaciones más extendidas en los países implicados y las carencias que se exponen a una valoración negativa.

2. LAS DISPOSICIONES DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS INVOCADAS POR EL TEDH. ESPECIAL REFERENCIA AL ART. 3 CEDH

Un enfoque metodológico del tema en cuestión obliga a partir de una simple constatación: el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contiene ninguna disposición específicamente reservada al derecho a la salud[6].

Por supuesto, esto no significa que la salud misma no encuentre protección a nivel supranacional[7], dado que, a lo largo de las décadas, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado principios jurídicos derivados de una interpretación evolutiva de las disposiciones del Convenio, garantizando una protección indirecta de este derecho mediante la referencia a los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar)[8].

---

[6] Además, Cecchini (2017: 201) observa que la «protección de la salud» figura en el texto del Convenio y de los Protocolos adicionales «únicamente para identificar una de las razones que, en determinadas condiciones, legitiman restricciones a algunos de los derechos y libertades reconocidos o injerencias de las autoridades públicas en su ejercicio».

[7] Entre los primeros autores en interesarse en el tema de la salud en la cárcel, véase Calvet Barot (1994: 176), que destacaba cómo la ecuación entre el derecho a la salud y el derecho a un tratamiento penitenciario digno ya había sido afirmada por la Organización Mundial de la Salud.

[8] Así Kalb (2023: 49); Menghini (2023: ix): «Importantes indicaciones en la materia han llegado a nivel supranacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, a través de una lectura evolutiva del art. 3 CEDH y, en algunos casos, una valorización de los arts. 8 y 2 (este último en lo que respecta al perfil de los suicidios), ha proporcionado una cobertura del derecho del detenido a recibir los cuidados necesarios […]». La misma observación también está presente en Guazzarotti (2023: 4): «[…] mientras que nuestro Tribunal [Constitucional italiano] puede pronunciarse fácilmente sobre el derecho constitucional a la

Con referencia específica a la situación de las personas detenidas, el TEDH se concentró en particular en evaluar si las condiciones de detención y las modalidades de ejecución de la pena daban lugar o no a tratos inhumanos o degradantes de conformidad con el art. 3 CEDH. Partiendo de la premisa de que al detenido no se le impide el disfrute de los derechos consagrados en el Convenio (primero de ellos, la «dignidad inherente a todo ser humano» de la que habla el Protocolo n. 13) y que a toda forma de privación de la libertad personal siempre lleva asociado un «inevitable elemento de humillación»[9], el Tribunal mismo ha señalado varias veces que la superación del umbral mínimo de gravedad que delimita el ámbito de aplicación del art. 3 impone la comprobación, caso por caso, de modalidades de ejecución que puedan superar niveles connaturales e ineliminables[10]. Más allá de los principios abstractos, la dificultad práctica reside de forma evidente en saber cuándo estos niveles deben considerarse sobrepasados. Muy a menudo, es precisamente la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo la que ofrece respuestas no concluyentes o incluso contradictorias: es el caso de muchas decisiones que han intentado definir una línea de demarcación entre «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes», las cuales a veces han dado una importancia excesiva a las características personales de la víctima (casi a transmitir el mensaje de que un mayor vigor físico sea decisivo para excluir la violación más grave de la norma de que se trata) y llegaron a conclusiones opuestas en pocos años[11].

Otra dificultad en la determinación de las obligaciones positivas de protección en materia de derechos civiles y políticos se deriva del

---

salud, el TEDH solo puede garantizarlo por extensión»; Ranalli (2013: 157-158); Fadda (2012: 627-628); Caredda (2015); Wallace (2020: 78 ss.).

Con especial referencia al art. 8 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo afirmó que la protección de la integridad física y mental de un individuo puede realizarse también en el marco de esta disposición, reconociendo el derecho de un individuo a elegir el tratamiento médico y la prohibición de recibir tratamientos sin su consentimiento (TEDH, *Pretty c. Reino Unido*, 29 de abril de 2002), así como la obligación del Estado de regular adecuadamente las actividades peligrosas (TEDH, *López Ostra c. España*, 9 de diciembre de 1994) para garantizar una protección eficaz de la vida y de la salud de las personas y de informar a los ciudadanos de los riesgos vinculados a determinadas actividades (TEDH, *Guerra y Otros c. Italia*, 19 de febrero de 1998). En relación con el tema de la confidencialidad en el ámbito sanitario, véanse TEDH, *Szuluk c. Reino Unido*, 2 de julio de 2009; TEDH, *Frâncu c. Rumanía*, 13 de octubre de 2020, decisión según la cual, en el marco de un procedimiento judicial relativo a la decisión sobre la detención preventiva de un individuo, la divulgación de sus datos médicos puede considerarse una violación del art. 8 CEDH; TEDH, *Szuluk c. Reino Unido*, 2 de junio de 2009, caso en el que la violación del art. 8 CEDH se derivaba del hecho de que la correspondencia entre el detenido y el neurocirujano encargado de visitarlo cada seis meses a raíz de una hemorragia cerebral había sido interceptada y supervisada por las autoridades penitenciarias.

[9] TEDH, *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, § 30.

[10] *Ibid.* §§ 29-30; TEDH, *Costello-Roberts c. Reino Unido*, 25 de marzo de 1993, § 30.

[11] A este respecto, se permita una referencia a Tigrino (2017: 21 ss.). Asimismo, Catalano (2019: 220) habla de un «incierto planteamiento adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

hecho de que, a partir del caso *Soering c. Reino Unido*[12], los jueces de Estrasburgo han evocado frecuentemente la exigencia de una protección de estos «*par ricochet*», es decir, extendida a posiciones jurídicas subjetivas no expresamente declaradas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos[13]. Esta práctica decisoria, si bien ha permitido al TEDH de ampliar su control a institutos jurídicos que no entran directamente en el ámbito de aplicación del Convenio (y así colmar algunas lagunas de este), al mismo tiempo le ha impedido proteger el derecho en sí mismo, o sea, encontrar un núcleo irreductible del derecho a la salud al que pueda garantizarse una protección incondicional[14].

Ante tales incertidumbres y en un intento de identificar los principios generales expresados en materia por el TEDH[15], conviene señalar que los jueces supranacionales, reconociendo en la «salud» y en el «bienestar» dos elementos inseparables, definen la salud no como mera ausencia de enfermedades, sino en el más amplio sentido de un «bienestar físico, mental y social completo»[16], rechazando así la idea de que el régimen de detención, superando los límites legales y la discrecionalidad del juez en el momento de la determinación de la pena, pueda traducirse en una forma de injusticia estatal. Por consiguiente, el Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones contra prácticas claramente perjudiciales para el equilibrio psicofísico de los detenidos, de la falta de soluciones para combatir el hacinamiento carcelario y el subdimensionamiento de las celdas[17] a episodios de transferencias repetidas y frecuentes[18], pasando por actos de inspección corporal

---

[12] TEDH, *Soering c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989.

[13] Entre los autores que han abordado directa o incidentalmente el tema de la protección «*par ricochet*», véanse *ex multis* Ciliberto y Roşu (2019: 381 ss.); Cecchini (2017: 214-215); Magi (2011: 824 ss.); Esposito (2008: 222).

[14] En este sentido, Ranalli (2013: 158) señala que no han faltado ocasiones en las que el Tribunal ha declarado la inadmisibilidad de recursos basados únicamente en la violación del derecho a la salud: a título de ejemplo, véase TEDH, *Dossi y Otros c. Italia*, 12 de octubre de 2010. Concordantemente, véase Cecchini (2017: 241).

[15] Entre los documentos más actualizados sobre los derechos relacionados con la salud en la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo, véase Gabinete de Prensa del TEDH (2023).

[16] *Ex multis*, TEDH, *Scoppola c. Italia* (n. 1), 10 de junio de 2008. Entre los comentarios a la decisión, consúltese Buzzelli y Pecorella (2010: 392 ss.). Para una visión general del bienestar carcelario ampliada a los perfiles de la afectividad, de la sexualidad y de la relación entre padres e hijos, véase de Ferrari y Romano (2003: 217 ss.).

[17] *Ex multis*, TEDH, *Muršić v. Croacia*, 20 de octubre de 2016, decisión comentada por Cancellaro (2016); TEDH, *Torreggiani y Otros c. Italia*, 8 de enero de 2013; TEDH, *Mandic y Jovic c. Eslovenia*, 20 de octubre de 2011; TEDH, *Štrucl y Otros c. Eslovenia*, 20 de octubre de 2011; TEDH, *Sulejmanovic c. Italia*, 16 de julio de 2009; TEDH, *Aleksandr Makarov c. Rusia*, 12 de marzo de 2009; TEDH, *Moisseiev c. Rusia*, 9 de octubre de 2008; TEDH, *Valašinas c. Lituania*, 24 de julio de 2001.

[18] TEDH, *Bamouhammad c. Bélgica*, 17 de noviembre de 2015; TEDH, *Khider c. Francia*, 9 de julio de 2009.

sin garantías[19]. En la adaptación de las políticas nacionales a normas y prácticas comunes de protección de la salud, un valioso apoyo es ofrecido por las directrices publicadas en 2007 por la Organización Mundial de la Salud[20] y en 2014 por el Consejo de Europa, que en un manual titulado *Prison health care and medical ethics* recogió las opiniones de dos importantes asesores médicos sobre las principales cuestiones éticas, las prácticas preventivas y los tratamientos más recurrentes en prisión[21].

Para concretar las consideraciones expuestas hasta aquí, es necesario ahora proceder a un análisis más profundo de las muchas caras del prisma de la salud, limitando el ámbito de investigación a la condición de las personas privadas de la libertad personal[22].

3. LAS CONDENAS POR FALTA DE ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO A LAS CONDICIONES DE SALUD DEL RECLUSO

En la imposibilidad práctica de señalar toda la jurisprudencia pertinente, merecen particular mención algunos recursos gracias a los cuales este órgano jurisdiccional ha podido afrontar diferentes aspectos de la salud en centros de detención.

Un número significativo de condenas por violación del art. 3 CEDH es inherente a la falta o al retraso en la adaptación de la asistencia a las condiciones de salud del detenido, con el consiguiente agravamiento de su cuadro clínico[23]. Claramente, en el caso de que la omisión de la atención médica, lejos de limitarse a agravar la condición del recluso, conduzca directamente a su muerte, el Tribunal obviamente no reconoce la violación del art. 3 CEDH, sino del art. 2 CEDH[24]: en estos casos, los jueces de Estrasburgo han destacado re-

---

[19] TEDH, 12 de junio de 2007, *Frérot c. Francia*; TEDH, *Iwańczuk c. Polonia*, 15 de noviembre de 2001.

[20] VV. AA. (2007).

[21] Lehtmets y Pont (2014).

[22] Para una profundización de la materia desde una perspectiva comparada, se sugiere la lectura de los artículos publicados en la revista especializada *International Journal of Prisoner Health*, cuyos índices están disponibles en la siguiente dirección: *https://www.emerald.com/insight/publication/issn/1744-9200*. Para una comparación entre el Reino Unido, los Estados Unidos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se recomienda Ross (2013), en particular el § 3 («*Approaching Health and Human Rights in Prison: Comparing England-Wales and the European Court of Human Rights, and the United States*»).

[23] TEDH, *Carrella c. Italia*, 9 de septiembre de 2014; TEDH, *G. C. c. Italia*, 24 de abril del 2014.

[24] *Ex multis*, TEDH, *Calvelli y Ciglio c. Italia*, 17 de enero de 2002; TEDH, *Dzieciak c. Polonia*, 9 de diciembre de 2008; TEDH, *Tarariyeva c. Rusia*, 14 de diciembre de 2006; *İlhan c. Turquía*, 27 de junio de 2000.

petidamente que todo Estado tiene la obligación positiva de adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas sometidas a la jurisdicción de las autoridades, ya que es innegable que la especial vulnerabilidad de los detenidos deba implicar un mayor deber de protección[25].

Entre los numerosos recursos examinados, el TEDH ha criticado la falta de adopción de las medidas necesarias para hacer frente a la agravación del estado de salud de un recluso con leucemia[26], así como la demora en el tratamiento necesario en un grave caso de esclerosis múltiple[27]. Además, el Tribunal condenó a varios países europeos por la falta de tratamiento de una mujer enferma de hepatitis y viremia[28], por no haber adaptado la dieta de la prisión a las exigencias de un hombre con diabetes tipo 2 (con importantes repercusiones sanitarias)[29], por la realización de un diagnóstico no acompañado de exámenes médicos adecuados[30], así como por la falta de una terapia correspondiente al diagnóstico formulado por el personal médico competente[31]. Algunas de las decisiones se referían a la negativa a un tratamiento de rehabilitación posible únicamente fuera del establecimiento penitenciario[32], a la denegación de los implantes dentales que el detenido necesitaba (pero que no podía permitirse comprar)[33], así como de una operación oftalmológica[34] y de las gafas dañadas durante el arresto[35].

---

[25] TEDH, *Mustafayev c. Azerbaiyán*, 4 de mayo de 2017, § 53; TEDH, *Jasinskis c. Letonia*, 22 de diciembre de 2010, § 60; TEDH, *Slimani c. Francia*, 27 de julio de 2004, § 27. En este sentido, véase también Menegoni (2023: 77).

Más extensamente, entre las decisiones que han reconocido obligaciones positivas «reforzadas» derivadas del art. 3 CEDH en relación con categorías de personas especialmente vulnerables, véanse TEDH, *Rahimi c. Grecia*, 5 de abril de 2011, § 62; TEDH, *Z. y Otros c. Reino Unido*, 10 de mayo de 2001; TEDH, *Milanović v. Serbia*, 14 de diciembre de 2010.

[26] TEDH, *Mouisel c. Francia*, 14 de noviembre de 2002. En el presente caso, el detenido era incluso esposado durante las sesiones de quimioterapia, sin que exigencias particulares de seguridad impusieran una medida tan dura. Entre las numerosas decisiones relativas a presos con tumores malignos, véanse TEDH, *Dorneanu c. Rumanía*, 20 de noviembre de 2017; TEDH, *Kondrulin c. Rusia*, 20 de septiembre de 2016. Para una profundización sobre el tema de los internos seropositivos, véanse TEDH, *Martzaklis y Otros c. Grecia*, 9 de julio de 2015; TEDH, *Kats y Otros c. Ucrania*, 18 de diciembre de 2008; TEDH, *Aleksanyan c. Rusia*, 22 de diciembre de 2008; TEDH, *Fedosejevs c. Letonia*, 19 de noviembre de 2013.

[27] TEDH, *Serifis c. Grecia*, 2 de noviembre de 2006.

[28] TEDH, *Testa c. Croacia*, 12 de julio de 2007.

[29] TEDH, *Ebedin Abi c. Turquía*, 13 de marzo de 2018.

[30] TEDH, *Poghosyan c. Georgia*, 24 de febrero de 2009.

[31] *Ex multis*, TEDH, *Cirillo c. Italia*, 29 de enero de 2013; *Ashot Harutyunyan c. Armenia*, 15 de junio de 2010; *Holomiov c. Moldavia*, 7 de noviembre de 2006.

[32] TEDH, *Cara-Damiani c. Italia*, 7 de febrero de 2012, decisión comentada por Giliberto (2012).

[33] TEDH, *V. D. c. Rumanía*, 16 de febrero de 2010.

[34] TEDH, *Nogin c. Rusia*, 15 de enero de 2015.

[35] TEDH, *Slyusarev c. Rusia*, 20 de abril de 2010.

Como se ha señalado por la doctrina[36], la importante decisión en el asunto *Xiros c. Grecia* ha identificado en términos generales tres «obligaciones específicas» relativas al tratamiento de los presos enfermos: 1) verificar que el detenido esté en condiciones de cumplir la pena; 2) administrarle los cuidados adecuados a la enfermedad sufrida; 3) adaptar, cuando sea necesario, las condiciones generales de detención a su estado de salud[37].

Por lo que se refiere a la primera cuestión, cabe señalar que el TEDH destacó la necesidad de un delicado equilibrio de intereses: si, por un lado, del art. 3 CEDH no es posible derivar una obligación indiscriminada de poner en libertad al recluso o de trasladarlo a un hospital civil[38], por otra no se puede excluir, en casos excepcionales, que la enfermedad padecida pueda implicar la liberación del individuo o la adopción de medidas humanitarias extraordinarias[39]. En el caso *Scoppola*, que fue objeto de cuatro recursos ante el TEDH[40], el demandante sufrió la rotura del fémur: este accidente había llevado a la concesión del arresto domiciliario, ya que no era posible proporcionarle los cuidados necesarios en la cárcel. Sin embargo, la decisión fue revocada debido a que el demandante mismo no pudo encontrar un domicilio adecuado. El Tribunal constató así la violación del art. 3 CEDH como consecuencia del retraso en la transferencia del preso enfermo a otra penitenciaría capaz de garantizar su derecho a la salud, juzgando que la condición de angustia, inferioridad y humillación sufrida era lo suficientemente intensa como para constituir un trato inhumano o degradante[41]. En el caso *Contrada*[42], el demandante, presentando documentación sanitaria adecuada, había reiteradamente solicitado la suspensión de la ejecución de la pena en prisión o la concesión de la detención domiciliaria, obteniendo la segunda solo nueve meses después de la presentación de la primera demanda: este retraso, junto con el contenido de los certificados médicos, se consideraron suficientes para afirmar la violación del art. 3 CEDH.

En cuanto al segundo punto, fueran numerosas las ocasiones en que los jueces de Estrasburgo afirmaron que la eficacia del tratamiento médico en relación con el caso concreto debe evaluarse sobre la base del dictamen emitido por el personal médico competente[43], una premisa

---

[36] Kalb (2023: 52); Cecchini (2017: 233).

[37] TEDH, *Xiros c. Grecia*, 9 de septiembre de 2010, § 73, posteriormente reafirmadas por TEDH, *Kargakis c. Grecia*, 14 de enero de 2021, § 58.

[38] TEDH, *Mouisel c. Francia*, cit., § 40.

[39] TEDH, *Rozhkov c. Rusia*, 19 de julio de 2007, § 104; *Matencio c. Francia*, 15 de enero de 2004, § 76; *Sakkopoulos c. Grecia*, 15 de enero de 2004, § 38.

[40] TEDH, *Scoppola c. Italia* (n. 1), cit.; (n. 2), 17 de septiembre de 2009; (n. 3), 18 de enero de 2011; (n. 4), 17 de julio de 2012.

[41] *Ibid.* (n. 1), en particular §§ 14, 44, 51.

[42] TEDH, *Contrada c. Italia* (n. 2), 11 de febrero de 2014.

[43] TEDH, *Blokhin c. Rusia*, 23 de marzo de 2016; *Gorodnitchev c. Rusia*, 24 de mayo de 2007 § 91; y *Soysal c. Turquía*, 3 de mayo de 2007, § 50.

que implica un seguimiento diligente y frecuente de las condiciones reales de salud del detenido (para poder constatar la evolución y el posible empeoramiento de la patología con respecto a la situación registrada al inicio de la ejecución de la pena)[44].

Por último —y teniendo en cuenta las especificaciones que se realizarán en el párrafo siguiente—, la tercera obligación impone que el régimen penitenciario sea tal que no perjudique la «integridad moral» del detenido[45], teniendo en cuenta, en particular, las posibles discapacidades físicas y todas las facetas personales que estimulen una atención particular hacia la dignidad humana del recluso[46]. En la adaptación de este régimen a las condiciones de salud específicamente evaluadas, se ha cuestionado el nivel cualitativo de los tratamientos médicos que deberían ser proporcionados dentro de los muros carcelarios[47]. Aunque según algunas decisiones la atención sanitaria debería ser de un nivel comparable a la que las autoridades estatales se comprometen a asegurar a toda la población[48], la orientación mayoritaria del Tribunal ajusta el alcance de esta afirmación, argumentando que el art. 3 CEDH «no implica que a cada preso se le garantice el mismo nivel de atención médica asegurados por las mejores instituciones sanitarias fuera del ambiente carcelario»[49].

---

[44] TEDH, *Iorgov c. Bulgaria*, 11 de marzo de 2004, § 85; *Rohde c. Dinamarca*, 21 de julio de 2005; *Serifis c. Grecia*, cit., § 35; *Kolesnikovich c. Rusia*, 22 de marzo de 2016, caso en el que el recurrente había permanecido sin supervisión médica durante los dos primeros años de su detención. En *Sakkopoulos c. Grecia*, cit., el TEDH descartó la infracción del art. 3 CEDH, no habiéndose demostrado que el empeoramiento del estado de salud del detenido (afectado por diabetes y problemas cardíacos) durante su detención fuera atribuible a las autoridades penitenciarias.

[45] TEDH, *Xiros c. Grecia*, cit., § 76.

[46] TEDH, *Price c. Reino Unido*, 10 de julio de 2001; *Vincent c. Francia*, 24 de octubre de 2006 (caso en el que la violación del art. 3 CEDH derivaba de la imposibilidad para el recluso parapléjico de moverse de forma autónoma dentro de la prisión); *Cara-Damiani c. Italia*, cit., § 72: «[…] la detención de una persona con discapacidad en un establecimiento en el que no pueda desplazarse por sus propios medios […] y que haya durado mucho tiempo, constituye un trato degradante prohibido por el artículo 3 del Convenio». Entre las decisiones relativas a internados con discapacidad, también se señalan TEDH, *Zarzycki c. Polonia*, 6 de marzo de 2013 (caso en el que el recurrente, sin ambos antebrazos y sin los avanzados brazos biomecánicos de los que habría necesitado, se vio obligado a recurrir a la ayuda de compañeros de celda para las actividades de limpieza cotidiana); TEDH, *Z. H. c. Hungría*, 8 de noviembre 2011 (caso relacionado con un preso sordo, que no sabía utilizar la lengua de signos y tenía dificultades de aprendizaje). Finalmente, hay que indicar algunos casos de presos toxicómanos, particularmente sensibles para el tratamiento del síndrome de abstinencia: TEDH, *Wenner c. Alemania*, 1 de septiembre de 2016; TEDH, *McGlinchey y otros c. Reino Unido*, 29 de abril de 2003.

[47] Entre los autores que han destacado el problema, véase Cesaris (2012: 213 ss.). Más ampliamente, sobre las fuentes jurídicas de las que se pueden deducir estándares mínimos de protección sanitaria, se recomienda Roscam Abbing (2013: 5 ss.).

[48] TEDH, *Cara-Damiani c. Italia*, cit., § 66.

[49] TEDH, *Prestieri c. Italia*, 29 de enero de 2013. De manera similar, *Mirilashvili c. Rusia*, 10 de julio de 2007; *Gladkiy c. Rusia*, 21 de diciembre de 2010; *Kozhokar c. Rusia*, 16 de diciembre de 2010, § 106: «[…] el art. 3 de la Convención no puede interpretarse en el sentido

Una última cuestión que merece ser señalada en este contexto se refiere a la eventual relevancia de la falta de cooperación del detenido con respecto al cumplimiento de las obligaciones sanitarias que incumben a las autoridades penitenciarias. Mientras que en algunos casos los jueces supranacionales han descartado la violación del art. 3 CEDH atribuyendo importancia a la actitud del demandante (y así al principio de autodeterminación en el ámbito sanitario)[50], en otros el Tribunal se ha pronunciado de manera diametralmente opuesta[51], circunstancia que impide la formulación de una regla general y obliga a un enfoque inevitablemente casuístico. En materia de tratamientos médicos realizados sin el consentimiento del interesado, el TEDH ha afirmado que los posibles tratamientos «forzados» se consideran justificados cuando su necesidad se haya demostrado de manera convincente y no haya causado consecuencias duraderas para su salud[52]. Con referencia específica a la alimentación forzada (práctica recurrente cuando el preso inicia una huelga de hambre), los jueces han considerado que, en cuanto destinada a salvar la vida del individuo, no puede considerarse, en principio, inhumana y degradante, siempre y cuando no se supere un cierto umbral de gravedad y que exista una necesidad real de actuarla[53].

4. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LA ESTRUCTURA CARCELARIA Y LOS REGÍMENES ESPECIALES DE DETENCIÓN

En relación con las obligaciones tratadas en el párrafo anterior, conviene evaluar algunas hipótesis relativas a condiciones de detención

---

de que se garantice a toda persona detenida asistencia médica del mismo nivel que en las mejores clínicas civiles».

[50] TEDH, *Dermanovic c. Serbia*, 23 de febrero de 2010, que atribuyó la falta de un diagnóstico oportuno de la patología del detenido a su negativa a someterse a tratamientos médicos.

[51] TEDH, *Scoppola c. Italia* (n. 4), cit., que consideró irrelevante la actitud no cooperativa del demandante, quien había rechazado el ingreso en el hospital civil de Parma.

[52] TEDH, *Bogumil c. Portugal*, 7 de octubre de 2008, §§ 69-70, caso en el que la infracción del art. 3 CEDH fue excluida. En el mismo sentido, véanse *Herczegfalvy c. Austria*, 24 de septiembre de 1992, § 82: «una medida que represente una necesidad terapéutica no puede considerarse inhumana o degradante», siempre que «la existencia de la necesidad misma se demuestre de forma convincente»; *Naoumenko c. Ucrania*, 10 de febrero de 2004, § 112; *Jalloh c. Alemania*, 11 de julio de 2006, § 69.

[53] TEDH, *Nevmerzhitsky c. Ucrania*, 5 de abril de 2005, caso en el que las autoridades penitenciarias habían recurrido al uso de la fuerza, a un retractor mandibular y a un tubo de goma: los jueces de Estrasburgo calificaron estas conductas como actos de tortura. En *Yakovlyev c. Ucrania*, 8 de diciembre de 2022, el demandante alegó que, junto con otros presos, habría sido alimentado a la fuerza con el único fin de reprimir sus protestas. El TEDH ha constatado efectivamente una violación del art. 3 CEDH, considerando que el Estado no había gestionado adecuadamente la huelga de hambre y que había sometido a los detenidos a una excesiva coacción física. Entre las decisiones que, por el contrario, han comprobado la justificada necesidad del recurso a la alimentación forzada, véase *Rappaz c. Suiza*, 26 de marzo de 2013.

que plantean graves problemas con el respeto de la dignidad humana, como en caso de que no se cumplan los estándares mínimos relativos a los espacios habitables o el recluso sea sometido a regímenes penitenciarios especiales debido a su particular peligrosidad social.

A partir del caso *Sulejmanovic c. Italia*, se ha afirmado expresamente que el art. 3 CEDH «impone al Estado la obligación de garantizar que todos los presos sean detenidos en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que las modalidades de ejecución de la medida no sometan al interesado a un peligro o una prueba de una intensidad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención y que, habida cuenta de las exigencias prácticas del encarcelamiento, la salud y el bienestar del recluso estén adecuadamente asegurados»[54]. En el presente caso, el demandante era un preso de la cárcel romana de Rebibbia, que durante algunos meses había compartido una celda de 16,20 m^2 con otras cinco personas: esto hace que el espacio disponible para cada uno fuera de 2,7 m^2. Teniendo en cuenta que el Comité para la prevención de la tortura creado por el Consejo de Europa ha fijado en 7 m^2 el espacio mínimo para los detenidos, el TEDH constató en esta decisión una violación del art. 3 CEDH[55]. Esta condena llevó al pronunciamiento de la decisión en el famoso asunto *Torreggiani*[56]: los demandantes, detenidos en dos instituciones penitenciarias del norte de Italia, habían presentado un recurso ante el TEDH por la falta de espacio vital en las celdas (determinado en 3 m^2 por persona), la existencia de graves problemas de distribución de agua caliente, así como una insuficiente ventilación e iluminación de dichas instalaciones. Los jueces declararon la violación del art. 3 CEDH, al comprobar que las condiciones de detención descritas habían sometido a los interesados a un nivel de sufrimiento superior al que inevitablemente conlleva la detención[57]. Más en detalle, el Tribunal

---

[54] TEDH, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., § 39. El TEDH afirmó el mismo principio en el caso *Kudła c. Polonia*, 26 de octubre de 2000, §§ 92-94.

[55] Aunque es imposible establecer de manera segura y definitiva el espacio personal que debe ser reconocido a cada preso en cumplimiento del Convenio, a partir de esta decisión se ha ido consolidando la orientación según la cual dicho espacio no puede ser inferior a 3 m^2: así TEDH, *Kondratishko y Otros c. Rusia*, 19 de julio de 2011; *Micu c. Rumanía*, 8 de febrero de 2011.

[56] TEDH, *Torreggiani y Otros c. Italia*, cit. Entre los comentarios a la sentencia, véanse DELLA MORTE (2013: 147 ss.); TAMBURINO (2013: 11 ss.); VIGANÒ (2013); DOVA (2013: 948 ss.). Más en general, para una visión global del fenómeno de la superpoblación carcelaria en Italia, se recomienda entre las obras más recientes ALBANO *et al*. (2021).

[57] A pesar de que el TEDH ha afirmado la «fuerte presunción» según la cual la violación del art. 3 CEDH deriva de la disposición de espacios personales inferiores a 3 m^2, los jueces supranacionales han especificado que esta presunción opera incluso cuando, independientemente de los metros registrados, la celda no tenga cama o no permita al detenido moverse entre los muebles: así TEDH, *Muršić v. Croacia*, cit. Para refutar esta presunción, el Estado demandado tiene que demostrar la existencia de factores —explicitados en la sentencia relativa al ya citado asunto *Muršić c. Croacia*— capaces de compensar la exigüidad del espacio vital (§ 137), incluyendo

basó su decisión en documentos del Consejo de Europa, entre ellos la Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas[58]: esta declaración subraya en varias secciones la importancia de la salud como factor condicionante la determinación del régimen penitenciario más adecuado (§§ 12, 15, 16, 22 y parte III del documento). Entre las últimas actualizaciones sobre el tema, la Asociación Luca Coscioni ha enviado 102 advertencias a las direcciones generales de las autoridades locales de salud italianas responsables de 189 centros penitenciarios, pidiendo que se organicen sin demora inspecciones sobre el terreno con el fin de verificar las necesidades de profilaxis impuestas por la superpoblación carcelaria. Con este comunicado, la asociación ha denunciado la proliferación de parásitos en las celdas, una ventilación deficiente o inadecuada de las mismas, así como fenómenos tales como la escasez de agua caliente y la formación de mohos[59].

En cuanto al cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias básicas, el TEDH se pronunció en consonancia con criterios mínimos de razonabilidad, considerando que la presencia de insectos y ratones en la celda[60], el humo de segunda mano (particularmente problemático en la hipótesis de celdas superpobladas y mal ventiladas)[61], así como la ubicación de los inodoros a una distancia excesivamente reducida con respecto a la mesa del comedor[62], constituyen violaciones del art. 3 CEDH. En el caso de enfermedades infecciosas contraídas por el preso dentro del establecimiento penitenciario, el Tribunal ha negado, de forma comprensible, que la violación de esta disposición pueda deducirse automáticamente de la propagación de la afección en tal lugar, debién-

---

la brevedad de la reducción del mismo espacio (§ 130), una suficiente libertad de movimiento y la posibilidad de realizar actividades fuera de la celda (§ 133) así como una idoneidad global de la estructura penitenciaria (§ 134). Sobre la necesidad de una «suma de situaciones» más allá de la mera falta de espacio, véase también Carta (2020: 64), que menciona las condenas en los casos *Florea c. Rumanía* (en el que a la falta de espacio se sumaba una condición de tabaquismo pasivo) e *Vasilescu c. Bélgica* (relativo a un régimen de detención caracterizado por estructuras precarias y falta de agua corriente).

[58] La versión española del documento está disponible en: *https://www.refworld.org/es/leg/resol/coeministers/2006/es/128424*.

[59] Associazione Luca Coscioni (2024). El texto cita también los datos recogidos y reportados por otra asociación sensible al tema, *Ristretti Orizzonti*, cuyas actividades pueden consultarse en: *https://ristretti.org/*.

[60] TEDH, *Antropov c. Rusia*, 29 de enero de 2009, § 60.

[61] TEDH, *Florea c. Rumanía*, cit. (en el que los jueces señalaban la falta de consenso entre los Estados sobre las medidas más oportunas a adoptar); *Eleftariadis c. Rumanía*, 25 de enero de 2011.

[62] TEDH, *Ananyev y Otros c. Rusia*, 10 de enero de 2012. «La higiene y la limpieza no son solo parte integrante del respeto que los individuos deben a sus cuerpos y a sus vecinos con quienes comparten locales durante largos períodos de tiempo. También constituyen una condición y, al mismo tiempo, una necesidad para la conservación de la salud. Un ambiente verdaderamente humano no es posible sin acceso inmediato a instalaciones sanitarias o la posibilidad de mantener el cuerpo limpio» (§ 156).

dose evaluar, con un enfoque inevitablemente casuístico, si el Estado haya garantizado medidas de prevención y tratamientos adecuados para contrarrestar el fenómeno[63].

Entre los ya mencionados regímenes especiales de detención, particularmente problemática se plantea la protección del derecho a la salud de los presos sometidos a las restricciones previstas en el art. 41-*bis* de la Ley penitenciaria italiana (Ley 26 de julio de 1975, n. 354): en su segundo apartado, esta disposición establece que «cuando existan motivos graves de orden y seguridad pública, incluso a petición del ministro del Interior, el ministro de Justicia tiene […] la facultad de suspender, en todo o en parte, respecto de los detenidos o internados por alguno de los delitos contemplados en la primera parte del primero apartado del art. 4-*bis* [entre ellos, delitos cometidos con finalidad de terrorismo, delitos asociativos, reducción a la esclavitud y violencia sexual grupal] o por un delito cometido en condiciones o con el fin de facilitar la asociación de tipo mafioso […] la aplicación de las normas de tratamiento y de los institutos previstos en la presente ley que puedan entrar en conflicto con las exigencias de orden y seguridad. La suspensión implica las restricciones necesarias para satisfacer dichas necesidades y para impedir los enlaces con la asociación mencionada en el período anterior». En consecuencia, los presos sometidos al régimen impuesto por el art. 41-*bis* cumplen su pena en una condición de estricto aislamiento, habiendo sido privados de los beneficios concedidos a los demás detenidos: no por casualidad, un trato semejante ha sido definido como una especie de «tortura democrática», que puede conducir a la aniquilación física y psicológica del individuo[64]. En el 2019, el TEDH se pronunció en contra del régimen de la pena perpetua conocido como «ergastolo ostativo», afirmando que una pena en la que la concesión de los beneficios previstos por el sistema penitenciario (en primer lugar, la libertad condicional después de al menos veintiséis años de prisión)

---

[63] Sobre la propagación de la tuberculosis en las cárceles rusas, véanse TEDH, *Pakhomov c. Rusia*, 30 de septiembre de 2010, § 65; *Pitalev c. Rusia*, 30 de julio de 2009, § 53; *Babushkin c. Rusia*, 18 de octubre de 2007, § 56; *Alver c. Estonia*, 8 de noviembre de 2005, § 54. En cuanto al muy reciente tema de la detención carcelaria en los tiempos del COVID-19, las numerosas cuestiones en juego han sido exhaustivamente resumidas por DELLA BELLA (2023: 97 ss.); MINNELLA (2020).

[64] Para profundizar el tema del art. 41-*bis*, véanse FORTI *et al*. (2024: 285 ss.); ARDITA *et al*. (2024: 139 ss.); DELLA CASA y GIOSTRA (2023: 159 ss.); VV. AA. (2020); KALIKA (2019); DELLA BELLA (2016); PRETTE (2012); DEFILIPPI y BOSI (2007); ARDITA (2007). A nivel periodístico, entre los innumerables artículos dedicados a la brutalidad del régimen *ex* art. 41-*bis* como uno de los tratamientos más duros (si no el más duro en absoluto) en Europa, se señala el de Europa Today, *Un regime italiano: perché il 41 bis è il carcere più duro d'Europa*, 3 de febrero de 2023. Disponible en: *https://europa.today.it/attualita/41-bis-carcere-tortura-europa.html*. Para una comparación con el régimen de las «N-units» en Polonia, reservado a los presos considerados más peligrosos, véase el informe del COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (2018).

está supeditada a la colaboración con el sistema judicial vulnera el art. 3 CEDH[65].

Con referencia específica al tema de la salud, los jueces de Estrasburgo han afirmado que una aplicación prolongada del tratamiento previsto por el art. 41-*bis* no sea necesariamente incompatible con la condición de un recluso que sufra varias enfermedades y esté obligado a desplazarse en silla de ruedas, ya que es el demandante que debe probar, independientemente de su condiciones físicas, que la prolongación de las restricciones impuestas para impedir que mantenga contacto con la organización delictiva de la que es miembro sean manifiestamente injustificadas[66]. Nueve años más tarde, el TEDH condenó a Italia por violación del art. 3 CEDH en relación con el decreto de prórroga por el que el régimen *ex* art. 41-*bis* de Bernardo Provenzano (uno de los más conocidos exponentes mafiosos de la posguerra italiana, arrestado en 2006 después de cuarenta y tres años de clandestinidad) se había prolongado unos meses antes de su muerte, a pesar de que el estado de sus patologías había hecho ya ineficaces las terapias emprendidas y sus funciones cognitivas resultaban gravemente comprometidas[67]. Por tanto, el caso estaba centrado en el delicado equilibrio entre dos intereses conflictivos: por una parte, la necesidad de impedir al detenido —responsable de gravísimos actos y numerosos asesinatos— todo contacto con el exterior del establecimiento penitenciario; por otra, la obligación de proteger la salud del reo, independientemente de la gravedad de los actos cometidos. Al reiterar todos los precedentes legales pertinentes, los jueces supranacionales afirmaron que, aunque el régimen diferenciado en cuestión no sea abstractamente incompatible con un preso de salud precaria y de edad avanzada, en el caso concreto las especiales restricciones impuestas discrecionalmente por las autoridades penitenciarias no fueran justificadas de forma detallada y convincente, perjudicando inaceptablemente la dignidad humana del recluso[68]. Todos los casos así resumidos permiten, por tanto, poner de relieve el papel decisivo de los juzgados de vigilancia penitenciaria en

---

[65] TEDH, *Viola c. Italia* (n. 2), 13 de junio de 2019. El TEDH consideró que el defecto de colaboración no siempre puede ser considerado como una elección libre y voluntaria (como en el caso de que el detenido tema consecuencias perjudiciales para sí mismo o sus seres queridos), ni solo justificado por la persistencia de la adhesión a los «valores criminales» y por el mantenimiento de los vínculos con el grupo al que pertenece. En estos términos, la falta de colaboración con las autoridades judiciales determina en el ordenamiento italiano una errónea presunción de peligrosidad que priva al demandante de toda posibilidad de acceder a los beneficios, impidiéndole a priori un camino de reinserción en la sociedad. Entre los comentarios a la decisión, merecen ser mencionados Santini (2019: 2246 ss.); Cicirello (2019: 638 ss.); Manca (2019); Picaro (2019).

[66] TEDH, *Enea c. Italia*, 17 de septiembre de 2009. Para una síntesis del caso y otras decisiones del TEDH relativas al art. 41-*bis*, véase Tibullo (2017: 7 ss.).

[67] TEDH, *Provenzano c. Italia*, 25 de octubre de 2018. Entre los comentarios, véanse Colavecchio (2019); Castellaneta (2018: 96 ss.); Alberti (2018).

[68] TEDH, *Provenzano c. Italia*, cit., § 152 ss.

supervisar el respeto de los derechos fundamentales del detenido, asegurándose de que, por las condiciones particulares del establecimiento penitenciario de destino o por el régimen especial sufrido, la ejecución de la pena privativa de libertad no provoque un sufrimiento adicional e intolerable que lo fisiológicamente impuesto al resultado de una sentencia condenatoria.

5. LA SALUD PSÍQUICA DE LOS DETENIDOS Y EL FENÓMENO DE LOS SUICIDIOS EN LA PRISIÓN

La salud mental de los presos, sin duda el perfil clínico de más difícil verificación, nos permite obtener una imagen clara de las condiciones carcelarias soportadas: más allá del sufrimiento diario inherente al régimen penitenciario (debido principalmente a la lejanía de los afectos y a la drástica reducción de contactos con el mundo exterior), la cárcel determina el alto riesgo de socavar irremediablemente el perfil psicológico del recluso, causando la aparición de enfermedades psiquiátricas, acentuando la marginalidad social de algunos «parias» (extracomunitarios, drogadictos, nómadas, etc.) o incluso reforzando la propensión a delinquir de sujetos originalmente internados por actividades delictivas de menor entidad[69].

Según la regla 12 de la ya mencionada Recomendación de 2006, «las personas que sufran enfermedades mentales cuyo estado de salud mental sea incompatible con la detención en prisión permanecerán detenidas en un establecimiento concebido a tal efecto». La regla 47 añade que «existirán prisiones especializadas o secciones bajo control médico para la observación y tratamiento de detenidos con desórdenes mentales o anormalidades, que no encajen en la definición de la regla 12. El servicio médico en el medio penitenciario asegurará el tratamiento psiquiátrico de todos los detenidos que requieran esta terapia y prestará atención especial a la prevención del suicidio». Es fácil de entender que las importantes consecuencias derivadas de la detección de problemas relacionados con el perfil psiquiátrico del recluso han llevado al TEDH a considerar criterios adicionales a los adoptados en la evaluación de la salud estrictamente corporal[70]: en este sentido, los jueces de Estrasburgo, al exaltar la condición de particular vulnerabilidad sufrida por el internado y la citada fuente de derecho indicativo, han tenido ocasión

[69] Para una bibliografía esencial sobre el tema se sugieren: Sbardella (2022); Akhtar (2022); Montero Hernanz y Mata y Martín (2022); Mills y Kendall (2018); Pallone (2017); Markez Alonso (2014); Seddon (2007). Para una evaluación comparativa de los efectos derivados de la pandemia de COVID-19 en las cárceles, véase Hernández Monsalve (2020: 38 ss.).

[70] Por una reseña jurisprudencial en la materia, consúltese Gabinete de Prensa del TEDH (2022).

de afirmar que la detención en una prisión ordinaria puede por sí sola suponer una violación del art. 3 CEDH, debido al potencial agravamiento de la condición de inestabilidad[71]. Sin embargo, la colocación en un pabellón psiquiátrico también puede dar lugar a la misma violación, si esta decisión, aunque formalmente adecuada, no esté acompañada de la atención médica necesaria o el internamiento se prolongue durante un período de tiempo incompatible con el sufrimiento padecido[72]. Entre las prácticas consideradas perjudiciales para el equilibrio mental del preso, el Tribunal juzgó en contradicción con la misma disposición los continuos traslados que hacen inviable un control psicológico periódico, dado que podría llevar a un empeoramiento de su estado[73]. En cualquier caso, teniendo en cuenta las mayores obligaciones de protección que incumben a los Estados ante la fragilidad de los sujetos en cuestión, los jueces supranacionales han negado también en este asunto cualquier automatismo, excluyendo la infracción del art. 3 CEDH si, a pesar de los fallos del servicio psiquiátrico carcelario, el demandante no ha demostrado suficientemente que los mismos hayan provocado un deterioro de su salud mental[74].

Una reflexión sobre los desórdenes relacionados con la psique de los presos no puede prescindir de algunas consideraciones relativas al fenómeno de las conductas autolesivas en la cárcel[75], que a menudo culminan con el suicidio del internado. Ya en 2007, el Departamento

---

[71] TEDH, *Dybeku c. Albania*, 18 de diciembre de 2007, que hace referencia expresa a las reglas de la Recomendación de 2006. Más recientemente, *Strazimiri c. Albania*, 21 de enero de 2020; y *Sy c. Italia*, 24 de enero de 2022, que ha constatado la violación del art. 3 CEDH por la bienal estancia en prisión de un preso afectado por desorden bipolar. En *Kucheruk c. Ucrania*, 6 de septiembre de 2006, el TEDH consideró inhumano y degradante el esposar a un detenido con esquizofrenia durante un período de siete días. Sobre la negativa a permitir imprescindibles tratamientos psiquiátricos fuera de la cárcel, *vid. Rivière c. Francia*, 11 de julio de 2006. Por la incompatibilidad entre patologías psiquiátricas y largos períodos de detención (incluida la custodia policial), a menudo no acompañados de exámenes médicos regulares, véanse también *W. D. c. Bélgica*, 6 de septiembre de 2016; *Ţicu c. Rumanía*, 1 de octubre de 2013; *M. S. c. Reino Unido*, 3 de mayo de 2012; *G. c. Francia*, 23 de febrero de 2012; *Raffray Taddei c. Francia*, 21 de diciembre de 2010; *Rupa c. Rumanía*, 16 de diciembre de 2008; *Romanov c. Rusia*, 20 de octubre de 2005; *Kehayov c. Bulgaria*, 13 de marzo de 2003. Al contrario, en *Cocaign c. Francia*, 3 de noviembre de 2011, los jueces excluyeron la infracción del art. 3 CEDH en el caso de un preso con graves trastornos mentales que, tras haber matado y canibalizado a su compañero de celda, fue condenado a treinta años de prisión y a cuarenta y cinco días de aislamiento en una celda disciplinaria: al internado se le había asegurado un tratamiento médico adecuado, por lo que el nivel de sufrimiento derivado del aislamiento no se podía considerar superior al intrínsecamente propio de tal régimen carcelario.

[72] TEDH, *Claes c. Bélgica*, 10 de enero de 2013.

[73] TEDH, *Bamouhammad c. Bélgica*, 17 de noviembre de 2015.

[74] TEDH, *Aerts c. Bélgica*, 30 de julio de 1998, a pesar de la opinión contraria del Comité para la Prevención de la Tortura (CPT), el cual había considerado que la atención prestada en ese pabellón estaba muy por debajo del nivel mínimo aceptable desde un punto de vista ético y humanitario (§ 28 ss.).

[75] Para un análisis de las prácticas más difundidas (enfermedades simuladas, ingestión de cuerpos extraños, huelgas de hambre, etc.), véase Baccaro (2003: 56 ss.).

de Salud Mental y Abuso de Sustancias de la Organización Mundial de la Salud, en colaboración con la Asociación Internacional para la Prevención del Suicidio, presentó un informe titulado *Preventing suicide in jails and prisons*, describiendo los numerosos factores determinantes del suicidio y tratando de diseñar programas preventivos para evitarlo[76].

El 20 de junio de 2024, la Asociación Italiana de Profesores de Derecho Penal *(Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale)*, la Asociación de Investigadores del Proceso Penal *(Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale)* y la Asociación Italiana de Constitucionalistas *(Associazione Italiana dei Costituzionalisti)* han redactado y firmado un documento conjunto para expresar su profunda preocupación por el aumento de los suicidios dentro de la comunidad penitenciaria[77]. Esta toma de posición es consecuencia de la intervención del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que el pasado 14 de junio instó a las autoridades italianas a «adoptar rápidamente medidas correctivas y a garantizar la asignación de recursos financieros adicionales adecuados para reforzar la capacidad de prevención de los suicidios en las cárceles»[78]. Al señalar un número de detenidos en línea con el indicado al principio del presente artículo (61 547 internados frente a 51 241 plazas reguladas a 31 de mayo de 2024), las tres asociaciones han subrayado el fracaso de los numerosos proyectos de reforma del sistema sancionador, de ahí la persistencia del problema de la masificación de las cárceles y la frustración fáctica del principio de reeducación de la pena (afirmado en Italia por el art. 27, apartado 3 de la Constitución y en España por el art. 25, apartado 2 CE)[79]. Los datos

[76] Este informe está disponible en: *https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43678/9789241595506_eng.pdf?sequence=1*. En la doctrina, véase también Rogan (2018). Para un análisis comparativo del suicidio como una de las causas de muerte más comunes en el ambiente carcelario, se sugieren Favril, Shaw y Fazel (2022); Fazel, Grann y Kling (2011: 191 ss.).

[77] El documento está disponible en la siguiente dirección: *https://www.aipdp.it/news-associazione/Documento-su-Emergenza-carcere-u/*. Según los datos más recientes comunicados por el Garante nacional de los derechos de las personas privadas de libertad, las cárceles italianas han registrado 62 suicidios desde el comienzo del año, veinte más que en el mismo período de 2023 (ANSA.it. *Carceri: 62 suicidi nel 2024, il 39% erano in attesa di giudizio*. Disponible en: *https://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2024/08/08/carceri-62-suicidi-nel-2024-il-39-erano-in-attesa-di-giudizio_787689df-5b63-4e38-84ab-10e04663990c.html*). En referencia al tema, léase también el artículo publicado por el diario *online* IlPost. *I suicidi in carcere continuano a essere un problema*, 14 de julio de 2024. Disponible en: *https://www.ilpost.it/2024/07/14/suicidi-in-carcere-in-aumento*.

[78] ANSA English. *Council of Europe 'concerned' about prison suicides in Italy*, 14 de junio de 2024.

[79] El 17 de agosto de 2024, la revista científica *Sistema Penale* ha publicado el texto completo de una carta escrita por los detenidos de la cárcel de Brescia y dirigida al Presidente de la República Sergio Mattarella («*Dai detenuti una lettera straziante e una lezione dal carcere*»). El documento, definido por el presidente mismo «desgarrador», describe condiciones «angustiosas» e «indecorosas» en clara contradicción con dicha disposición constitucional (calor sofocante, falta de servicios sanitarios, proliferación de bacterias, presencia de insectos, etc.), que se com-

que figuran y las consideraciones realizadas son seguidas de algunas propuestas concretas, interviniendo sobre los perfiles considerados más incisivos en relación con los comportamientos suicidas: entre ellas, un mayor uso de medios alternativos a la prisión (que se han revelado eficaces para reducir la reincidencia), la ampliación de los espacios de habitabilidad y una mayor atención a la afectividad de los reclusos, así como la reducción del recurso indiscriminado a la prisión preventiva[80].

En relación con este tema, el TEDH, evocando las ya mencionadas obligaciones positivas de adoptar medidas adecuadas para salvaguardar la vida, tuvo la oportunidad de juzgar el Estado cuyas autoridades judiciales, aun conociendo o pudiendo conocer la existencia de un riesgo concreto e inmediato de suicidio, no habían adoptado las medidas que, razonablemente, hubieran podido evitar este acontecimiento infausto[81]. Sin perjuicio de la habitual apreciación casuística, el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido la violación de los arts. 2 y 3 CEDH en casos en los que el suicidio del detenido fue precedido por actos violentos, delirios y anteriores intentos de realizar el gesto[82], información sobre el empeoramiento de su salud[83], la circunstancia de que se le haya ordenado un internamiento psiquiátrico obligatorio[84] así como por la no aplicación de las disposiciones relativas a la cooperación entre el centro penitenciario y los servicios sanitarios[85]. En la doctrina, algunos autores han observado que la suma importancia del bien jurídico de la vida ha llevado a encontrar en la praxis aplicativa algunas excepciones al carácter absoluto del art. 3 CEDH: partiendo de la base de que el art. 2,

---

binan con la ausencia de espacios y personal necesarios para realizar en concreto la finalidad reeducativa de la pena. En la doctrina, una denuncia de la dramática escasez de medicamentos y de la falta de privacidad incluso en los momentos más íntimos de la vida de los internados fue formulada *ex multis* por Ronco (2018).

[80] Sobre la propuesta de recurrir a la detención domiciliaria «ampliada» (y a cuarteles vacíos en el caso de presos sin domicilio), véase un artículo aparecido muy recientemente en el diario *Il Dubbio* (*La detenzione domiciliare allargata come antidoto al sovraffollamento penitenziario*), disponible en: *https://www.ildubbio.news/commenti/la-detenzione-domiciliare-allargata-come-antidoto-al-sovraffollamento-penitenziario-b511ijuv.*

[81] TEDH, *Keenan c. Reino Unido*, 3 de abril de 2001.

[82] TEDH, *Renolde c. Francia*, 16 de octubre de 2008, caso en el que el internado, a pesar de la prescripción de medicamentos, no había sido vigilado de ninguna manera para que se pudiera verificar su ingesta y, además, tras la agresión de un guardia, había sido obligado a pasar cuarenta y cinco días en una celda de castigo, dentro de la cual finalmente se había ahorcado; *Ketreb c. Francia*, 19 de julio de 2012, en el que la violación del art. 2 CEDH se derivó de la aplicación de un régimen de aislamiento disciplinario (considerado incompatible con las condiciones de salud del detenido) y de la falta de controles que habrían podido llevar a la requisa del cinturón con el que el internado se había matado; *Jeanty c. Bélgica*, 31 de marzo de 2020; *Çoşelav c. Turquía*, 9 de octubre de 2012; *Güveç c. Turquía*, 20 de enero de 2009.

[83] TEDH, *Jasińska c. Polonia*, 1 de junio de 2010: el detenido sufría desde niño de una meningitis contraída a una edad temprana, que contribuía al desarrollo de trastornos como depresión, psicosis, irritabilidad y dolores de cabeza.

[84] TEDH, *De Donder y De Clippel c. Bélgica*, 6 de diciembre de 2011.

[85] TEDH, *Isenc c. Francia*, 4 de febrero de 2016.

apartado 2 CEDH justifica la muerte de una persona como consecuencia inevitable de un acto de legítima defensa, del intento de prevenir una evasión o de la necesidad de reprimir una revuelta o insurrección, con mayor razón deberían tolerarse prácticas normalmente prohibidas por el art. 3 CEDH cuando se trate de evitar un suicidio[86].

6. CONCLUSIONES

La diferente sensibilidad de los Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia la realidad del fenómeno carcelario —y con ello el enfoque inevitablemente casuístico adoptado por estos jueces supranacionales— impide la formulación de conclusiones seguras y perentorias, dado el papel desempeñado por una multiplicidad de arraigados factores de naturaleza cultural y sociológica antes que estrictamente jurídica.

Sin embargo, a pesar de esta *case-by-case basis*, las decisiones del TEDH destacan por sus importantes afirmaciones de principio, en un intento de identificar niveles mínimos de dignidad, calidad de vida y, en este caso, de protección de la salud por debajo de los cuales no se considera aceptable bajar. Aunque algunos Estados están bajo la lupa de las principales organizaciones humanitarias por la constante violación de los derechos fundamentales del individuo, se ha podido observar cómo las condenas pronunciadas por el TEDH han afectado a un gran número de países, lo que demuestra que algunas deplorables prácticas penitenciarias no tienen fronteras ni nacionalidad[87]. Si los jueces de Estrasburgo pueden ofrecernos una visión clara de las principales problemáticas internas del sistema penitenciario y de las prácticas que intrínsecamente vulneran la dignidad humana de los detenidos, no es al poder judicial a quien hay que dirigirse para pedir la elaboración de soluciones reales y duraderas: en efecto, contradice la esencia de un estado de derecho que muchísimos legisladores sean sordos a denuncias e informes como los enumerados en el curso del presente artículo, justificando sus inercia con una perenne escasez de recursos estructurales y profesionales. Es necesario preguntarse si el silencio del poder ejecutivo no es intencionado, es decir, si en una época de justicialismo mediático una renovación estructural y conceptual

---

[86] Así Colella (2011: 222).

[87] Según los datos recogidos por distintas encuestas periodísticas, las estadísticas serían despiadadas, siendo Italia el tercer país en número de condenas recibidas desde la creación del Tribunal en 1959 (Il Foglio, *Le carceri italiane sono più incivili di quelle ungheresi*, artículo de 29 de marzo del 2024: *https://www.ilfoglio.it/giustizia/2024/03/29/news/le-carceri-italiane-sono-piu-incivili-di-quelle-ungheresi-a-salis-conviene-restare-a-budapest-6385355/*) y el primero en número de condenas no ejecutadas (Linkiesta, *L'Italia se ne frega della Corte europea dei diritti umani*, artículo de 21 de septiembre de 2017: *https://www.linkiesta.it/2017/09/litalia-se-ne-frega-della-corte-europea-dei-diritti-umani/*).

de la institución carcelaria no solo no crea consenso electoral, sino que incluso corra el riesgo de erosionarlo. En otras palabras, la falta de interés por un cambio real puede justificarse con la creencia de que un número significativo de ciudadanos no comprendería los beneficios reales de una tal transformación, como si mejorar la calidad de vida de los presos (o concebir medidas alternativas a la detención) equivaliera a abdicar de la función punitiva del Estado. A estos falsos mitos hay que replicar una vez más que ninguna responsabilidad penal puede justificar una sanción que, más allá de las finalidades previstas por cada ordenamiento nacional, determine, para las modalidades ejecutivas y las disfunciones de un gran número de establecimientos penitenciarios, una carga adicional a la impuesta por el juez en el momento de la determinación de la pena.

Por tanto, más allá de una deseada inclusión del derecho a la salud entre los derechos expresamente enumerados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos con el fin de identificar un núcleo irreducible de protección, la operatividad efectiva del mismo depende inevitablemente de un cambio de paradigma político, estimulado por las incesantes presiones provenientes de las instituciones y asociaciones comprometidas en un monitoreo constante del panorama carcelario. Este es ciertamente un proceso difícil de implementar, dada la renovación cultural requerida y el número de actores involucrados en esta transición. Sin embargo, la sensación de que ya no nadamos totalmente a contracorriente puede animar a aspirar a objetivos ambiciosos pero realistas, rechazando el populismo penal y con ello la idea de una prisión en la que el encarnizamiento sobre la salud física y psicológica del detenido sea la normalidad.

7. BIBLIOGRAFÍA

Akhtar, T. (2022). *Depression Anxiety and Stress in Relation to the Mental Health of Prisoners*. Mab-India.

Albano, A., Lorenzetti, A. y Picozzi, F. (2021). *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema «irrisolvibile»*. Turín: Giappichelli.

Alberti, G. (2018). Caso Provenzano: la Corte EDU riconosce una violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41-*bis*. *Diritto Penale Contemporaneo*. Disponible en: *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6301-caso-provenzano-la-corte-edu-riconosce-una-violazione-dell-art-3-cedu-con-riferimento-all-ultimo-de.*

Ardita, S. (2007). *Il regime detentivo speciale 41* bis. Milán: Giuffrè.

Ardita, S., degl'Innocenti, L. y Faldi, F. (2024). *Diritto penitenziario*. Roma: Laurus Robuffo.

Associazione Antigone (2024). *XX rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*. Disponible en: *https://www.rapportoantigone.it/ventesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/i-numeri-della-detenzione*.

Associazione Luca Coscioni (2024). *La salute in carcere è un diritto. La diffida alle ASL di tutta Italia dell'Associazione Luca Coscioni*, 9 de agosto de 2024. Disponible en: *https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/diffida-asl-salute-carcere.*

Baccaro, L. (2003). *Carcere e salute*, Sapere Edizioni.

Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Livorno: Marco Coltellini.

Buzzelli, S. y Pecorella, C. (2010). «Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 392 ss.

Calvet Barot, G. (1994). «La cárcel y el derecho a la salud. El diseño y la legitimación de una vulneración permanente». En I. Rivera Beiras (comp.). *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias,* pp. 175 ss. Barcelona: Bosch.

Cancellaro, F. (2016). «Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 CEDU». *Diritto Penale Contemporaneo*. Disponible en: *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5053-carcerazione-in-meno-di-3-metri-quadri-la-grande-camera-sui-criteri-di-accertamento-della-violazion.*

Caredda, M. (2015). «La salute e il carcere. Alcune riflessioni sulle risposte ai bisogni di salute della popolazione detenuta». *Costituzionalismo.it*, 2. Disponible en: *https://www.costituzionalismo.it/la-salute-e-il-carcere-alcune-riflessioni-sulle-risposte-ai-bisogni-di-salute-della-popolazione-detenuta*.

Carta, M. C. (2020). «Dignità umana e tutela dei detenuti nello "Spazio di giustizia" dell'Unione europea». *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, pp. 51 ss.

Castellaneta, M. (2018). Caso Provenzano: per Strasburgo l'Italia doveva rivedere e motivare l'applicazione del 41 *bis* dopo l'aggravamento di salute. *Guida al Diritto*, 47, pp. 96 ss.

Catalano, E. M. (2019). «Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria». En L. Stortoni y D. Castronuovo (comp.). *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura,* pp. 193 ss. Bononia: Bononia University Press.

Cecchini, F. (2017). «La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo». En A. Massaro (comp.), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR,* pp. 207 ss. Roma: RomaTrE-Press.

Cesaris, L. (2012). «Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute». *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, pp. 213 ss.

Cicirello, T. T. (2019). «Il caso Viola contro Italia: sul fulcro della dignità dell'uomo, la Corte Edu boccia ogni pregiudizio ostativo nel percorso rieducativo del condannato». *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, pp. 638 ss.

Ciliberto, G. y Roşu, A. M. (2019). «Asilo e protezione internazionale nella Cedu». En F. Buffa y M. G. Civinini (comp.). *La Corte di Strasburgo,* pp. 381 ss. Disponible en: *https://www.questionegiustizia.it/speciale/2019-1.*

Colavecchio, G. (2019). Riflessioni sul 41-*bis* a margine della sentenza Provenzano c. Italia. *La Legislazione penale*, 3. Disponible en: *https://www.lalegislazionepenale.eu/riflessioni-sul-41-bis-a-margine-della-sentenza-provenzano-c-italia-giulia-colavecchio.*

Colella, A. (2011). La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU). *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, pp. 221 ss.

CPT (2018). *Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*. Disponible en: *https://www.refworld.org/reference/countryrep/coecpt/2018/en/121477.*

Davis, A. Y. (2003). *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press.

De Ferrari, F. y Romano, C. A. (2003). *Sistema penale e tutela della salute*. Milán: Giuffré.

Defilippi, C. y Bosi, D. (2007). *L'art. 41* bis *Ord. Pen. e le garanzie del detenuto*. Turín: Giappichelli.

Della Bella, A. (2016). *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali: presente e futuro del regime detentivo speciale* ex *art. 41* bis *o.p.* Milán: Giuffrè.

Della Bella, A. (2023). «Emergenza COVID e carcere: le soluzioni normative e le risposte della giurisprudenza». En G. Fornasari y A. Menghini (comp.). *Salute e carcere,* pp. 97 ss. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Della Casa, F. y Giostra G. (2023). *Manuale di Diritto penitenziario*. Turín: Giappichelli.

Della Morte, G. (2013). «La situazione carceraria italiana viola "strutturalmente" gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza "Torreggiani c. Italia")». *Diritti umani e Diritto internazionale*, 1, pp. 147 ss.

Dostoyevski, F. M. (1862). *Memorias de la casa muerta* (Записки из Мёртвого дома). Petersburgo: I. Ogrizko.

Dova, M. (2013). «Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio». *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2, pp. 948 ss.

Esposito, A. (2008). *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*. Turín: Giappichelli.

Fadda, M. L. (2012). «La tutela del diritto alla salute dei detenuti». *Rivista italiana di medicina legale*, 2, pp. 613 ss.

Favril, L., Shaw, J. y Fazel, S. (2022). «Prevalence and risk factors for suicide attempts in prison». *Clinical Psychology Review*, 97. Disponible en: *https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0272735822000757.*

Fazel, S., Grann, M. y Kling, B. (2011). Prison suicide in 12 countries: an ecological study of 861 suicides during 2003-2007. *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 46, pp. 191 ss.

Forti, G., Giunta, F. y Varrasso, G. (2024). *Manuale di Diritto penitenziario*. Padua: CEDAM.

Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. París: Gallimard.

Gabinete de Prensa del TEDH (2022). *Detention and mental health*. Disponible en: *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Detention_mental_health_ENG.*

Gabinete de Prensa del TEDH (2023). *Prisoners' health-related rights*. Disponible en: *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_prisoners_health_eng.*

Giliberto, A. (2012). «La Corte di Strasburgo condanna ancora l'Italia per gli insufficienti standard di assistenza sanitaria in carcere». *Diritto penale contemporaneo*. Disponible en: *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.*

org/d/1288-la-corte-di-strasburgo-condanna-ancora-l-italia-per-gli-insufficienti-standard-di-assistenza-sanita.

Guazzarotti, A. (2023). «Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto». *Gruppo di Pisa*, 3. Disponible en: *https://www.gruppodipisa.it/8-rivista/255-andrea-guazzarotti-giurisprudenza-cedu-e-giurisprudenza-costituzionale-sui-diritti-sociali-a-confronto.*

Hernández Monsalve, M. (2020). Salud mental en la ruta penal-penitenciaria pre y post COVID-19. *Norte de Salud Mental*, 17, pp. 38 ss.

Kalb, L. (2023). «La tutela del diritto alla salute a favore dei detenuti nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo». En L. Chieffi (comp.). *Salute e dignità umana in carcere. Orientamenti bioetici,* pp. 43 ss. Milán: Mimesis Edizioni.

Kalika, E. (2019). *La pena di morte viva: ergastolo, 41* bis *e diritto penale del nemico*. Milán: Meltemi.

Lehtmets, A. y Pont, J. (2014). *Prison health care and medical ethics. A manual for health-care workers and other prison staff with responsibility for prisoners' well-being*. Strasbourg: Council of Europe. Disponible en: *https://book.coe.int/fr/droit-penal-et-criminologie/6882-pdf-prison-health-care-and-medical-ethics.html.*

Magi, L. (2011). «Protezione dei richiedenti asilo "par ricochet" o protezione "par moitié"? La Grande Camera ripartisce fra gli Stati contraenti le responsabilità per violazione della Convenzione europea conseguenti al trasferimento di un richiedente asilo in attuazione del regolamento "Dublino II"». *Rivista di diritto internazionale*, 3, pp. 824 ss.

Manca, V. (2019). «Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale». *Archivio Penale*, 2. Disponible en: *https://archiviopenale.it/le-declinazioni-della-tutela-dei-diritti-fondamentali-dei-detenuti-nel-dialogo-tra-le-corti-da-viola-c-italia-allattesa-della-corte-costituzionale/articoli/19676.*

Markez Alonso, I. (2014). «Cárcel y Salud Mental». *Cuadernos de Psiquiatría comunitaria*, 1 (número monográfico).

Mathiesen, T. (1987). *Kan fengsel forsvares?* Oslo: Pax Forlag.

Menegoni, C. (2023). «Il diritto alla salute dei detenuti nella giurisprudenza di Strasburgo». En G. Fornasari y A. Menghini (comp.). *Salute e carcere,* pp. 69 ss. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Menghini, A. (2023). Prefazione, en G. Fornasari y A. Menghini (comp.). *Salute e carcere,* pp. vii ss. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Mills, A. y Kendall, K. (2018). *Mental Health in Prisons. Critical Perspectives on Treatment and Confinement*. Cham: Palgrave Macmillan.

Minnella, C. (2020). «Coronavirus ed emergenza carceri: la via del ricorso alla Corte di Strasburgo». *Sistema Penale*. Disponible en: *https://www.sistemapenale.it/it/scheda/coronavirus-emergenza-carcere-ricorso-corte-strasburgo.*

Montero Hernanz, T. y Mata y Martín, R. M. (2022). *Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención*. Barcelona: Bosch.

Morris, N. y Rothman, D. J. (1998). *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford: Oxford University Press.

Observatorio Derechos Humanos y Salud Mental en Prisión (2022). *Informe 2022*. Disponible en: *https://www.consaludmental.org/publicaciones/Observatorio-Derechos-Humanos-Salud-Mental-Prision-2022.pdf.*

Othmani, A. (2002). *Sortir de la prison. Un combat pour réformer les systèmes carcéraux dans le monde*. París: La Découverte & Syros.
Pallone, N. J. (2017). *Mental Disorder Among Prisoners. Toward an Epidemiologic Inventory*. Nueva York: Routledge.
Picaro, G. (2019). «La Corte E. D. U. dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza "Viola"». *Archivio Penale*, 2. Disponible en: *https://archiviopenale.it/-la-corte-edu-dichiara-lergastolo-ostativo-incompatibile-con-lart-3-della-convenzione-brevi-riflessioni-a-margine-della-sentenza-viola/articoli/19688.*
Prette, M. R. (2012). *41 bis. Il carcere di cui non si parla*. Roma: Sensibili alle foglie.
Ranalli, D. (2013). «Nuovi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di trattamento carcerario». *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2, pp. 157 ss.
Rogan, M. (2018). «Human rights approaches to suicide in prison: implications for policy, practice and research». *Health and Justice*, 6.
Ronco, D. (2018). *Cura sotto controllo. Il diritto alla salute in carcere*. Roma: Carocci editore.
Roscam Abbing, H. (2013). «Prisoners Right to Healthcare, a European Perspective». *European Journal of Health Law*, 20, pp. 5 ss.
Ross, M. W. (2013). *Health and Health Promotion in Prisons*. Londres: Routledge.
Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1968). *Punishment and Social Structure*. New York: Russel & Russel.
Santini, S. (2019). «La dignità umana quale barriera invalicabile: la Corte di Strasburgo "respinge" la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 2246 ss.
Sbardella, A. (2022). *Salute mentale e carcere*. Roma: Aracne.
Seddon, T. (2007). *Punishment and Madness. Governing Prisoners with Mental Health Problems*. New York: Routledge.
Tamburino, G. (2013). «La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo». *Cassazione penale*, 1, pp. 11 ss.
Tibullo, A. (2017). «Salute e Carcere». *Archivio penale*, 2. Disponible en: *https://archiviopenale.it/salute-e-carcere/articoli/15192.*
Tigrino, A. (2017). «La tortura, metastasi di un cancro millenario: l'irrisolto contrasto fra tutela della dignità umana ed esigenze di accertamento penale». *Archivio Penale*, 2. Disponible en: *https://archiviopenale.it/la-tortura-metastasi-di-un-cancro-millenario-lirrisolto-contrasto-fra-tutela-della-dignita-umana-ed-esigenze-di-accertamento-penale/articoli/18522.*
Viganò, F. (2013). «Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno». *Diritto Penale Contemporaneo*. Disponible en: *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1990-sentenza-pilota-della-corte-edu-sul-sovraffollamento-delle-carceri-italiane-il-nostro-paese-chiamat.*
VV. AA. (2007). *Health in prisons. A WHO guide to the essentials in prison health*. Copenhague: WHO Regional Office for Europe.
VV. AA. (2020). *Il diritto alla speranza davanti alle corti: ergastolo ostativo e articolo 41*-bis. Turín: Giappichelli.
Wallace, A. (2020). «The European Court of Human Rights: a tool for improving prison health». *The Lancet*, 5, pp. 78 ss.

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 215-246
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/08*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA EFICACIA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA AYUDA SOCIAL ANTE UN INGRESO MÍNIMO EUROPEO[1]

Francisco Javier Moreno Ordoño

1. INTRODUCCIÓN

La idea de un derecho europeo al mínimo vital ha cobrado fuerza en los últimos años, impulsada por la creciente preocupación por la pobreza y la exclusión social en la Unión Europea. Esta idea trata de articular jurídicamente una obligación de los Estados europeos de garantizar a sus ciudadanos el acceso a una red de seguridad económica que garantice a todas las personas en situación de necesidad el acceso a prestaciones económicas que les aseguren un mínimo de ingresos.

Un reflejo de esta tendencia es el reconocimiento en el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de un derecho a «una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes». Este derecho se diferencia de lo recogido en los dos apartados anteriores del art. 34 en su referencia a la «ayuda social», pues esta, a diferencia de las prestaciones sociales de Seguridad Social recogidas en los apartados 1 y 2, se entiende vinculada a situaciones

[1] El proyecto que dio lugar a este trabajo recibió el apoyo de una beca de la Fundación «la Caixa» (ID 100010434), código «B006196». Quiero agradecer las anotaciones y los comentarios a los asistentes al «II Seminario de Investigadores en Formación sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», organizado por la cátedra Jean Monnet *Integration through EU Fundamental Rights*, celebrado el 14 de junio de 2024 en la UNED. Quisiera especialmente agradecer las aportaciones y comentarios de los profesores Xabier Arzoz Santisteban, Itziar Gómez Fernández y Enriqueta Expósito Gómez.

de necesidad. Esto supone que el objeto de este artículo escapa a la lógica tradicional de la Seguridad Social, vinculada a las cotizaciones, sino que pretende garantizar jurídicamente que se concedan ayudas a personas que se encuentran en contextos de exclusión social, siendo su objetivo la procura de la «existencia digna» del necesitado[2]. En consecuencia, encontramos en este artículo la manifestación en la CDFUE de la noción de derecho al mínimo vital o de derecho a la asistencia social. Es decir, puede entenderse el art. 34.3 CDFUE, en su vertiente de derecho a una ayuda social, como una transposición del derecho a la asistencia social, siendo este último un derecho social de gran recorrido histórico, ya recogido en el art. 13 de la primera Carta Social Europea (CSE).

En este trabajo se pretende indagar en este precepto para determinar la operatividad jurídica del mismo en su vertiente de derecho a una ayuda social, entendida esta como una suerte de derecho a un mínimo vital. Esta indagación responde a la tradicional consideración de dicho precepto por parte de la doctrina como inoperante[3], por carecer la UE de competencias en la materia. Esta consideración se debe a que el tercer apartado del art. 34, a diferencia de los dos primeros, que encajan en la consideración tradicional de derechos de ámbito laboral, no trata de una materia que estuviera incluida en la coordinación a nivel comunitario al momento de aprobación de la Carta[4]. La asistencia social, comprendida como la realización directa o indirecta de prestaciones sociales por parte del Estado en respuesta a una situación de necesidad económica, quedaba dentro del margen de libertad de acción de cada Estado miembro[5]. De hecho, Gorelli Hernández y Ojeda Avilés (2004: 1285) indicaban que «podemos decir que la asistencia social prácticamente no ha merecido la más mínima atención» por parte del legislador europeo.

Pese a esto, en este capítulo se argumenta que la alegada inoperancia resulta discutible a la luz de dos factores principales.

Por un lado, se cuestiona la alegada falta de competencia europea en la materia. Para ello, en la primera sección de este capítulo se explora cómo la profundización de la dimensión social de la UE ha llevado a una reinterpretación de algunos de sus ámbitos competenciales, expandiéndolos para entrar en el terreno de la materia del art. 34.3 CDFUE. En consecuencia, deja de ser descartable que la Unión Europea pueda actuar en materia de asistencia social. En tanto cabe esta actuación, debe tenerse en cuenta que cualquier actuación del legislador europeo

---

[2] García Pechuán (2019: 1069).
[3] Escobar Roca (2020: 103).
[4] López Escudero (2008: 584).
[5] Véase STJCE de 23 de enero de 1997, *Stöber y Piosa Pereira*, C-4/95 y C-5/95, apdo. 36.

estará vinculada por la Carta. Al ser así, este trabajo defiende que esto le impone una serie de obligaciones concretas en su actuación.

Además, este capítulo también argumenta que el art. 34.3 obliga a los tribunales a dar una interpretación de la legislación nacional favorable a la protección social de los individuos. Con base en la jurisprudencia del TJUE, se afirma que la existencia del 34.3 tiene efectos en la interpretación de la legislación europea, lo que impacta en el margen de acción de que disponen los Estados miembros a la hora de configurar sus sistemas de protección social.

Para ilustrar estos puntos, el presente trabajo sigue la siguiente estructura. En la primera sección se expone el argumento de que, dada la profundización de la dimensión social de la Unión en la última década, se ha abierto la puerta a un entendimiento de las competencias de la Unión que permita a las instituciones europeas aprobar normativa vinculante en relación con la asistencia social. Se resaltará como la perspectiva institucional ha cambiado en los últimos diez años, llegando el Parlamento Europeo a solicitar una directiva en materia de ingresos mínimos. Dicha directiva es posible mediante un determinado entendimiento de los arts. 153 y 175 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que permite considerar la existencia de una competencia dual que ampararía la intervención legislativa de la Unión en la materia.

En la segunda sección, aceptando la posibilidad de que la Unión Europea legisle sobre los sistemas de ingresos mínimos de los Estados miembros, se exponen las implicaciones que tiene para la actuación de las instituciones europeas el art. 34.3 CDFUE. Para ello, primero se expondrá la naturaleza jurídica del precepto y sus potenciales efectos anulatorios e interpretativos. A la hora de identificar en qué debieran materializarse estos efectos, se acudirá a la limitada jurisprudencia del TJUE relativa a este precepto, así como a la jurisprudencia que relaciona el concepto de dignidad humana y el de mínimo vital. Por último, se señala la influencia que pueden tener la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en la determinación del contenido del precepto.

De esta manera, se pretende identificar las obligaciones concretas que pudieran desprenderse de un precepto que, ante una mayor profundización social de la UE, distaría mucho de tratarse de un concepto inoperante.

2. LA PROFUNDIZACIÓN DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA UE Y LA POSIBLE EXPANSIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA SOCIAL

2.1. La visión tradicional: no existe base competencial en materia de ingresos mínimos

Tradicionalmente, se ha aceptado la tesis de la inexistencia de competencias de la UE en materia de ingresos mínimos. Desde mediados de los años noventa, cuando se iniciaron los primeros intentos de reforzar la dimensión social de la UE, la doctrina ha analizado la posibilidad de aprobar políticas supranacionales que fortaleciesen los programas de ingresos mínimos en los Estados miembros. Existían serias dudas respecto de la competencia legislativa de la UE a este respecto. Por un lado, el art. 153.5 TFUE excluye la competencia europea en materia de remuneraciones, lo cual ha sido considerado como potencialmente problemático[6]. Por otro lado, la Comisión expresó, en 2012, cuando rechazó registrar una Iniciativa Ciudadana Europea sobre la renta básica incondicional, que la UE no tenía competencia para aprobar un derecho a una renta básica[7]. La Comisión basaba su argumento en que el art. 153.2 TFUE autoriza la acción legislativa tan solo en relación con las materias recogidas en los apartados de la (a) a la (i) del art. 153.1 TFUE, mientras que el objetivo de la renta básica, que es la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y que es coincidente con el de los ingresos mínimos, está establecido fuera de estos apartados, en el apartado (j) del citado artículo, por lo que no era posible adoptar un acto jurídico normativo[8]. En el mismo sentido se entendió la posición de la Comisión cuando la comisaria en materia social Thyssen se dirigió al Parlamento Europeo en 2016 sobre la cuestión de qué medidas se adoptarían para mejorar los regímenes de renta mínima de los Estados miembros, declarando que la UE no tiene competencia para adoptar medidas legislativas en esta materia[9].

Ahora bien, desde entonces, la profundización social de la UE ha sido significativa. A la actividad de las instituciones europeas en las últimas, marcada por un reforzamiento de la dimensión social de la Unión que se evidencia en iniciativas como la inclusión de derechos sociales en la CDFUE, se ha venido a sumar recientemente el innovador impulso que ha supuesto el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) y su plan de acción. En el marco de este paso hacia una Europa

---

[6] Van Lancker, Aranguiz y Verschueren (2020: 27).

[7] Kilpatrick (2023: 210).

[8] *Decision to refuse the application for registration of the proposed citizen's initiative entitles "Unconditional Basic Income".* C (2012) 6288 final (ECI(2012)000020).

[9] Parlamento Europeo (2017: 41).

más social, se ha planteado la cuestión de la intervención europea en áreas de protección social que tradicionalmente han correspondido a los Estados miembros.

2.2. La renta mínima como pilar europeo

Los primeros pasos hacia una normativa europea de rentas mínimas se producen en el marco de la Cumbre de Gotemburgo, en 2017, mediante una declaración conjunta del Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, por la que se proclamó el PEDS. Este pilar recoge 20 principios claves que representan el camino a seguir hacia una Europa con cotas más altas de justicia social. Así, el PEDS supone un paso hacia delante al establecer como principios del pilar una serie de políticas sobre las que tradicionalmente se había considerado que carecían de fundamento legal que amparase la intervención legislativa comunitaria. De entre los veinte principios cabe señalar el principio 14, sobre la renta mínima. Dicho pilar establece que toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima que garanticen una vida digna, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación.

Ahora bien, pese a lo prometedor que pudiera parecer el contenido literal del PEDS, su impacto fue más bien limitado, pues la implementación de los principios se confió principalmente a los Estados[10], sin más intervención por parte del legislador europeo que las directivas de 2019 sobre condiciones laborales y conciliación familiar, así como una recomendación del Consejo sobre el acceso a la protección social, de carácter no vinculante[11]. El siguiente paso para el desarrollo de la normativa europea en dicho ámbito se produjo con la adopción del Plan de Acción del PEDS por la Comisión en marzo de 2021, apoyado por un acuerdo firmado entre Consejo, Comisión y Parlamento (el Compromiso Social de Porto) en el marco de la Cumbre Social de Porto en mayo de 2021. El Plan de Acción tenía por bandera la idea de llevar los principios a la práctica, estableciendo una suerte de lista de tareas concretas para las instituciones comunitarias[12]. En este sentido, el Plan de Acción anunció que la Comisión propondría al Consejo una Recomendación sobre renta mínima en 2022, con el objetivo de servir de apoyo y complemento a las políticas estatales.

La Comisión presentó su propuesta de recomendación el 28 de septiembre de 2022, y el Consejo la aprobó el 30 de enero de 2023. Dicha recomendación es reveladora en materia competencial, pues hace

---

[10] Rasnača (2017: 16, 35).
[11] Rainone y Aloisi (2023: 4).
[12] *Ibid.*, p. 6.

referencia en su primera línea al art. 153.1 (j). Los trabajos explicativos de la propuesta de la Comisión señalan que la base legal de la propuesta se basa también en dicho artículo, aceptando que el artículo excluye la aprobación de normativa armonizadora. Esta concepción competencial encaja con la mostrada por la Comisión en relación con la iniciativa ciudadana europea de 2012, y mantiene la visión competencial restrictiva en este ámbito.

Ahora bien, en respuesta a esta recomendación, el Parlamento Europeo aprobó una resolución el 15 de marzo de 2023, sobre una renta mínima adecuada que garantice una inclusión activa. Dicha resolución solicita, en el apartado octavo, que se elabore una directiva europea sobre renta mínima adecuada, lo cual sería un acto vinculante, y en consecuencia no amparado por el art. 153.1 (j) TFUE. Dicha resolución, pese a no hacer una referencia concreta a la base competencial en la que debiera basarse la directiva, sí hace referencia, en la primera línea de la resolución al art. 153 TFUE. Por ello, conviene indagar en la manera en que el art. 153 TFUE puede dar cobertura a una directiva sobre rentas mínimas. Solo así es posible determinar si esta nueva perspectiva institucional, ahora adoptada por el Parlamento Europeo, está adecuadamente fundamentada y puede dar lugar a una expansión de la legislación europea en la materia.

2.3. El art. 153 TFUE como base competencial para la asistencia social

La propuesta por parte del Parlamento Europeo del art. 153 TFUE como base competencial para la aprobación de normativa europea vinculante en materia de rentas mínimas no es enteramente original. Esta vía se propuso en el marco de la consulta que precedió a la aprobación del PEDS. En aquel contexto, *Social Platform*, una agrupación cuyo ámbito de actuación es la política social, propuso la introducción de una directiva-marco sobre ingresos mínimos[13]. Para argumentar que los Tratados ofrecían base legal suficiente para tal directiva, se basaba en el art. 153.1 (h) TFUE, que prevé la competencia legislativa para la integración de personas excluidas del mercado laboral[14].

Esta visión fue desarrollada y más detalladamente justificada por un estudio de 2020, encargado por la *European Anti Poverty Network* (EAPN), una agrupación de grupos sociales involucrados en la lucha contra la pobreza, que argumentaba que una directiva vinculante en el campo de los ingresos mínimos podría ser acomodada dentro del marco

[13] Kilpatrick (2023: 209-210).
[14] Social Platform (2020: 8).

constitucional comunitario[15]. Bajo esta visión, el art. 153.1 (h) TFUE supone base jurídica suficiente para legislar a nivel europeo en materia de ingresos mínimos. Dicha visión tiene soporte en los documentos explicativos que acompañaron al PEDS, en los que la Comisión explícitamente reconoce que el ingreso mínimo es parte de la competencia legislativa comunitaria en el campo de la integración de personas excluidas del mercado laboral[16].

Ahora bien, cabe considerar las limitaciones de esta habilitación legal. En primer lugar, un instrumento jurídico con esta base tendría un alcance personal limitado a personas excluidas del mercado laboral, excluyendo a aquellas integradas en el mercado laboral. Esto, unido al creciente número de personas que se enfrentan a la pobreza laboral, con países europeos con más de un 10 por 100 de los trabajadores en riesgo de pobreza[17], obstaculiza la creación de un marco de rentas mínimas que pueda luchar de manera efectiva contra la pobreza. Si el ingreso mínimo tiene como objetivo cubrir a todas las personas en todas las etapas de la vida, como enuncia el principio 14 del PEDS, también debería cubrir a aquellos cuyos ingresos relacionados con el trabajo no son suficientes para vivir una vida con dignidad[18]. De hecho, la resolución del Parlamento Europeo ya adelanta que «la percepción de un salario no debe dar lugar automáticamente a que las personas no puedan optar al régimen de renta mínima si el salario no es suficiente para vivir con dignidad». Por tanto, se entiende que la renta mínima concebida por el Parlamento no tiene como único objetivo la inclusión de personas excluidas del mercado laboral, si no que pretendería su aplicación más allá, para luchar contra la pobreza laboral. Entendida así, la directiva sería incompatible con la vía competencial por la que parece abogar, puesto que esta impediría ir más allá de su aplicación a las personas excluidas del mercado laboral.

Por ello, para superar y ampliar el alcance subjetivo de dicho instrumento y cubrir a estos grupos, se necesita una base competencial más amplia que el art. 153.1 (h) TFUE. Con este fin, puede resultar relevante acudir a la segunda vía competencial propuesta por el estudio de la EAPN: la del art. 175 TFUE.

2.4. La base competencial del art. 175 TFUE

El art. 175 TFUE otorga a la UE la competencia para adoptar medidas que fortalezcan la cohesión económica, social y territorial de

---

15 Van Lancker *et al.* (2020).
16 Comisión Europea (2018: 65).
17 Zwysen *et al.* (2023: 61).
18 Van Lancker *et al.* (2020: 30-31).

la UE. En consonancia, un instrumento jurídico de ingresos mínimos sustentado competencialmente en este artículo habría de tener como objetivo principal reducir las disparidades socioeconómicas, promoviendo un desarrollo armonioso de la UE. Esto requeriría demostrar que la medida contribuye significativamente a la cohesión social[19]. En el ordenamiento europeo, el concepto de cohesión social es amplio y con contornos imprecisos[20], por lo que la jurisprudencia concede una amplia discreción al legislador para actuar en virtud de esta competencia[21]. Esta amplia discreción ha permitido que iniciativas pasadas para combatir la exclusión social también fueran adoptadas en base a esta competencia[22]. De hecho, la resolución del Parlamento de marzo de 2023 hace referencia al potencial de la renta mínima europea para «impulsar la cohesión económica, social y territorial y dar lugar a unas sociedades más equitativas, cohesionadas y resilientes» (apdo. 19).

En cualquier caso, para actuar con esta base jurídica, cabría demostrar que un marco común europeo de ingresos mínimos es una medida necesaria para disminuir las desigualdades a lo largo de la UE[23]. Esto pudiera lograrse mediante una evaluación de impacto que identificara las desigualdades que han de ser abordadas para asegurar la cohesión y que justificara la adecuación de la medida para incrementar el nivel de cohesión social. Justificado este extremo, cabría el desarrollo legislativo por esta vía.

Ahora bien, un sector doctrinal se opone a esta vía, argumentando que, en aplicación del principio de *lex specialis derogat legi generali*[24], la existencia de la vía del art. 153 TFUE como vía que atribuye la competencia de manera más específica proscribe el recurso al art. 175 TFUE[25]. Por otro lado, contra este sector doctrinal, la jurisprudencia del TJUE ha permitido recurrentemente acudir a reglas generales de atribución de competencia aun existiendo vías más específicas, siempre que se cumplan las condiciones de la vía general y que esta no se utilice para evitar trámites legislativos[26]. Por tanto, dado que ambas

---

[19] *Ibid.*, p. 28.

[20] Véanse las conclusiones del abogado general Bot en el asunto *Parlamento c. Consejo*, C166/07, EU:C:2009:213, apdo. 82.

[21] Véase STJUE de 3 de septiembre de 2009, *Parlamento c. Consejo*, C166/07, EU:C:2009:499, apdo. 53.

[22] Véase, por ejemplo, el Reglamento 223/2014, de 11 de marzo de 2014, relativo al Fondo de Ayuda Europea para las personas más desfavorecidas, que se ampara competencialmente en el art. 175 TFUE.

[23] Van Lancker *et al.* (2020: 28).

[24] Cuya existencia en el ordenamiento europeo ha sido reconocida en las SSTJUE de 10 de mayo de 2007, *Thames Water Utilities*, C-252/05, EU:C:2007:276, apdos. 39-51, y de 19 de junio de 2003, *Mayer Parry Recycling*, C-444/00, EU:C:2003:356, apdos. 51-57.

[25] Conwey (2012: 153 ss.).

[26] Véanse SSTJUE de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento y Consejo*, C-376/98, EU:C:2000:544, apdos. 77-79; de 16 de junio de 2005, *Gauweiler*, C-92/14, EU:C:2015:400,

vías comparten requisitos procedimentales, si se cumple el ámbito de aplicación del art. 175 TFUE cabe acudir a esta vía pese a que exista la vía del 153 TFUE.

Siendo posible acudir a esta vía, cabe resaltar los beneficios derivados de ella. Esta permite superar el principal problema presentado por el art. 153 TFUE, evitando la restricción subjetiva que obliga a la Unión a limitar su acción a las personas excluidas del mercado laboral. Esto permite regular prestaciones de ingresos mínimos para trabajadores y autónomos con recursos insuficientes. Por ello, amplía la base legal de las instituciones comunitarias en materia de ingresos mínimos.

2.5. La competencia dual

Ante la existencia de dos vías competenciales adecuadas, cabe utilizar una base dual para reforzar la base competencial de la medida. El TJUE estableció en *Dióxido de titanio*[27] los requisitos para poder utilizar una base dual: en primer lugar, desde la óptica material, que no haya jerarquía entre las competencias ni un objetivo separado para cada una de ellas, y, en segundo lugar, desde la óptica procesal, que ambas competencias prevean el mismo procedimiento legislativo. Ambas condiciones se cumplen en el presente caso si consideramos que el objetivo que encaja en ambas competencias es mejorar las condiciones de vida de la población de la Unión, lo que requiere por un lado reintegrar a las personas en el mercado laboral (art. 153 TFUE) y, por otro lado, reducir las disparidades entre los Estados miembros (art. 175 TFUE)[28]. Por tanto, una base competencial dual es posible y permitiría dar amplitud competencial a la medida.

2.6. La importancia de la existencia de competencia para la activación de la Carta

Aceptando que existe una base competencial que ampararía la actuación de la Unión en materia de ingresos mínimos, se supera la principal objeción a la operatividad jurídica del art. 34.3 CDFUE. Si la Unión puede aprobar disposiciones vinculantes en esta materia, la Carta en su integridad despliega sus efectos en este campo de actuación. En virtud del art. 51.1 CDFUE, esta es aplicable a las «instituciones, órganos y organismos» de la Unión, «así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión».

---

apdo. 52; y de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, C-493/17, EU:C:2018:1000, apdos. 61-62.

[27] STJUE de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, C-300/89, EU:C:1991:244, apdos. 20-26.

[28] Van Lancker *et al.* (2020: 31).

Por tanto, si la materia objeto del art. 34.3 CDFUE es susceptible de ser objeto del derecho de la Unión, el precepto proyectará sus efectos jurídicos sobre las actuaciones vinculantes de las instituciones europeas en la materia, cumpliendo la función de la CDFUE de domesticar el ejercicio del poder por parte de las instituciones de la UE y de los Estados miembros cuando actúan en el ámbito del derecho de la UE[29].

3. LA EFICACIA DEL ART. 34.3 CDFUE

Asumiendo que, por un lado, se puede afirmar que existe una interpretación razonable del TFUE que permitiría a la Unión aprobar normativa vinculante para los Estados en materia de asistencia social, y, por el otro, que las instituciones europeas empiezan a acercarse a esta interpretación, podría considerarse la posibilidad de que se superase la tesis tradicional de la inoperatividad del art. 34.3 CDFUE, que se subrayaba al inicio de este capítulo. Ahora bien, esto nos obliga a determinar, si aceptamos que del art. 34.3 CDFUE pueden extraerse obligaciones concretas, en qué consistirían estas.

3.1. La naturaleza jurídica del art. 34.3 CDFUE

No es fácil desprender la naturaleza jurídica del art. 34.3 CDFUE de las decisiones del TJUE. En su jurisprudencia no resulta claro si nos encontramos ante un principio[30] o ante un derecho, opciones que implican consecuencias jurídicas diferentes[31]. Ahora bien, pese a la falta de claridad en la jurisprudencia, la doctrina mayoritaria afirma que el art. 34.3 CDFUE contiene un principio, que, conforme al art. 53.2 CDFUE, solo puede ser usado para la interpretación de los actos que lo desarrollen, condenando al precepto a una muy limitada aplicabilidad[32]. Así, los principios recogidos en la CDFUE solo adquieren importancia para los Tribunales como material para la interpretación de las disposiciones normativas o como canon para la revisión de validez de los actos del ejecutivo o legislativo, sin dar lugar en ningún caso a reclamaciones directas de acción positiva[33]. Los principios no confieren derechos subjetivos autónomos, y dependen de la existencia de algún fundamento legislativo para poder ser aplicados por los tribunales,

---

[29] Véanse las conclusiones del abogado general Szpunar, de 17 de diciembre de 2020, en el caso *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité)*, C-439/19, apdo. 52.

[30] Es importante recalcar que en este caso nos referimos a un principio en el sentido del art. 52.5 CDFUE, que es un concepto jurídico diferente al de los principios generales del derecho de la Unión. Para una discusión sobre esto, Prechal y Peers (2021: 1659).

[31] Aranguiz (2021: 606).

[32] Aranguiz (2021: 606-607), Golynker (2021: 995).

[33] Así se expresa en las explicaciones de la Carta.

sin otorgar a los individuos un derecho subjetivo a una prestación de manera autónoma[34].

Esto se desprende, a su vez, del redactado del art. 34.3 CDFUE, que refuerza la tesis de su consideración como principio al indicar que el derecho a la ayuda social se reconocerá y respetará «según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». Esta redacción parece indicar que no hay intención de ir más allá de lo que ofrecen en cada momento el derecho de la Unión Europea y las legislaciones y prácticas nacionales.

Ahora bien, que el art. 34.3 CDFUE no tenga un efecto jurídico directo como derecho subjetivo no significa que este no tenga efecto jurídico alguno. Como principio de la CDFUE puede tener efectos interpretativos, de mandato e incluso anulatorios. Esto ha llevado a ciertos autores afirmar que nos encontramos ante una figura similar, en tanto a eficacia jurídica, a los principios rectores de la política social y económica recogidos por la Constitución española[35]. De esta manera, el art. 34.3 CDFUE podría encontrar un símil en el art. 41 de la Constitución española, con las consecuencias de limitación al legislador (en este caso europeo), que pueden desprenderse de este. Esto supondría reconocer a aquellos principios reconocidos en la Carta cierta «justiciabilidad normativa»[36], lo que asegura una garantía jurisdiccional frente a las actuaciones del legislador.

3.2. El potencial efecto anulatorio

Entendida la naturaleza jurídica del precepto de esta manera, sí sería de utilidad a la hora de anular disposiciones contrarias a este, lo que podría permitir frenar la adopción de medidas regresivas. Braibant (2002: 46) utiliza como ejemplo de efecto anulatorio que, de existir una directiva que eliminara todas las ayudas sociales, en virtud de la defensa de la competencia, esta directiva podría ser anulada por el TJUE por contravenir el art. 34.3 CDFUE. Esto encajaría con la línea doctrinal defendida por ciertos autores que afirma que la obligación de respetar los principios puede ser entendida como una garantía contra el deterioro de ciertos logros, como los derechos en materia de prestaciones sociales[37].

Por ello, debe considerarse un posible doble efecto a desprenderse del art. 34.3 CDFUE en relación con las actuaciones de las instituciones comunitarias.

---

[34] Véase STJUE de 6 de julio de 2016, *LM c. Comisión*, C-560/15 P, apdo. 15.
[35] Prechal y Peers (2021: 1659).
[36] Braibant (2002: 46).
[37] Prechal y Peers (2021: 1661).

Por un lado, el precepto podría provocar la anulación de disposiciones que obliguen a los Estados miembros a ofrecer un menor nivel de asistencia social, de manera que la posibilidad de poder tener unas dignas condiciones de vida se vea en entredicho.

Por otro lado, de entrar a regular la Unión esta materia, cuestión posible por lo expuesto en la sección anterior, estos avances legislativos estarían protegidos por la Carta, de manera que una regresión desproporcionada de la protección social ofrecida por la legislación europea podría ser invalidada por contravenir el art. 34.3 CDFUE. Es decir, una hipotética directiva de ingresos mínimos, como la que reclamaba el Parlamento Europeo en su resolución de 15 de marzo de 2023, fijaría un suelo de protección social cuya posible posterior revocación o regresión sería susceptible de un control de validez por parte del TJUE a la luz del art. 34.3 CDFUE.

Centrándonos en esta segunda posibilidad, debemos mirar a la jurisprudencia del TJUE para buscar referencias que arrojen luz sobre ella. Así, podemos encontrar ejemplos que, de hecho, apuntan en dirección opuesta, encontrando ejemplos en los que no se han interpretado preceptos de la Carta como límites a la regresividad de la legislación social europea. Por ejemplo, el TJUE declaró en la sentencia *Comisión c. Carreras Sequeros y otros*[38], que, aun cuando el derecho a vacaciones anuales, previsto en el art. 31.2 CDFUE, tenga por objetivo promover la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores, esto no significa necesariamente que una disposición que reduzca del número de días de vacaciones anuales retribuidas a que tenían derecho los trabajadores afectados, deba considerarse incompatible con tal objetivo. De ello se deduce que una disposición europea, como el nuevo art. 6 del anexo X del Estatuto de los funcionarios europeos, que tiene por objeto precisar la duración del derecho a vacaciones anuales del que disfrutarán los funcionarios y otros agentes destinados en terceros países, no puede considerarse contraria a la naturaleza y a la finalidad del art. 31.2 de la Carta.

Ahora bien, existe un matiz en esta sentencia que da cierto soporte a la teoría de la protección frente a la regresión. El TJUE consideró que no había contravención del art. 31.2 CDFUE porque las nuevas condiciones laborales en lo relativo a vacaciones anuales retribuidas, respetaban el mínimo establecido por el art. 7.1 de la Directiva 2003/88[39], por lo que se consideraba que, en consecuencia, una reducción no podía ser considerada contraria al derecho fundamental. Por ello, si bien no parece que pueda considerarse que una regresión sea necesariamente una afectación al derecho fundamental en cuestión, sí parece que una

[38] STJUE de 8 de septiembre de 2020, C-119/19 P.

[39] Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

vez que la Unión ha actuado en una materia, estableciendo disposiciones vinculantes, la obligación de respeto de unos umbrales mínimos sí puede derivarse de la CDFUE.

En conclusión, una eventual actuación de la Unión en materia de ingresos mínimos supondría una activación del potencial efecto anulatorio del art. 34.3 CDFUE. Esto es así puesto que toda modificación posterior de la regulación habría de respetar los umbrales mínimos que puedan desprenderse del contenido del art. 34.3 CDFUE. Así, para determinar cuál es el umbral mínimo que puede desprenderse de dicho precepto y, por tanto, qué actuaciones de las instituciones europeas serán después difícilmente reversibles, cabrá indagar, en los contenidos sustantivos del mismo. Con esta intención, este capítulo abre tres vías para descifrar este contenido. La primera, es explorando el segundo efecto jurídico que se desprende directamente del art. 34.3 CDFUE: el efecto interpretativo. La segunda vía será mediante la incorporación de contenidos provenientes de otro precepto de la Carta que ha sido utilizado por el TJUE para proteger jurídicamente el acceso a las prestaciones de asistencia social de los individuos: el artículo primero de la Carta que obliga al respeto y protección de la dignidad humana. La tercera será acudiendo a los artículos que sirvieron de fuente de inspiración del precepto conforme a las Explicaciones de la Carta, contenidos en la Carta Social Europea, así como al Convenio Europeo de Derechos Humanos, por la influencia de este en el contenido de los derechos de la CDFUE.

3.3. El efecto interpretativo del art. 34.3 CDFUE

En la jurisprudencia del TJUE, hasta la fecha, el art. 34.3 CDFUE solo ha desplegado efectos interpretativos, aclarando las obligaciones que se imponen a los Estados por parte del derecho de la Unión.

El precepto fue invocado exitosamente en el asunto *Kamberaj*[40], en el que un nacional albano residente en Italia había visto rechazada su solicitud de ayuda a la vivienda alegando que se habían agotado los fondos destinados a conceder ayudas a la vivienda a nacionales de terceros países. Si bien la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, permite a los Estados miembros limitar la igualdad de trato en materia de asistencia y protección social, las «prestaciones básicas» deben protegerse en todo momento[41]. Por tanto, el Tribunal tuvo que decidir si las prestaciones en cuestión debían considerarse «básicas». Basándose en el art. 34.3 CDFUE, el

[40] STJUE de 24 de abril de 2012, C-571/10.
[41] Art. 11.4 de la Directiva 2003/109/CE.

Tribunal sostuvo que las «prestaciones básicas» abarcarán al menos la renta mínima, la asistencia en caso de enfermedad, el embarazo, la asistencia parental, los cuidados de larga duración y las ayudas de vivienda cuando estas sean necesarias para asegurar que las necesidades básicas de los individuos se satisfacen. Por tanto, el art. 34.3 CDFUE tuvo efectos interpretativos para considerar que las prestaciones de renta mínima deben ser consideradas prestaciones básicas a efectos de la Directiva, y, por tanto, cabía aplicar el principio de igualdad de trato a los residentes de larga duración de terceros países. De aquí se desprende que este precepto sirve como guía de interpretación de la legislación europea. Se trata de un ejemplo en el que el precepto obliga a una interpretación favorable a la protección de los derechos sociales fundamentales protegidos por la Carta.

Así, el precepto obliga a que la legislación europea deba interpretarse de manera que prevalezca la protección social frente a la carencia absoluta de ingresos, llegando hasta el punto de obligar a los Estados a ampliar el ámbito subjetivo de cobertura, como ocurre en *Kamberaj*.

Más allá del efecto interpretativo que muestra este caso, la utilización del precepto por parte del TJUE también ayuda a aclarar el contenido del artículo cuando este pueda operar como canon de validez de la legislación europea. Queda claro que el art. 34.3 supone una protección jurídica de los regímenes de ingresos mínimos que debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar el ámbito subjetivo aceptable de los sistemas de protección social. En consecuencia, esto indica que una actuación de las instituciones europeas que remara en la dirección contraria podría afectar a este derecho, haciendo necesario un análisis del caso que asegurara que las instituciones están teniendo en cuenta el mandato de asistencia social contenido en la Carta. En consecuencia, tanto una regresión tan relevante como la eliminación de una obligación de establecer regímenes de renta mínima a nivel nacional, como una disposición que los hiciera incompatibles con el derecho europeo, serían contrarias al mandato contenido en el precepto, pudiendo activar un posible control de proporcionalidad.

3.4. La protección de la dignidad humana y el acceso a la asistencia social

La segunda vía que se explora para encontrar las obligaciones impuestas por la Carta a las instituciones europeas en materia de asistencia social es explorar la jurisprudencia del TJUE en lo relativo a la relación entre la dignidad humana (art. 1 CDFUE) y la asistencia social. De la jurisprudencia se desprende que para llevar una vida digna son necesarias unas condiciones materiales que garanticen un nivel de vida digno. Por tanto, la protección jurídica de la dignidad humana, recogida

en el art. 1 CDFUE, se traduce en una serie de garantías para que las condiciones de vida de las personas no queden por debajo de un umbral aceptable. Esto supone aceptar necesariamente una relación estrecha entre la dignidad humana y los derechos socioeconómicos.

Esta relación entre dignidad humana y derechos socioeconómicos está también presente en el PEDS, que vincula la dignidad humana a una serie de principios independientes, como el derecho a un salario justo (principio 6), a unos ingresos mínimos (principio 14), a ingresos y pensiones de vejez (principio 15) y a ayudas a los ingresos para la inclusión de las personas con discapacidad (principio 17). Así, el reciente Plan de Acción incluye la renta mínima, la lucha contra la pobreza y una vivienda accesible como elementos necesarios para una vida digna.

En consecuencia, si se acepta que el art. 34.3 es el anclaje jurídico más específico en la Carta del derecho a tener unos ingresos mínimos, la vinculación de la dignidad humana con este precepto es indudable. Esto es especialmente cierto si tenemos en cuenta que, dado que la protección jurídico-constitucional del derecho a unos ingresos mínimos es algo relativamente reciente[42], en muchas ocasiones la dignidad humana ha sido utilizada como anclaje para proteger jurídicamente a individuos que, debido a las limitaciones y restricciones impuestas por los sistemas de protección social de los Estados, han quedado en situación de extrema vulnerabilidad por carencia de ingresos, viviendo en unas condiciones de vida indignas. La consideración del concepto jurídico de dignidad humana como camino al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales o a la interpretación expansiva de los existentes[43], ha provocado que diversos operadores jurídicos hayan acudido a este precepto en casos en los que estaba en juego el acceso a la asistencia social de los individuos.

Por ello, resulta relevante extraer algunas consideraciones que se encuentran en la jurisprudencia europea relativa a la dignidad humana. Si, como se propone, el art. 34.3 CDFUE es un medio idóneo para la protección jurídica de los individuos ante situaciones de desprotección social derivadas de la actuación de las instituciones europeas y nacionales, es importante integrar en su contenido aquellas consecuencias jurídicas que, hasta ahora, se desprendían de otros preceptos mucho más abstractos. Esto permite reducir el nivel de inseguridad jurídica, al depender la protección jurídica que otorga el ordenamiento europeo ante estas situaciones de vulnerabilidad social, no de un precepto tan abstracto y flexible como la dignidad, sino de uno mucho más específico e identificable. Además, el recurso a la dignidad es útil, pues las consecuencias jurídicas que se desprendan sirven para fijar ese umbral

[42] Carmona (2017: 200).
[43] Aranguiz (2021: 603); Dupré (2021: 7).

mínimo de no regresividad que se mencionaba antes, al considerarse la dignidad humana como el núcleo esencial de todos los derechos fundamentales, y, en consecuencia, como un derecho absoluto, al que no podrían imponerse límites[44].

Por todo ello, a continuación, se hará referencia al tratamiento por parte de la jurisprudencia europea de dicho concepto en relación con la asistencia social, para deducir obligaciones concretas que puedan pasar a formar parte del contenido del art. 34.3 CDFUE.

La jurisprudencia del TJUE ha relacionado dignidad humana y asistencia social principalmente para resolver casos de protección internacional en los que el demandante no ha recibido unas condiciones adecuadas de acogida. Un ejemplo es el caso *Saciri*[45], que se refería a una familia solicitante de asilo cuya solicitud de acogida y de ayuda económica habían sido denegadas, aun cuando la familia no podía pagar el alquiler. En este caso, el TJUE reconoció explícitamente la obligación de los Estados miembros, emanada directamente del art. 1 CDFUE, de proporcionar un nivel de vida digno, capaz de garantizar la subsistencia y la salud, a los nacionales de terceros países. En este caso, el TJUE afirma que, de la interpretación conjunta de la Directiva 2003/9, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, y del art. 1 CDFUE, se deduce que los Estados deben garantizar las condiciones materiales dignas de los solicitantes de asilo, hasta el punto de que, cuando optasen por hacerlo mediante prestaciones monetarias, estas deben ser suficientes para asegurar un estándar de vida digno y estar garantizadas desde el primer momento de la solicitud.

Otro ejemplo es el caso *Abdida*[46], en el que un inmigrante irregular que había recibido una orden de deportación estaba gravemente enfermo por lo que no podía ser deportado sin grave riesgo para la salud, de lo que el TJUE extrajo que el Estado, para cumplir con el art. 1 CDFUE, debía satisfacer sus necesidades básicas hasta que fuera posible deportarlo. En *Jawo y Ibrahim*[47], el TJUE afirmó que habrá una vulneración del articulo 1 CDFUE cuando «la indiferencia de las autoridades de un Estado miembro tuviese como consecuencia que una persona totalmente dependiente de la ayuda pública se encontrase, al margen de su voluntad y de sus decisiones personales, en una situación de privación material extrema que no le permitiese hacer frente a sus necesidades más elementales, como, entre otras, alimentarse, lavarse y alojarse, y que menoscabase su salud física o mental o la colocase en una situación de degradación incompatible con la dignidad humana»

---

[44] Aranguiz (2021: 603).
[45] STJUE de 27 de febrero de 2014, C-79/13.
[46] STJUE de 18 de diciembre de 2012, C-562/13.
[47] STJUE de 19 de marzo de 2019, C-136/17.

(apdo. 92). El TJUE aplicó el mismo razonamiento en *Haqbin*[48] en un caso de sanción de reducción de la prestación de ingreso mínimo recibida, imponiendo, para el control de la conformidad de la sanción con la CDFUE, un examen de proporcionalidad en la imposición de sanciones que puedan afectar a la dignidad humana.

De estos casos sobre protección internacional de solicitantes de asilo, se pueden sacar conclusiones sobre las obligaciones derivadas del art. 1 CDFUE. Los Estados tienen la obligación, cuando el mantenimiento de las condiciones materiales de vida digna de un individuo depende de la percepción de una ayuda social, de otorgar una prestación suficiente para vivir con dignidad. Así, las instituciones europeas, a la hora de legislar en materia de asistencia social, no pueden obviar ese requisito. Cuando un individuo no pueda acceder a unos ingresos mínimos sin una prestación estatal, siendo incapaz de obtenerlos mediante el acceso al mercado laboral, el art. 1 CDFUE obliga a que las instituciones atiendan esta necesidad mediante prestaciones suficientes. Si esta obligación se traslada al corpus jurídico del art. 34.3 CDFUE, donde ya se ha argumentado que debiera pertenecer, esto supone que toda actuación de las instituciones europeas y todo acto de aplicación del derecho europeo por los Estados miembros deberá cumplir con el requisito de ofrecer siempre la posibilidad de acceder una prestación social en caso de carencia absoluta. Así, si la Unión aprobara legislación en materia de ingresos mínimos, esto impediría una posterior modificación de esta que supusiera dejar abierta la puerta a un supuesto de hecho en el que un individuo residente en la Unión, incapaz de obtener ingresos en el mercado laboral por cualquier motivo, no pudiera optar a ninguna prestación social suficiente para una vida en condiciones dignas.

Estas sentencias de las que se desprende esta conclusión tienen la particularidad de que tratan todas de casos de protección internacional de solicitantes de asilo, materia regulada por un amplio cuerpo de legislación europea[49]. Surge, por tanto, la duda de si esta obligación antes mencionada, que puede extraerse de la CDFUE, puede ser exigida en la actuación de los Estados a nivel general. Por un lado, como ya se ha argumentado, en caso de que la Unión aprobara legislación específica, se abre la puerta a la imposición de esta obligación en la implementa-

[48] STJUE de 12 de noviembre de 2019, C-233/18.

[49] En los casos citados, el TJUE enjuiciaba la implementación de normas europeas como la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; o la Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

ción por parte de los Estados del derecho europeo. Ahora bien, existe algún caso en el que se ha exigido a los Estados esta obligación sin que existiera legislación específica previa de la Unión.

Ejemplo de esto es el caso *CG*[50], en el que se abordaba la denegación por parte de las autoridades públicas del *Universal Credit*, la prestación de ingresos mínimos prevista por el sistema de protección social de Reino Unido. En este caso, se le había denegado la prestación a una persona a la que le había sido concedido un permiso de residencia temporal de cinco años en virtud de la legislación nacional que regulaba el estatus de los ciudadanos de la Unión que residían en Reino Unido justo antes del Brexit[51]. La problemática residía en que la legislación nacional establecía que los que habían accedido al permiso de residencia por esta vía no tenían derecho a percibir dicha prestación. Ante esto, el TJUE consideró que no se encontraba ante una situación en la que la demandante pudiera tener un derecho de residencia en Reino Unido *ex* derecho de la Unión, por lo que, apriorísticamente no pareciera que el Reino Unido estuviera aplicando el derecho europeo, y, en consecuencia, la Carta no era aplicable. Ahora bien, tras esta afirmación, el Tribunal hace un giro y afirma que, en tanto las autoridades británicas le habían reconocido, en virtud de su propia legislación, un derecho de residencia, estaban implementando el derecho de libertad de movimiento de los ciudadanos de la Unión, este sí recogido en el art. 21.1 TFUE. En consecuencia, las autoridades nacionales debían cumplir con el contenido de la Carta. Siendo la Carta aplicable, deben respetarse todas sus disposiciones, por lo que el Tribunal se refirió al art. 1 de la Carta para afirmar que el Estado miembro de acogida debe garantizar, según el Tribunal, que un ciudadano de la Unión que haya ejercido su derecho a la libre circulación, tenga derecho de residencia sobre la base del derecho nacional y que, si se encuentra en una situación vulnerable, pueda vivir en condiciones dignas. En esta situación, las autoridades nacionales competentes solo podrán rechazar una solicitud de asistencia social después de haber comprobado que la denegación no expone al ciudadano en cuestión a un riesgo real de vulneración de sus derechos fundamentales. Así, los tribunales nacionales deben determinar si el solicitante puede acceder a otra prestación que asegura su vida digna. De no ser así, la prestación debe otorgarse.

De este caso se deduce que la obligación de los Estados de otorgar prestaciones sociales suficientes a individuos que no tienen ingresos por otra vía, aplica no solo a los solicitantes de asilo como consecuencia

---

[50] STJUE de 15 de julio de 2021, C-709/20.

[51] Concretamente en virtud del *EU Settlement Scheme,* que otorgaba a los ciudadanos de la Unión que habían vivido en Reino Unido durante menos de cinco años antes de su aprobación un permiso de residencia temporal de cinco años. Un permiso de residencia que, excepcionalmente, no estaba sujeto a la condición de tener suficientes medios para la subsistencia.

de la aplicación del derecho europeo, sino que también da cobertura a los ciudadanos que han ejercido su libertad de circulación y se han trasladado a otro Estado miembro, donde residen legalmente, ya sea conforme a la legislación nacional o europea. Esto aplica en aquellos casos en los que la situación de vulnerabilidad social y económica del solicitante implique que, de denegarse la prestación, este individuo no pueda vivir dignamente.

Así, por todo lo expuesto, queda claro que existe la obligación de proveer a toda persona que está residiendo legalmente en el territorio de la Unión con la posibilidad de acceder a prestaciones sociales si se encuentra en una situación de vulnerabilidad social por ausencia de ingresos. Esta obligación vinculará a las instituciones en todos sus actos, convirtiendo en contrarios a la Carta todos aquellos que supongan desproteger a una parte de los residentes legales en el territorio de la Unión.

3.5. La influencia de otros instrumentos internacionales

Por último, en el empeño de encontrar contenidos para el art. 34.3 CDFUE, la tercera vía a explorar por este trabajo es la incorporación de contenidos provenientes de otros instrumentos de derecho internacional. Resulta preceptivo analizar la evolución en la interpretación de los derechos análogos reconocidos en el ámbito del Consejo de Europa, tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como en la Carta Social Europea (CSE). Aquí encontramos un creciente nivel de protección jurídica del derecho a la asistencia social recogido en la CSE y una novedosa protección del mínimo vital mediante una interpretación expansiva del derecho a la propiedad recogido en el CEDH. En consecuencia, puesto que el art. 52.3 CDFUE da valor interpretativo a la jurisprudencia del TEDH y que podemos encontrar argumentos de peso para dárselo también a la jurisprudencia del CEDS[52], conviene revisar la influencia de las decisiones de estos órganos en los efectos jurídicos autónomos que pudiera desplegar el art. 34.3 CDFUE.

3.5.1. *La influencia del TEDH*

El art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que hace referencia a la adhesión al CEDH, reconoce el Convenio como fuente de reconocimiento de principios generales del derecho de la UE. Ahora bien, esto no supone directamente que el derecho europeo sea necesariamente inválido cuando no cumpla con el CEDH, puesto que el TJUE ha

[52] Véase Hardy (2022).

subrayado que el Convenio no constituye, mientras no se produzca la adhesión, un instrumento jurídico formalmente incorporado al derecho de la UE[53]. Ello se entiende, no obstante, sin perjuicio del art. 52.3 CDFUE, en virtud del cual los derechos contenidos en la Carta que correspondan a derechos garantizados por el CEDH tendrán el mismo significado y alcance que los establecidos por el CEDH[54].

Esto implica que la protección de los derechos reconocidos por la Carta que sean análogos a otros que se encuentran en el Convenio, jamás podrá ser menor a la ofrecida por este[55]. Esta protección no se limita a lo recogido en el texto del Convenio, sino que también supone la incorporación al contenido y significado de los derechos recogidos en la Carta de la jurisprudencia del TEDH[56].

Si bien es cierto que el CEDH no contiene específicamente un derecho análogo al art. 34.3 CDFUE, existen dos preceptos en el Convenio que sí son considerados análogos a otros de la Carta y que suponen un reforzamiento de la mencionada obligación de garantizar prestaciones sociales que podría desprenderse del art. 34.3 CDFUE.

El TEDH ha trazados dos vías de las que deducir una obligación de garantizar prestaciones sociales suficientes en situaciones de extrema vulnerabilidad económica: la vía del art. 3 (prohibición de tratos degradantes) y la vía del art. 1 del Protocolo Adicional 1 (derecho a la propiedad privada).

a) Prohibición de tratos degradantes (art. 3 CEDH)

En *Laroshina c. Rusia*[57], el TEDH afirmó que una queja relativa al importe insuficiente de una pensión podría plantear una cuestión que cayera bajo el art. 3 CEDH, que prohíbe los tratos degradantes, dejando sentado que dicho artículo podría ser fundamento jurídico de la protección de las rentas mínimas. Ahora bien, en ese caso, decidió inadmitir la demanda, no porque la pobreza careciera de protección bajo el paraguas del CEDH, sino porque consideró que los recursos económicos de los que disponía la demandante la situaban por encima del umbral de pobreza que marcaría el límite del trato inhumano o degradante. Ahora bien, pese a ello, el Tribunal aceptó que la pobreza

[53] Véase SSTJUE de 15 de febrero de 2016, *J. N. contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15 PPU, apdo. 45, y de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/20, apdo. 44.

[54] *Ibid*.

[55] Véase STJUE de 9 de noviembre de 2010, *Schecke y Eifert*, C-92/09 y C-93/09, apdos. 51-52.

[56] Véase STJUE de 24 de febrero de 2013, *Arango Jaramillo*, C-334/12 RX-II, apdo. 43.

[57] Decisión de admisibilidad del TEDH de 23 de abril de 2002, núm. 56869/00.

realmente extrema podría suponer una vulneración del Convenio, si los Estados no cumplieran con su obligación de remediar dicha pobreza.

Dicha postura del Tribunal ha sido seguida en sucesivos casos[58], aunque aún sin sentencia condenatoria que permita confirmar la doctrina. Pese a ello, sí parece que el Tribunal considere que existe una obligación de los Estados de garantizar la subsistencia de aquellos ciudadanos que son incapaces de tenerla garantizada por sus propios medios.

Por otro lado, en relación con solicitantes de asilo, el TEDH ha condenado a Estados por permitir que estos se encontraran en situaciones de pobreza extrema al no atender sus necesidades básicas ni plantear ninguna vía para que estas pudieran ser satisfechas[59].

Así, pareciera que el enfoque del TEDH por esta vía es similar al del TJUE, obligando a los Estados a proporcionar unos recursos mínimos de subsistencia en casos de extrema vulnerabilidad y dependencia del Estado. Si bien por esta vía el TJUE lo deduce del art. 3 CEDH, cuyo análogo sería en la CDFUE, con el mismo sentido y alcance según las Explicaciones de la Carta, el art. 4.

b) Derecho a la propiedad privada (art. 1 P1 CEDH)

El art. 1 del Protocolo Adicional 1 (en adelante, art. 1 P1) reconoce que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional».

El desarrollo jurisprudencial del concepto de propiedad reconocido en el art. 1 P1 lo ha caracterizado como un concepto autónomo, en el sentido de que no depende de la clasificación de posesión y propiedad elaborada por el derecho nacional[60]. En el ejercicio de la facultad de definir este concepto autónomo, el Tribunal lo ha ampliado para incluir no solo las posesiones que posee el individuo, sino también las expectativas legítimas de obtener el disfrute de una posesión. Esta expectativa debe basarse en una capacidad de reivindicación presente y actualmente existente, y no en la esperanza del reconocimiento futuro de un hipotético derecho de propiedad. Así, para que una expectativa sea legítima, debe basarse en una disposición legal o en una decisión judicial sobre el bien en cuestión[61].

---

[58] Como en la decisión de admisibilidad del TEDH de 18 de junio de 2009, en el caso *Budina c. Rusia*, núm. 45603/05.

[59] STEDH de 21 de enero de 2011, *MSS c. Bélgica y Grecia*, núm. 30696/09.

[60] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020: 7).

[61] *Ibid.*, p. 9.

De esta forma, la jurisprudencia del TEDH ha ido construyendo el contenido del derecho de propiedad de una forma muy amplia, incluyendo créditos, valores, acciones bursátiles, intereses económicos o incluso el resultado patrimonial de una decisión arbitral[62]. Esta interpretación amplia ha permitido incluir, como expectativa legítima, la expectativa de percibir pensiones de la Seguridad Social. Si bien inicialmente la jurisprudencia limitó este reconocimiento a los casos en los que existía una conexión directa entre lo cotizado por el contribuyente y la pensión concedida[63], posteriores decisiones del TEDH reconocieron la aplicabilidad de este derecho también a las pensiones no contributivas, con una jurisprudencia clara y consistente desde el caso *Stec c. Reino Unido*[64].

En este último caso, el TEDH sostuvo que, en el Estado democrático moderno, muchas personas dependen totalmente de las prestaciones sociales para su supervivencia, por lo que necesitan un cierto grado de seguridad, desarrollando una confianza legítima en obtenerlas si se cumplen las condiciones legales para tener derecho a ellas[65]. Esta expectativa basada en un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico encaja, por tanto, con el concepto de expectativa legítima que el TEDH ha reconocido como parte integrante del derecho de propiedad en su jurisprudencia.

Ahora bien, en este caso, el TEDH también resalta que esto no implica una imposición a los Estados para que establezcan una forma específica de pensión no contributiva en sus regímenes de seguridad social[66], aunque sí implica que, una vez que un Estado crea un régimen de prestaciones, la concreta configuración de este deberá, desde entonces y en todo momento, respetar los derechos reconocidos en el CEDH.

La inclusión de todo tipo de prestaciones en el objeto del derecho de propiedad ha propiciado el desarrollo de la jurisprudencia del TEDH en materia de Seguridad Social[67], permitiéndole establecer pautas jurisprudenciales aplicables homogéneamente a los sistemas de seguridad social de los Estados miembros. Esto se debe a que, si todas las prestaciones están cubiertas por el art. 1 P1, el Tribunal debe conceder el mismo grado de protección en todos los sistemas, creando una verdadera norma europea para el respeto de los derechos humanos en relación con la seguridad social.

---

[62] Aguilera Vaqués y Herreros López (2023: 1057).

[63] Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 16 de mayo de 1985, *Kleine Staarman c. Países Bajos*, núm. 10503/83, p. 166.

[64] Decisión de admisibilidad de 6 de julio de 2005, *Stec y otros contra el Reino Unido*, núm. 65731/01 y 65900/01.

[65] *Ibid.*, § 51.

[66] *Ibid.*, § 54.

[67] Véase Leijten (2013).

La principal novedad jurisprudencial a este respecto es la exigencia de que, cuando se suspende, reduce o retira una pensión, se produce una injerencia en el derecho que requerirá justificación y el cumplimiento del requisito de proporcionalidad. Este requisito, introducido por primera vez en el asunto *Kjartan Asmundsson c. Islandia*[68], ha cobrado mayor relevancia tras la ampliación de la materia que supuso el asunto *Stec*, aplicándose ahora a la integridad de las prestaciones de la Seguridad Social. Siguiendo este requisito, el Tribunal ha declarado la alta probabilidad de que se constate una violación del derecho en los casos de retirada total de una prestación, debido a un deterioro grave de las condiciones de vida del individuo.

El asunto *Stefanetti c. Italia*[69] es pertinente a este respecto. Los demandantes se vieron afectados por un cambio legislativo relativo al método de cálculo de sus derechos de pensión que tuvo como consecuencia la reducción de sus pensiones de jubilación en dos tercios. El Tribunal dio relevancia jurídica a la cuantía de la reducción de la pensión, que consideró excesiva, sin encontrar una justificación objetiva de tal magnitud[70].

Así, el TEDH ha introducido el impacto en las condiciones de vida del beneficiario en el control de proporcionalidad. En su guía para la interpretación del art. 1 P1, indica que de su jurisprudencia se desprende la pertinencia de considerar si la retirada de la pensión deja al individuo sin otros medios de subsistencia[71].

En *Fábian c. Hungría*, el Tribunal reconoció la importancia de este factor, utilizándolo en el caso concreto para determinar la proporcionalidad de la suspensión de una pensión de jubilación como consecuencia de que el demandante percibiera un salario por su trabajo. El Tribunal concluyó que, dado que seguía disponiendo de medios suficientes para subsistir, no se había violado el art. 1 P1[72].

En el asunto *Béláné Nagy c. Hungría,* el Tribunal falló en sentido contrario utilizando el mismo razonamiento. El demandante perdió su pensión de invalidez a raíz de un cambio legislativo que impuso nuevos criterios que le excluyeron del derecho. El Tribunal se basó exclusivamente en la ausencia de otra fuente de ingresos y en sus dificultades para obtenerlos, dada su discapacidad, para determinar la proporcionalidad de la retirada de la pensión[73]. En este caso, se impide al legislador

---

[68] STEDH de 12 de octubre de 2004, *Kjartan Ásmundsson c. Islandia*, núm. 60669/00.

[69] STEDH de 15 de abril de 2004, *Stefanetti y otros contra Italia*, núm. 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 y 21870/10.

[70] *Ibid.*, § 66.

[71] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020: 55).

[72] STEDH de 5 de septiembre de 2017, *Fábian c. Hungría*, núm. 78117/13, §§ 78-82.

[73] STEDH de 13 de diciembre de 2016, *Béláné Nagy c. Hungría*, núm. 53080/13, §§ 123-126.

establecer determinadas condiciones de acceso a las pensiones de invalidez, en función de la situación de necesidad en la que se encuentre el demandante. Esta argumentación impone *de facto* ciertos requisitos mínimos de protección al sistema de Seguridad Social[74]. Más aún si se tiene en cuenta que la argumentación del Tribunal para defender la aplicabilidad del art. 1 P1 se basa en la existencia de una confianza legítima en la obtención de la pensión, derivada de la legislación vigente antes del cambio legislativo. Esta confianza legítima opera como límite a los cambios legislativos menos favorables.

Por consiguiente, puede afirmarse que de la sentencia del Tribunal se desprende que un Estado no puede dar pasos atrás cuando decide establecer un régimen o sistema de prestaciones básicas para las personas necesitadas que no disponen de ingresos suficientes.

Esto ha llevado a algunos autores a argumentar que el Tribunal está utilizando un derecho de naturaleza civil, como es el derecho de propiedad, para proteger un derecho socioeconómico, y por tanto no protegido por el CEDH, como es el derecho a la seguridad social[75]. Esta injerencia del TEDH en materia de derechos sociales se refleja en la referencia en sus sentencias a instrumentos destinados a proteger los derechos sociales, como la referencia en el asunto *Bélané Nagy* al Código Europeo de Seguridad Social y a los Convenios 102 y 108 de la OIT para justificar el derecho del demandante a obtener una prestación[76].

c) Contenidos para el art. 34.3 CDFUE

Varias conclusiones de la jurisprudencia del TEDH expuesta son relevantes para la misión de determinación del contenido del art. 34.3 CDFUE que este trabajo pretende realizar. Por un lado, en relación con la primera vía, la del art. 3 CEDH, parece servir para justificar la existencia de una obligación de que las prestaciones sociales no sean tan bajas que hagan que sea imposible vivir con dignidad. Esta obligación, podría, conforme a las Explicaciones de la Carta, derivarse, por transposición, del art. 4 CDFUE, que reconoce que nadie podrá ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. Ahora bien, el TJUE, cuando ha adoptado argumentos similares a este ha acudido, como ya hemos visto, al art. 1 CDFUE, en lugar de al art. 4. Así, parece que esta línea, que además carece de sentencias condenatorias por parte del TEDH en áreas que no sea la de la protección de solicitantes de asilo[77], no puede aportar más al contenido de la protección de la asistencia social por

---

[74] Leijten (2019: 308-309).

[75] Tsetoura (2013).

[76] *Béláné Nagy c. Hungría*, § 103.

[77] Materia en la que ya hemos visto que el TJUE tiende a resolver en la misma dirección, aunque con apoyo en el art. 1 CDFUE.

parte de la Carta que lo que ya aporta el reconocimiento de la dignidad humana en el art. 1 CDFUE en la interpretación dada por el TJUE, materia que ya ha sido tratada en este trabajo.

Por otro lado, en lo relativo a la segunda línea, la del derecho a la propiedad, estas obligaciones muy concretas que ha ido desarrollando el TEDH se corresponderían, conforme a las Explicaciones de la Carta, con el art. 17 CDFUE, que también reconoce el derecho a la propiedad. De este artículo podría desprenderse, conforme a la jurisprudencia del TEDH, que cuando se suspende, reduce o retira una pensión, se produce una injerencia en el derecho que requerirá justificación y el cumplimiento del requisito de proporcionalidad. Además, la jurisprudencia del TEDH nos da pistas sobre cómo debe aplicarse este control de proporcionalidad. Por un lado, conforme a casos como *Béláné Nagy* o *Kjartan Asmundsson,* parece que una retirada que prive a las personas en situación de necesidad de una prestación que hasta la fecha tenían, dejándolas sin ingresos alternativos, muy difícilmente será considerada proporcionada, de manera que se deduce lo que parece una obligación (difícilmente evadible mediante justificación) de mantener una prestación de ingresos mínimos a los individuos a los que, hasta la fecha se les estaba ofreciendo conforme al marco legislativo. Por otro lado, sentencias como la del caso *Stefanetti*, parecen apuntar a una presunción de violación del derecho ante una disminución sustantiva de la cuantía. Esto obligará a un control de proporcionalidad, que, como en el caso citado, será difícilmente superado cuando la disminución suponga dejar a la persona sin los recursos suficientes para vivir dignamente.

Si bien, conforme a una interpretación literal del art. 52.3 CDFUE, al transponer estas obligaciones al contenido de la Carta estas obligaciones debieran derivarse del art. 17 CDFUE, y no del art. 34.3, que es el verdadero objeto de este trabajo, estas obligaciones me parecen relevantes para determinar el contenido del artículo estudiado. Esto se debe a que la transposición que implica el art. 52.3 CDFUE supone incorporar al cuerpo de obligaciones jurídicas que emanan de la Carta, obligaciones de naturaleza muy similar a las que conforme a las otras vías de determinación del contenido del art. 34.3 se derivan de este. Debe tenerse en cuenta que el CEDH no contiene nada similar a un derecho a la Seguridad Social o a la asistencia social, como sí lo hace la CDFUE. Esto, sumado a que el bien jurídico protegido por la jurisprudencia del TEDH analizada, relativa a la protección de las personas en situación de necesidad económica, ya no es únicamente la confianza legítima en la obtención de prestaciones, siendo la confianza legítima el bien jurídico principalmente protegido por el derecho a la propiedad. En cambio, al incorporar a sus decisiones la relevancia de que la persona afectada pueda quedarse sin recursos económicos (más aun cuando incorpora este factor hasta el punto de que esta consideración convierta en insuperable el control de proporcionalidad), supone la protección de

un nuevo bien jurídico, la protección contra la carencia de ingresos, que corresponde teleológicamente mucho más a los derechos sociales como el de Seguridad Social y asistencia social. Existiendo este derecho en el texto de la CDFUE, protegido por el art. 34, no podría entenderse que la incorporación al corpus jurídico de la CDFUE de la jurisprudencia del TEDH que vincula derecho de propiedad y prestaciones asistenciales no tenga efecto jurídico alguno en el contenido del art. 34.3.

En suma, la jurisprudencia del TEDH analizada supone un refuerzo de la tesis defendida en este capítulo de que dicho artículo impone una obligación al legislador que decide crear un sistema de protección social de ingresos mínimos de no poder deshacerlo plenamente, así como de que las regresiones sensibles de la protección ofrecida, tanto desde una óptica objetiva como subjetiva, deberán ser judicialmente examinadas a la luz de un control de proporcionalidad que tenga en cuenta el impacto de la regresión sobre el acceso de los individuos vulnerables a unas condiciones materiales de vida digna.

3.5.2. *La influencia del CEDS*

Como consta en las explicaciones de la CDFUE, el articulo 34.3 está inspirado en los arts. 13 CSE y en los arts. 30 y 31 de la Carta revisada. Esto sería motivo para indagar en los contenidos de estos si se quiere dotar al primero de contenido. Si bien el TJUE no está obligado a integrar el contenido de los derechos de la CSE en el contenido de los artículos de la Carta que encuentran en ellos su inspiración, el TJUE sí debería, como mínimo, tener en cuenta estas disposiciones y la jurisprudencia asociada del CEDS. Por ello, conviene indagar en las decisiones del CEDS en la materia, al haberse establecido este como órgano cuasi judicial en la supervisión del cumplimiento de la CSE.

Con este fin, se realiza un breve perfilado de las aportaciones que se pueden importar del principal artículo inspirador: el art. 13 CSE.

a) Derecho a la asistencia social (art. 13 CSE)

El art. 13 CSE recoge un derecho a la asistencia social y médica, por el cual los Estados parte se comprometen «a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado» (art. 13.1), así como a «disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento

y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar» (art. 13.3).

El CEDS ha puesto en numerosas ocasiones este artículo en relación con el acceso de los individuos a prestaciones asistenciales de ingresos mínimos, analizando la conformidad de los sistemas de ingresos mínimos de los Estados parte con la CSE.

De las conclusiones del CEDS en esta materia, podemos deducir varias obligaciones a los Estados que podrían derivarse de dicho artículo.

Por un lado, el Comité ha afirmado que la subordinación del reconocimiento de las rentas mínimas a una condición de duración de residencia es problemática, hasta el punto de considerar que los Estados están obligados a garantizar a todos los ciudadanos, independientemente de la legalidad de su residencia en el Estado, una prestación social apta para cubrir sus necesidades básicas[78].

Por otro lado, el Comité también ha afirmado que establecer criterios de edad arbitrarios es contrario a la Carta, estableciendo, por ejemplo, que el requisito de edad mínima para el acceso a esta prestación en España (veinticinco años) es contrario a la Carta[79].

Además, el Comité ha establecido que los sistemas de ingresos mínimos no pueden ser temporales. Es decir, es contrario a la Carta hacer depender el acceso a la prestación social de la cantidad de tiempo que se ha estado disfrutando de la misma, considerando el Comité que el citado artículo obliga a mantener el derecho al acceso a la prestación por tanto tiempo como dure la situación de vulnerabilidad económica[80]. Ahora bien, pese a que no puedan estar limitadas temporalmente, el Comité sí permite que dichas ayudas estén condicionadas a la voluntad del individuo de trabajar o de recibir formación profesional, siempre que el individuo sea empleable[81].

En lo referente a la cuantía de la prestación, el CEDS considera que la prestación debe evitar que los ciudadanos que dependen de esta prestación no se encuentren manifiestamente por debajo del umbral de la pobreza. Para ello, la cuantía debiera fijarse por encima del 50 por 100 de la renta mediana equivalente[82].

De estas obligaciones que se desprenderían del art. 13.1 CSE, puede afirmarse que, conforme al mismo, el Estado estaría obligado a garantizar una renta mínima a sus residentes mediante una prestación

---

[78] Decisión del CEDS, 1 de julio de 2014, núm. 90/2013, *CEC c. Países Bajos*, § 73; Conclusiones XXII-2 del CEDS sobre España (art. 13), 31 de diciembre de 2021.

[79] Conclusiones XXII-2 del CEDS sobre España (art. 13-1), 31 de diciembre de 2021.

[80] Conclusiones XXI-2 del CEDS sobre España (art. 13-1), 8 de diciembre de 2017.

[81] Conclusiones de 2021 del CEDS sobre Hungría (art. 13-1), 31 de diciembre de 2021.

[82] Conclusiones XXII-2 del CEDS sobre España (art. 13-1), 31 de diciembre de 2021.

suficiente que no estuviese arbitrariamente sometida a criterio temporal de residencia, criterio de edad o límite temporal[83].

b) La falta de aplicabilidad de la CSE

Por mucho que la CSE ofrezca el catálogo más amplio en materia de derechos sociales en el sistema europeo de protección de derechos humanos, lo cierto es que la consideración de que las decisiones del CEDS no tienen exigibilidad, merma mucho su potencialidad para incidir en el derecho estatal, y mucho menos en el de la Unión, que ni siquiera se ha adherido a la CSE.

Además, a diferencia de lo que sucede con el CEDH, el art. 52.3 CDFUE no supone la incorporación al contenido de los derechos en ella recogidos de los derechos análogos de la Carta Social Europea. Es decir, la obligación de interpretación homogénea y de no regresión de la protección, que existe con los derechos análogos del CEDH, no existe en relación con aquellos derechos de la Carta que se derivan de la Carta Social Europea[84]. Esto implica que tales derechos podrían gozar de una protección inferior a las interpretaciones adoptadas por el CEDS.

Ahora bien, ciertos autores defienden que, al adoptar derechos sociales fundamentales correspondientes a los protegidos por la Carta Social Europea, y al referirse explícitamente a estos en las explicaciones de la Carta, los autores de esta han creado una presunción refutable de homogeneidad entre ambos instrumentos[85]. Este argumento se ve reforzado por el texto de los Tratados, ya que no solo el preámbulo del TUE confirma que la UE se adhiere a «los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea», sino que el art. 151 TFUE afirma que la Unión y los Estados miembros tendrán presentes los derechos ahí recogidos.

Esto permite afirmar que el TJUE debe operar de manera que, al llenar de contenido los derechos inspirados en la Carta, debiera tener en cuenta las decisiones del CEDS, alejándose de estas solo por motivos justificados. Existen buenos motivos para afirmar que esto debe ser así especialmente en caso de que las instituciones europeas adopten decisiones regresivas sobre derechos sociales. Esto es así porque en ese caso pudiera ocurrir que el derecho de la Unión fuera incompatible con la protección otorgada por otros instrumentos internacionales. Este problema se hace más real si existen divergencias interpretativas entre preceptos que pudieran considerarse muy próximos, como es el caso

[83] Todos estos requisitos deben entenderse a la luz de que estas restricciones sean arbitrarias y no sean soluciones racionales y justificadas.

[84] Jääskinen (2021: 1858).

[85] *Ibid.*, p. 1859.

entre el 34.3 CDFUE y el 13 CSE. En estos supuestos es probable que, aplicando el principio de primacía del derecho europeo, los Estados sigan este y no la interpretación del CEDS. Por ello, en caso de conflicto entre el nivel de protección en la UE y en el marco del CSE, esto conllevará tanto un nivel menor de protección, como un problema de derecho internacional.

Así, es recomendable rellenar los preceptos relativamente vacíos de los arts. 1 y 34 CDFUE con los contenidos que nos aportan los órganos del Consejo de Europa.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha considerado que la tradicionalmente defendida afirmación de la inexistencia de competencias de la Unión en materia de asistencia social e ingresos mínimos debe cuestionarse a la luz de la profundización social que ha supuesto la aparición del PEDS y su plan de acción, así como el cambio de actitud de ciertas instituciones europeas, llegando a pedir el Parlamento a la Comisión la aprobación de una directiva de ingresos mínimos, que pudiera estar competencialmente amparada en los arts. 153.1 (h) y 175 TFUE. Si aceptamos que esta puerta se encuentra actualmente abierta, debe valorarse el efecto que tendría cruzarla en la activación del precepto 34.3 CDFUE, dado que siendo un principio sus efectos jurídicos dependerían de que ocurriese esta novedosa legislación europea.

Por ello, este trabajo ha analizado principalmente el potencial efecto anulatorio que este precepto podría desplegar en relación con futuras regresiones en el nivel de protección social ante situaciones de necesidad económica que estableciera el ordenamiento de la Unión. Si bien, como hemos visto, la actuación de la Unión en esta materia no supondría que cualquier regresión posterior del nivel de protección ofrecido fuera contraria al art. 34.3 CDFUE, sí puede considerarse que ciertas regresiones desproporcionadas podrían ser contrarias al citado artículo.

En la sentencia *Kamberaj* del TJUE queda claro que los sistemas de ingresos mínimos están protegidos por el art. 34.3 CDFUE, lo que descarta que una eliminación absoluta de una garantía de ingresos mínimos a nivel europeo o estatal pudiera ser compatible con dicho artículo.

Por otro lado, de la jurisprudencia del TJUE sobre la dignidad humana se deduce que ciertas regresiones, concretamente aquellas que supongan necesariamente dejar sin ingresos a un individuo que dependía exclusivamente del Estado para tener medios para subsistir, pueden ser consideradas contrarias a la vertiente de asistencia social de la dignidad. De hecho, como se deduce del asunto *CG*, tampoco será conforme a la Carta no permitir acceder a prestaciones a individuos en

estas circunstancias que, aunque no estuvieran obteniendo previamente esta prestación de ingresos mínimos, se encuentren legalmente residiendo en un Estado de la Unión. En consecuencia, por el argumento expuesto de que dicha vertiente engarza mejor con el contenido del art. 34.3 CDFUE, dichas regresiones pueden ser considerada contrarias al art. 34.3 CDFUE.

La jurisprudencia del TEDH nos permite a su vez establecer ciertas pautas que ayudan a establecer cuándo una regresión puede ser considerada desproporcionada. Si bien el recurso al art. 3 CEDH nos aporta pocas novedades respecto de lo que ya ofrecía la jurisprudencia del TJUE en relación con la dignidad humana, la jurisprudencia sobre el derecho a la propiedad sí aporta nuevos contenidos incorporables al derecho. Además de reforzar la idea de la incompatibilidad con la Carta de una regresión que deja al que antes dependía del Estado para tener ingresos sin recursos económicos, también establece que cuando nos encontremos ante una reducción de la cuantía, cuanto mayor sea esta reducción, más justificada deberá estar la misma, siendo difícil justificarla cuando la reducción es considerable (en *Stefanetti*, cuando es de dos tercios).

Por último, acudir al sistema de protección estructurado alrededor de la CSE, si bien no es vinculante para la Unión, sí puede servir de orientación. Sobre todo, porque ofrece una referencia a una cuantía mínima para el respeto del derecho (50 por 100 de la renta mediana equivalente), que pudiera servir para evaluar la proporcionalidad en situaciones de disminución de la cuantía. Además, si bien establece que las restricciones subjetivas vinculadas a la edad y al tiempo de residencia irían contra la CSE, sí permite que las prestaciones se supediten a la voluntad de trabajar del individuo.

Por todo ello, este trabajo considera que el art. 34.3 CDFUE se activaría en casos de aprobación de legislación europea en materia de asistencia social, limitando las posteriores regresiones legislativas en el nivel de protección ofrecido. Estas regresiones habrían de evaluarse a la luz de un examen de proporcionalidad que habría de tener en cuenta las pautas aquí expuestas.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Vaqués, M. y Herreros López, J. M. (2023). «El reconocimiento del derecho a la propiedad privada y los límites de regulación: (Protocolo adicional núm. 1, art. 1)». En J. García Roca, P. Santolaya y M. Pérez-Moneo (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aranguiz, A. (2021). «Bringing the EU up to speed in the protection of living standards through fundamental social rights: Drawing positive lessons

from the experience of the Council of Europe». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28(5), pp. 601-625.

Braibant, G. (2002). «Les valeurs communes des droits fondamentaux dans la civilisation européenne—L'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne». *Revue Europeenne de Droit Public*, 14(1), pp. 21-25.

Carmona Cuenca, E. (2009). «El derecho a la protección social y la lucha contra la pobreza y la exclusión (art. 34 CDFUE)». En J. García Roca y P. A. Fernández Sánchez (dirs.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Carmona Cuenca, E. (2017). «El derecho a un mínimo vital y el derecho a la renta básica». *Anuario de Derechos Humanos*, 13, pp. 199-209.

Comisión Europea (2011). *La plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social – Un marco europeo para la cohesión social y territorial*. Unión Europea.

Comisión Europea. (2018). *Monitoring the implementation of the European Pillar of Social Rights*. Unión Europea.

Comité Europeo de Derechos Sociales (2013). *Statement of Interpretation on Article 30* (2013). Consejo de Europa.

Conwey, G. (2012). *The limits of legal reasoning of the European Court of Justice.* Cambridge: Cambridge University Press.

Dupré, C. (2021). «Article 1 – Human Dignity». En S. Peers, T. K. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, 2.ª ed. Oxford: Hart.

Escobar Roca, G. (2020). «La renta mínima y el Defensor del Pueblo». *Lex Social: Revista de Derechos Sociales,* 10(1), pp. 91-139.

García Pechuán, M. (2019). «Art. 34. Seguridad social y ayuda social». En A. López Castillo (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo blanch.

Golynker, O. (2021). «Article 34 – Social Security and Social Assistance». En S. Peers, T. K. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.). *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, 2.ª ed. Oxford: Hart.

Gorelli Hernández, J., y Ojeda Avilés, A. (2004). «Solidaridad. La Asistencia Social en la Constitución europea». En V. Garrido Mayol y E. Álvarez Conde (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch.

Hardy, P. (2022). «From the Principle of Systemic Integration to the Integrated Approach: The Pathway to the Integration of the European Social Charter for the Interpretation of the European Union Charter of Fundamental Rights». *European Papers: A Journal on Law and Integration,* 7(3), pp. 1517-1536.

Jääskinen, N. (2021). "Fundamental Social Rights in the Charter – Are They Rights? Are They Fundamental?". En S. Peers, T. K. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, 2.ª ed. Oxford: Hart.

Kilpatrick, C. (2023). «The Roaring 20s for Social Europe. The European Pillar of Social Rights and burgeoning EU Legislation». *Transfer: European Review of Labour and Research, 29(2)*, pp. 203-217.

Leijten, I. (2013). «Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and Non-Discrimination under the ECHR». *Heidelberg Journal of International Law*, 73(2), pp. 177-208.

Leijten, I. (2019). «The right to minimum subsistence and property protection under the ECHR: Never the twain shall meet?». *European Journal of Social Security,* 21(4), pp. 307-325.

López Escudero, M. (2008). «Seguridad social y ayuda social». En A. Mangas Martín y L. N. González Alonso (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA.

Natali, D. y Terlizzi, A. (2022). *Minimum income across all ages: a focus on elderly people.* Bruselas: European Trade Union Institute.

Parlamento Europeo (2017). *Minimum Income Policies in EU Member States: Study for the EMPL Committee.* Unión Europea.

Prechal, S. y Peers, S. (2021). «Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles». En S. Peers, T. K. Hervey, J. Kenner y A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A commentary*, 2.ª ed. Oxford: Hart.

Rainone, S. y Aloisi, A. (2021). «Time to deliver? Assessing the action plan on the European pillar of social rights». *ETUI Policy Brief,* 2021/08.

Rasnača, Z. (2017). *Bridging the gaps or falling short? The European Pillar of Social Rights and what it can bring to EU-level policymaking, Working Paper 2017.05.* Bruselas: European Trade Union Institute.

Social Platform (2020). *An EU framework directive on adequate minimum income. Disponible en: https://www.socialplatform.org/documents/social-platform-position-paper-on-an-eu-directive-on-adequate-minimum-income/*

Tsetoura, A. (2013). «Property protection as limit to deteriorating social security protection». *European Journal of Social Security*, 15(1), pp. 55-78.

Van Lancker, A., Verschueren, H., y Aranguiz, A. (2020). *Expert study on a binding EU framework on adequate national minimum income schemes: Making the case for an EU framework directive on minimum income.* European Anti-Poverty Network.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020). *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.* Consejo de Europa.

Zwysen, W., Galgóczi, B., Rainone, S. y Fabris, B. L. (2023). «Labour market and social developments in the EU crises and recovery». En N. Countouris, A. Piasna y S. Theodoropoulou (eds.), *Benchmarking Working Europe 2023*. Bruselas: European Trade Union Institute.

PARTE CUARTA
MEDIO AMBIENTE

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 247-270
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/09*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA

Arantxa Serrano Cañadas

1. INTRODUCCIÓN

El medio ambiente, como el conjunto de factores bióticos y abióticos que interactúan para sostener la vida en el planeta, ha cobrado una importancia crítica en la agenda global debido a los problemas ambientales que enfrentamos en la actualidad. Factores como la contaminación del aire y el agua, la deforestación, la pérdida de biodiversidad y, sobre todo, el cambio climático, están poniendo en riesgo la estabilidad ecológica y el bienestar de las sociedades humanas. La preservación del medio ambiente no es solo un imperativo ético, sino también una necesidad para la supervivencia de las generaciones futuras y la continuidad de los sistemas que sostienen la vida en la Tierra.

A lo largo de las últimas décadas, el impacto de las actividades humanas ha alterado significativamente los ecosistemas naturales. De hecho, la revolución industrial marcó un punto de inflexión en la relación entre el ser humano y el entorno, promoviendo un modelo de desarrollo basado en la explotación intensiva de los recursos naturales. Este modelo ha derivado en una acelerada degradación ambiental, con consecuencias directas para la salud, la seguridad alimentaria, la economía y los derechos humanos. En particular, la crisis climática se ha convertido en el mayor desafío global, dado que sus efectos —aumento de temperaturas, fenómenos meteorológicos extremos, subida del nivel del mar y pérdida de biodiversidad— están afectando a todas las regiones del planeta.

Para poder combatir tales escenarios, además de la cooperación internacional, es crucial que los gobiernos nacionales adopten legislaciones y políticas públicas orientadas a la protección del medio ambiente. Muchas naciones han comenzado a integrar principios ecológicos en sus constituciones, reconociendo el derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental de sus ciudadanos. Sin embargo, la aplicación efectiva de estas normativas enfrenta obstáculos, entre ellos, la falta de cumplimiento, la debilidad institucional y las presiones de sectores económicos de cada uno de los Estados miembros.

Y es en este punto donde surge la importancia de los tribunales. Y es que, a nivel europeo, el TJUE, como máxima autoridad judicial encargada de interpretar el derecho comunitario, ha sido fundamental para el desarrollo de la jurisprudencia ambiental, estableciendo precedentes que han ampliado y fortalecido la protección legal del entorno natural. En varios casos, el tribunal ha confirmado que las disposiciones ambientales de la UE deben interpretarse de manera amplia y/o estricta, en favor de la conservación del medio ambiente. Un ejemplo destacado y no precisamente reciente es la sentencia *PreussenElektra* de 13 de marzo de 2001: a partir de entonces el TJUE falló a favor de la promoción de las energías renovables, sentando las bases para políticas más agresivas en la lucha contra el cambio climático y en la transición energética.

En este capítulo se procede a contextualizar el derecho del medio ambiente en el ámbito comunitario, abordando los orígenes y los principios de política ambiental europea, así como la consagración de la protección del medio ambiente en el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); para después, analizar con mayor profundidad la labor práctica llevaba a cabo por el TJUE en diversos pronunciamientos actuales.

2. EL DERECHO AMBIENTAL Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA

2.1. Orígenes del derecho del medio ambiente en la UE

Los Estados miembros de la UE empezaron a coordinar sus políticas medioambientales en los años setenta[1]. Ante la falta de referencias directas al medio ambiente en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, el origen concreto de la decisión política de comprometerse en la protección del medio ambiente parece encontrarse en la Comunicación de la Comisión de 22 de julio de 1971, que subrayó la exigencia de tener en cuenta la calidad de los recursos naturales y

[1] European Enviroment Agency (2022: 1).

de las condiciones de vida en la misma definición y organización del desarrollo económico. El Parlamento Europeo acogió favorablemente la iniciativa, «convencido de la necesidad y la urgencia de la puesta en marcha, a nivel comunitario, de medidas eficaces de protección del medio ambiente». Y en la cumbre de París de 19-20 de octubre de 1972, los máximos dignatarios de los Estados miembros declararon:

> La expansión económica, que no es un fin en sí, debe, prioritariamente, permitir atenuar la disparidad de las condiciones de vida. Debe perseguirse con la participación de todos los sectores sociales. Debe traducirse en una mejora de la calidad, así como del nivel de vida. De acuerdo con el genio europeo, una atención particular se concederá a los valores y bienes no materiales y a la protección del medio ambiente, a fin de poner el progreso al servicio de los hombres.

En la misma declaración se invitaba a las instituciones de la Comunidad a establecer un programa de acciones sobre el medio ambiente, dotado de un calendario preciso de actuaciones. A partir de esa decidida toma de postura en la cumbre, el camino para la realización de una política comunitaria de medio ambiente estaba ya allanado, desembocando en la aprobación del *I Programa de acción de la Comunidad Europea sobre el medio ambiente*, al que han seguido diversos programas más e incluso reformas de los Tratados constitutivos, a fin de proporcionar un marco jurídico estable a la política ambiental[2].

Dicho de otro modo, el hito fundamental se centra en que las entonces Comunidades Europeas comenzaron a desarrollar las bases por las que se llegaría a concretar una política medioambiental que trata de aunar la protección del medio ambiente con el desarrollo y el crecimiento económicos. Ahora bien, ello fue así porque los Tratados originarios, como se ha indicado, no contemplaban la estructuración de una política de medio ambiente entre las establecidas para las Comunidades en sus inicios, de ahí que se considere como uno de los grandes logros del proceso de integración europea la determinación del desarrollo sostenible como objetivo de la Unión y no únicamente de la concreta política de medio ambiente. Dicho objetivo, aun no habiendo sido establecido por los textos jurídicos originarios, sí fue recogido posteriormente en los Tratados, de manera que quedó determinado en el seno del Derecho originario europeo como fin vinculante para todos los Estados miembros de la Unión. Ello es así porque el Derecho originario es el conjunto de normas supremas que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico europeo, primando sobre las legislaciones nacionales. Por tanto, agrupa tanto las primeras normas comunitarias en el tiempo como todas las modificaciones de estas, redactadas y suscritas por los Estados miembros conforme a sus procedimientos constitucionales.

---

[2] López Ramón (1997: 54-55).

Asimismo, junto al Derecho originario europeo, que fija las bases concretas de la política medioambiental, encontramos abundantes actos jurídicamente vinculantes adoptados por las instituciones de la Unión que las desarrollan. Las mismas constituyen el Derecho derivado europeo en materia ambiental, que se sitúa tras el Derecho originario, pero también sobre los ordenamientos nacionales. Con el fin de delimitar el camino a seguir en la elaboración de las concretas normas medioambientales, la Comisión ha promovido, y promueve, diferentes programas de acción y estrategias en ámbitos específicos, que al ser aprobados por el Consejo Europeo han pasado a definir la actividad de la Unión en esta materia y, por tanto, la normativa que deben aplicar también los Estados miembros[3].

2.2. Principios generales de Derecho ambiental

En cuanto a los principios que deben guiar la actuación comunitaria en materia de protección medioambiental, desde el punto de vista jurídico, son principios generales. Por tanto, cumplen las mismas funciones que en otros ámbitos. De esta forma, son utilizados, por una parte, para aplicar el Derecho, proporcionando una interpretación de las normas conforme a dichos principios, y, por otra, son usados para proporcionar soluciones a problemas que plantean las lagunas normativas y que necesitan una respuesta jurídica. En este sentido, dichos principios presentan los mismos problemas que el resto de los principios generales del Derecho en cuanto a la indeterminación de sus contenidos y la necesidad de compaginación entre ellos ya que, en algunos casos, pueden resultar contradictorios[4]. En este apartado se procede a determinar cuáles son esos principios de política ambiental comunitaria.

En un primer orden de cosas, conviene hacer referencia al *principio de precaución o cautela*[5]. Este principio fue introducido expresamente por el Tratado de la Unión Europea (TUE), y responde a una naturaleza —y exigencias— no coincidente del todo con el principio preventivo, sobre todo desde el punto de vista de la justificación de las decisiones adoptadas y de su momento temporal, en línea con las exigencias del principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro. Básicamente, supone que cuando haya un riesgo de daño grave e irre-

---

[3] García Lupiola (2013: 134-135).

[4] López Ramón (1997: 60-61).

[5] *Vid*. en este sentido: principio 15 de la Declaración de Río; art. 6 del Acuerdo sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; art. 3 del Protocolo del Convenio de Londres; art. 5 del Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; art. 2 letra *a)* del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste; art. 1 del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; y Puntos 158 y 167 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20.

versible (riesgo-potencial), es decir, no un mero peligro verificable y mensurable —aunque puede que inevitable—, la falta de certeza científica absoluta (certidumbre científico-técnica) no puede alegarse para postergar o impedir la adopción de medidas eficaces y proporcionadas para impedir la degradación del medio ambiente o, en concreto, la producción de un perjuicio específico. Por tanto, la Unión Europea puede actuar —normalmente limitando o condicionando determinadas actividades— aunque no existan bases científicas absolutas o firmes acerca de la incolumidad de sus efectos. Se habilita, pues, a gestionar la incertidumbre, a adoptar decisiones sobre gestión de riesgos en situaciones de falta de conocimiento científico, adelantando temporalmente la reacción cautelar para impedir su producción efectiva[6].

Junto a otras características también importantes, el derecho del medio ambiente es, hoy, un derecho de regulación y gestión de riesgos. Paradójicamente, el mayor «riesgo» de la alegación de este principio puede ser su utilización fraudulenta o injustificada con fines proteccionistas por parte de los Estados miembros, porque realmente la determinación del nivel de riesgo aceptable o asumible es una decisión política.

El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. Y, por ello, el principio de cautela puede justificar la adopción de medidas para evitar daños, aunque no pueda justificarse claramente el nexo causal basándonos en las pruebas científicas disponibles[7].

En cualquier caso, su alegación debe cumplir siempre tres requisitos: 1) identificación específica y suficiente de los efectos potencialmente negativos (determinación del riesgo y de las consecuencias potenciales de la inacción); 2) evaluación de los datos científicos disponibles (evaluación científica lo más completa posible), y 3) ampliación de la incertidumbre científica a las partes interesadas.

No cabe, pues, su aplicación de forma abierta, genérica o injustificada (arbitraria, pues). Puede invocarse el principio de precaución cuando un fenómeno, un producto o un proceso pueden tener efectos potencialmente peligrosos identificados por una evaluación científica y objetiva, si dicha evaluación no permite determinar el riesgo con suficiente certeza. Pero las medidas a adoptar deben ser: *a)* proporcionales al nivel de protección asumido; *b)* no discriminatorias; *c)* coherentes con otras situaciones similares; *d)* fruto de un análisis de riesgos; y *e)* temporales (en función de los avances de la ciencia y la técnica en dicho ámbito).

---

[6] Esteve Pardo (2017: 71).

[7] Pernas García (2001: 599-628).

En segundo lugar, el *principio de acción preventiva*[8]. En este sentido, es evidente que la mejor política y normativa ambientales son aquellas que evitan la producción de los daños y perjuicios al medio ambiente, en muchos casos irreversibles e irreparables (*in natura*). Por eso, el principio de prevención, es decir, de análisis previo anticipado sobre los posibles efectos de una actividad, ha sido desde el principio clave en la conformación del ordenamiento ambiental de la Unión Europea, sobre todo desde su proyección en las técnicas de evaluación de impacto ambiental y control integrado de la contaminación.

Por tanto, se trata de evitar los daños ambientales, en vez de corregirlos o subsanarlos *a posteriori*, aplicando medidas adecuadas de anticipación, evaluación y análisis previo, y condicionando, a continuación, la implantación, el desarrollo o la modificación ulterior de las actividades proyectadas. En este caso, se sabe —o se puede saber— cuáles son los riesgos (así como el nexo causal entre las causas y los efectos ambientales), pero se intenta, previa evaluación anticipada de estos, su evitación o mitigación. También supone la adopción de medidas o condicionantes de protección, pero proyectándolas quizás sobre la planificación o el diseño de la actividad de que se trate, más que sobre la acción en sí misma (al margen de que en teoría el principio de cautela se proyectaría sobre riesgos con una especial gravedad o intensidad)[9].

En tercer lugar, *el principio de corrección en la fuente*[10] significa que cuando la contaminación no ha logrado ser evitada en su totalidad, deben aplicarse los remedios lo antes posible en el lugar más próximo a la fuente de contaminación[11]. Dicho de otro modo, cuando no ha sido posible evitar la contaminación debemos articular las acciones correctivas necesarias.

Estas medidas deben tomarse preferentemente en la fuente misma, ya que así evitaremos los efectos en cascada, acumulativos y la interacción sinérgica entre los diferentes contaminantes, que pueden provocar graves efectos sobre el medio ambiente y que obligan a la asunción de políticas y acciones correctivas económica y ecológicamente ineficientes. Este principio pretende, igualmente, evitar la transferencia de la contaminación a otros territorios de la Comunidad, abogando así por un

---

[8] *Vid*. en este sentido: art. 194.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; art. 2 del Convenio Marco sobre Cambio Climático de Naciones Unidas; art. 5 y anexo II del Acuerdo de las Naciones Unidas sobre Peces Transzonales y Altamente Migratorios; preámbulo y art. 1 del Convenio sobre Diversidad Biológica; principios generales de la Carta Mundial de la Naturaleza; art. 1 del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; y principio 6 de la Declaración de Estocolmo.

[9] Mellado Ruiz (2022: 22-23).

[10] *Vid*. en este sentido: principios 7 y 22 de la Declaración de Río; art. 16 de la Declaración de Estocolmo; y art. 32 de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

[11] Díaz Bacallao, Mozón Bruguera y Bolufé Malboa (2019: 396).

tratamiento preventivo, que evite los daños ambientales transfronterizos (como es el caso de la lluvia ácida o el tráfico de residuos peligrosos), y reduzca los costes económicos derivados de la gestión de los residuos o de los daños provocados al medio ambiente. El principio de proximidad y de autosuficiencia de la política comunitaria en materia de residuos, no es más que la aplicación del principio de corrección en la fuente a esta materia concreta, con la finalidad de evitar el tráfico injustificado de residuos y de aplicar políticas descentralizadas para su tratamiento, más eficaces tanto desde una perspectiva ambiental como económica[12].

En cuarto lugar, el *principio*[13] *quien contamina paga*[14], por medio del cual, si finalmente el daño ambiental no ha podido evitarse y no han podido minimizarse sus efectos, es necesario asegurar que el causante o responsable asuma los costes —de todo tipo— de este, evitando su imputación indirecta a la comunidad[15]. De todas formas, no se trata solo de asegurar que el que contamina paga (transformando la degradación ambiental, en ocasiones irreversible, en deudas pecuniarias), sino que, adelantando la línea de protección, el que «pueda contaminar» pague, antes incluso de la manifestación de tales efectos (o que los productos susceptibles de contaminar, por ejemplo las bolsas de plástico, sean más caros para el consumidor). Se ha destacado así, en este sentido, la importancia de los instrumentos fiscales como sistema para la internalización de las consecuencias negativas en el ambiente o de los económicos en general, para la correcta fijación de precios en el mercado[16].

En quinto lugar, el *principio de integración o transversalidad de las exigencias ambientales*[17] implica la necesidad de su estimación no solo en relación con otras políticas sectoriales afectadas o relacionadas (singularmente con las políticas económicas y comerciales), sino con el conjunto de la acción comunitaria. Por tanto, las exigencias de

---

[12] Pernas García (2001: 608).

[13] *Vid*. en este sentido: principio 16 de la Declaración de Río; art. 2 letra *b)* del Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico del Nordeste; art. 5 Convenio Marco para la Protección de la Medio Marino del Mar Caspio; y preámbulo del Convenio internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la contaminación por hidrocarburos.

[14] La heterogeneidad y relativa incoherencia en la aplicación de este principio se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en el informe especial núm. 12/2021 del Tribunal de Cuentas Europeo.

[15] La atribución causal de los costes de descontaminación o reparación a los causantes de la contaminación debería incitar a reducir esta y a buscar productos o tecnologías menos contaminantes, de acuerdo con los principios de eficacia y equidad.

[16] De igual modo resulta de vital importancia indicar que la jurisprudencia más reciente, el TJUE ha insistido, incluso, en una «interpretación amplia» de este principio, incluyendo no solo, y, por ejemplo, a los directamente responsables de la producción de residuos, sino también a quienes contribuyen a esa producción de residuos, lo que incluye a los importadores y distribuidores de los productos envasados (p. ej., STJUE de 15 de marzo de 2019, C-104/17).

[17] *Vid*. en este sentido: art. 4 de la Declaración de Río, principio 13 Declaración de Estocolmo; y arts. 7, apartados 2 y 3, y 32 de la Comisión de Expertos, Observación general sobre el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

la protección del medio ambiente son un componente de las demás políticas de la Unión. No son, entonces, una limitación externa o un condicionante exógeno, sino un elemento más (propio) de cualquier decisión política, y, por tanto, un factor de necesaria composición institucional. La conexión material de este principio con las exigencias de sostenibilidad es evidente. Porque la protección del medio ambiente no es un mero límite —de acuerdo con la teoría ecológica clásica— del desarrollo, sino un elemento constitutivo más de este[18].

Como preceptúa el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

La variable ambiental debe «componer» (y no solo tenerse en cuenta) todas las políticas (arts. 3 y 4 TFUE) y acciones de la Unión Europea (art. 6 TFUE), desde análisis integrados de impacto ambiental, tanto en fase de planificación, diseño o idea, como de ejecución o gestión, y tanto en el caso de acciones desarrolladas en el interior de la Unión como las promovidas en su acción exterior[19].

En último lugar, el *principio de no regresión*[20]. Si bien es verdad que el derecho ambiental, también el de la Unión Europea, en constante evolución y progreso —para la efectiva protección de los bienes jurídicos vinculados— se ha visto enriquecido en los últimos tiempos por nuevos principios, como el de resiliencia ambiental o el reformulado principio de *alterum non laedere*, nos centramos en este último subapartado en un principio también importante —vinculado con los principios de prevención y cautela— desde el punto de vista de la incolumidad del ambiente, el principio general de no regresión. Sin refrendo positivo en los tratados originarios, es, sin lugar a duda, un principio clave en el entendimiento actual de las relaciones entre el desarrollo económico y la protección efectiva del medio ambiente (desde su importación desde el ámbito de los derechos sociales).

Siguiendo a J. Solana (2020), la democracia se caracteriza, bien es verdad, por la capacidad parlamentaria de alterar las decisiones normativas existentes por los legisladores futuros. Ahora bien, en el ámbito del medio ambiente, estas decisiones, políticamente legítimas, pueden conllevar en el fondo un empeoramiento de su protección, lo que pue-

---

[18] Así pues, cualquier decisión económica, para ser sostenible, debe tener en cuenta, como un factor material condicionante más, la variable ambiental y climática, que debe «integrarse» sustantivamente con el resto de los elementos.

[19] Mellado Ruiz (2022: 24-25).

[20] *Vid*. en este sentido: art. 8 inciso *k)* del Convenio sobre Diversidad Biológica; y principio 12 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la conservación de la naturaleza (UICN) acerca del Estado de derecho en materia ambiental.

de hacernos cuestionar su legitimidad ecológica[21]. Una interpretación rigurosa de este principio conduciría a afirmar que la protección del medio ambiente, en definitiva, el sistema que permite la vida estaría por encima de todo, incluso de las leyes (es decir, que debería respetarse el nivel de protección ambiental ya alcanzado). En palabras del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 233/2015, de 5 de noviembre, esto supondría «atribuir al medio ambiente un contenido intangible para el legislador». La funcionalidad de este principio radicaría, así, en «no retroceder» nunca en la protección ambiental establecida.

Pero tal interpretación parece demasiado rigurosa. El principio de no regresión ambiental y el principio democrático no se contradicen, ni prevalece uno sobre otro, sino que deben complementarse, ponderándose, en cada caso concreto, cuándo un cambio de normas puede causar daños irreparables o irreversibles al medio ambiente (regla de la ponderación especifica de intereses). Las normas ambientales, y las conquistas de tutela alcanzadas, no son inmutables, pero sí es necesaria una especial motivación para disminuir el nivel previo de protección[22]. Por tanto, lo que podría suponer es un reforzamiento del principio de proscripción de la arbitrariedad derivado del deber constitucional de conservación que impone a todos los poderes públicos, en nuestro caso, el art. 45 CE.

2.3. El medio ambiente en el art. 37 CDFUE

El art. 37 CDFUE consagra la protección del medio ambiente y pone de manifiesto que: «En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad». De lo anterior cabe deducir dos consideraciones, por un lado; que el precepto habla de manera amplia e indeterminada de la protección del medio ambiente, por lo que hace referencia a un todo sin expresar delimitación alguna; y, por otro lado; el artículo realiza una mención expresa al Principio de Desarrollo Sostenible, tomando como base jurídica las disposiciones contempladas en el art. 3.3 TUE y los arts. 11 y 191 a 193 TFUE.

No obstante, es conveniente indicar que con base en el art. 4 TFUE, la Unión Europea y los Estados miembros ostentarán competencias compartidas que se aplicarán a todos los ámbitos de la política de medio ambiente, lo que desencadena en que la Unión Europea carece de competencia exclusiva en la materia. Nos encontramos, pues, de un principio integrador y garantista de la protección medioambiental en

[21] Solana (2020).
[22] Meseguer Penalva (2015).

las políticas de la Unión, más que de un derecho subjetivo a un medio ambiente sano. Si bien ello es cierto, no lo es menos que, por otra parte, es preciso insistir en la relación o conexión entre la protección del medio ambiente y el disfrute de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la dignidad humana, el derecho al respeto de la vida privada y familiar o el derecho a la salud.

De lo anterior cabe deducir que, dado que el concepto de «protección al medio ambiente y mejora de su calidad» es muy amplio, conviene delimitar las áreas a las que se refiere esta salvaguarda. Y es que el contenido de la protección medioambiental abarca infinidad de áreas; en este sentido, las políticas medioambientales y la normativa de la UE se encargan de proteger los hábitats naturales, la biodiversidad, mantienen la protección de la atmósfera y promueven la lucha contra el cambio climático. Asimismo, vela por la seguridad y gestión adecuada de las aguas, garantizan la adecuada eliminación de los residuos, mejoran el conocimiento sobre los productos químicos tóxico y promueven el desarrollo sostenible y la economía circular.

Asimismo, y teniendo en cuenta la situación de emergencia climática en la que nos encontramos de forma constante, conviene hacer una muy breve referencia al cambio climático. En este sentido, y de conformidad con el art. 191 TFUE, la lucha contra el cambio climático es un objetivo expreso de la política medioambiental europea. Además, los efectos adversos asociados a este fenómeno han dado paso a la adopción del Pacto Verde Europeo erigiéndose como una estrategia integradora de todos los ámbitos clave de protección del medio ambiente que se alza con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática a más tardar en 2050[23].

Otra cuestión importante en torno a la protección del medio ambiente es la abundante jurisprudencia del TJUE en materia de medio ambiente, por ejemplo, en relación con la calidad del aire y del agua, conservación de los recursos y de la biodiversidad, gestión de los residuos e incluso en materia de prevención del desabastecimiento energético, aspectos estos que se tratan con mayor detalle en el siguiente capítulo.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

En el presente apartado, y tras haber puesto de manifiesto no solo unas nociones básicas que conciernen a este derecho, sino también su actual regulación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE,

[23] Zambrano González (2022: 1-7).

se pretende realizar una síntesis de la relevancia de la protección ambiental garantizada en la Unión Europea de la mano de la jurisprudencia más reciente, la cual permita, aunque de forma sucinta, comprobar la posición por la que abogan en sus resoluciones los tribunales europeos en relación con esta materia.

3.1. Recursos por incumplimiento

La sentencia de 30 de noviembre de 2023, C-328/22, *Comisión Europea contra República de Eslovenia*, declaró el incumplimiento por parte del Estado de la Directiva 91/271[24], sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas. En particular, el Tribunal examinó el cumplimiento de los arts. 4 y 15 de la Directiva 91/271 en relación con la aglomeración de Liubliana. En su argumentación, recordó que el art. 4 de la Directiva 91/271 señala que la totalidad de las aguas residuales urbanas que entren en los sistemas colectores deben ser objeto, antes de verterse, de un tratamiento secundario o de un proceso equivalente, los cuales deben realizarse en instalaciones de tratamiento cuyos vertidos cumplan los requisitos del anexo I del mismo texto[25]. El Tribunal se remitió a su jurisprudencia anterior para señalar que cuando se demuestre que un vertido no cumple con las exigencias de este Anexo, debe considerarse probada la vulneración del art. 4 en relación a la aglomeración en la que se produce[26]. Asimismo, se apreciará la vulneración de este precepto respecto a las aglomeraciones cuyas instalaciones de tratamiento secundario o de proceso equivalente de las aguas residuales urbanas tienen una capacidad insuficiente[27].

En consecuencia, el Tribunal constató un incumplimiento del art. 4 en la aglomeración de Liubliana, al no haber adoptado el Estado las medidas necesarias para garantizar que las aguas residuales urbanas que entren en los sistemas colectores se sometan, antes de verterse, a un tratamiento secundario o a un proceso equivalente. No obstante, también argumentó el incumplimiento del art. 15 de la Directiva 91/271, que establece la obligación de que las autoridades competentes u organismos correspondientes del Estado miembro controlen los vertidos de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas para verificar el cumplimiento de los requisitos del Anexo anteriormente mencionado[28]. En la sentencia se hace referencia a las muestras recogidas en la aglomeración de Liubliana, de forma que se señala que en este caso el

---

[24] Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de aguas residuales.

[25] STJUE (Sala Séptima) de 30 de noviembre de 2023, C-328/22, *Comisión Europea contra República de Eslovenia*, apdo. 45.

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

[27] *Ibid*., apdo. 50.

[28] *Ibid*., apdo. 61.

Estado no ha adoptado las medidas que aseguren un control adecuado de los vertidos de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas[29].

La sentencia de 9 de febrero de 2023, C-342/21, *Comisión Europea contra República Eslovaca*, se refiere al incumplimiento por parte del Estado de los arts. 13 y 23 de la Directiva 2008/50/CE, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa. En este caso se evaluó la situación de diversas zonas en la que se había superado el valor límite aplicable a las micropartículas (PM10) en diferentes periodos. El Tribunal señaló en su argumentación, conforme a su jurisprudencia, que las particularidades topográficas y climáticas desfavorables que pudieran presentar las zonas evaluadas no eximían a la República Eslovaca de su responsabilidad por la superación de los valores límites aplicables a PM10[30]. Asimismo, a la hora de evaluar los datos, señaló la suficiencia de aquellos que constataban la superación sistemática para señalar que manifiestamente el Estado no adoptó medidas apropiadas y eficaces para que fuera lo más breve posible el período durante el cual los valores límite para PM10 estuvieran por encima de lo previsto en la normativa[31].

En consecuencia, en la sentencia se declaró que el Estado había incumplido sus obligaciones conforme al art. 13 de la Directiva 2008/50/CE, leído en relación con su anexo XI, al superar el valor límite aplicable a las micropartículas (PM10) de manera sistemática y persistente en diferentes momentos en la región de Banská Bystrica, y en la de Košice. A lo que añadió que, con relación a esa zona y en esa aglomeración, también había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 23 de la Directiva, leído en relación con su anexo XV, al no prever medidas adecuadas en sus planes de calidad del aire para que el período de superación de este valor límite fuera lo más breve posible.

3.2. Recursos de anulación

El 26 de julio de 2023 se emitieron tres sentencias resolviendo recursos de anulación presentados contra la Decisión (UE) 2021/355 de la Comisión, de 25 de febrero de 2021, relativa a las medidas nacionales de ejecución para la asignación transitoria gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo[32].

---

[29] *Ibid*., apdo. 63.

[30] STJUE (Sala Décima) de 9 de febrero de 2023, C-342/21, *Comisión Europea contra República Eslovaca*, apdo. 68.

[31] *Ibid*., apdos. 136-137.

[32] Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto

En la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 26 de julio de 2023, T-215/21, *SMA Mineral AB contra Comisión Europea*, se rechazó la anulación solicitada del art. 1.2 de la Decisión (UE) 2021/355. En este caso la demandante era una empresa sueca productora de cal y otros productos, que alegó el error de la Comisión al señalar que las emisiones no podían ser objeto de una doble contabilización, de forma que se impidiera la asignación gratuita de cuotas de emisión con arreglo a la referencia de producto relativa a la cal. Asimismo, en la demanda se señaló que la Comisión no tuvo en cuenta las consecuencias perjudiciales de la Decisión impugnada. En su pronunciamiento, el Tribunal no aceptó los diferentes argumentos presentados, y desestimó el recurso en su totalidad.

El art. 1.3 de la misma Decisión 2021/355 fue impugnado por una empresa minera pública sueca, obteniéndose el mismo resultado negativo en la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 26 de julio de 2023, T-244/21, *Luossavaara-Kiirunavaara AB contra Comisión Europea*. En este caso, la demandante sostuvo la ilegalidad de la Decisión impugnada debido a que rechazaba la propuesta de Suecia de incluir su producción de pellets de mineral de hierro en el parámetro de referencia relativo al mineral aglomerado. Como se ha señalado, tampoco en este caso el Tribunal aceptó los argumentos de la empresa demandante.

Por último, el art. 1.1 del anexo I de la misma Decisión fue impugnado por una empresa también sueca que gestionaba una instalación de producción de papel gráfico estucado. En la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 26 de julio de 2023, T-269/21, *Arctic Paper Grycksbo AB contra Comisión Europea*, la empresa demandante alegó diversos motivos para sustentar su solicitud de anulación, entro los que se encontraban el de error manifiesto de apreciación; la violación del principio de igualdad de trato; la violación del principio de protección de la confianza legítima; así como cuestiones de ilegalidad e incumplimiento de aspectos formales sustantivos. Tampoco aquí el Tribunal aceptó los argumentos expresados por la empresa demandante, y nuevamente desestimó el recurso en su totalidad.

El mismo resultado negativo obtuvieron las pretensiones evaluadas en la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 13 de septiembre 2023, T-86/22, *Asociación Terra Mia Amici No TAP contra el Banco Europeo de Inversiones.* El Tribunal rechazó la solicitud de anulación de la Decisión núm. 1861 del Banco Europeo de Inversiones (BEI), de 17 de diciembre de 2021, en la que se había considerado inadmisible, en particular por su extemporaneidad, la solicitud de revisión

---

invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, *DO* L 275, de 25 de octubre de 2003, p. 32.

interna de 19 de diciembre de 2020 relativa a la Decisión del Banco Europeo de Inversiones, de 6 de febrero de 2018, sobre la financiación del proyecto de gasoducto de Grecia a Italia a través de Albania y el mar Adriático, y al contrato de préstamo celebrado, de conformidad con dicha decisión, el 30 de noviembre de 2018. La asociación demandante pretendía la anulación de la Decisión impugnada y, en consecuencia, que se promoviera que el Banco Europeo de Inversiones adoptase una nueva Decisión en la que se revocase el préstamo. Como se ha señalado, también en este caso el Tribunal desestimó el recurso en su totalidad[33].

3.3. Recursos de casación

En la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de julio de 2023, C-212/21 P y C-223/21 P, se enjuiciaron de forma acumulada dos recursos de casación interpuestos, respectivamente, por el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y la Comisión Europea. En ambos casos se había solicitado la anulación de la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda Ampliada) de 27 de enero de 2021, T-9/19, *ClientEarth contra Banco Europeo de Inversiones*, por la que el Tribunal General había anulado la decisión del BEI en la que se denegaba por inadmisible la solicitud de revisión interna presentada por ClientEarth, del acuerdo de su Consejo de Administración aprobando la financiación de un proyecto de central eléctrica de biomasa en Galicia. Esta solicitud se presentó alegándose el art. 10.1 del Reglamento 1367/2006 relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y a la Decisión 2008/50/CE por la que se establecen las disposiciones de aplicación de este Reglamento[34].

En sus respectivos recursos, la Comisión y el BEI señalaron que el Tribunal General había incurrido en errores de Derecho en la apreciación de la independencia funcional del BEI en el ámbito de sus operaciones financieras, así como en la interpretación y aplicación del Convenio de Aarhus y del concepto de «acto administrativo», en el

---

[33] Giles Carnero (2023: 8-9).

[34] Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, *DO* L 264 2006, p. 13; y la Decisión 2008/50/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 2007, por la que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento 1367/2006 relativo al Convenio de Aarhus en lo que respecta a las solicitudes de revisión interna de actos administrativos, *DO* L 13 2008, p. 24.

sentido del art. 2.1.g) del Reglamento 1367/2006. El Tribunal desestimó estos motivos, y en su argumentación destacan algunas apreciaciones de interés: en la sentencia se recordó, con relación al Convenio de Aarhus, «que los textos de Derecho de la Unión deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tienen por objeto la aplicación de un Acuerdo internacional celebrado por la Unión»[35].

Teniendo en cuenta esta apreciación general, el Tribunal precisó que «la actuación de las "instituciones u organismos [de la Unión]" solo puede excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1367/2006 y del Convenio de Aarhus cuando dichas instituciones u organismos ejercen poderes judiciales o legislativos o actúan en calidad de instancia de revisión administrativa en aplicación de lo dispuesto en el Tratado», lo que no se daba en el asunto que estaba siendo evaluado[36].

Resulta también de interés la consideración del Tribunal respecto a la consideración de «Derecho Ambiental» en el sentido del art. 2.1.f) del Reglamento 1367/2006. En el texto se recuerda el carácter evolutivo de este sector normativo, y se señala que el legislador quiso otorgarle un amplio alcance[37]. En este sentido, se señaló que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al considerar, en los apartados 122 a 124 de la sentencia recurrida, que tanto la Declaración de 2009 como la Estrategia Climática tienen cabida en el concepto de «Derecho medioambiental», en el sentido del art. 2, apartado 1, letra *f)*, del Reglamento núm. 1367/2006, toda vez que definen los criterios de carácter medioambiental para que un proyecto pueda optar a una financiación del BEI y, por tanto, enmarcan la actividad de este en materia de concesión de préstamos a efectos del logro de los objetivos del TFUE en materia medioambiental[38].

3.4. Cuestiones prejudiciales

3.4.1. *Residuos*

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 11 de noviembre de 2021, C-315/20, *Región Veneto contra Plan Eco Srl*, resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado (Italia), y en la que se cuestionó la interpretación del Reglamento (CE) 1013/2006, relativo a los traslados de residuos, y de

[35] STJUE (Sala Tercera) de 6 de julio de 2023, C-212/21 P y C-223/21 P, apdos. 66-68.
[36] *Ibid*., apdos. 72-74.
[37] *Ibid*., apdos. 83-84.
[38] *Ibid*., apdo. 89.

la Directiva 2008/98/CE, sobre los residuos[39]. El litigio principal que produjo este pronunciamiento estaba en relación con una decisión sobre un traslado de residuos entre Estados miembros. Como precisó el Tribunal, el órgano jurisdiccional preguntó, si «una autoridad competente de expedición puede, sobre la base del Reglamento 1013/2006 y de la Directiva 2008/98, oponerse a un traslado de residuos municipales mezclados destinados a la valorización que, tras un tratamiento mecánico para su valorización energética que, sin embargo, no ha alterado sustancialmente sus propiedades originales, han sido clasificados con el código 19 12 12 del CER»[40].

Para responder a esta cuestión, el Tribunal recordó que «el régimen jurídico aplicable a los traslados de residuos depende de la naturaleza sustancial de estos últimos y no de su clasificación formal de conformidad con el CER», de forma que otra interpretación supondría excluir la correcta aplicación de los principios de autosuficiencia y de proximidad[41]. Dado que el Tribunal no apreció que en el asunto analizado el tratamiento mecánico hubiera transformado sustancialmente la naturaleza de los residuos, declaró que el «Reglamento núm. 1013/2006 debe interpretarse en el sentido de que, teniendo en cuenta los principios de autosuficiencia y proximidad, la autoridad competente de expedición puede, sobre la base, entre otros, del motivo contemplado en el art. 11, apartado 1, letra *i)*, de ese Reglamento, oponerse a un traslado de residuos municipales mezclados que, tras un tratamiento mecánico para su valorización energética que, sin embargo, no ha alterado sustancialmente sus propiedades originales, han sido clasificados con el código 19 12 12 del CER[42].

3.4.2. *Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres*

Mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2023, C-434/22, *Latvijas valsts meži AS contra Administración regional de Kurzema*, se resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Riga, Letonia, sobre la interpretación del art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de

[39] Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, *DO* L 190, de 12 de julio de 2006, p. 1; y Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, *DO* L 312, 22 de noviembre de 2008, p. 3.

[40] STJUE (Sala Octava) de 11 de noviembre de 2021, C-315/20, *Región Veneto contra Plan Eco Srl*, apdo. 18.

[41] *Ibid*., apdos. 30-31.

[42] *Ibid*., apdo. 32.

la fauna y flora silvestres (Directiva Hábitats)[43]. En el litigio principal la sociedad Latvijas valsts meži AS se había opuesto la decisión del director general de la Autoridad nacional por la que se le había impuesto la obligación de adoptar medidas destinadas a reducir las repercusiones negativas de la tala de árboles en la zona especial de conservación de importancia europea de Pantanos y Bosques de Ance. El art. 6 de la Directiva 92/43 establece la obligación de someter a evaluación cualquier plan o proyecto que afecte a una zona de especial conservación, evitando su ejecución si no se asegura que no causará perjuicio a la integridad del espacio. En el litigio principal el proyecto controvertido suponía una implementación de las medidas nacionales de prevención de incendios forestales, por lo que el órgano jurisdiccional nacional preguntó al Tribunal si podía entenderse como una gestión del espacio, y si no era así, si debía considerarse incluido en el concepto de proyecto del art. 6 al venir impuesto por la normativa nacional[44].

En respuesta a las dudas planteadas por el órgano jurisdiccional, el Tribunal desarrolló la interpretación del art. 6.3 de la Directiva 92/43 en varios sentidos. Por un lado, declaró que el concepto de «proyecto», a efectos de esta disposición, incluye las actividades realizadas en una zona forestal, designada como zona especial de conservación, para garantizar el mantenimiento de las instalaciones de infraestructura forestal de protección contra incendios en dicha zona, de conformidad con las exigencias establecidas por la normativa nacional aplicable en materia de protección contra incendios forestales, cuando tales actividades modifiquen la realidad física del lugar de que se trate[45].

En el mismo sentido, el Tribunal añadió lo que sigue: «no puede considerarse que las actividades realizadas en una zona forestal, designada como zona especial de conservación, con el fin de garantizar el mantenimiento de las instalaciones de infraestructura forestal de protección contra incendios en dicha zona, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa nacional aplicable en materia de protección contra incendios forestales, por el mero hecho de perseguir tal objetivo, tengan una relación directa con la gestión del lugar de que se trata o sean necesarias para la misma y no pueden, pues, quedar exentas por ese motivo de la evaluación de sus repercusiones sobre dicho lugar, a menos que figuren entre las medidas de conservación del lugar ya adoptadas con arreglo al art. 6, apartado 1, de la Directiva sobre los hábitats»[46]. La Directiva «obliga a proceder a una evaluación de los planes y proyectos mencionados en dicho artículo, aun cuando

---

[43] Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, *DO* L 206 1992, p. 7.

[44] STJUE (Sala Novena) de 7 de diciembre de 2023, C-434/22, *Latvijas valsts meži AS contra Administración regional de Kurzema*, apdos. 29-32.

[45] *Ibid*., apdo. 51.

[46] *Ibid*., apdo. 41.

su realización venga impuesta por la normativa nacional aplicable en materia de protección contra incendios forestales»[47].

El Tribunal señaló que la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que las actividades destinadas a garantizar el mantenimiento de las instalaciones de infraestructura forestal de protección contra incendios en una zona forestal, designada como zona especial de conservación, no pueden iniciarse ni, *a fortiori*, continuarse y completarse antes de que concluya el procedimiento de evaluación de sus repercusiones previsto en dicho artículo, a menos que tales actividades figuren entre las medidas de conservación del lugar de que se trate ya adoptadas con arreglo al art. 6, apartado 1, de dicha Directiva o que un peligro actual o inminente que menoscabe la conservación de ese lugar exija su realización inmediata»[48].

Concluiría además declarando que «la Directiva sobre los hábitats, en relación con el principio de cooperación leal, debe interpretarse en el sentido de que obliga al Estado miembro interesado, en particular a las autoridades competentes de este, a adoptar medidas para remediar las posibles repercusiones significativas sobre el medio ambiente de trabajos ejecutados sin que se haya efectuado previamente la adecuada evaluación de tales repercusiones, prevista en dicha disposición, y a reparar el daño causado por esos trabajos. En cambio, no obliga a dicho Estado miembro a exigir a los particulares la reparación de tal daño, en caso de que les sea imputable»[49].

3.4.3. *Calidad del aire*

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2022, C-61/21, *JP contra Ministro de la Transición Ecológica y Primer Ministro de Francia*, se encuentra un pronunciamiento sobre el derecho a recibir una indemnización ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de calidad del aire. La sentencia resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Versalles (Francia). La petición prejudicial derivó de un litigio principal en el que un particular reclamó al Ministerio y a la Presidencia el resarcimiento por los daños que sufría debido a la contaminación atmosférica. El órgano jurisdiccional nacional preguntó, en particular, si de la interpretación de la Directiva 2008/50/CE, relativa a la calidad del aire ambiente y

[47] *Ibid*., apdo. 60.
[48] *Ibid*., apdo. 71.
[49] *Ibid*., apdo. 88.

a una atmósfera más limpia en Europa, podía derivarse un derecho a indemnización de un particular[50].

Para responder a la cuestión, el Tribunal recordó sus competencias en el marco del procedimiento de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, y reformuló la cuestión en el sentido de ampliar la normativa en materia de calidad de aire que podía incidir en la situación del particular[51]. A partir de aquí, recordó que para que pueda establecerse la responsabilidad que produzca el derecho a indemnización, deben darse «tres requisitos: que la norma infringida del Derecho de la Unión tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares»[52]. En este caso, a juicio del Tribunal no se daba el primero de los requisitos, de forma que no era posible considerar que se daba una norma europea dirigida a otorgar derechos a particulares. En consecuencia, el Tribunal declaró que los preceptos analizados «no tienen por objeto conferir a los particulares derechos individuales que les faculten para reclamar una indemnización a un Estado miembro en virtud del principio de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del Derecho de la Unión que le sean imputables»[53].

3.4.4. *Sobre prevención y control integrados de la contaminación*

Mediante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 2 de junio de 2022, C-43/21, *FCC Česká republika s. r. o. contra Ministerio de Medio Ambiente, Distrito de Praha-Ďáblice de República Checa, y Spolek pro Ďáblice*, se resolvieron las cuestiones prejudiciales promovidas por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo (República Checa), en relación a un litigio principal sobre una resolución de 29 de diciembre de 2015 por la que se modifica el permiso para explotar el vertedero de Praha-Ďáblice concedido a dicha sociedad, a fin de prolongar el período de depósito de residuos de 31 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2017.

La petición de decisión prejudicial tuvo por objeto la interpretación del art. 3.9 de la Directiva 2010/75/UE sobre prevención y control

---

[50] Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, *DO* L 152, 11 de junio de 2008, p. 1.

[51] STJUE (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2022, C-61/21, *JP contra Ministro de la Transición Ecológica y Primer Ministro de Francia*, apdo. 34.

[52] *Ibid*., apdo. 44.

[53] *Ibid*., apdo. 65.

integrados de la contaminación[54]. El órgano jurisdiccional nacional preguntó si este precepto debía interpretarse en el sentido de que la prolongación del periodo del depósito de residuos supone una modificación sustancial[55]. El Tribunal respondió a esta cuestión al declarar en su fallo que el art. 3.9 de la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que la mera prolongación del período de depósito de residuos, sin que se modifiquen las dimensiones máximas autorizadas de la instalación ni su capacidad total, no constituye una "modificación sustancial" en el sentido de dicha disposición».

4. CONCLUSIONES

La primera de las conclusiones que cabe poner de manifiesto versa no solo sobre la intrínseca importancia actual, la cual, ya se pone de manifiesto durante todo el texto, sino la complejidad del Derecho medioambiental y los desafíos a los que se enfrenta. En este sentido, este derecho se mantiene en una lucha constante con la complejidad científico-técnica, y debe adaptarse a un entorno cambiante, y en la mayoría de las ocasiones, incierto. Quiere ello decir que en muchas ocasiones es realmente complejo conocer cuál es o será el impacto sobre el medio ambiente en relación con determinadas actividades, máxime cuando se desconoce el comportamiento futuro de la propia naturaleza.

Muy acertadamente nos ilustra en este sentido Esteve Pardo (2017): «Un mismo volumen de emisiones atmosféricas puede tener un efecto negativo mucho mayor si se da una persistente situación anticiclónica sin vientos que dispersen esa contaminación. Un mismo vertido en un río puede tener consecuencias nefastas en periodo de estiaje con muy bajo caudal o pasar del todo inadvertido cuando el río lleva un gran caudal de agua»[56]. Precisamente, debido a la clara incertidumbre que encarna este Derecho, se han desarrollado los principios que ya se estudiaron en el primero de los capítulos, fundamentalmente, el de precaución. No obstante, afrontar la incertidumbre representa un desafío considerable para un Derecho que, desde sus inicios, ha centrado sus pilares en la certeza y la seguridad jurídica.

La segunda conclusión versa sobre la importancia de los tribunales europeos y la problemática interna: así las cosas, es palmario, que el TJUE ha desempeñado, y desempeña, un papel crucial en el

---

[54] Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación), *DO* L 334, de 17 de diciembre de 2010, p. 17.

[55] STJUE (Sala Cuarta) de 2 de junio de 2022, C-43/21, *FCC Česká republika s. r. o. contra Ministerio de Medio Ambiente, Distrito de Praha-Ďáblice de República Checa, y Spolek pro Ďáblice*, apdo. 29.

[56] Esteve Pardo (2017: 30).

desarrollo y la aplicación del Derecho del medio ambiente dentro del marco jurídico de la Unión Europea. A través de sus decisiones, el TJUE contribuye a la interpretación de las normativas ambientales de la UE y asegura su aplicación uniforme entre los Estados miembros, reforzando la eficacia de las políticas ambientales y consolidando los principios fundamentales de este campo. En relación con el art. 37 CDFUE, el TJUE ha sido fundamental en darle contenido y operatividad a este derecho. Aunque el art. 37 no otorga un derecho subjetivo directamente exigible ante los tribunales, este tribunal ha interpretado y aplicado las directivas y reglamentos ambientales (algunas ya vistas en el texto) de la UE a la luz de este principio, destacando la importancia de garantizar un alto nivel de protección ambiental. Pero está claro que no todo tiene tintes positivos, y en relación con todo esto, surge la siguiente reflexión: cuando los casos a nivel comunitario (o a otros) llegan al TJUE, el daño ambiental, por lo general y en la mayoría de las situaciones, ya está hecho, y en el peor de los casos, es irreparable. Una vez más, conviene recordar que el mejor daño es aquel que no llega a producirse, no el que debemos reparar o indemnizar tras la comisión de este, en ocasiones, como se apunta, imposible de llevar a cabo. Lógicamente aquí surge un problema de base y un entramado complejo sobre el que ahora no cabe entrar, pero sí al menos apuntar, como: falta de medios de la Administración ambiental; descoordinación de las administraciones territoriales intervinientes; o ausencia de una voluntad política real. Y todo ello lleva a pensar que en muchas ocasiones estas carencias nos muestran la inmadurez de la política y de la organización administrativa ambiental, así como la consideración de la protección del medio ambiente como un objetivo o valor social de relevancia aún secundaria.

Pero, a mi juicio, esto es un verdadero error. Como es conocido por todos, vivimos en unos tiempos en los que existe un debate constante entre economía y medio ambiente. De hecho, algunos Estados miembros abogan por frenar el paradigma medio ambiental con la finalidad de combatir las crisis económicas. Pero mi pregunta es, ¿realmente es posible desligar ambas vertientes?, la respuesta me parece clara: no es posible concebir, al menos hoy en día, economía sin medio ambiente o medio ambiente sin economía.

En este sentido, me gustaría realizar una reflexión final en relación con el ecologismo profundo de Arne Naess[57]. Desde esta perspectiva, el medio ambiente no es algo que simplemente existe «por y para» nosotros, sino que es parte de un todo del cual somos solo una pequeña frac-

[57] El término «ecología profunda» fue acuñado por A. Naess (1973). Los ecologistas profundos enfatizan el lugar del ser humano en una red interconectada de relaciones ecológicas y la unidad del ser humano con la naturaleza. En esta corriente se incluye también a Bill Devall, Warwick Fox, George Sessions y Michael Zimmerman, entre otros.

ción. Este pensamiento plantea una ética de interdependencia, donde todos los seres vivos tienen valor intrínseco, independientemente de su utilidad para la humanidad. En este sentido, esta visión ecológica, que reconoce la interconexión y fragilidad de los ecosistemas, sugiere que nuestra verdadera responsabilidad no radica únicamente en proteger el medio ambiente por su utilidad para la supervivencia humana, sino porque es una entidad con valor propio. Por tanto, la reflexión filosófica sobre el medio ambiente no puede escapar a la dimensión ética. Como seres conscientes, somos responsables de las consecuencias de nuestras acciones no solo hacia otros seres humanos, sino también hacia los seres no humanos y el planeta en su conjunto. Esto implica adoptar una postura responsable, reconociendo nuestros límites y los del medio, lo que desemboca necesariamente en una convivencia armónica con el entorno que habitamos.

5. BIBLIOGRAFÍA

Díaz Bacallao, A., Mozón Bruguera, Y., Bolufé Malboa, S. (2019). «Principales principios jurídicos ambientales para la conformación del marco jurídico de los residuos sólidos urbanos en Cuba». *Universidad y Sociedad, Revista Científica de la Universidad de* Cienfuegos, 11(1), pp. 392-401.

European Enviroment Agency (2022). *En síntesis: La legislación de la UE sobre la naturaleza*.

Esteve Pardo, J. (2017). *Derecho del medio ambiente*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid.

García Lupiola, A. (2013). «El derecho ambiental europeo: evolución y desarrollo de los fundamentos de la legislación sobre medio ambiente». *Revista CEFLegal*, 146, pp. 131-172.

Giles Carnero, R. (2023). «Jurisprudencia ambiental de la Unión Europea». *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, vol. XIV, 2, pp. 1-18.

López Ramón, F. (1997). «Caracteres del Derecho comunitario europeo ambiental». *Revista de Administración Pública*, 142, pp. 53-74.

Mellado Ruiz, L. (2022): *La protección del medio ambiente en la Unión Europea*. Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC), Barcelona.

Meseguer Penalva, M. J. (2015). «Plasmación del principio de no regresión ambiental en materia de biodiversidad». *Terraqui - Artículos de actualidad del Derecho ambiental* (en línea).

Naess, A. D. E. (1973). «The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement». *Inquiry*, 16, pp. 1-6.

Pernas García, J. J. (2001). «Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 5, pp. 599-628.

Solana, J. (2020). «¿Democracia o medio ambiente? Principio de no regresión ambiental», *Aranzadi/Legal today* (artículo en línea).

Zambrano González, K. (2022). *El art. 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre la protección del medio ambiente*. Repositorio Institucional RODERIC, Universidad de Valencia.

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 271-298
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/10*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

HACIA UNA PROTECCIÓN ELEVADA DEL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA: ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Mónica Pulgar Lanzaco

1. INTRODUCCIÓN

Europa afronta tiempos particularmente adversos. En efecto, el actual contexto de *polycrisis*[1] —tan agravado durante los últimos años por la creciente confluencia de factores endógenos y exógenos[2]— desemboca en un escenario de riesgo sistémico que pone en peligro su propia legitimidad y existencia. El fenómeno de la emergencia climática encabeza la realidad de este nuevo paradigma, lo que explica que la protección de la Tierra, y, por ende, de la propia existencia humana, constituya el núcleo duro de la agenda política europea[3].

En un mundo fuertemente interconectado, cabe destacar, además, la imposibilidad de los Estados miembros de gestionar de forma ais-

[1] Expresión que ha hecho fortuna en la doctrina de la mano del expresidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, «Speech by President Jean-Claude Juncker at the Annual General Meeting of the Hellenic Federation of Enterprises (SEV)», 21 junio de 2016.

[2] Como factores endógenos, me refiero, principalmente, a la crisis del Estado de derecho encabezada por Polonia y Hungría. Como factores exógenos, cabe mencionar, entreotros, la pandemia COVID-19, las tensiones geopolíticas y su afectación sobre los servicios esenciales (en especial, la energía), la situación de emergencia migratoria o el contexto de inestabilidad financiera global.

[3] Una panorámica sobre las principales líneas estratégicas de la Unión Europea a corto, medio y largo plazo puede encontrarse en: «¿Qué tiene en mente la Unión Europea?», disponible en: *https://op.europa.eu/webpub/com/eu-and-me/es/WHATS_ON_THE_EUs_AGENDA.html.*

lada los desafíos globales. Ante retos compartidos, es preciso diseñar soluciones conjuntas[4]. La Unión Europea se proclama entonces como principal garante ambiental[5], convirtiendo la adversidad en motor federalizante. Ello altera el clásico esquema de relaciones de poder en torno a la trilogía Estado-Comunidad-Individuo; que, por lo demás, condiciona la lógica del sistema en su totalidad.

En definitiva, el *telos* europeo encuentra un nuevo impulso legitimador en la institucionalización de un relato ético-jurídico que, si bien desde una posición antropocéntrica, sitúa el respeto por la naturaleza en el centro de una cultura común de valores[6]. Entra así en juego el concepto de la justicia ambiental[7] en aras de la solidaridad intergeneracional, poniendo de relieve, a su vez, el papel de nuestra disciplina en cuanto instrumento estratégico de primer orden. En tal sentido, la lucha por el Derecho resulta ser la lucha por la Vida.

De esta forma, el objetivo consistente en la protección del medio ambiente queda constitucionalizado cual valor normativo en el art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE); de ahí su proyección transversal sobre el resto de las políticas comunitarias. Aunque es justo reconocer los constantes avances experimentados en este ámbito durante las últimas décadas, es preciso advertir, empero, de la presencia de numerosos factores limitativos, ya sean técnicos, políticos, económicos o, incluso, jurídicos.

Tres son los principales desafíos identificados a este último respecto. Primero, otorgar contenido material a las conquistas logradas a nivel formal. Es decir, reforzar la eficacia real de las normas comunitarias ambientales en sus diferentes niveles y manifestaciones. Segundo, establecer un sistema de protección plenamente interconectado, siendo capital, en relación con lo anterior, incrementar la fuerza obligacional de los principios de solidaridad y cooperación leal. Tercero, fomentar una ciudadanía procesalmente activa como culmen de un modelo regulatorio auténticamente operativo a la par que democrático. El presente estudio se limita a este último aspecto, aun cuando sea indispensable partir de una lógica integrada e inspirada en una visión de conjunto.

---

[4] Véase Monnet (2011: 372).

[5] La Unión Europea como garante ambiental es una idea que apuntamos aquí sin mayores pretensiones, puesto que seguimos aun trabajando en la construcción de su concepto dogmático. Adelantamos ya que su fuente de inspiración se encuentra en dos tesis diferenciadas, aunque íntimamente relacionadas: «el Estado Ambiental de Derecho» por Jordano Fraga (2007) y el «Estado Garante» por Esteve Pardo (2015).

[6] Sobre el concepto de la cultura en el Europa, véase Eliot (2003: 19). Dicho autor construye su obra sobre la noción de la «Sociedad Europea», la cual debe integrarse, a su vez, en la «Sociedad Global» (Carta de la Tierra, p. 3). Para profundizar sobre los vínculos existentes entre valores, cultura e identidad, se recomienda Wallace (1990: 16).

[7] Véase Spada Jiménez (2021: 229 y ss.).

Sentado lo cual, nos adentramos en la compleja cuestión del acceso a la justicia ambiental, quedando el objeto concretado sobre: *a)* la deficiente configuración del art. 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE o la Carta, indistintamente), relativo al principio de protección del medio ambiente, así como su relación con el art. 47 CDFUE, concerniente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y *b)* el incumplimiento del estándar internacional —marcado en este punto por el Convenio de Aarhus de 1998 (el Convenio) en conjunción con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)— por gran parte de los Estados miembros.

En cuanto a la estructura, el texto se divide en tres bloques principales. Siguiendo una lógica deductiva, dedicamos un primer capítulo a contextualizar jurídicamente la cuestión en el marco del sistema multinivel de la tutela ambiental, para lo cual se abordarán tanto los modelos y vías de protección existentes como los principios jurídicos más importantes. Seguidamente, nos adentramos en la naturaleza y el alcance del principio de protección ambiental contenido en el art. 37 de la Carta, para continuar con el vínculo establecido con el art. 47. Por último, se examina el incumplimiento del art. 9.3 del Convenio por gran parte de los Estados miembros. Tras explorar sus causas y consecuencias, este tercer capítulo se cierra con un comentario *ex profeso* sobre la regulación del acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico español.

En fin, los frutos obtenidos darán lugar a una serie de conclusiones y propuestas de *lege ferenda,* debiendo aclarar que, lejos de planteamientos absolutos o definitivos, se busca contribuir al debate académico sobre un tema capital para el presente y futuro del Derecho de la Unión.

2. LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA GLOBAL MULTINIVEL

2.1. Enfoques, modelos y vías de protección

En el objetivo global de proteger el medio ambiente existen, a grandes rasgos, dos aproximaciones principales[8]. Antes de proceder a su exposición, cabe advertir que la cuestión sobre cuál sea el enfoque más adecuado, bien en términos dogmáticos, ideológicos o prácticos, se encuentra fuera del objeto de nuestro estudio. Sin embargo, la breve exposición contenida en este apartado resulta útil para adquirir perspectiva y comprender la problemática de fondo.

[8] Para cuya explicación nos servimos de la clarificadora exposición del magistrado ponente, Jorge Iván Palacio Palacio, en la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-622/16, de 10 de noviembre de 2016.

De una parte, la visión antropocéntrica, indudablemente asociada al bloque occidental, sitúa al ser humano en el centro de una Creación que debe servirle y abastecerle a su voluntad. En consecuencia, el deterioro del medio ambiente en general, y el cambio climático en particular, se percibe como una amenaza directa a su propia supervivencia. Esta posición bebe de una larga tradición histórico-cultural que, iniciada por la Iglesia católica con su particular interpretación del Génesis, se refuerza con el periodo de las revoluciones industriales[9] y llega hasta nuestros días.

En este punto, resulta muy significativa la definición del medio ambiente que ofrece nuestro Tribunal Constitucional[10] al referirse al «conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana». Una concepción similar adopta el Convenio de Aarhus, ya que, en su Preámbulo, reconoce que «una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida». Asimismo, dentro de esta perspectiva, debemos mencionar la variante biocéntrica, siendo imprescindible citar la Agenda 2030, pues allí se constatan importantes avances en la medida que introduce ideas fundamentales como la solidaridad intergeneracional y el desarrollo sostenible[11].

De otra parte, la visión ecocéntrica revierte los términos de la ecuación al concebir al ser humano como una especie más de la Tierra, a la que, por encima de todo, debe respeto y agradecimiento. La ética del cuidado se superpone así a la ética de la dominación; lo que, en el fondo, no deja de ser una victoria del amor frente al miedo. Esta concepción, revolucionaria de todo punto en el mundo actual, responde a una nueva tendencia que, junto a Nueva Zelanda y algunas zonas de Asia, comienza a consolidarse en varios países de Sudamérica[12]. En términos jurídicos, ello se traduce en una nueva categoría del Derecho constitucional andino, esto es, la naturaleza en tanto sujeto de derechos[13]. Simplificando, hablaríamos de «la construcción de los derechos de la naturaleza o de la Pachamama como principio»[14].

Llegados a este punto, son muchas y muy variadas las cuestiones que podrían plantearse desde una dimensión de Derecho comparado. A los efectos que ahora interesan, empero, la conclusión extraída es una:

---

[9] Sobre este extremo, Schwab (2016).
[10] STC 102/1995, de 26 de junio.
[11] A este respecto, Jordano Fraga (2021).
[12] Lo explica Krämer (2022: 196).
[13] Véase Estupiñán-Achury *et al.* (2022: 46).
[14] *Idem*.

en el sistema europeo —en el que, debe recordarse, la Carta interactúa con otras normas, como es el propio Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950[15], la Carta Social Europea de 1966 o el Convenio de Berna de 1982— el medio ambiente no puede protegerse a sí mismo. Esta es, como apunta Krämer (2022: 195), su característica más distintiva y, a su vez, uno de los argumentos más fuertes para impulsar la participación ciudadana en clave procesal. Una vez aceptada esta realidad, la verdadera cuestión reside en dilucidar el fundamento de la protección ambiental, las técnicas, cauces y mecanismos existentes, y, en fin, los parámetros relativos al alcance y el control.

El ordenamiento jurídico comunitario contempla diversos instrumentos de tutela en el marco de un sistema de protección multinivel[16]. Dicha tutela —reforzada con carácter *ex ante* tanto por instrumentos regulatorios (*v. gr.*, la Evaluación de Impacto Ambiental) como por la configuración de derechos procesales ambientales (*v. g.*, derecho a la información y a la participación)— puede ser directa o indirecta. Desde una dimensión procesal *ex post*, la primera modalidad conecta con la figura de la acción pública, entendida esta como «instrumento puesto al servicio de los ciudadanos que consiste en la atribución de legitimación para perseguir conductas que infrinjan la normativa aplicable a sectores especialmente vinculados a valores que afectan a la comunidad[17]».

La segunda vía pivota sobre un sistema de recursos ordinarios y extraordinarios, cuya admisibilidad dependerá de la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos establecidos por cada ordenamiento. Es evidente que esta opción resulta más cercana a la tradición continental y, por tanto, más sencilla de articular a nivel técnico-jurídico. Demostrado queda, en contraste con la acción popular, por el amplio elenco de posibilidades que, al menos formalmente, se ofrece a los justiciables —ya sea en sede penal, civil o contencioso-administrativa— en orden a hacer valer los derechos subjetivos e intereses legítimos que hayan sido afectados por los daños al medio ambiente[18].

Con todo, sostenemos que este modelo se muestra insuficiente para cumplir con los objetivos fijados tanto por la política ambiental

---

[15] Un extenso listado de pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) que demuestra la influencia del medio ambiente sobre gran parte del articulado del Convenio, puede encontrarse en: *https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Environment_ENG.* Allí, el tribunal comienza reconociendo lo que se ha calificado como *Greening the Charter,* de suerte que: *«Even though the European Convention on Human Rights does not enshrine any right to a healthy environment as such, the European Court of Human Rights has been called upon to develop its case-law in environmental matters on account of the fact that the exercise of certain Convention rights may be undermined by the existence of harm to the environment and exposure to environmental risks»*.

[16] Desde una perspectiva amplia, véase Pernice (2012) y Montesinos Padilla (2017).

[17] STS 1621/2019, 21 de noviembre de 2019, FJ 4.º (ES:TS:2019:3820).

[18] Véase Lozano Cutanda (2020: 230).

como por el Derecho internacional. En tal sentido, Lozano Cutanda (2020: 230) acierta cuando resalta que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos —inclusive el español— «el mayor obstáculo procesal para que pueda instarse la actuación de los tribunales en materia ambiental resulta del hecho de que las acciones están pensadas, por lo general, para supuestos en los que existen derechos o intereses individuales lesionados, y se reducen mucho cuando se trata de daños al medio ambiente que no afectan a ningún derecho o interés particular concreto». La situación se agrava aún más si, habida cuenta de la alta frecuencia de dichos daños, consideramos que «muchos de los bienes que integran el medio ambiente son públicos, de lo que resulta que existen multitud de atentados ambientales que no producen perjuicios individuales».

En todo caso, sería lógico concebir, siquiera en abstracto, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en los arts. 19.1 TFUE y 47 CDFUE como la puerta de acceso a la justicia ambiental; sin cuya funcionalidad sería, por lo demás, imposible garantizar un nivel de protección suficientemente elevado. Por consiguiente, la clave del asunto no residiría tanto en la materia, sino en la forma. Visto de otro modo, debe reconocerse también que la formulación de aquella condicionará en gran medida la operatividad de esta, por lo que en el siguiente capítulo nos encargaremos del análisis del art. 37 CDFUE.

2.2. El papel de los principios ambientales en el espacio jurídico europeo

En términos estructurales, queda claro que la protección del medio ambiente responde a un sistema jurídico-político articulado en torno a tres estadios: internacional, comunitario y nacional. La complejidad que ello conlleva pone en evidencia la necesidad de garantizar el pleno cumplimiento de las normas, pero también de incrementar el grado de solidaridad y cooperación *ad intra* y *ad extra*. Sobre esta idea básica, cabe resaltar el papel de los principios jurídicos ambientales[19], puesto que constituyen el nervio y motor del modelo. El Derecho impone así una serie de reglas que favorecen la racionalidad de los Estados, por cuanto estas se traducen en límites frente al natural desfase de los instintos de poder[20]. En este orden de ideas, procedemos a realizar una vista de pájaro sobre los más importantes.

En el plano internacional, es obligado mencionar los principios de desarrollo sostenible, precaución o cautela y quien contamina paga. Del mismo modo, resaltamos el principio de protección elevada, el

[19] A modo de referencia, véase Sands y Peel (2018).

[20] En esta línea, se recomienda la lectura de Ortega Carcelén (2019).

principio de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (manifestación del principio de equidad) y, finalmente, el principio de cooperación internacional[21].

Sumado a ello, debe tenerse en cuenta el documento de las Naciones Unidas de 2018, que lleva por título: «Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Las principales obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible»[22]. Allí se muestra un listado detallado de las obligaciones jurídicas ambientales de los Estados. El principio 10 ostenta una relevancia especial, pues dispone que «los Estados deben facilitar el acceso a recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos y las leyes nacionales referentes al medio ambiente».

A nivel comunitario, hemos de partir, siguiendo la jerarquía del sistema de fuentes —o, como apunta Paz Andrés Sáenz de Santa María (2022: 159), un sistema de normas y actos jurídicos— del Derecho primario contenido en los Tratados Constitutivos y en la Carta. Para comenzar, el citado art. 3.3 TUE reza que «la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente».

Más allá de su estratégica ubicación en el Tratado —a nuestro juicio, reveladora de su naturaleza de principio constitucional— nótese que, tal y como agudamente señala Carmen Plaza, el legislador se refiere a un nivel elevado de protección elevada, y no *al* nivel de protección elevada, por lo que la formulación de dicho principio– cuya importancia, dicho sea de paso, se encuentra notoriamente al alza desde su introducción por el Tratado de Maastricht-, otorga un amplio margen de discrecionalidad a las instituciones comunitarias[23]. He aquí uno de

---

[21] Una explicación más amplia y detallada puede hallarse en Lozano Cutanda (2020: 152).

[22] Destaca también el Informe del Relator Especial, David R. Boyd, titulado: Informe A/77/284 (2022). El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible: un catalizador para acelerar la acción a fin de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. *Naciones Unidas*. Disponible en: *https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-environment*.

[23] A su vez, la referencia a esta autora se extrae de Lozano Cutanda (2020: 197). Una apreciación similar puede leerse en Morgera y Marín Durán (2021: 1056 y 1057). Allí se afirma que, dado el rango del principio general contenido en el art. 11TFUE, «*it would seem evident, as a consequence, that any piece of EU legislation that has a harmful effect on the environment breaches a clear Treaty (Article 11 TFEU) and Charter (Article 37) obligation, and may be liable to annulment by the Court. However, such a breach may be difficult to prove in practice. This is because of the broad margin of discretion that is generally left to the EU political institutions when implementing and striking a balance between the various policy objectives and principles in the Treaties*».

los puntos más conflictivos del Derecho ambiental en general y, como veremos más adelante, del presente estudio en particular.

Para continuar, el art. 11 TFUE introduce el principio general de integración ambiental, mediante el cual, «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Finalmente, el art. 191 TFUE viene a completar el sistema mediante la incorporación de una serie de objetivos-principios. El apartado 1.º se refiere a: *a)* la conservación, salvaguarda y mejora de la calidad del medio ambiente, *b)* la protección de la salud de las personas, *c)* la utilización prudente y racional de los recursos naturales, y *d)* el fomento de medidas internacionales destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales. Por su parte, el apartado 2.º reafirma el propósito de alcanzar «un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga».

Pasando ya a la Carta, el art. 37 proclama el principio de protección del medio ambiente, incluyendo como parte de su contenido los referidos (sub)principios correspondientes al nivel de protección elevada y al desarrollo sostenible. Su fuente directa debe hallarse, en virtud de las Explicaciones del Praesidium[24], en los citados artículos, esto es, 3.3 TUE, 11 y 191 TFUE. Su comprensión tampoco sería posible sin la referencia a otros preceptos consagrados en su propio articulado[25], siendo sencillo establecer conexiones, entre otros, con el derecho a la salud (art. 35), el derecho a una buena administración (art. 41)[26] o, desde una vertiente más procesal, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47).

En el último escalón encontramos el Derecho interno. Debemos aclarar que dicho posicionamiento no implica minusvaloración alguna del papel de los Estados miembros en el mapa que venimos trazando, ya que estos son, precisamente, los brazos ejecutores[27] del Derecho internacional y comunitario. Sea como fuere, lo expuesto más arriba requiere ser completado con una mención a los principios estructurales o sistémicos —en su doble dimensión interna y externa; comunitaria e internacional— que deben orientar la conducta ambiental de los tres

---

[24] Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, de 14 de diciembre de 2007 (2007/C 303/02). En adelante, «las Explicaciones».

[25] Morgera y Marín Durán (2021: 1044).

[26] Véase Ponce Solé (2020).

[27] Extraigo la idea de mi maestro y, en concreto, de su contribución en Alonso García (2019: 517).

poderes en el ámbito nacional. Partiendo, como no podía ser de otra manera, del respeto al Derecho y su consiguiente deber de cumplimiento, nos referimos a los principios de primacía, eficacia, interpretación conforme, efecto útil, cooperación leal y solidaridad.

A modo de cierre, es fundamental recordar que, según el art. 4.2.e) TFUE, el medio ambiente constituye una competencia compartida. Por consiguiente, deberán respetarse los principios de proporcionalidad y subsidiaridad contenidos en el art. 5 TUE. No obstante, compartimos la apreciación que realiza Sarmiento, cuando, apoyándose sobre Lenaerts y van Nuffel, esclarece que la terminología no hace justicia a la realidad, pues, «dependiendo de la forma en que la Unión ejerza una competencia compartida, esta permite actuar a la Unión en términos "exclusivos"»[28].

3. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA UNIÓN EUROPEA. LA CARTA EN LA RAÍZ DEL PROBLEMA

3.1. Consideraciones previas

En su famoso artículo «The Transformation of Europe», Joseph Weiler señaló la emergencia de los derechos fundamentales como uno de los factores decisivos del *constitution-building* de la Comunidad Europea[29]. Tres décadas más tarde, se constata una evolución muy positiva en muchos aspectos —por ejemplo, la potenciación del modelo de libre mercado a la luz del principio de libertad de empresa (art. 16)— mientras que otros —como, justamente, el ámbito procesal ambiental— adolecen todavía de serias deficiencias.

De cualquier forma, es indiscutible que la Carta representa uno de los hitos más importantes en la construcción de la obra comunitaria[30]. Ahora bien, aunque su plena introducción tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (art. 6.1 TUE) fue determinante para el avance del proceso de integración, es sabido y comúnmente criticado por la doctrina que su diseño metodológico plantea serios problemas de todo tipo y grado. En mi opinión, dos serían las causas centrales.

Por un lado, la conservación de una concepción radicalmente vertical de las relaciones de poder que, en consecuencia, deviene, cuando menos, simplista y desfasada. Este desajuste, notoriamente proyectado sobre el ámbito subjetivo, genera efectos negativos para la eficacia de

---

[28] Sarmiento (2024:101).

[29] Weiler (1991: 2418 y ss.).

[30] Para un comentario detallado de la Carta, sin perjuicio de posteriores referencias, véase Van Drooghenbroeck y Picod (2017).

la norma que nos ocupa. Sobre todo, destaca la deliberada exclusión de los poderes privados en la redacción del texto, lo que, aunque en cierto modo aminorado por la jurisprudencia comunitaria, nos parece especialmente grave en un sistema económico cada vez más liberalizado y liderado por los agentes privados[31].

Por otro lado, debe subrayarse la falta de rigor a la hora de diferenciar entre principios, derechos y libertades[32]. En la misma tónica, resulta sencillo comprender la gran dificultad que esto conlleva para la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones generales contenidas en el capítulo VII[33]. La confusión generalizada desemboca en la judicialización de un articulado asistemático y fragmentario que, por lo pronto, afecta al principio de seguridad jurídica; volcando, además, un peso desproporcionado sobre el Tribunal de Justicia que pone en riesgo su misma estabilidad y legitimidad[34].

De esta forma, la clásica diferenciación entre valores, principios y reglas, que encabezara Ronald Dworkin y, posteriormente, matizara Robert Alexy, queda en gran parte desdibujada[35]. La consiguiente falta de claridad produce una sensación de confusión que, insistimos, tan solo obstaculiza la correcta operatividad de la Carta. El caso del medio ambiente da buena cuenta de lo expuesto, ya que, como veremos, se constatan profundas incoherencias tanto con los Tratados constitutivos como con el Derecho internacional. Visto el panorama, quizás sea el momento de reabrir el debate sobre estas cuestiones a fin de promover e impulsar soluciones que, en última instancia, contribuyan a evitar un progresivo decaimiento y consecuente desplazamiento de la Carta[36].

3.2. El art. 37 CDFUE: naturaleza y alcance

Llegados a este punto, cabría preguntarse, ¿por qué el art. 37 CDFUE nos resulta tan conflictivo?, ¿cuál es su verdadera naturaleza

---

[31] En la misma línea, Sarmiento (2024: 174).

[32] Esta crítica es compartida por la mayoría de la doctrina. Por todos, Sarmiento (2024: 168) y Alonso García (2014: 393-394).

[33] Para un examen *in extenso* de la cuestión, nos remitimos a Alonso García y Ugartemendia Eceizabarrena (2017).

[34] El desbordamiento es, justamente, una de las causas principales de la nueva reforma del TJUE. A este respecto, muy clarificadora y sugestiva nos parece la reciente contribución de Alonso García (2024b).

[35] Nos remitimos a la clásica obra de Alexy (2022: 73 y ss., 127 y ss.).

[36] En este punto, es obligado citar el asunto *LIN*, por cuanto el TJUE vino a dar un giro radical en la posición mantenida hasta ese momento. Alonso García (2024a: 14) llama la atención «sobre la circunstancia de que el TJUE parecería estar más abierto a permitir el desplazamiento del Derecho de la Unión, en virtud de estándares nacionales de protección superiores a los derivados de la CDFUE, en la medida en que dichos estándares encontraran algún tipo de respaldo en el ordenamiento jurídico de la propia Unión».

y alcance?, ¿garantiza un derecho fundamental a un medio ambiente sano y adecuado?, ¿es su redacción congruente con los Tratados y el Derecho derivado?, ¿responde al estándar mínimo establecido a escala internacional?, ¿y cuál sería su relación con el art. 47 CDFUE?

A continuación, trataremos de dar respuesta a dichos interrogantes, advirtiendo, sin embargo, que dicha tarea es fruto de una primera aproximación al asunto y, por ende, conforma la primera piedra de un texto más extenso y madurado.

Pues bien, el art. 37 dispone que «las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y mejora de la salud». De acuerdo con las Explicaciones, su raíz se halla en los arts. 11 y 191 TFUE, pero también en las tradiciones de *determinadas* constituciones nacionales[37]. Nótese que, frente a otras disposiciones de la Carta, dicho precepto no bebe de los Tratados internacionales, como tampoco lo hace de la jurisprudencia del TEDH. Este absoluto desapego llama cuando menos la atención, máxime cuando el art. 53 del mismo cuerpo normativo reza que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros […][38]».

Tras esta apreciación, examinamos el aspecto de la naturaleza para concluir que, de *lege lata,* el art. 37 CDFUE no proclama —en contraste con el enfoque adoptado por la normativa internacional[39] y gran parte de las constituciones nacionales[40]— un derecho fundamental autónomo a un medio ambiente sano y adecuado[41]. Frente a lo que, a nuestro parecer, hubiese sido deseable, no se han codificado en el Derecho

---

[37] Alemania parece haber sido determinante. Así lo sostiene Krämer (2022: 196).

[38] Dicho artículo ha de ponerse en inmediata conexión con el ya citado art. 6 CDFUE. Véase la reciente publicación de Arriba-Sellier (2024). También, Douglas-Scott y Hatzis (2014).

[39] Sin ir más lejos, el mismo art. 1 del Convenio de Aarhus. Junto a ello, resulta obligado mencionar el reciente e histórico reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. Nos referimos a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 26 de julio de 2022, A/76/L.75.

[40] Un marco comparativo muy completo puede hallarse en la Resolución del Consejo de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa (2022), «*A fundamental right to the environment: a matter for local and regional authorities towards a green reading of the European Charter of Local Self-government*», CG (2022) 43-15 final, 12 y ss.

[41] En este sentido, el art. 37 «*even fails to codify and elevate to a constitutional level procedural environmental rights that are already binding upon the EU and its Member States, both under international law and EU secondary law. Rather than embodying a 'limit' on public authorities' action in order to protect an individual right to a healthy environmental, or a positive obligation to act to fulfil such a right, Article 37 articulates a principle of environmental*

primario los derechos procesales ambientales -ya reconocidos tanto por el Convenio de Aarhus como por el propio Derecho derivado[42]. En definitiva, afrontamos una situación de fricción intrasistémica[43] que, por ser tal, exigiría ser resuelta a la mayor brevedad en aras a salvaguardar la unidad y eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

Descendiendo a lo concreto, sostenemos que la deficiente configuración del art. 37 CDFUE, cuyo contenido, insistimos, alberga un mero principio en términos estrictamente objetivos, reduce de forma automática el estándar de protección del medio ambiente, aparte de dejar la puerta abierta a posibles vulneraciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que, como sabemos, la naturaleza condiciona la operatividad de las normas, esto es, su alcance y eficacia.

En este contexto, el TJUE ha sostenido que los principios solo podrán desplegar plenamente sus efectos si son concretados mediante disposiciones comunitarias o nacionales, de suerte que, *a sensu contrario,* no serían invocables en cuanto derechos subjetivos[44]. Dicho de otro modo, los principios, como regla general, no gozarían de efecto directo. Este planteamiento ha sido, no obstante, matizado en reiteradas ocasiones por el mismo Tribunal. Pensemos, por ejemplo, en el principio de solidaridad energética contenido en el art. 194.1 TFUE, que fue directamente invocado por Polonia frente a Alemania en el asunto *Opal*[45]. O, también, por ofrecer un caso extremo en favor del argumento defendido, en el reciente asunto sobre el Reglamento 2020/2092[46] (Euratom), donde la Comisión vio admitidos los recursos de incumplimiento interpuestos frente a Polonia y Hungría sobre la base del art. 2 TUE

---

integration as a "policy aim" for public authorities». Morgera y Marín Durán (2021: 1060). Junto a ello, véase de Sadeleer (2013: 61 y ss.).

[42] A título de ejemplo, el art. 11 de la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, impone a los Estados miembros la obligación de asegurar «la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva».

[43] Como es evidente, ello perjudica la calidad objetiva de nuestro Ordenamiento, ya que, por regla general, el desorden deriva en ineficacia. «En la organización radica, pues, la esencia última de lo jurídico», Martín-Retortillo (1962: 44).

[44] STJUE de 22 de mayo de 2014, C-356/12, apdo. 78 (ECLI:EU:C:2014:350). Más convincente parece, empero, la posición adoptada por la abogada general Verica Trstenjak en sus conclusiones de 8 de septiembre de 2011, pues allí defendió la naturaleza de derecho subjetivo del art. 31 (apartado 69).

[45] STJUE de 15 de julio de 2021 (Gran Sala), *Alemania/Polonia*, C-848/19 (ECLI:EU:C:2021:598).

[46] SSTJUE de 16 de febrero de 2022 (Pleno), *Hungría/Parlamento y Consejo*, C-156/21 (ECLI:EU:C:2022:97); y de 16 de febrero de 2022 (Pleno), *Polonia/Parlamento y Consejo*, C-157/21 (ECLI:EU:C:2022:98).

en cuanto valor normativo y canon autónomo de validez[47]. Con todo, la realidad del principio proclamado por el art. 37 de la Carta sigue siendo su falta de justiciabilidad. En consecuencia, ha de reconocerse su aminorada funcionalidad real.

En otro orden de ideas, las Explicaciones ofrecidas sobre el art. 51.1 confirman el papel de los Estados miembros en cuanto sujetos obligados «cuando apliquen el Derecho de la Unión» (por todas, STJUE de 13 de abril de 2000, C-292/97, apartado 37, ECLI:EU:C:2000:202). El precepto referido, enormemente discutido por la doctrina[48], plantea en este momento dos cuestiones de interés. Primero, según el apartado 1, el ámbito de aplicación se refiere a todas las disposiciones de la Carta, lo cual se distancia del art. 52.1, por cuanto este excluye del alcance a los principios. Cabría entonces preguntarse, antes que nada, por la vinculación de los Estados miembros con respecto a las obligaciones derivadas del principio de protección ambiental. Pensamos que la respuesta debe ser positiva, dado que, en modo alguno podría defenderse la exención de cumplimiento del mandato derivado de un principio general del Derecho europeo. Para más *inri*, si admitimos que los derechos derivan de los principios en cuanto plasmación de las reglas, no tendría sentido omitir la causa que da lugar a la consecuencia.

Segundo, ¿en qué medida vincularía el principio de protección del medio ambiente cuando los Estados miembros no estén obligados a aplicar la Carta, considerando que, según el principio de integración ambiental consagrado en el art. 11 TFUE, todas las políticas comunitarias se hayan afectadas por tal mandato? Como es habitual, la respuesta puede hallarse en la propia pregunta, ya que, en el ámbito del Derecho de la Unión[49], la sujeción parece estar, en mayor o menor medida, y de forma directa o indirecta, garantizada por la referida disposición[50]. Lo expuesto se traduce en que, en caso de conflicto con el Derecho nacional, entraría en juego por esta vía el principio de primacía[51] de cara a salvaguardar la unidad y eficacia del ordenamiento jurídico comunitario.

Sea como fuere, la situación dista de ser satisfactoria si redirigimos la mirada al espacio procesal ambiental, donde el art. 37 reduce sus

---

[47] Sobresale en este punto la reciente obra de Iglesias (2023).

[48] Véase Cudero Blas (2017: 68).

[49] Véase Rosas y Armati (2018: 72-73).

[50] En efecto, «*EU legislation covers a wide variety of issues. These range from climate change, to biodiversity, water protection, air pollution, noise, hazardous substances, genetically modified organisms, waste management, nuclear safety, as well as horizontal measures on environmental assessments, integrated pollution prevention and control, integrated product policy and environmental liability. As a result, about 70–80 per cent of environmental law implemented in the Member States is of EU origin*». De nuevo, extraemos la cita de Morgera y Marín Durán (2021: 1043).

[51] Por todas, STJUE de 22 de febrero de 2022, C-430/21, apdo. 51 (ECLI:EU:C:2022:99).

efectos al terreno estrictamente hermenéutico[52]. Frente a ello, proponemos una reformulación más garantista de dicha disposición, que, de acuerdo con lo anterior, debiera plasmarse en la previsión de un auténtico derecho fundamental a un medio ambiente sano y adecuado con el fin de completar, en virtud del principio de continuidad[53], el sistema de tutela ambiental comunitario encabezado por los arts. 3.3 TUE y 11 y 191 TFUE. Al mismo tiempo, su consagración favorecería un mejor encaje con el derecho internacional, así como con el art. 47 CDFUE, cuya relación pasamos a investigar en el siguiente epígrafe.

En resumidas cuentas, confiamos en que atacar el problema desde su raíz conduciría a una protección más [auténticamente] elevada del medio ambiente, siendo, asimismo, coherente con los intereses estratégicos de la Unión en su deseo por liderar el mayor reto del siglo XXI.

3.3. La relación entre los arts. 37 y 47 CDFUE

Si atendemos de nuevo a las Explicaciones, podremos comprobar que, paradójicamente, el Derecho comunitario otorga una protección más intensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que su fuente referencial (art. 13 CEDH), en la medida que, en todo caso, dicho derecho ha de quedar garantizado ante un juez[54]. El art. 19.1. párr. 2 TUE viene a confirmarlo cuando establece el deber de los Estados miembros de prever «las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

Así las cosas, procedemos a examinar el art. 47 CDFUE[55] con la vista puesta en ampliar el alcance del art. 37 CDFUE. ¿Cabría contemplar aquel precepto como puente de potenciación de los derechos procesales ambientales con respecto a la flexibilización de los requisitos de legitimidad? La búsqueda de soluciones nos lleva a saltar —no sin cierta resignación— del espacio legislativo al estadio judicial, en cuya sede defendemos una lectura verde de la Carta que se proyecte sobre el referido art. 47 CDFUE.

Un primer obstáculo lo encontramos en su propia redacción, pues «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efec-

---

[52] Véase la STJUE de 25 de junio de 2024, C-626/22 (ECLI:EU:C:2024:542). En esta resolución se refleja muy claramente el papel del art. 37 de la Carta como mero parámetro interpretativo.

[53] La funcionalidad de este principio queda bien reflejado en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (2012: 105-106).

[54] Por todas, STJUE de 15 de mayo de 1986, 222/84 (ECLI:EU:C:1986:206).

[55] Para un estudio en profundidad sobre dicho precepto, se recomienda WARD (2021:1245-1384).

tiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo». A ello se suma el contenido del citado art. 52.1 de la Carta, de suerte que «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades […]».

Una interpretación literal nos llevaría a una respuesta rotundamente negativa, lo que no hace sino confirmar la aparente falta de justiciabilidad del art. 37 CDFUE. Es entonces cuando hemos de acudir a una lógica sistemática que permita ampliar el foco a los Tratados constitutivos y, muy en particular, al principio de integración ambiental contenido en el art. 11 TFUE[56]; mandato que, por lo pronto, debe estudiarse en conjunción con los arts. 37 y 47 CDFUE, 19 TUE y 191 TFUE.

El amplio alcance de este principio —el cual, dicho sea de paso, goza de eficacia directa— queda reflejado, entre otras, en la STJUE de 20 de noviembre de 2018[57], donde, en su apartado 101, se clarifica que, «en virtud del art. 11 TFUE, las exigencias de la protección del medio ambiente deben integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión […]. En efecto, si bien es cierto que la Unión debe cumplir este artículo cuando ejerce una de sus competencias, no lo es menos que la política medioambiental se contempla explícitamente en los Tratados como un ámbito de competencia autónomo y, en consecuencia, cuando la finalidad y la componente principales de una medida corresponden a este ámbito de competencia, tal medida debe ser considerada a su vez comprendida en él». Nada impediría defender la extrapolación de dicho razonamiento al aspecto más determinante para garantizar la protección ambiental, es decir, el acceso a la justicia. Creemos, igualmente, que esta misma metodología podría aplicarse por analogía al art. 19.1 párr. 2 TUE.

Recapitulando, solo a partir de un sistema de recursos que favorezca una ciudadanía procesalmente activa podrá darse pleno cumplimiento a los objetivos marcados por la política ambiental. En esta línea de pensamiento, cabe concluir que los arts. 11 TFUE y 19.1 TUE contienen la llave para legitimar una interpretación más garantista[58] de la Carta en lo referente a la tutela judicial efectiva cuando se vean afectados derechos procesales ambientales.

A falta de una concepción de la naturaleza como sujeto de derechos, así como de un derecho fundamental al medio ambiente sano y adecuado, consideramos que solo cabría apoyarse, en abstracto, sobre los

---

[56] Preciso es subrayar que «todos los valores constitucionales deben compaginarse entre sí […] de forma que el equilibrio y contrapeso de valores es una dinámica básica en la interpretación de la Constitución», Alonso García (1984: 377).

[57] STJUE de 20 de noviembre de 2018, C-626/15 y C-659/16 (ECLI:EU:C:2018:925).

[58] Sobre los métodos hermenéuticos en la jurisprudencia comunitaria: Lenaerts y Gutiérrez Fons (2022).

citados preceptos, cuyo fundamento último radica en los principios de eficacia, unidad y cooperación leal. Ahora bien, la defensa sobre la tesis adoptada en este trabajo quedaría incompleta y, consiguientemente, debilitada, si excluyéramos de nuestro análisis a la fuente internacional de referencia, esto es, el Convenio de Aarhus de 1998.

4. EL INCUMPLIMIENTO DEL ART. 9.3 DEL CONVENIO DE AARHUS. LA CARTA COMO SOLUCIÓN AL PROBLEMA

4.1. El acceso a la justicia ambiental en perspectiva

La protección del medio ambiente ha constituido tradicionalmente una de las prioridades del Derecho internacional público en su sentido moderno[59]. Los avances experimentados desde mediados del siglo pasado no tienen precedentes, aun cuando sea evidente el largo camino por recorrer por parte de todos los agentes implicados[60].

Sin intención de descender al detalle ni de retrotraernos en exceso en el tiempo, procedemos a sobrevolar los hitos más importantes. A tal efecto, puede tomarse como punto de partida el Informe Brundtland de 1987, en tanto constituye un punto de inflexión que, en gran medida, marcó los pasos de las décadas venideras. Así, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo advirtió allí sobre los peligros derivados de la crisis climática con la esperanza de construir un futuro más próspero, justo y seguro[61]. Seguidamente, es obligado mencionar la Declaración de Río de 1992. El examen de su articulado permite subrayar varios preceptos esenciales. Confirmando la visión antropocéntrica explicada *supra*, el principio 1 sitúa al ser humano en el centro de las preocupaciones, de suerte que todos tendríamos «derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza».

Esta formulación podría resumir la filosofía que el Derecho occidental ha tratado de impulsar desde entonces. En este punto, ha de señalarse su positivización bajo la categoría de derecho, cual dista de la redacción sostenida en el art. 25, de donde se deduce su plasmación como principio: «la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables». Queda así constatada la naturaleza multidimensional de la norma analizada, siendo una su raíz y varias sus manifestaciones.

---

[59] Un desarrollo histórico del Derecho Ambiental Internacional desde finales del siglo XIX hasta la actualidad puede encontrarse en Lozano Cutanda (2023: 35 y ss.).

[60] Sobre la importancia de las sinergias entre ciudadanía, poder público y mercado: de la Cruz Ferrer (2002: 86-87).

[61] Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987), A/42/427, 16.

Del mismo modo, cabe reseñar el principio 27, concerniente a la cooperación internacional. Esta última referencia no resulta baladí, pues introduce la obligación de «cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible». Este precepto bien podría resumirse en el principio de *pacta sunt servanda*; el cual adquiere, en conexión con el principio de primacía internacional, una importancia capital en la presente investigación.

Siguiendo el orden establecido, llegamos al art. 10, en cuya sede se declara el deber de los Estados de proporcionar un acceso efectivo a los procedimientos administrativos y judiciales, incluyendo expresamente el acceso a los recursos[62]. Se siembra aquí la semilla que, más tarde, desarrollaría con el debido detalle el mencionado Convenio de Aarhus de 1998, regulador de los tres pilares de la denominada democracia ambiental. Su artículo primero reúne, en un ejercicio de maduración y sistematización, el conjunto de principios señalados de la Declaración de Río.

Sobre esta base, la atención se dirigirá, en lo que sigue, al art. 9. Mientras que sus apartados 1 y 2 prevén, respectivamente, el derecho de toda persona a la información y participación, el siguiente se focaliza sobre el acceso a la justicia para la aplicación del Derecho ambiental[63]. Así, «cada Parte velará por que los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional». Por su parte, el apartado 4 añade la obligación de los Estados de ofrecer recursos materiales suficientes y efectivos.

Para una mayor comprensión del presente epígrafe, conviene aclarar dos conceptos intensamente ligados con la categoría de la legitimación activa[64]. De una parte, la noción de «público». En un primer momento, el asunto debiera tener fácil solución, ya que el art. 2.4 del Convenio se ocupa de su definición expresa, de suerte que por público ha de entenderse «una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la

---

[62] El Relator Especial John H. Knox manifiesta, sobre la base de los arts. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que «las obligaciones de los Estados de proporcionar acceso judicial y otros procedimientos para interponer recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos incluyen los recursos por las violaciones de los derechos humanos relativas al medio ambiente». Ello da pie, precisamente, a la redacción del art. 10 del documento que ya citamos *supra* bajo el título: «Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente».

[63] Véase Martinez Jimenez y Plaza Martín (2018). También, Sanchis Moreno (2007).

[64] En nuestro Derecho, para una explicación de la distinción entre la *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*, nos remitimos a la STS 3297/1999, de 31 de mayo de 2006, FJ 1.º.

legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas».

Una lectura literal, sistemática y teleológica de dicho precepto favorece la aplicación de la doctrina *pro actione* en favor de los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas. Así lo reconoce la propia Comisión en su Comunicación 2017/C 275/01, relativa al Acceso a la Justicia en Materia Medioambiental, cuando afirma que, en el caso de las personas, los requisitos referidos han de interpretarse y aplicarse a la luz de la obligación de conceder un amplio acceso. La realidad, empero, demuestra ser mucho más conflictiva, pues la mayoría de los Estados miembros sostienen una interpretación restrictiva[65].

Por otro lado, la noción de «autoridad pública». Según el art. 2.2 del Convenio, este término comprende: *a)* la Administración pública en todos sus niveles, *b)* las personas físicas o jurídicas que ejerzan funciones administrativas de carácter público relacionadas con el medio ambiente o que asuman dichas responsabilidades bajo autoridad pública, y *c)* las instituciones de cualquiera de las organizaciones contenidas en el art. 17 del Convenio. Sobre este extremo, será suficiente con concluir, por el momento, la intención del legislador internacional a la hora de otorgar a este término un amplio alcance.

Pasando ya al plano europeo, la Unión quedó obligada por el Convenio —junto con todos los Estados miembros— tras la firma y posterior ratificación de este. En este marco, se aprobó la Directiva 2003/4/CE, concerniente al Derecho de Acceso del Público a la Información Medioambiental. A ello se sumó la Directiva 2003/35/CE, destinada a la participación del público en la colaboración de planes y programas relacionados con el medio ambiente.

No hay duda de que la Unión se ocupó de sus obligaciones regulatorias, quedando ambas normas pendientes de trasposición por parte de los Estados miembros. Finalmente, es preciso citar el Reglamento (CE) 1367/2006, que exige a las instituciones y organismos comunitarios aplicar las obligaciones recogidas en el Convenio de Aarhus. Llegados a este punto, sería lógico preguntarse: ¿dónde queda la regulación del tercer pilar?

En las próximas páginas nos ocuparemos de investigar las causas y consecuencias asociadas a esta problemática; la cual, por otro lado, no puede comprenderse íntegramente sin lo expuesto en el epígrafe anterior.

---

[65] Véase González Granda y Yugeros Prieto (2022: 21).

4.2. El incumplimiento del art. 9.3 del Convenio

4.2.1. *Causas, consecuencias y propuestas*

El derecho de acceso a la justicia ambiental ha de ser previsto y garantizado tanto por la Unión[66] como por los Estados miembros[67]. En lo que concierne a estos, el fundamento de dicha obligación se halla, primeramente, en el citado art. 9.3 del Convenio de Aarhus, pero también en el propio Derecho de la Unión cuando apliquen sus normas, en el sentido de que dicho Convenio forma parte del acervo comunitario desde el mismo momento de su ratificación[68].

En 2005, fue el Consejo quien vino a reconocer en el Anexo Único de la Decisión 2005/370/CE, de 17 de febrero de 2005, que «los instrumentos legales vigentes no abarcan totalmente la puesta en práctica de las obligaciones derivadas del art. 9, apartado 3, del Convenio […] los Estados miembros son responsables de poner en práctica dichas obligaciones para la fecha en que la Comunidad Europea apruebe el Convenio, y seguirán siéndolo a menos o hasta que la Comunidad, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Tratado CE, adopte disposiciones de Derecho comunitario que engloben la puesta en práctica de dichas obligaciones». La posición adoptada encuentra sentido en el respeto al principio de atribución (art. 5 TUE), ya que la materia procesal constituye una competencia exclusiva de los Estados miembros.

Dada su enorme relevancia para la eficacia del Derecho ambiental comunitario, se comprende el interés de la Unión en regular y homogeneizar esta cuestión. Resaltamos el Informe realizado en 2007 por la Oficina Europea del Medio Ambiente (EEB)[69], cuyo autor, Ralph Hallo, se adhiere a la opinión generalizada sobre la necesidad de una Directiva que evite la falta de conformidad de los derechos nacionales con el art. 9.3 del Convenio.

Con este propósito, la Comisión propuso en 2003 la Directiva sobre el Acceso a la Justicia en Materia de Medioambiente, COM(2003) 624 final. Allí reconoció que «solo un instrumento jurídicamente obligatorio permitirá la plena ratificación de la Convención de Århus por la

---

[66] En este trabajo nos centramos —principalmente, por motivos de extensión— en los Estados miembros. Sin embargo, la presente investigación revela un incumplimiento palmario por parte de la propia Unión con respecto al art. 9 (apdos. 3 y 4) en relación con los arts. 47 CDFUE y 263 TFUE, que trataremos con la debida profundidad en otro momento y lugar. De manera muy resumida, lo aquí afirmado se constata por el Comité de Cumplimiento del Convenio Aarhus ya desde los asuntos ACCC/C/2008/32 y ACCC/C/2015/128. Un comentario detallado sobre este asunto puede verse en Krämer (2022: 14 y ss.).

[67] Sobre esta doble dimensión, *ibid.*, p. 24.

[68] Véase Von Arnauld (2022: 60).

[69] Lo explican González Granda y Yugeros Prieto (2022: 19-20).

Comunidad Europea y, al mismo tiempo, la aplicación adecuada del Derecho medioambiental […]»[70]. Aunque esta obtuvo el apoyo del Consejo Europeo, fue después de todo rechazada en el Consejo, dando lugar a su retirada en 2014[71]. La Comisión persistió en sus esfuerzos cuando, en el año 2017, promulgó la Comunicación 2017/C 275/01 con el objetivo de establecer una guía sobre los criterios a seguir en lo referente al art. 9; completada, más tarde, y en relación con las exigencias derivadas del Pacto Verde, por la Comunicación de 14 de octubre de 2020, COM (2020) 643 final.

En suma, pese a la persistencia de la Unión, no parece que la situación vaya a experimentar ningún cambio a corto-medio plazo, lo que nos hace plantearnos si, acaso, dicha reticencia[72], aún en nombre de los principios de democracia, atribución y equilibrio institucional, no pudiera estar vulnerando el principio de la cooperación leal[73]. En línea con la tesis defendida anteriormente, consistente en que los derechos procesales ambientales quedarían protegidos por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, amparamos tal postura en el siguiente razonamiento.

Para comenzar, el Convenio de Aarhus forma parte del acervo comunitario y, en consecuencia, obliga a todos los Estados miembros a su cumplimiento. Segundo, muchas de las legislaciones nacionales, haciendo caso omiso de las recomendaciones de la Comisión, están restringiendo en exceso los criterios de legitimación activa, como así sucede, sin ir más lejos, en España. Dicho lo cual, pensamos que impedir la adopción de una Directiva que favorezca la buena gobernanza ambiental mediante la armonización de los criterios de legitimidad supondría una suerte de incumplimiento del Derecho de la Unión; traducido, en último término, en la vulneración del principio de cooperación leal[74].

Al margen de este debate y, precisamente en virtud de tal principio, la Unión debería persistir en su intento de sacar adelante una Directiva en dicha materia; si bien debe puntualizarse que el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus consideró en 2017 que no conseguir tal objetivo no equivale a incumplimiento, confirmando así que los últimos responsables son los Estados miembros[75].

---

[70] Directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medioambiente, COM(2003) 624 final, 6.

[71] La cronología completa puede verse en *https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2003_246.*

[72] Reticencia que, reseñamos, viene alineada con el incumplimiento de gran parte de los Estados miembros.

[73] Lenaerts y Gutiérrez Fons (2022: 23).

[74] Véase Klamert (2022).

[75] Ello puede comprobarse en la Resolución ACCC/C/2014/123, ECE/MP.PP/C.1/2017/21. En particular, apdos. 89, 90 y 97.

El «fracaso» en el plano legislativo viene, una vez más, a ser mitigado desde el estadio jurisprudencial, por cuanto la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia respalda una interpretación amplia del art. 9.3 del Convenio. En el asunto *Lesoochranárske zoskupenie*[76], se declaró, de acorde a los principios de equivalencia y eficacia, que «la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) […]». A ello añade que, «en consecuencia, es inconcebible interpretar, sin poner en cuestión la protección efectiva del Derecho medioambiental de la Unión, las disposiciones del art. 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus de modo que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión[77]».

De esta forma, se confirma que el límite a la discrecionalidad de los Estados miembros viene marcado por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Llama la atención que, en un *leading case* tan determinante como este, el Alto Tribunal no mencione en ningún momento el art. 47 CFUE[78]; aunque es cierto que, desde entonces, se aprecia una significativa evolución en este sentido, como así lo demuestra el asunto *Fiat*[79]. Su apartado 66 dispone que «si bien es cierto que el art. 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus carece de efecto directo en el Derecho de la Unión […] no es menos cierto que, por un lado, la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión exige dar, en la mayor medida posible, al Derecho nacional una interpretación conforme con las exigencias de tales acuerdos y, por otro lado, que la citada disposición, en relación con el art. 47 de la Carta, impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión, en particular de las disposiciones de Derecho medioambiental».

---

[76] STJUE (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011, C-240/09 (ECLI:EU:C:2011:125). Cabe referenciar las contribuciones de Pons Portella (2018: 197) y Ruiz de Apodaca (2018).

[77] Por su parte, la STJUE de 11 de enero de 2024, asunto C-252/22, aclara en el apartado 54 que «el art. 9.3 se dirige a los miembros en general, si bien otorga cierta discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de fijar los titulares efectivos (apartado 53). Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho de recurso previsto en el art. 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus resultaría privado de toda eficacia si, como consecuencia de la imposición de tales criterios, se negara todo derecho de recurso a determinadas categorías de miembros del público […]».

[78] También lo advierte Krämer (2022: 13).

[79] STJUE de 8 de noviembre de 2022 (Gran Sala), *Fiat Chrysler Finance Europe/Irlanda*, C-873/19 (ECLI:EU:C:2022:859).

Este pronunciamiento aporta luz y solidez a nuestra argumentación, siendo que el principio de cooperación leal, ciertamente puesto en riesgo si aceptamos la validez de la crítica realizada *supra* desde el plano legislativo, encuentra un nuevo apoyo en el principio general de interpretación conforme[80] en cuanto exigencia del principio de primacía internacional.

Aun celebrando el refuerzo del vínculo obligacional de dichos principios generales por la vía jurisprudencial, el problema de fondo continuará irresuelto hasta que los Estados miembros no alcancen los consensos necesarios desde una voluntad común. Esto significa que la solución definitiva escapa al control del Derecho, en tanto en cuanto una mirada honesta sobre la realidad pone en evidencia que, por más que pese, aquella se halla en el terreno político.

4.2.2. *Una referencia final al caso español*

Una muestra de las consecuencias negativas derivadas de la falta de armonización en la materia analizada puede encontrarse en el ordenamiento jurídico español. España ratificó el Convenio en diciembre de 2004 por la vía constitucional de los arts. 93 y siguientes CE. Asimismo, nuestro país llevó a cabo —con la usual tardanza— la transposición de las Directivas reseñadas mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (LIPPJMA); norma que, un año más tarde, vino a ser complementada por la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRMA).

La LIPPJMA nació con la vocación de ser uno de los principales pilares de la gobernanza ambiental bajo el mandato emanado de los arts. 24 y 45 CE[81]. Sin embargo, su redacción ha sido fuertemente criticada en varios aspectos y desde distintas perspectivas; no habiendo sido bien recibida por la doctrina, precisamente, en lo relativo al acceso a la justicia. En la Exposición de Motivos leemos que dicha norma «pretende así asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial, la efectividad de los derechos que el Convenio de Aarhus reconoce a todos y, por ende, la propia ejecución del Conve-

---

[80] Para profundizar sobre esta dimensión del principio, véase Arzoz Sanstisteban (2021). Desde otro prisma, cabe referenciar, sobre la específica obligación que pesa sobre las autoridades judiciales nacionales de interpretar su Derecho interno conforme a las Directivas de la Unión, Alonso García (2017).

[81] Véase Díez-Picazo (2021: 57). Creemos necesario manifestar aquí nuestra posición a favor de la consideración de este derecho subjetivo como derecho fundamental. Una extensa argumentación en este sentido puede encontrarse en Jordano Fraga (1995: 453-500). Desde una posición contraria, Baño León (2004: 372 y ss.).

nio. Finalmente, se introduce una previsión que habilitaría al público a entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar cualquier acción u omisión imputable, bien a otro particular, bien a una autoridad pública, que constituya una vulneración de la legislación ambiental nacional».

La apertura de dichos términos, bien proyectada sobre los arts. 1.c) y 2.1, se distancia radicalmente del diseño regulatorio de la acción pública en los arts. 22 y 23 LIPPJMA. Dicha figura ya ha sido analizada en otro lugar, por lo que me remito a dicha publicación para un comentario *in extenso*[82]. Dejando a un lado los problemas competenciales derivados de la relación entre el art. 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)[83] y los citados preceptos, será suficiente ahora con señalar, al hilo del asunto que nos ocupa, que esta acción ve limitada hasta tal punto las condiciones para su ejercicio[84], que la doctrina, la jurisprudencia y, hasta la propia ley, han reconocido que esta «especie de acción popular[85]» queda vaciada de contenido y, consiguientemente, desnaturalizada (por todas, STS 1432/2016, 16 de junio de 2016, FJ 6.º, ES:TS:2016:3559)[86].

Menos conflictiva es la formulación del art. 20, concerniente a los recursos en general, en tanto allí se estipula que, cuando, siendo imputable a una autoridad pública, el público considere que un acto u omisión haya vulnerado sus derechos, podrá interponer los recursos previstos en los arts. 112 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas (LPAC).

---

[82] Véase Pulgar Lanzaco (2024).

[83] Véase Lozano Cutanda (2021).

[84] Tal y como reconoce la STS 639/2015, de 17 de febrero de 2015, FJ 5.º, «el ejercicio de la acción pública constituye una modalidad extraordinaria de legitimación, por lo que no se exige ostentar un derecho o interés legítimo [subjetivo], si bien, ese carácter extraordinario, justifica que, como afirma la STS de 5 de enero de 1990 "esta norma de legitimación debe interpretarse restringidamente, dado su carácter especial"». No obstante, «restringidamente» no debe significar «nulamente». Bastará con recordar ahora la doctrina Tribunal Constitucional sobre el principio *pro actione* en relación con la tutela judicial efectiva. Según la STC 11/2009, de 12 de enero de 2009, este principio «opera sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de estos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (F. J.1.º)». Junto a ello, conviene consultar Peñalver i Cabré (2013: 241).

[85] Aunque en este estudio hemos utilizado la acción pública y acción popular de forma indistinta, Pérez Conejo (2000: 50) advierte de que la acción pública no equivale a acción popular. «La primera, en sentido propio, es la que puede ser ejercitada por los titulares de los órganos públicos o administrativos, mientras que la segunda, en rigor, es la que puede ser activada por cualquier ciudadano, siendo por tanto esta más amplia que aquella».

[86] A mayor abundamiento, nos remitimos a la recopilación realizada por Pons Portella (2018: 191).

El panorama se complica, empero, si profundizamos mínimamente sobre la legislación de Derecho derivado. Cabe destacar el art. 47.5 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA), donde se recoge que «el Informe de impacto ambiental no será objeto de recurso alguno sin perjuicio de los que, en su caso, procedan en vía administrativa o judicial frente al acto, en su caso, de autorización del proyecto». Como indica B. Lozano Cutanda (2023b) a la luz de la reciente STJUE de 25 de mayo de 2023[87], esta prohibición es contraria al art. 11 de la Directiva 2011/92/UE, por cuanto dicho Informe, que constituye un «acto de trámite cualificado», incidiría directamente sobre el fondo del asunto al determinar si un proyecto debe someterse o no al procedimiento ordinario de evaluación ambiental.

En sintonía con esta autora, defendemos la incompatibilidad del precepto interno con el Derecho comunitario, en la medida que hace imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. Por tanto, la previsión analizada nos parece un caso claro de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24 CE y, en último extremo, de los arts. 47 CDFUE, 19.1 TUE y 6 y 13 CEDH.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La presente investigación evidencia que, frente al espejismo de la hiperregulación, la protección elevada del medio ambiente en la Unión Europea tiene todavía un largo camino por recorrer. La configuración de un modelo de tutela que impulse una ciudadanía procesalmente activa es clave en la consecución de tal objetivo; siendo necesario, a estos efectos, superar la vieja concepción vertical de las relaciones de poder. Sobre esta premisa, dos son los problemas localizados y abordados en el marco del acceso a la justicia ambiental; a saber: la deficiente configuración del art. 37 CDFUE y el incumplimiento del art. 9.3 del Convenio de Aarhus por gran parte de los Estados miembros. Cabe concluir que, aunque aparentemente se trata de dos problemas con causas diferenciadas, ambos se hallan intensamente entrelazados y desembocan en consecuencias similares.

De acuerdo con lo defendido a lo largo del trabajo, un escenario de respuesta ideal contemplaría, respectivamente, dos soluciones. Por un lado, la consagración en la Carta de un verdadero derecho fundamental a un medio ambiente sano y adecuado, lo que se traduciría en la judicialización del citado art. 37 y su consiguiente aumento de operatividad. Por otro lado, la aprobación y entrada en vigor de una Directiva que venga a armonizar los criterios de legitimación activa de cara a

[87] STJUE de 25 de mayo de 2023, C-575/21 (ECLI:EU:C:2023:425).

garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, a la postre, una protección auténticamente elevada del medio ambiente que favorezca el cumplimiento de los estándares internacionales.

Ahora bien, una dosis de realismo revela un problema común añadido: la falta de consensos políticos y su efecto paralizante sobre el plano legislativo. Ello explica el protagonismo *in crescendo* del Tribunal de Justicia en cuanto principal garante del medio ambiente, lo que, en coherencia con su tradicional casuismo metodológico, viene acompañado de un fortalecimiento del vínculo obligacional de los principios generales del Derecho europeo en aras de una interpretación verde de la Carta. Destaca con especial intensidad el principio de cooperación leal, en virtud del cual tanto las instituciones comunitarias como los Estados miembros han de seguir propulsando las medidas mencionadas.

No otra cosa cabría esperar, a nuestro juicio, de una Unión comprometida con el espacio vital que da sentido a su razón de ser: la dignidad humana.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2022). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alonso García, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor: Aranzadi.

Alonso García, R. (2017). «La interpretación del Derecho nacional en función de la entrada en vigor de las Directivas y de su fecha límite de trasposición (o su transposición anticipada)». *Revista Española de Derecho Europeo*, 64, pp. 13-24.

Alonso García, R. (2024a). «Límites y contra-límites en la aplicación nacional de la CDFUE, y *preeminencia* del Derecho de la UE (SJUE 24 julio 2023, C-107/23 PPU, Asunto LIN)». *Revista Española Derecho Europeo*, 89, pp. 149-167.

Alonso García, R. (2024b). «Un jurista persa en Luxemburgo (ante la descentralización de la cuestión prejudicial)». *Revista Española de Derecho Europeo*, 90, pp. 9-17.

Alonso García, R., y Andrés Sáenz de Santa María, P. (2022). *El sistema europeo de fuentes*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Alonso García, R. y Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (dirs.) (2017). *La aplicación judicial de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Oñati: IVAP.

Arzoz Santisteban, X. (2021). «Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 4, pp. 67-104.

Bacigalupo Saggese, M., Linde Paniagua, E. y Fuentetaja Pastor, J. A. (2012). *Principios de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Colex.

Bonelli, M., Gentile, G., Eliantonio, M. (2022). *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. The Court of Justice´s Perspective*, vol. 1. Oxford: Hart Publishing.

Cudero Blas, J. (2017). «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: su aplicación en los Estados miembros a tenor de su artículo 51 y preceptos concordantes». En Alonso García, R. y Ugartemendia Eceizabarrena, J. I. (dirs.), *La aplicación judicial de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Oñati: IVAP, pp. 68-87.

De Arriba-Sellier, N. (2024). «Climate Protection as a European Fundamental Right under the ECHR and beyond». *EuLawLive,* Disponible en: *https://eulawlive.com/symposia/climate-protection-as-a-european-fundamental-right-under-the-echr-and-beyond-demo/*.

De Búrca, G. (2005). *EU Law and the Welfare State. In search of solidarity*. Oxford: Oxford University Press.

De Sadeleer, N. M. (2012). «Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases». *Nordic Journal of International Law*, 81, pp. 39-74.

Díez-Picazo, L. M. (2021). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Douglas-Scott, S. y Hatzis, N. (2014). *EU Human Rights Law.* Cheltenham: Edward Elgar.

Esteve Pardo, J. (2015). *Estado Garante. Idea y realidad*. Madrid: Instituto Nacional Administración Pública.

Estupiñán-Achury, L., Parra-Acosta, L. y Rosso-Gauta, M. (2022). «La Pachamama o la naturaleza como sujeto de derechos. Asimetrías en el constitucionalismo del «buen vivir» de América Latina». *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 17 (2), pp. 42-69.

Gomá Lanzón, J. (2019). *Dignidad*. Barcelona: Galaxia Gutenberg.

González Granda, P. y Yugueros Prieto, N. (2022). «Dos destacables iniciativas de mejora en la órbita europea con incidencia en el acceso a la justicia ambiental». *Revista Española de Derecho Europeo*, 81, pp. 9-67.

Iglesias, S. (2023). *La independencia judicial ante el Tribunal de Justicia de la UE. Vías procesales, estándar de control y perspectivas de futuro*. Cizur Menor: Aranzadi.

Jordano Fraga, J. (2007). «La Administración en el Estado ambiental de Derecho». *Revista de administración pública*, 173, pp. 101-141.

Jordano Fraga, J. (2018). «El contencioso ambiental». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, pp. 265-298.

Jordano Fraga, J. (2021). «Desarrollo sostenible: el reto del derecho ambiental». *Revista electrónica de derecho ambiental*, 38-39. Disponible en: *https://huespedes.cica.es/gimadus/*.

Klamert, M. (2022). «Loyalty and solidarity as general principles». En Ziegler, K. S., *et al.* (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe,* pp. 118-135. Cheltenham: Elgar Publishing.

Krämer, L. (2022). «Article 47 of the Charter and Effective Judicial Protection in Environmental Matters: The Need to Grant Civil Society the Right to Defend the Environment». En Bonelli, M. *et al.* (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection. The Court of Justice´s Perspective,* pp. 195-212, vol. I. Oxford: Hart Publishing.

Lenaerts, K., y Gutiérrez-Fons, J. A. (2022). *Los métodos de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

Loperena Rota, D. (1998). *Los principios del Derecho ambiental*. Madrid: Civitas.

Lozano Cutanda, B. (2016). «Derecho ambiental: algunas reflexiones desde el derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 200, pp. 409-438.

Lozano Cutanda, B. (2020). *Administración y Legislación Ambiental*. Madrid: Dykinson.

Lozano Cutanda, B. (2021). «Es inconstitucional el reconocimiento por la legislación autonómica de la acción judicial en materia de medio ambiente». *Publicaciones GA_P.* Disponible en: *https://www.ga-p.com/publicaciones/es-inconstitucional-el reconocimiento-por-la-legislacion-autonomica-de-la-accion-publica-judicial-en-materia-de-medio-ambiente/*

Lozano Cutanda, B. (2023a). *Derecho Ambiental y Climático*. Madrid: Dykinson.

Lozano Cutanda, B. (2023b). Sentencia del TJUE de 23 de mayo de 2023: la prohibición legal de recurrir el informe de impacto ambiental es contraria al derecho de la Unión Europea. *Gómez-Acebo&Pombo*. Disponible en: *https://www.ga-p.com/publicaciones/sentencia-del-tjue-de-23-de-mayo-del-2023-la-prohibicion-legal-de-recurrir-el-informe-de-impacto-ambiental-es-contraria-al-derecho-de-la-union-europea.*

Martinez Jimenez, G., y Plaza Martín, C. (2018). *Acceso a la justicia ambiental ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aplicación del Convenio de Aarhus a las instituciones de la Unión*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Montesinos Padilla, C. (2016). «Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, pp. 211-220.

Morgera, E. y Marín Durán, G. (2021). «Article 37». En Peers, S., *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary,* pp. 1041-1064, 2.ª ed. Oxford: Hart Publishing.

Ortega Carcelén, M. (2019). *Filosofía de las relaciones globales*. Madrid: Apryo.

Peñalver i Cabré, A. (2013). «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos». *Revista de Administración Pública*, 190, pp. 149-194.

Peers, S., Hervey, T., Kenner, J. y Ward, A. (2021). *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2.ª ed. Oxford: Hart Publishing.

Pernice, I. (2012). «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 17, pp. 639-674.

Pons Portella, M. (2018). «La acción popular en asuntos medioambientales». *Revista de Administración Pública*, 206, pp. 179-209.

Pulgar Lanzaco, M. (2024). «Una cuestión pendiente: la acción pública ambiental en el Derecho administrativo español». En A. Spada Jiménez *et al.* (dirs.). *La tutela del medioambiente ante la emergencia climática* (en prensa). Cizur Menor: Aranzadi.

Rosas, A. y Armati, L. (2018). *EU Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing.

Ruiz de Apodaca Espinosa, A. (2018). «El acceso a la justicia ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9, pp. 1-53.

Ruiz de Apodaca Espinosa, A. (2018). «Jurisprudencia al día. Unión Europea. Austria. Aguas». *Actualidad Jurídica Ambiental*. Disponible en: *https://www.actualidadjuridicaambiental.com/author/aapodaca/page/12.*

Salazar Ortuño, E. (2019). *El acceso ambiental a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus*. Justicia ambiental de la transición ecológica. Cizur Menor: Aranzadi.

Sanchis Moreno, F. (2007). *Guía sobre el acceso a la justicia ambiental. Convenio de Aarhus, Asociación para la justicia ambiental*. Madrid: Consejo General de la Abogacía Española.

Sands, P., Peel, J., Fabra, A. y Mackenzie, R. (2018). *Principles of International Environmental Law*, 4.ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Sarmiento, D. (2024). *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

Sindbjerg Martinsen, D. (2015). *An Ever More Powerful Court? The political constraints of legal integration in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.

Spada Jiménez, A. (2021). *Justicia Climática y Eficiencia Procesal*. Cizur Menor: Aranzadi.

Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. España: Debate.

Schütze, R. y Tridimas, T. *Oxford Principles of European Law*, vol i: The European Union Legal Order. Oxford: Oxford University Press.

Van Drooghenbroeck, S. y Picod, F. (2017). *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. *Commentaire article par article*, Bruselas: Bruylant.

Von Arnauld, A. (2022). «Harmonisation through general principles of law». En Ziegler, K. S., *et al.* (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe,* pp. 40-61. Cheltenham: Elgar Publishing.

Wallace, W. (1990). *The dynamics of European integration*. Londres: The Royal Institute of International Affairs.

Ward, A. (2021). «Article 47 – Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial». En Peers, S., *et al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (pp. 1245-1384), 2.ª ed. Oxford: Hart Publishing.

Weiler, J. (1991). «The transformation of Europe». *Yale Law Journal*, 8, pp. 2403-2483.

Ziegler, K. S., Neuvonen, P. J. y Moreno-Lax, V. (2022). *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham: Elgar Publishing.

LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA
DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
Xabier Arzoz Santisteban (coord.)
ISBN: 978-84-1381-918-1
Madrid, 2025
pp. 299-324
DOI: *10.37417/Efectividad-CDFUE/11*
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL EN LA CARTA Y EL DESPLIEGUE DE ENERGÍAS RENOVABLES: ¿UN BINOMIO IRRECONCILIABLE?[1]

Pilar Talavera Cordero

1. INTRODUCCIÓN

Hasta el momento, la actitud de la Unión Europea (UE) se ha caracterizado por una progresiva ampliación del ámbito de protección ambiental. Esta tendencia, según apuntan varios autores[2], ha sufrido una regresión con la reciente aprobación del procedimiento de determinación de afección ambiental, por el cual se excluye de la aplicación de la evaluación de impacto ambiental (EIA) a determinados proyectos de energías renovables. En este trabajo defenderemos esta tesis apoyándonos en el derecho de protección medioambiental de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) consagrado en el art. 37, los compromisos internacionales y la jurisprudencia derivada de la aplicación de la EIA. Esto es relevante por cuanto esta exclusión puede ocasionar daños medioambientales irreversibles, toda vez que, pese a lo que su nombre parece indicar, las energías verdes no son inocuas.

Para afrontar este estudio, en primer lugar, examinaremos los antecedentes del actual derecho de protección ambiental (art. 37 CDFUE),

[1] Esta investigación forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación «Agricultura climática: marco regulatorio para la transición» (TED2021-129553B-I00) liderado por el prof. Marcos M. Fernando Pablo.

[2] Entre ellos, Lozano Cutanda (2022) y Durá Alemañ (2023).

así como su contenido, calificación jurídica y formas de protección. En segundo lugar, se analizará uno de los principales instrumentos de protección ambiental: la EIA, la jurisprudencia principal derivada de ella y su conexión con los principios que emanan del art. 37 de la Carta. En tercer lugar, expondremos las principales implicaciones del procedimiento de determinación de afección ambiental y como este entra en contradicción con la jurisprudencia de la EIA, los compromisos internacionales y los principios ambientales. Estos razonamientos nos servirán para apoyar nuestra tesis, los cuales claramente apuntan en una dirección diferente a la tomada por este procedimiento. Esto pone de manifiesto la necesidad de exigir a la UE una mayor coherencia en sus medidas y la toma en consideración de los posibles efectos adversos que puede tener este procedimiento sobre el medio ambiente.

2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El medio ambiente tiene diversas esferas de protección a nivel jurídico, en ocasiones superpuestas. En el marco internacional-regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce un conjunto de derechos protegidos e interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito supranacional, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y, por último, como es lógico, la esfera de protección nacional que configuran los Estados en sus constituciones.

Previamente a la CDFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había configurado un catálogo de derechos para la Unión Europea (UE) a través de su jurisprudencia. La Carta adquirió fuerza vinculante con la ratificación del Tratado de Lisboa[3] y, además, en virtud del art. 6 TUE, su contenido tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos.

La protección ambiental como derecho no nace con la Carta, sino en la «Declaración sobre los derechos y libertades fundamentales» aprobada por Parlamento el 12 de abril de 1989[4]. Desde entonces, la UE emprendió acciones de protección incluso sin base jurídica para ello[5], la cual no existió hasta la aprobación del Acta Única Europea.

Dentro de la CDFUE, la protección del medio ambiente se consagra en su art. 37 que establece lo que sigue:

---

[3] Torres Pérez (2010: 277-278).
[4] Gómez-Reino y Carnota (2013).
[5] Fernández de Gatta Sánchez (2020: 3).

> En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

Teniendo en cuenta el recorrido jurídico que tenía la protección ambiental en la Unión Europea, no sorprende que el contenido de la disposición no sea nuevo, pues deriva tanto del propio derecho originario de la UE, contenido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el Tratado de la Unión Europea (TUE), como de las constituciones de algunos Estados miembros[6].

De la lectura del artículo precedente resaltamos tres principios: el de desarrollo sostenible, el de garantía de un nivel elevado de protección del medio ambiente y el de integración medioambiental. Estos principios aparecen en los arts. 11 y 191 TFUE. Y los dos primeros principios también se mencionan en el apartado 3 del art. 3 TUE, que forma parte a su vez de las disposiciones generales que establecen los objetivos básicos de la Unión.

El art. 11 TFUE proclama el principio de desarrollo sostenible. Este concepto deriva de la definición incluida en el Informe Brundtland, que indica que: «el desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». Esta interpretación es tridimensional, ya que engloba en el concepto de desarrollo la dimensión económica, social y de sostenibilidad medioambiental[7]. En otras palabras, el crecimiento económico y social debe compatibilizarse con la sostenibilidad o a la inversa, la sostenibilidad no debe impedir el desarrollo.

Por su parte, el principio del nivel de protección elevado está contenido en el art. 191 TFUE, el cual a su vez constituye la base jurídica de la política medioambiental de la UE. Este está formulado en términos muy genéricos, con la voluntad de ampliar el ámbito de competencias en materia de medio ambiente de la UE. En su apartado 2 se consagran una serie de principios que deben guiar la legislación y la interpretación. Además del principio ya mencionado, se incluye el principio de precaución, de prevención, de corrección en la fuente y de quien contamina paga. El alcance del principio de un nivel elevado de protección es indeterminado, lo que otorga un margen amplio a las instituciones europeas de concretización[8], sin embargo, esto no debe confundirse con una discreción total de estas[9].

---

[6] Morgera y Marín Durán (2021: 987).
[7] Bermejo Gómez de Segura (2014: 16).
[8] Lozano Cutanda (2023a: 73).
[9] De Sadeleer (2020: 477).

El principio de integración medioambiental tiene su origen en el art. 11 TFUE. La importancia de esta disposición reside en la constatación de que las políticas medioambientales no son por sí solas suficientes, sino que es necesario extenderlas a otras políticas. De lo contrario, se corre el riesgo de que la consecución de otros objetivos políticos contrarreste las metas ambientales[10].

Este principio también influye en el ámbito subjetivo al que se aplica la obligación de protección del medio ambiente, ya que se indica que «en las *políticas de la Unión* se integrarán…»[11]. Esta referencia implica que el art. 37 vincula a las instituciones de la Unión, y, en particular, a la Comisión, al Consejo y al Parlamento Europeo en sus funciones legislativas. Pese a que la Carta solo menciona «las políticas», según lo dispuesto en el art. 11 TFUE, con políticas debemos entender tanto la definición, como la ejecución[12] de las políticas europeas.

Además, según lo indicado en el apartado 1 del art. 51 de la Carta[13], los Estados están sujetos a la Carta, no solo cuando apliquen el derecho de la Unión, sino también cuando realicen excepciones a este[14].

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos de la Carta, el art. 37 no se puede clasificar como derecho, sino que se trata de un principio de actuación. El propio art. 51 de la Carta hace una distinción indicando que las instituciones y órganos de la Unión y los Estados miembros «respetarán los derechos [y] observarán los principios». Esto tiene su relevancia, ya que, para poder ser alegado como derecho, la protección del medio ambiente debe conectarse con otros derechos[15], como puede ser el derecho a la vida (art. 2), el respeto de la vida privada y familiar (art. 7) o el derecho de propiedad (art. 17)[16]. El art. 37 es, por tanto, un principio de naturaleza política, es decir, existe una obligación jurídica de las instituciones de integrar la protección del medio ambiente en sus acciones políticas de forma transversal[17].

Se trata a fin de cuentas de un principio de actuación política, por cuanto se derivan de él obligaciones en la acción de las administracio-

---

[10] Morgera y Marín Durán (2021: 992).

[11] Cursivas incluidas por la autora.

[12] Morgera y Marín Durán (2021: 994).

[13] Art. 51.1: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias».

[14] Morgera y Marín Durán (2021: 985).

[15] López Escudero (2008: 622).

[16] Algo similar ocurre en el ámbito internacional con el Convenio de Aarhus, que reconoce un derecho sustantivo al medio ambiente, pero solo como fundamento para garantizar los derechos procedimentales medioambientales. *Vid*. Morgera y Marín Durán (2021: 991).

[17] Morgera y Marín Durán (2021: 996-997).

nes. Se debe implementar este precepto por las instituciones encargadas de llevar a cabo las políticas de la Unión[18]. Es decir, *sensu contrario* este principio solo impone deberes a las administraciones públicas de forma directa. Los particulares, por tanto, únicamente ostentarán responsabilidades con el medio ambiente, derivadas de este artículo, de forma indirecta por mandato administrativo.

En cuanto a su protección, el enjuiciamiento de las administraciones que eluden la protección ambiental tiene dos vertientes: por un lado, la mera inacción de las instituciones no puede impugnarse judicialmente[19], pero por otro, sí podrán ser alegadas las medidas tomadas en cumplimiento de este derecho.

En consecuencia, los principios son aplicables judicialmente. Los tribunales nacionales y de la UE deben utilizarlos para interpretar y controlar la legalidad de los actos legislativos y ejecutivos (art. 52.5 CDFUE). De ello se deduce que la violación del art. 37 CDFUE puede ser invocada por los demandantes en el marco de un procedimiento de anulación con arreglo al art. 263 TFUE y las implicaciones del art. 37 CDFUE para un litigio concreto pueden ser interpretadas mediante el procedimiento prejudicial con arreglo al art. 267 TFUE. En otras palabras, los órganos jurisdiccionales pueden anular una medida legislativa o ejecutiva nacional o europea por incompatibilidad con los principios de la CDFUE[20].

Además, la Carta habilita una posibilidad de control de las administraciones públicas en materia medioambiental a través del art. 47 CDFUE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Igualmente, ha de tenerse en cuenta que tras la firma del Convenio de Aarhus[21] el acceso a la justicia, la información ambiental y la participación en la toma de decisiones en materia de medio ambiente forman parte del contenido fundamental del derecho al medio ambiente tanto de la UE, como de los Estados miembros[22].

Este Convenio es importante, además, porque relaciona, por primera vez, los derechos ambientales con los derechos humanos. Este Convenio mejora los derechos del público a tomar parte en el desarrollo de las políticas ambientales y al igual que los tratados de derechos humanos, el Convenio tiene como fin garantizar los derechos de los particulares y no los de las Partes entre sí[23].

---

[18] De Sadeeler (2012: 48).

[19] Morgera y Marín Durán (2021: 999).

[20] De Sadeeler (2012: 45-46).

[21] Este Convenio fue ratificado por la Comunidad Europea mediante la Decisión del Consejo 2005/370/CE, de 17 de febrero de 2005.

[22] Embid Irujo (2014: 1207).

[23] Pigrau Solé y Borràs Pentinat (2008: 22-23).

3. LA CONEXIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DERIVADOS DEL ART. 37 DE LA CARTA Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Desde que el cambio climático comenzó a aparecer en las agendas políticas de organizaciones nacionales e internacionales se han adoptado diversos mecanismos para frenar o mitigar los daños medioambientales de la acción humana. La Unión Europea mostró su compromiso ambiental de forma temprana, incluso sin existir base jurídica para ello, ya que no fue hasta la aprobación del Acta Única Europea cuando se consolida la habilitación legal para tomar acciones ambientales en el seno de la Unión.

En estos mismos inicios, concretamente en el año 1985, la entonces Comunidad Europea aprobó, tras un largo proceso de discusión, la Directiva 85/337 sobre las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente[24]. Esta norma avanzó de forma significativa en la acción ambiental, pues entendió el control de los efectos de las actividades privadas y públicas desde una perspectiva global y pluridisciplinar[25]. La justificación para esta intervención administrativa es la concepción de la protección ambiental como un título habilitante para que los poderes públicos controlen y limiten las actividades públicas y privadas[26].

Desde aquella primera directiva han pasado casi cuarenta años, en los cuales la norma ha tenido una sucesión de modificaciones y reformas, que han ampliado paulatinamente su alcance[27]. La Directiva vigente, Directiva 2011/92/UE (DEIA)[28], se aplica a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente (art. 1). Se trata de un procedimiento administrativo a través del cual se analizan los efectos significativos que tienen o pueden tener los planes, programas y proyectos públicos o privados antes de su autorización. Los factores tenidos en cuenta son: la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático,

---

[24] El origen de esta técnica de control es norteamericano: fue creada por la National Environmental Policy Act (NEPA) en 1969. Su éxito hizo que se extendiera a otros países y fue reconocida en las Conferencias de las Naciones Unidas de Estocolmo (1972) y de Río de Janeiro (1992). *Vid.* Lozano Cutanda (2023a: 177).

[25] Ezeizabarrena Sáenz (2009: 1906).

[26] Lozano Cutanda (2023a: 172).

[27] Born (2016: 11-12).

[28] Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados. la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre estos[29].

Este procedimiento se conecta con una serie de principios que emanan de los tratados constitutivos, a saber: de acción preventiva y precaución (art. 191.2 TFUE), de integración y de desarrollo sostenible (arts. 11 TFUE y 37 CDFUE), de participación, de transparencia y de un recurso efectivo (introducidos tras la aprobación del Convenio de Aarhus)[30].

El principio de acción preventiva y precaución se manifiesta en el sentido de que estamos ante una autorización, es decir, un control previo de la acción de los particulares y los poderes públicos. Por tanto, este procedimiento puede condicionar la ejecución del plan, proyecto o programa, esto permite evitar daños medioambientales irreversibles que se producirían si no hubiera un análisis previo.

El principio de desarrollo sostenible implica promover el crecimiento económico, sin que este comprometa los recursos de generaciones futuras. En línea con este objetivo, la EIA permite el desarrollo de planes, proyectos y programas públicos y privados, pero realizando una evaluación previa de su adecuación. La respuesta puede ir en tres sentidos: la primera, aceptando el proyecto[31] sin necesidad de cambios, la segunda, favorable con inclusión de medidas para mitigar los efectos adversos para el medio y, por último, desestimar el proyecto por ser pernicioso con el medio. Con este análisis, básicamente, se pone en una balanza el crecimiento económico a través del desarrollo de proyectos con el respeto del medio ambiente[32].

El principio de integración pone el acento en la necesidad de incorporar la perspectiva ambiental de forma transversal, ya que, de lo contrario, el avance en otros ámbitos puede comprometer los objetivos verdes. La EIA es un reflejo de esto, pues los proyectos o planes pertenecientes a diversos sectores (incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma) tendrán que ser evaluados desde la perspectiva ambiental.

---

[29] Según lo define la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental en su art. 5 (norma que transpone la DEIA a nuestro derecho interno).

[30] Este Convenio es un tratado internacional, el cual se considera que forma parte del Derecho de la Unión, lo que permite al TJUE referirse a él para interpretar las disposiciones que lo ponen en práctica en la DEIA *vid*. Born (2016: 12, 20).

[31] Con proyecto nos referiremos de forma genérica a programa, plan o proyecto.

[32] Riaza Martínez y Olmos Fernández-Corugedo (2023: 205).

Un trámite esencial en este procedimiento es el de participación pública, el cual fue incluido tras la ratificación del Convenio de Aarhus por la Unión Europea. Su inclusión supuso un avance en la democracia ambiental al hacer partícipes de las decisiones públicas a entidades sin ánimo de lucro y particulares en general, pero no solo esto, sino que, además, su ejercicio efectivo permite una mejora en la toma de decisiones y una sensibilización del público respecto de los problemas ambientales[33].

Como dijimos, las sucesivas modificaciones de la DEIA han ampliado la esfera de protección ambiental, a estas hay que sumar los sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE, que han ayudado a interpretar sus disposiciones. El TJUE ha realizado una labor fundamental en este sentido teniendo en cuenta que estamos ante una directiva, es decir, una norma de obligación de resultados que requiere de transposición por parte de los Estados miembros. Pues bien, las diversas transposiciones e interpretaciones de los Estados han originado pronunciamientos jurisprudenciales que tienen en común una tendencia a ampliar el alcance, la efectividad y la eficacia de las normas reguladoras de la EIA[34].

Esta labor jurisprudencial también ha servido para aclarar conceptos clave dentro de la DEIA[35]. Así en este trabajo pondremos el foco en aquellos relacionados con el ámbito de aplicación, el trámite de participación pública y el interés público, para crear un mapa global del alcance de la DEIA. Este análisis nos servirá para posteriormente ponerlos en relación con el procedimiento aprobado que excluye a determinados proyectos de energía renovables de la EIA.

3.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación que establece la DEIA se basa en un sistema de doble lista: por un lado, una lista cerrada de proyectos que deben someterse siempre de oficio a este procedimiento (anexo I); y por otro, una lista de proyectos (anexo II) para los que corresponde a los Estados determinar si han de someterse o no a evaluación de impacto[36]. En nuestro derecho nacional[37] esto se ha transpuesto a través de dos procedimientos: la evaluación ambiental ordinaria, que se aplica a la lista cerrada y la evaluación ambiental simplificada, al que se someten el resto. No obstante, a pesar de someterse a la evaluación simplificada, esta puede determinar que el proyecto tiene efectos significativos

[33] Pigrau Sole y Borras Pentinat (2008: 23).
[34] Hubert Born (2016: 19).
[35] García Ureta (2020: 348).
[36] Lozano Cutanda (2023a: 180).
[37] Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

sobre el medio ambiente y que, por tanto, debe aplicarse la evaluación ordinaria.

En virtud del ámbito de aplicación, una serie de proyectos privados y públicos deberán someterse a la evaluación. Sin embargo, por tratarse de un procedimiento administrativo largo y costoso, muchas administraciones públicas y entes privados han intentado eludirlo. Las estrategias para ello han sido múltiples, desde una mala transposición por el Estado al fraccionamiento de los proyectos por el sujeto solicitante. Para evitar tal extremo, el TJUE ha emitido diversos pronunciamientos jurisprudenciales que tienen en común la voluntad de ampliar el ámbito de aplicación de la DEIA[38].

Respecto a la mala transposición destacamos dos sentencias en las que el TJUE condena a la República de Irlanda por incumplir las obligaciones de la DEIA. En la STJUE de 3 de julio de 2008[39] se condena a Irlanda por no garantizar, en su normativa interna, un examen de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto antes de su ejecución total o parcial. En la sentencia se pone el foco en la necesidad de que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, sean sometidos a un procedimiento de autorización y a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones. Igualmente, se pone en cuestión un procedimiento de regularización de proyectos ya ejecutados, que tenía como resultado una elusión del proceso de evaluación ambiental.

En el referido asunto se trataba de un proyecto de parque eólico. El TJUE ya indicó en ese momento que, pese a que la energía eólica no se incluyese en el anexo I ni II (de la directiva vigente en aquel momento), sin embargo, su ejecución requiere de trabajos susceptibles de esta evaluación. Es decir, el propio Tribunal afirma el posible impacto ambiental que puede originar un proyecto, pese a ser de energía renovable.

La segunda es la STJUE de 3 de marzo de 2011[40], en este supuesto se vuelve a condenar a Irlanda por la mala aplicación de la DEIA. En primer lugar, por excluir del ámbito de aplicación de la norma a las obras de demolición. Y, en segundo lugar, por no garantizar un examen completo de las repercusiones, ya que al dividir el procedimiento en dos autoridades diferentes se eludían requisitos incluidos en la Directiva.

---

[38] Así puede apreciarse en las siguientes sentencias, entre otras: SSTJUE de 7 de septiembre de 2004, C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee y Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels/Staatssecretaris van Landbouw*; de 3 de marzo de 2011, C-50/09, *Comisión/Irlanda*; y de 17 de marzo de 2011, C-275/09, *Brussels Hoofdstedelijk Gewest/Vlaamse Gewest*.

[39] STJUE de 3 de julio de 2008, C-215/06, *Comisión Europea contra Irlanda*.

[40] STJUE de 3 de marzo de 2011, C-50/09, *Comisión contra Irlanda*.

Resumidamente, la condena por una mala transposición permite al TJUE dotar de contenido a la DEIA. Esto nos permite concluir que deberán someterse los proyectos, que, sin estar contenidos explícitamente, incluyan dentro de su ejecución trabajos que sí lo están, y, además, que se debe llevar a cabo un análisis completo de las repercusiones de forma previa al inicio.

En cuanto a la elusión del trámite por parte del propio solicitante a través del fraccionamiento del proyecto, el TJUE ha reiterado en diversos pronunciamientos que no puede hacerse uso del fraccionamiento para evitar el procedimiento de EIA. Esto es así, porque pueden provocarse daños significativos en el medio ambiente, ya que, pese a que un proyecto individual no los tenga, la valoración global sí puede causarlos[41].

A este respecto podemos destacar dos sentencias del TJUE: la de 25 de julio de 2008, C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA/Ayuntamiento de Madrid*, y la de 10 de diciembre de 2009, C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten/Kärntner Landesregierung*. La primera porque era una entidad pública quien fraccionaba un proyecto para evitar la EIA. En concreto, el Ayuntamiento de Madrid aprobó en 2005 un total de quince subproyectos independientes y tramitados de forma separada, pero que formaban parte de un proyecto global denominado «Madrid calle 30». Con esta división se sorteó una EIA aplicable a ese proyecto completo.

La segunda es relevante por cuanto se refiere a un fraccionamiento de una línea de energía eléctrica en dos países, al ubicarse en países diferentes, el promotor consideró que no era necesaria la evaluación por no sobrepasar los 15 km del umbral en cada uno de ellos. En ambas sentencias, el TJUE concluyó que no puede utilizarse el fraccionamiento para esquivar la EIA y enfatiza en los efectos adversos ambientales que pueden provocarse.

3.2. Trámite de participación pública

Como ya hemos tenido oportunidad de indicar, la participación real y efectiva del público en la toma de decisiones en materia medioambiental es un instrumento esencial para progresar en los objetivos ambientales[42]. Además, se trata de un compromiso obligatorio para los Estados miembros de la UE, tras la adopción del Convenio de Aarhus, que incluyó derechos relacionados con el acceso a la información, la participación en ciertas decisiones y el acceso a la justicia[43].

---

[41] Ruiz de Apodaca Espinosa (2011).

[42] Plaza Martín (2020: 535-536).

[43] Los considerandos 18, 19 y 20 de la DEIA recuerdan la firma de este Convenio por la Comunidad Europea en 2005, del que deriva la obligación de garantizar los derechos de la

Para cumplir con los objetivos derivados del convenio internacional, la UE ha incluido progresivamente la participación pública en los instrumentos legales de protección ambiental. Una de las normas en la que más calado ha tenido este mecanismo ha sido precisamente la EIA, que en sus sucesivas reformas ha avanzado en la consecución de un ejercicio efectivo de este derecho, a través de, esencialmente, la ampliación de los plazos de consulta y la diversificación de los medios de participación, que han pasado a combinar vías convencionales con electrónicas[44].

La base jurídica la encontramos en el art. 6 DEIA que prescribe las vías por las que debe informarse al público (electrónicas y convencionales), el tiempo en el que debe hacerse, una ejemplificación de las modalidades de información (colocación de carteles en un radio determinado del lugar donde se desarrolla el proyecto o en la prensa local) y de consulta (encuestas públicas o notificaciones escritas). Asimismo, el resultado de estas consultas debe ser tomado en consideración para la decisión final de la autoridad competente (art. 8 DEIA). Tras la toma de decisión, también deberá informarse al público sobre: el contenido y las condiciones de la decisión; una descripción de las principales medidas para evitar, reducir y, si es posible, contrarrestar los principales efectos adversos; y, tras el examen de las opiniones y preocupaciones expresadas, una motivación de cómo la decisión ha tomado en consideración estas (art. 9 DEIA). El no ejercicio efectivo de este derecho dará lugar a la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal, según lo dispuesto en el art. 11 DEIA. En resumen, la DEIA configura un derecho de participación efectiva muy preciso y unos medios de defensa, en caso de vulneración de aquel.

En Derecho español, la participación pública se erige como uno de los principios de la evaluación ambiental (art. 2 LEA) y se concretan las formas en las que debe llevarse a cabo. Así las cosas, dentro de las obligaciones generales de las Administraciones públicas se incluye el deber de realizar los trámites de información pública por vía electrónica y mediante anuncios públicos u otros medios apropiados que garanticen la máxima difusión a la ciudadanía dentro de los municipios afectados y los colindantes (art. 9 LEA).

El TJUE también ha contribuido al avance en el ejercicio efectivo de este derecho de participación y a su interpretación uniforme por par-

---

participación del público en la toma de decisiones en asuntos medioambientales para contribuir a la protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para la salud y el bienestar de las personas. En concreto, el art. 6 del Convenio establece disposiciones en relación con la participación del público en las decisiones sobre las actividades específicas enumeradas en su anexo I y sobre las actividades no enumeradas que puedan tener un efecto significativo sobre el medio ambiente. *Vid*. Navarro Batista (2010: 17).

[44] Plaza Martín (2019: 506-509).

te de los Estados[45]. En la STJUE de 7 de noviembre de 2019, C-280/18, *Alain Flausch y otros*, el TJUE delimitó el principio de autonomía de los Estados miembros a la hora de articular los trámites de participación pública, ya que este debe ponerse en relación con el principio de efectividad. Es decir, los Estados no solo deben implementar el trámite de participación pública en sus procedimientos administrativos de control ambiental, sino que también tienen que llevarlos a cabo de tal manera que sean efectivos[46]. Por otro lado, en la STJUE de 24 de febrero de 2022, C-463/20, *Namur-Est Environnement ASBL/Région Wallonne*, se definen los requisitos de lo que debe entenderse por participación efectiva, a saber: tiene que producirse previamente a la adopción de la decisión por la autoridad competente, el público debe expresarse de forma útil y completa sobre los efectos en su conjunto y, por último, las opiniones del público tienen que ser tomadas en consideración en la decisión final[47].

Estas precisiones jurisprudenciales perfilan el trámite de participación pública como un procedimiento cuya existencia no es meramente testimonial, sino que debe estar rodeado de garantías que posibiliten un ejercicio efectivo de este. Asimismo, cabe destacar que la evolución normativa y jurisprudencial ha ido incrementando su contenido, por lo que un retroceso en su ejercicio marcaría un cambio de rumbo en la importancia que otorga la UE a una gobernanza ambiental más democrática.

3.3. Interés público

El art. 2.4 DEIA posibilita que, en casos excepcionales, los Estados miembros excluyan a un proyecto específico, en todo o parte, de la EIA. Esto se traslada a derecho español a través del art. 8 LEA, que exime de la evaluación a los planes y programas, que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia y, a los de tipo financiero o presupuestario o los proyectos de estas materias cuando la evaluación pueda repercutir negativamente en sus objetivos. Igualmente, podrá determinarse, caso por caso, una excepción a aquellos proyectos cuya evaluación repercuta negativamente a sus finalidades o aquellos que consistan en obras de reparación o mejora de infraestructuras críticas.

Estas disposiciones crean un subterfugio legal a los Estados, para excluir la EIA de diversos proyectos. De ello ha dado cuenta la ju-

---

[45] Navarro Batista (2010: 537).

[46] Puede consultarse un análisis más profundo de esta sentencia en Plaza Martín (2020: 541-546).

[47] Puede consultarse un análisis más profundo de esta sentencia en Revuelta Pérez (2022).

risprudencia, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este extremo. Aquí de nuevo subrayaremos dos asuntos.

En la STJUE de 15 de diciembre de 2011, C-560/08, *Comisión Europea/Reino de España,* se condenó a España por incumplir las obligaciones derivadas de la DEIA. España continuó con la construcción de un tramo de carretera, pese a las conclusiones negativas de la evaluación acerca de las repercusiones del lugar de construcción y la falta de soluciones alternativas[48]. La justificación para llevarlo a cabo fue que existían «razones imperiosas de interés público de primer orden», utilizando estudios que evidenciaban que la intensidad de tráfico en ese tramo no desdoblado se había incrementado notablemente, lo que provocaba una congestión de la vía y un aumento de los accidentes[49]. Pese a que esto puede ser cierto, la Comisión alegaba que un estudio de impacto ambiental de tramos colindantes previo había ya confirmado las repercusiones negativas y la no operatividad de las medidas correctivas y preventivas aplicadas[50]. Es decir, España ejecutó un proyecto sin ser evaluado, aún a sabiendas del impacto ambiental que tendría el proyecto. El TJUE ante este caso estableció que las razones de imperioso interés público deben ponderarse con los perjuicios causados. En este supuesto, deberían haberse ponderado los efectos adversos de prolongar un único carril durante el tiempo de tramitación de la evaluación con el impacto ambiental causado por su exclusión.

En la STJUE de 29 de julio de 2019, C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL/Conseil des ministres*, se enjuicia el reinicio de actividad de dos centrales nucleares en Bélgica, que habían estado paralizadas durante diez años, sin someterse a una nueva EIA. Habida cuenta de que las características técnicas de la infraestructura y del entorno, así como la legislación aplicable pueden sufrir cambios en este transcurso. Alegando para excluir su aplicación «razones imperiosas de interés público de primer orden». A propósito de este caso, el TJUE perfiló cuándo está suficientemente motivada la exclusión de la EIA en los proyectos de energía nuclear. En concreto, indicó que solo puede eximirse a un proyecto de energía nuclear de la EIA en el caso que ese Estado demuestre que el riesgo para la seguridad del referido suministro es razonablemente probable y que la urgencia del proyecto en cuestión justifique que se prescinda de tal evaluación.

Distingue dos conceptualizaciones de riesgo de suministro. De forma general, podremos considerar como suministro de electricidad seguro la garantía, en todo momento, de este. Sin embargo, si el proyecto

---

[48] Estas conclusiones negativas fueron resultado de la declaración de impacto ambiental de 2 de abril de 1998 de ese tramo de carretera, el proyecto enjuiciado en este asunto es la duplicación de este mismo tramo.

[49] *Vid*. apdo. 125.

[50] *Vid*. apdo. 127.

se desarrolla en un lugar protegido (extremo que corresponde verificar al órgano competente), por afectar a hábitats naturales o especies prioritarias, solo la amenaza grave y real de corte del suministro habilita al Estado para eludir la EIA.

En resumen, existe cierta permisión dentro del ámbito de la garantía de suministro eléctrico para eludir la EIA. No obstante, el peligro de garantía de suministro debe estar probado y se modulará según afecte o no a espacios y especies protegidas. Igualmente, se recuerda que esta circunstancia no puede utilizarse de forma indeterminada, sino que solo podrá extenderse el tiempo estrictamente necesario.

4. LA LEGISLACIÓN DEL DESPLIEGUE DE ENERGÍAS RENOVABLES EN RELACIÓN CON LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES, LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA MEDIOAMBIENTALES

La UE se ha erigido como líder internacional en la adopción de compromisos ambientales con su objetivo global para 2050 de alcanzar la neutralidad climática. Para lograrlo, ha fijado metas a medio plazo para 2030. Entre ellas, destacamos el «Objetivo 55»[51], por el cual la UE debe reducir, al menos, un 55 por 100 de sus emisiones de efecto invernadero[52]. En aras de conseguirlo, se han aprobado una batería de propuestas interconectadas, a través de una compleja combinación de transformaciones en diversos sectores económicos (energético, industrial, transportes, agroalimentario, económico), para así preservar la biodiversidad y mitigar la contaminación[53]. En este capítulo pondremos el foco en el sector energético, para cuya transformación la UE presentó el Plan REPowerEU. En virtud de este, los Estados deben aumentar la proporción de energías renovables en la generación de electricidad, la industria, los edificios y el transporte hasta un 45 por 100 para 2030.

En línea con esto, se reformó la Directiva de energías renovables[54], la cual tenía como propósito agilizar los procedimientos de concesión de permisos tras una identificación de las zonas idóneas, una reducción de los plazos de tramitación y de los controles administrativos, así como

---

[51] Se puede consultar más información en la propia web de la Comisión Europea. Disponible en: *https://acortar.link/XQ9h4N* (Fecha de última consulta el 8 de julio de 2024).

[52] Para más información sobre el proceso de negociación de este objetivo, *vid.* García García (2021).

[53] Zambrano González y García Aranda (2022: 205).

[54] Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2018/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de la energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo.

una supresión de las evaluaciones de impacto específicas. Esta Directiva introduce un régimen permanente de racionalización de los procedimientos administrativos que debe ser transpuesta a más tardar por los Estados el 21 de mayo de 2025. Es decir, una regresión no temporal en la evolución de los controles ambientales administrativos para así potenciar las energías renovables, las cuales no están exentas de efectos adversos sobre la biodiversidad[55], pese a ser muy necesarias para avanzar en la neutralidad climática[56]. Una involución que, en palabras de Durá Alemañ, no está justificada y no tiene precedentes en la UE[57].

Hasta la completa transposición por todos los Estados de esta Directiva, y en aras de acelerar el despliegue energético, se aprobó el Reglamento (UE) 2022/2577[58] para tomar medidas excepcionales, implementando controles administrativos más laxos y un mayor acortamiento de los plazos. Sin embargo, esta excepcionalidad se pone en tela de juicio en el momento en el que recientemente se ha modificado dicho reglamento[59][60], ampliando la línea temporal de aplicación hasta junio de 2025[61].

Este reglamento se transpone a nuestro ordenamiento a través del Real Decreto Ley 6/2022, por el cual se aprueba el denominado procedimiento de afección ambiental para los proyectos de energías renovables. En virtud de este, los proyectos de energías renovables pueden eludir la evaluación de impacto ambiental si se cumplen conjuntamente requisitos territoriales y de conexión[62].

En cuanto a los territoriales, no pueden ubicarse en el medio marino ni en superficies integrantes de la Red Natura 2000, ni en zonas de sensibilidad baja y moderada según la zonificación ambiental para la implantación de energías renovables elaborada por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECOR), en la fecha

---

[55] Asimismo, cabe indicar que las investigaciones para evitar los impactos negativos de las infraestructuras renovables no se han desarrollado a la misma velocidad que su efectiva instalación *vid*. Serrano *et al.* (2020).

[56] Durá Alemañ *et al*. (2023: 1).

[57] Durá Alemañ (2023: 98).

[58] Reglamento (UE) 2022/2577 del Consejo, de 22 de diciembre de 2022, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables.

[59] Por el Reglamento (UE) 2024/223 del Consejo, de 22 de diciembre de 2023, que modifica el Reglamento (UE) 2022/2577 por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables.

[60] Este reglamento no modifica las supresiones de técnicas de control administrativa y se limita a correcciones formales y unificaciones de criterios respecto a los plazos.

[61] García García (2024).

[62] Esta excepción a la evaluación de impacto ambiental no es novedosa, sino que está presente en otros procesos. Por ejemplo, el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, permite excluir directamente de la evaluación de impacto ambiental a muchos de los proyectos financiados con los fondos europeos para la recuperación, en caso de concurrir unas circunstancias excepcionales *vid.* Lozano Cutanda (2021: 1-6).

de la presentación de la solicitud de autorización por el promotor estén situados íntegramente. En lo referido a la conexión, debe tratarse de proyectos que cuenten con líneas aéreas de evacuación que no superen los 220 kilovoltios ni tengan una longitud superior a 15 kilómetros, salvo que discurran íntegramente en subterráneo por suelo urbanizado.

En lo que se materializa básicamente este procedimiento es en una versión extremadamente abreviada del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Esta simplificación no ha sido resultado de una racionalización de los trámites, sino que se ha hecho suprimiendo la fase de participación pública y con detrimento de la calidad del examen técnico de los proyectos, que se reduce a un análisis cuantitativo (territorial y de conexión).

Desde los inicios, el derecho medioambiental europeo ha avanzado hacia cotas, cada vez superiores, de tutela de la naturaleza. Sin embargo, esta legislación implica una regresión respecto a los compromisos internacionales adquiridos por la UE, los principios medioambientales derivados del art. 37 CDFUE y la jurisprudencia derivada de la interpretación de la DEIA.

4.1. Contradicción respecto a los compromisos internacionales: especial referencia al Convenio de Aarhus

El procedimiento de determinación de afección ambiental suprime el trámite de información pública, en aras de reducir los plazos de autorización de los proyectos de energía renovable. Esta eliminación es opuesta a los compromisos adquiridos en virtud del Convenio de Aarhus firmado en 2005, entre los que destacamos el segundo pilar, que contiene disposiciones dirigidas a hacer efectivo el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, según el cual «el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda». Con su aprobación se cambia el paradigma de la protección ambiental, ligándola a la participación de la sociedad civil, con el fin de mejorarla.

La participación del público se regula en los arts. 6, 7 y 8 del Convenio, que obliga a incorporar la participación del público en las decisiones relativas a actividades específicas; a planes, programas y políticas relativas al medio ambiente y en la fase de elaboración de instrumentos reglamentarios o normativas, respectivamente. Estos preceptos obligaron a la Unión y a los Estados miembros a aprobar diversas normas para garantizar su efectividad, teniendo en cuenta que estamos ante un acuerdo internacional con eficacia jurídica vinculante[63].

[63] Embid Irujo (2014: 1208).

Una de las normas clave en la que se incorporó el derecho a la participación pública fue la EIA[64] que, de hecho, ha servido de base para otros desarrollos normativos[65]. Como vimos, la DEIA y la jurisprudencia que la interpreta consagran el trámite de participación pública, dotándola de contenido y eficacia. Sin embargo, el procedimiento de determinación de afección ambiental elimina la participación pública, sin incluir otros mecanismos que permitan a los ciudadanos participar en la toma de decisiones de proyectos de energías renovables. Esto genera un retroceso en los avances alcanzados en gobernanza ambiental. Sobre todo, si tenemos en cuenta que en las poblaciones en las que se están implantando estos proyectos, eminentemente rurales, hay un gran descontento por los conflictos originados con las actividades económicas locales[66]. Si, además, se ejecutan estos proyectos sin su participación, ese malestar podrá aumentar.

4.2. Contradicción respecto a los principios medioambientales: especial referencia al principio de integración

El art. 37 CDFUE consagraba el principio de integración ambiental, que a su vez derivaba del art. 11 TFUE que establece lo siguiente: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

El principio de integración, en palabras de Verdú Amorós (2008: 47), implica que en la toma de decisiones se debe conciliar la integración de los factores económicos, sociales y ambientales para lograr el objetivo de un desarrollo económicamente eficiente, socialmente equitativo y responsable y ambientalmente elevado. Según esta definición el orden de prelación de los factores, de mayor a menor estándar, es el siguiente: ambiental (elevada), económica (eficiente) y social (aceptable). Estas prioridades no se trasladan a este nuevo procedimiento.

Las energías renovables son un eslabón más de la lucha contra el cambio climático, puesto que son una pieza fundamental para lograr la descarbonización de la economía. Sin embargo, la omisión de técnicas de control ambiental en los proyectos de energías renovables puede provocar efectos adversos irreparables sobre otros ámbitos, igualmente importantes, como son la biodiversidad o el sector agroalimentario.

---

64 Plaza Martín (2018).

65 García-Álvarez García (2013: 442).

66 Frolova Ignateva *et al.* (2014).

Esto es así porque las energías verdes no son inocuas, sino que generan daños y costes en el plano social, paisajístico y ambiental[67]. Parece entonces una contradicción de la Unión olvidar uno de sus objetivos prioritarios: la preservación del capital natural[68], pieza clave también para la lucha contra el cambio climático. La única salvaguarda prevista en este sentido es el requisito territorial de aplicación de la exclusión, mediante la cual no operará en caso de desarrollar este proyecto en una de las zonas protegidas del mapa aprobado anualmente por el Ministerio de Transición Ecológica, la denominada «zonificación ambiental»[69]. Sin embargo, pueden existir hábitats y especies fuera de estas, que por no aplicar la EIA, se encuentren potencialmente en peligro, sin aplicar medidas de mitigación o protección.

Esto puede provocar que, para alcanzar los objetivos fijados para conseguir una transición energética, tengamos que comprometer otros sectores también necesarios para lograr la neutralidad climática en 2050. Por lo que en cumplimiento del principio de integración es necesario tomar en cuenta todos los factores implicados a la hora de tomar decisiones ambientales de tal trascendencia como son los proyectos de energías renovables.

4.3. Contradicción respecto a la jurisprudencia derivada de la DEIA

La excepción aprobada para el despliegue de energías renovables es contraria a la tendencia proteccionista de la jurisprudencia derivada de la DEIA, que ha ampliado el alcance y efectividad de esta. Las contradicciones se muestran en muy diversos aspectos que pasaremos a exponer a continuación.

En primer lugar, este procedimiento limita su análisis previo para aplicar la exclusión a requisitos cuantitativos (de conexión y territoriales), es decir, no se hace un examen técnico de fondo. Sin embargo, la jurisprudencia ha reiterado la importancia de realizar un examen exhaustivo de los efectos directos e indirectos antes de la concesión de la autorización[70].

En segundo lugar, la jurisprudencia también ponía el foco en el uso fraudulento que habían hecho tanto los sujetos públicos como privados

---

[67] Krauss, Dracklé y Hinkelbein (2011).

[68] Derivado de la Estrategia de la UE sobre Biodiversidad 2030: protección de la fauna y la flora. Más información disponible en: *https://acortar.link/cRkadG*. (Fecha de última consulta el 9 de julio de 2024).

[69] Más información disponible en: *https://acortar.link/Zqi5rX* (Fecha de última consulta el 9 de julio de 2024).

[70] Entre otras, SSTJUE de 3 de julio de 2008, C-215/06, *Comisión Europea contra Irlanda*, y de 3 de marzo de 2011, C-50/09, *Comisión contra Irlanda*.

del fraccionamiento de los proyectos para eludir el trámite de EIA[71]. Pese a esto, el procedimiento utiliza como condición de la excepción únicamente el tamaño y el territorio. Teniendo en cuenta la gran cantidad de casos que han llegado a los tribunales por fraccionamiento de los proyectos, el tamaño carece de operatividad y no va a ser efectivo para el fin que se marca.

En tercer lugar, mientras que la jurisprudencia ha resaltado su importancia y ha dotado de contenido a los preceptos reguladores para aumentar su eficacia, la necesidad de acelerar los trámites administrativos para desplegar las energías renovables ha sido aprovechada para eludir este trámite. En contraposición con esta regresión, la reciente jurisprudencia había consolidado un trámite de participación con un amplio alcance y efectividad. Así, el asunto C-280/18[72] ponía el foco en que los trámites de participación público no solo deben existir de forma testimonial, sino que deben ser efectivos y más tarde, el asunto C-463/20[73] definió que debemos entender por participación efectiva.

¿Qué motivación hay detrás de esta elusión? El manido «interés general». Se elude una consolidada técnica de control administrativo porque se entiende que el despliegue de energías renovables es un fin de interés general o, en su propia nomenclatura, un interés público superior. Se exime de la EIA a las energías renovables porque, según la exposición de motivos tanto del reglamento europeo como de la norma española, uno de los obstáculos de su aceleración son los trámites burocráticos. Sin embargo, el uso del interés público para evitar la EIA no es nuevo y ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales. En uno de ellos[74], se señala que el interés público debe ponderarse con los efectos adversos sobre el medio ambiente. El nuevo procedimiento solo contempla estos efectos sobre los requisitos de conexión y territorial, como si los daños medioambientales fueran fácilmente reducibles a datos tan simplistas.

Más interesante, y quizá dándole un punto a favor de la Comisión, es el asunto C-411/17[75] que define qué debemos entender por interés público en relación con la garantía de suministro. El TJUE estableció que está justificada la elusión de la EIA en caso de que haya un peligro razonable de garantía de suministro. En este sentido, la invasión rusa,

---

[71] En concreto, en las SSTJUE de 17 de marzo de 2011, C-275/09, *Brussels Hoofdstedelijk Gewest contra otros/Vlaamse Gewest*; de 25 de julio de 2008, C-142/07, *Ecologistas en Acción-CODA/Ayuntamiento de Madrid*; y de 10 de diciembre de 2009, C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten/Kärntner Landesregierung*.

[72] STJUE de 7 de noviembre de 2019, C-280/18, *Alain Flausch y otros*.

[73] STJUE de 24 de febrero de 2022, C-463/20, *Namur-Est Environnement ASBL/Région Wallonne.*

[74] STJUE de 15 de diciembre de 2011, C-560/08, *Comisión Europea/Reino de España.*

[75] STJUE de 29 de julio de 2019, C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL/Conseil des ministres.*

que también sirvió de motivación para la aprobación de este procedimiento, ha creado nuevos retos en materia energética a nivel europeo. Por lo que, en este punto, sí podría ser coherente si se demuestra un peligro real de garantía de suministro, que pueda ser evitado con la supresión de trámites administrativos.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes, hemos examinado el art. 37 de la Carta, cuyo contenido no ampliaba la esfera de protección vigente, sino que se limitaba a codificar los principios ya existentes en los tratados constitutivos. Asimismo, debe destacarse que este derecho funciona como un principio de actuación que vincula a las Administraciones públicas en la aplicación del derecho de la Unión.

En línea con esto, la UE ha seguido una tendencia progresiva de protección ambiental que tiene su reflejo en diversos instrumentos jurídicos, entre los que he resaltado la EIA por su eficacia y aplicación de los principios derivados del art. 37 de la Carta. Esta dirección se ha visto frustrada, en opinión de diversos autores, por el recién aprobado procedimiento de determinación de afección ambiental, que entra en contradicción con los compromisos internacionales adquiridos, los principios del art. 37 de la Carta y la jurisprudencia derivada de la DEIA. En concreto, suprime el trámite de participación pública lo que va en contra de las disposiciones del Convenio de Aarhus; excluye la EIA, la cual es una de las principales herramientas para garantizar el principio de integración de las políticas de la UE y respecto a la jurisprudencia se ha demostrado como las distintas interpretaciones del TJUE seleccionadas muestran una gran incoherencia en relación con este procedimiento.

6. BIBLIOGRAFÍA

Bermejo Gómez de Segura, R. (2014). *Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis*. Bilbao: UPV/EHU.

Born, C. H. (2016). «El juez europeo y la directiva de impacto ambiental: balance de treinta años». En A. García Ureta y C. H. Born (coords.), *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años,* pp. 9-28. Madrid: Marcial Pons.

De Sadeleer, N. (2012). «Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases». *Nordic Journal of International Law*, 81, pp. 39-74.

De Sadeleer, N. (2020). *Enviromental Law Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, 2.ª ed. Oxford: Oxford.

Durá Alemañ, C. J., Moleón, M., Pérez-García, J. M., Serrano, D. and Sánchez-Zapata, J. A. (2023). «Climate change and energy crisis drive

an unprecedented EU environmental law regression». *Conservation Letters*, 16, 1-3. *https://doi.org/10.1111/conl.12958*.

Dura Alemañ, C. J. (2023). «El cambio climático y la crisis energética provocan una regresión de la normativa ambiental no justificada y sin precedentes en la Unión Europea». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 135, pp. 98-99.

Embid Irujo, A. (2014). «El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 1207-1229.

Ezeizabarrena Sáenz, X. (2012). «Evaluación de impacto ambiental y participación pública». *Eusko Ikaskuntzaren xvii Kongresua: Gasteiz, 2009. Gizarte aurrerapen iraunkorrerako berrikuntza*, pp. 1897-1925.

Fernández de Gatta Sánchez, D. (2020). «El ambicioso Pacto Verde Europeo». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101, pp. 1-31.

Frolova Ignateva, M., Espejo Marín, C., Baraja Rodríguez, E. y Prados Velasco, M. J. (2014). «Paisajes emergentes de las energías renovables en España». *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 66, pp. 223-252.

García García, S. (2021). «Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 ("Legislación europea sobre el clima")». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 115, pp. 39-40.

García García, S. (2024). «Reglamento (UE) 2024/223 del Consejo de 22 de diciembre de 2023 que modifica el Reglamento (UE) 2022/2577 por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables (*DOUE* L de 10 de enero de 2024)». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 142, pp. 83-84.

García Lupiola, A. (2023). «Nuevas estrategias de la Unión Europea para abordar el doble reto de la crisis climática y la dependencia energética». *Cuadernos Europeos de Deusto*, 68, pp. 33-67.

García Ureta, A. (2020). «Evaluación de impacto ambiental: un balance desde la perspectiva del derecho de la UE». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 102, pp. 340-355.

García-Álvarez García, G. (2013). «Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la sentencia Boxus». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14, pp. 433-472.

Gómez-Reino y Carnota, E. (2013). «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Dereito: Revista xuridica da Universidades de Santiago de Compostela*, extra 1, pp. 175-193.

Kraus, W., Dracklé, D. y Hinkelbein, O. (2011). *Infrastructures of German Wind Power Landscapes*. International conference «Landscapes of everyday life: Intersecting perspectives on research and action». Perpignan (Francia) y Girona (España).

López Escudero, M. (2008). «Art. 37. Protección del medio ambiente». En A. Mangas Martín (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, pp. 621-632. Bilbao: Fundación BBVA.

Lozano Cutanda, B. (2021). «Los nuevos proyectos de energías renovables se encuentran con el laberinto jurídico de la evaluación ambiental». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 110, pp. 1-6.

Lozano Cutanda, B. (2022). «Real Decreto Ley 6/2022: el nuevo procedimiento de determinación de afección ambiental aplicable a determinados proyectos de energías renovables». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 123, pp. 1-12.

Lozano Cutanda, B. (2023). *Derecho ambiental y climático*. Madrid: Dykinson.

Martínez Jiménez, G. (2018). *Acceso a la justicia ambiental ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Morgera, E. y Marín Durán, G. (2021). «Article 37». *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2.ª ed., pp. 983-1003. Oxford: Hart/Beck/Nomos.

Navarro Batista, N. (2010). «Sociedad civil y medio ambiente: el impacto del Convenio de Aarhus sobre la Administración de la Unión Europea». En A. Pigrau i Solé y L. Casado Casado (dirs.), *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las administraciones públicas,* pp. 17-56. Barcelona: Atelier.

Nogueira López, A. (2016). «La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad». En *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años,* pp. 118-156. Madrid: Marcial Pons.

Pigrau Solé, A. y Borràs Pentinat, S. (2008). «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente». En A. Pigrau i Solé (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, pp. 21-84. Barcelona: Atelier.

Plaza Martín, C. (2018). «La aplicación de las disposiciones del segundo pilar del Convenio de Aarhus en España. Los avances y los viejos retos». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9 (1), pp. 1-69.

Plaza Martín, C. (2019). «Participación pública: novedades en el vigésimo segundo aniversario del Convenio de Aarhus». *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, pp. 497-517. Madrid: CIEMAT.

Plaza Martín, C. (2020). «Participación pública: la aplicación judicial de las disposiciones del Convenio de Aarhus y de la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental por el TJUE». *Observatorio de Políticas Ambientales 2020,* pp. 534-550. Madrid: CIEMAT.

Revuelta Pérez, I. (2022). «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022 (cuestión prejudicial de interpretación) sobre la Directiva 2011/92, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente (arts. 1, 2 y 5 a 8), en conexión con la Directiva 92/43, de conservación de los hábitats naturales (art. 16.1): la decisión administrativa previa por la que se dispensa la aplicación de las medidas de protección de las especies previstas en la Directiva de hábitats en la ejecución de un proyecto (arts. 12 y 13) debe entenderse comprendida en el procedimiento de autorización del mismo previsto en la Directiva de evaluación de impacto ambiental y no requiere participación del público». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 122, pp. 129-132.

Riaza Martínez, J. y Olmos Fernández-Corugedo, G. (2023). «El retroceso en transparencia ambiental en España y la separación del criterio europeo». *Revista Jurídica de Asturias*, 46, pp. 203-222.

Ruiz de Apodaca Espinosa, A. R. (2011). «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 17 de marzo de 2011, asunto C-275/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, sobre la Directiva de evaluación de impacto ambiental, en el procedimiento entre la Región de Bruselas-Capital y varios otros demandantes de la Región flamenca en relación con una resolución relativa a la explotación del aeropuerto de Bruselas-Nacional». *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1, pp. 65-67.

Serrano, D. *et al.* (2020). «Renewables in Spain threaten biodiversity». *Science*, 370 (6522), pp. 1182-1183.

Torres Pérez, A. (2010). «La protección multinivel de los derechos fundamentales y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. ¿Incrementa la Carta de poderes de la UE para la regulación de derechos fundamentales?» En A. Olesti Rayo (coord.), *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, pp. 277-314. Barcelona: Institut d'Estudis autonòmics.

Verdú Amorós, M. (2008). «Concepto y formulación del principio de integración ambiental». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 12.

Zambrano González, K. y García Aranda, C. (2022). «El camino de la Unión Europea hacia la neutralidad climática: retos de la transición energética y ecológica tras el Pacto Verde Europeo». *Quaderns IEE*, 1 (1), pp. 199-213.