

24

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

*El Dret davant la crisi ambiental*

•

*La importància de la Llei integral per a la igualtat  
i la no-discriminació en l'àmbit social*

•

*Problemes i solucions en el règim jurídic  
dels pactes successoris*

•

*L'exigència d'audiència al treballador  
amb caràcter previ a l'acomiadament*

2023







# rjib24

*El Dret davant la crisi ambiental*

•

*La importància de la Llei integral per a la igualtat  
i la no-discriminació en l'àmbit social*

•

*Problemes i solucions en el règim jurídic  
dels pactes successoris*

•

*L'exigència d'audiència al treballador  
amb caràcter previ a l'acomiadament*

**2023**

## Coedició

Conselleria de Presidència,  
Funció Pública i Igualtat  
Institut d'Estudis Autònoms  
C/ de Sant Pere, 7, 4t  
07012 Palma (Illes Balears)  
Tel.: 971 177195 / Fax: 971 176359  
iea@caib.es  
<http://iea.caib.es>

Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats  
de les Illes Balears  
La Rambla, 10  
07003 Palma (Illes Balears)  
Tel.: 971 179409 / Fax: 971 719206  
fundacio@icaib.org  
<https://www.icaib.org>

## Subscripcions i contacte

Secretaria del Consell de Redacció de la RJIB  
La Rambla, 10. 07003 Palma (Illes Balears)  
[secretariarjib@iea.caib.es](mailto:secretariarjib@iea.caib.es)

---

### Consell editorial

Lourdes Aguiló Bennàssar  
Miquel Coca Payeras  
Raimundo Fortuñy Marqués  
Rafael Gil March  
Cristina Gil Membrado  
Carlos Gómez Martínez  
María Arántzazu Ortiz González  
Lluís J. Segura Ginard

### Consell de redacció

**Director**..... Carlos Gómez Martínez  
**Consell**..... Maria Ballester Cardell  
Felio J. Bauzá Martorell  
Eva M. Cardona Guasch  
Enrique Dot Hualde  
Jesús García Garriga  
Carlos Jiménez Gallego  
Pedro Monjo Cerdá  
Antoni Oliver Reus  
Aina Salom Parets  
Antonio J. Terrasa García  
**Secretari**..... Lluís J. Segura Ginard

---

De l'edició: © Institut d'Estudis Autònoms i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears

Dels textos: © Els autors

Del disseny del núm. 1 de la RJIB: © Ludmila Rivacoba Wamba

---

ISSN: 1697-1272

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

# rjib24

## SUMARI

### ESTUDIS

#### Secció monogràfica

##### EL DRET DAVANT LA CRISI AMBIENTAL

- Pau de Vilchez Moragues. *Presentació: el Dret com a eina imprescindible per fer front a la crisi ambiental* ..... 11
- Pau de Vilchez Moragues. *El canvi climàtic com a punta de llança de la redefinició de les obligacions de l'Estat en matèria ambiental* ..... 17
- Teresa Fajardo del Castillo. *Revisando los principios de la política de medio ambiente de la Unión Europea para consolidar un Estado de Derecho ambiental*..... 43
- Miquela Grimalt Vigo. *El pilotatge conscient de la governança pública és clau per a la protecció ambiental* ..... 75
- Ascensión García Ruiz. *Criminología verde: un enfoque dinámico frente al desafío climático y el daño medioambiental* ..... 89
- Rodolfo Salassa Boix. *Imposición ambiental en España: últimas tendencias y nuevos desafíos* ..... 109
- Jordi Jaria-Manzano. *Sostenibilitat i canvi planetari. Sobre la necessitat de revisar els fonaments del Dret ambiental tal com el coneixem* ..... 131

## COMENTARIS I NOTES

Joan Agustí Maragall. <i>La Llei 15/2022 integral per a la igualtat i la seva rellevància en l'àmbit social. La malaltia o condició de salut com a causa de discriminació</i> .....	157
Bartomeu Bibiloni Guasp. <i>La Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual: el trasfondo de un largo proceso normativo (primera parte)</i> .....	175
Guillermo Alcover Garau. <i>Nota sobre el régimen jurídico de la definición contenido en la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual</i> .....	195
Antoni Bergas Forteza. <i>El dret de retracte en la nova Llei de successió voluntària paccionada o contractual i la seva problemàtica fiscal</i> .....	209

## COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

Vicente Juan Calafell Ferrá. <i>Los derechos y deberes lingüísticos en la actividad comercial</i> .....	224
Vicente Juan Calafell Ferrá. <i>Los derechos de adquisición preferente de la Administración para incrementar la vivienda pública</i> .....	228
Miquel Masot Miquel. <i>La computació de les donacions fetes pel causant dins l'inventari de l'herència i els pactes successoris d'atribució particular a les Pitiüses</i> .....	232
Miquel Masot Miquel. <i>La revocació de la donació que forma part d'un pacte de definició</i> .....	238
Carlos Gómez Martínez. <i>Els interessos usuraris en els crèdits «revolving»</i> .....	245
Eduardo Calderón Susín. <i>Sobre los delitos contra la libertad sexual</i> .....	249
Fernando Socías Fuster. <i>La validesa d'una notificació electrònica amb remissió de l'avís a una adreça de correu electrònic equivocada. És això un exemple de la «bona administració»? .....</i>	258
Fernando Socías Fuster. <i>El curiós cas de responsabilitat patrimonial d'un consell insular que va actuar per subrogació davant la inactivitat municipal</i> .....	262



Ferran Gomila Mercadal. *La ceguesa, als efectes de delimitar la gran invalidesa, s'ha d'avaluar amb perspectiva subjectiva, considerant l'impacte real i personal de la pèrdua de visió* .....265

Ferran Gomila Mercadal. *L'acomiadament disciplinari de la persona treballadora sense conferir-li audiència prèvia i l'article 7 del Conveni 158 de l'Organització Internacional del Treball* .....269

### **ACTIVITAT NORMATIVA**

Lluís Isern Estela. *Crònica de la legislació autonòmica més rellevant (novembre 2022-abril 2023)*.....274

### **LLIBRES**

*Autonomia, costes i litoral*. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (coord.).  
Per Jaume Munar Fullana.....284

*Insularity in the European Union / La insularitat a la Unió Europea / La insularidad en la Unión Europea*. A. VICENS i VICENS; C. MANERA ERBINA; F. NAVINÉS BADAL; J. VALERO GONZÁLEZ; P. DUEÑAS JOLLARD.  
Per Sonia Inés Blanco Riera .....287



# ESTUDIS

Secció monogràfica

EL DRET DAVANT LA CRISI AMBIENTAL



# Presentació: el Dret com a eina imprescindible per fer front a la crisi ambiental

***Pau de Vilchez Moragues***

Professor contractat doctor interí de Dret Internacional Públic  
Universitat de les Illes Balears

El 17 de maig d'aquest any, quan tots els articles que conformen aquest número especial ja estaven entregats, l'Organització Meteorològica Mundial va comunicar que hi ha un 66 % de possibilitats que la temperatura mitjana dels propers 5 anys superi els 1,5°C durant al menys un any.<sup>1</sup> Això, que pot semblar banal a la majoria de lectors d'aquesta Revista, suposa en realitat un avís dramàtic del nivell de degradació ambiental imposat sobre els sistemes naturals. Més enllà del que això suposa per al compliment de tractats internacionals, com ara l'Acord de París, superar els 1,5°C ens situa en un escenari catastròfic de conseqüències extremadament greus per a les persones.

L'època contemporània, amb l'explosió del saber científic i tècnic, la disponibilitat de combustibles barats amb gran rendiment energètic, l'ús de tècniques de producció agrícola industrials o l'acumulació de població a les ciutats en provinença de les zones rurals, ha generat entre les nostres societats la falsa impressió que estam desconnectats de la natura, que l'ésser humà transcendeix el medi natural. Ara bé, les conseqüències cada cop més evidents d'un sistema de producció tan intensiu en el consum de recursos han fet que aquestes darreres dècades hi hagi hagut alguns intents per donar resposta a aquestes *externalitats negatives* d'un sistema que tanmateix no es posava en dubte. Així, la pluja àcida, la pèrdua de la capa d'ozó, la desaparició accelerada de biodiversitat o el canvi climàtic, han donat lloc a règims legals sectorials que pretenien minimitzar aquests impactes.

Cinquanta-un anys després de la Declaració d'Estocolm sobre el Medi Ambient Humà, o trenta-un anys després de la Declaració de Rio sobre Medi Ambient i Desenvolupament, resulta imprescindible admetre la insuficiència de la resposta legal donada a aquest desafiament planetari que només ara començam a copsar: la de mantenir el planeta habitable per a la vida humana amb dignitat. Aquesta insuficiència

---

<sup>1</sup> <https://public.wmo.int/en/media/press-release/global-temperatures-set-reach-new-records-next-five-years>

té diverses dimensions, de què aquí en destacarem tres, les quals estan interconnectades.

Per una banda, com ja hem mencionat, el resultat d'aquesta onada de regulació ambiental (internacional, estatal i infraestatal) és, essent mesurats, totalment insuficient. Si tenim en compte que, des de l'aprovació de la majoria de normes ambientals, la situació pel que fa al sistema climàtic, a la contaminació per plàstics, a la desertització o a l'extinció d'espècies, és molt més greu del que ho era abans, podem comprendre com hi ha qui considera la regulació del medi ambient un fracàs. Per suposat, la situació seria molt pitjor de no haver-se aprovat aquests instruments legals, però el llegat d'aquestes normatives és lluny de poder-se considerar satisfactori quan ja hem creuat sis dels nous límits planetaris que permeten disposar d'un espai segur per a la vida humana a la Terra.

Segurament això es deu al fet que la protecció ambiental (i de l'ésser humà, que en deriva) s'ha limitat a un àmbit del Dret que ha estat considerat menor fins a dia d'avui: el Dret ambiental. Així, s'han generat un conjunt de normes sectorials benintencionades, conegudes i estudiades per un reduït nombre de juristes (i aplicades per un nombre encara menor), però es mantenia un corpus jurídic molt més ampli que entrava en contradicció amb aquest ordenament sectorial. Per dir-ho en poques paraules: el sistema legal dels darrers setanta anys ha mantingut, promogut i protegit el sistema econòmic, de producció i consum, que està destruint les bases mateixes de la vida en el planeta. No és només, doncs, que la regulació ambiental sigui insuficient, és que l'enfocament purament sectorial ha impedit qüestionar alguns dels fonaments bàsics del sistema que provoca i agreuja aquesta destrucció ambiental.

La darrera dimensió del problema lliga amb les dues anteriors, i té a veure amb l'arraconament del Dret ambiental tant en la pràctica jurídica com en el seu estudi, a l'àmbit acadèmic. Basti dir, en aquest sentit, que en el Grau en Dret de la Universitat de les Illes Balears no s'hi imparteix cap assignatura de Dret ambiental, amb la qual cosa els nostres estudiants es graduen sense tenir cap idea sobre un tema que serà cabdal no únicament en les seves vides personals (que ho serà, i molt), sinó que esdevé cada cop més important de manera transversal a totes les disciplines jurídiques: ja sigui en el Dret penal, el Dret mercantil, el Dret constitucional, el Dret civil o el Dret administratiu, les qüestions ambientals estan cridades a ser de primer ordre en els propers anys. No formar els nostres estudiants en aquestes qüestions és no formar professionals preparats per enfrontar-se als desafiaments principals del seu temps. I és una cosa que caldria corregir urgentment.

En les següents pàgines, especialistes de reconegut prestigi en els seus àmbits respectius aborden aspectes essencials per comprendre l'estat de la qüestió actual i, sobretot, per plantejar-se cap a on hauríem d'anar per tal de donar una resposta adequada a aquesta crisi ambiental des de la perspectiva jurídica. Els lectors trobaran una interessant anàlisi que va des d'estudis (crítics) sobre el marc legal general i la necessitat de repensar-lo, fins a d'altres més específics preocupats per com donar eficàcia a les normes i a les categories vigents en el nostre sistema jurídic. Això no és més que el reflex de la problemàtica actual del Dret ambiental: per una banda és insuficient i, per l'altra, la normativa ja existent tampoc s'aplica com cal.

La Secció monogràfica s'inicia amb un estudi del professor DE VÍLCHEZ MORAGUES, que analitza la manera com la litigació climàtica ha permès identificar en nombroses jurisdiccions arreu del món l'existència d'una obligació dels Estats de donar una resposta adequada a la crisi climàtica, fruit de la interacció de diverses fonts normatives, com ara els drets humans, els tractats internacionals sobre el canvi climàtic o els principis internacionals del Dret ambiental. La interacció d'aquestes fonts ha permès identificar en nombrosos països el nivell de diligència requerit per part dels Estats, així com establir un diàleg transnacional fructífer entre juristes. La identificació d'aquest nivell de diligència a partir d'aquesta lectura enriquidora del Dret vigent, permet albirar una evolució necessària del sistema legal per tal de donar resposta a una crisi ambiental més àmplia de la qual el canvi climàtic és només una manifestació.

Centrant-se en l'àmbit europeu, la professora FAJARDO DEL CASTILLO explora al seu torn com els principis del Dret ambiental de la Unió Europea poden jugar un rol crucial a l'hora d'abordar els desafiaments ambientals des del projecte europeu. De fet, FAJARDO mostra com aquests principis són aplicats més enllà de l'àmbit purament ambiental, ja que les institucions europees els apliquen en la consecució dels objectius de desenvolupament sostenible i en la seva política de cooperació internacional. Finalment, l'aplicació d'aquests principis i la seva ampliació permetrien potencialment a la UE proposar un model econòmic més equilibrat, sostenible i equitatiu.

Tot i així, la creació d'un vertader Estat de Dret ambiental necessita, segons FAJARDO, d'una aplicació efectiva de les normes ambientals que avui en dia encara és deficitària. És precisament aquesta insuficiència en l'aplicació de les normes de Dret ambiental la que aborda la jurista i advocada Miquela GRIMALT VIGO. La normativa ambiental actual és àmplia, cobrint nombrosos àmbits, i té un considerable potencial per protegir béns ambientals. En aquest sentit, la paradoxa de l'augment de la regulació ambiental, que ve acompanyada d'una degradació també creixent del medi natural, no s'explica tant per la insuficiència del marc legal existent, com per la seva aplicació ineficaç per part de l'Administració. Davant aquesta situació, de causes

múltiples, com ara la manca de recursos, GRIMALT se centra en la responsabilitat de les persones que han d'aplicar aquestes normes i el seu potencial per ser agents de canvi i protecció efectiva del medi ambient i les persones.

La professora Ascensión GARCÍA RUIZ aborda en el seu article l'origen i l'evolució de la criminologia verda, com a evolució recent de la criminologia crítica. Així, des de la perspectiva delictiva, GARCÍA analitza com la perspectiva ambiental de la criminologia permet ampliar la noció de víctima, més enllà de la visió antropocèntrica, incloent-hi els altres éssers vius i els ecosistemes, al mateix temps que permet incloure, més enllà dels actes prohibits, els danys ocasionats per actes no prohibits. Finalment, GARCÍA fa una crida a la interdisciplinarietat com element necessari per permetre una correcta evolució i aplicació del Dret penal i la criminologia en el marc dels desafiaments ambientals, que requereixen un alt coneixement científic.

Una altra disciplina legal rellevant en matèria ambiental, que permet copsar la transversalitat d'aquestes qüestions, és el Dret tributari, de la qual s'encarrega el professor Rodolfo SALASSA BOIX. En la seva aportació, SALASSA realitza una anàlisi de la fiscalitat verda a Espanya, destacant la normativa més recent al respecte i tenint en compte els desafiaments derivats de la distribució de competències entre l'Estat, les comunitats autònomes i els ens locals.

Finalment, la Secció conclou amb una aportació del professor Jordi JARIA-MANZANO que analitza el marc genèric del Dret i que qüestiona alguns dels seus postulats més destacats, com ara el desenvolupament sostenible, des de la perspectiva del Dret constitucional. Aquest autor aporta una visió sistèmica que va molt més enllà del mateix sistema jurídic per incorporar les conclusions més recents de disciplines científiques com ara la geologia o la biologia per abordar la qüestió des de la perspectiva de l'entrada a una nova era geològica, l'Antropocè, i el que això suposa des del punt de vista del sistema jurídic. JARIA-MANZANO contraposa l'adveniment de l'Antropocè, que implica prendre en compte la noció de temps, la fragilitat i la irreversibilitat dels canvis, a la noció estàtica que segons afirma es troba en la base del concepte de sostenibilitat, el qual partiria de la concepció que es pot aturar el temps per tal de garantir l'estabilitat de les condicions biofísiques que fan possible la vida humana a la Terra, tal i com la coneixem. Davant les limitacions d'aquest principi, aquest expert proposa reemplaçar-lo per nous conceptes que permetin incorporar aquesta dimensió de canvi i la capacitat d'adaptar-s'hi, com ara el de resiliència, així com passar d'un àmbit d'intervenció macro a un àmbit micro, que permeti donar respostes locals més adaptades a les realitats concretes de cada contrada i grup humà.



*Presentació: el Dret com a eina imprescindible...*

Amb els continguts d'aquesta Secció monogràfica es pretén donar una primera passa cap a la normalització de la dimensió ambiental en l'àmbit jurídic a la nostra Comunitat Autònoma; un toc d'atenció sobre la urgència d'incorporar aquestes qüestions en la nostra pràctica professional i una mostra dels nombrosos àmbits jurídics des dels quals es pot tractar aquest tema. Al cap i a la fi, la pretensió última és despertar la curiositat dels professionals de l'àmbit legal, perquè es qüestionin i s'apropin a una perspectiva que tanmateix serà omnipresent d'aquí pocs anys. Posem-nos-hi, per tal d'estar preparats i poder aportar les respostes adequades.



# El canvi climàtic com a punta de llança de la redefinició de les obligacions de l'Estat en matèria ambiental\*

***Pau de Vilchez Moragues***

Professor contractat doctor interí de Dret Internacional Públic

Universitat de les Illes Balears

## **RESUM**

El canvi climàtic suposa una amenaça existencial per a la humanitat tal i com la coneixem. Recentment s'ha començat a identificar l'obligació dels Estats de donar-li una resposta adequada, especialment a través de la feina de la doctrina i de la jurisprudència. Aquesta obligació de diligència deriva de la interacció de diverses fonts legals, entre les quals destaquen els drets humans, els principis de Dret internacional del medi ambient o els tractats internacionals sobre canvi climàtic. Ara bé, la crisi climàtica no és sinó una manifestació d'una crisi més profunda, que deriva d'un sistema de producció i consum totalment insostenible i que posa en perill nombrosos sistemes naturals imprescindibles per a una vida humana amb dignitat. En aquest sentit, sembla imprescindible ampliar aquesta obligació de diligència dels Estats, que s'està identificant per part dels tribunals en matèria de canvi climàtic, a la resta de límits planetaris per tal d'assegurar la protecció dels béns essencials que haurien de ser l'objecte de la protecció prioritària del sistema jurídic.

**Paraules clau:** canvi climàtic, drets humans, Acord de París, principis de Dret internacional del medi ambient, precaució, prevenció, litigi climàtic, mites planetaris.

## **RESUMEN**

El cambio climático supone una amenaza existencial para la humanidad tal y como la conocemos. Recientemente ha empezado a identificarse la obligación de los Estados de darle una respuesta adecuada, especialmente a través de la labor de la doctrina y de la jurisprudencia. Esta obligación de diligencia deriva de la interacción de diversas fuentes legales, entre las que destacan los derechos humanos, los principios de Derecho Internacional del medio ambiente o los tratados internacionales sobre cambio climático. Sin embargo, la crisis climática no es sino una

---

\* Article sotmès a avaluació cega: 03.05.2023. Acceptació final: 14.06.2023.

El present estudi s'ha dut a terme en el marc del projecte d'I+D+I PID2019-1082253RB-C32 finançat per MCIN/AEI/10.13039/501100011033 i el FEDER «Una manera de fer Europa».

manifestación de una crisis más profunda, que deriva de un sistema de producción y consumo totalmente insostenible y que pone en peligro numerosos sistemas naturales imprescindibles para una vida humana con dignidad. En este sentido, parece imprescindible ampliar esta obligación de diligencia de los Estados, que se está identificando por parte de los tribunales en materia de cambio climático, al resto de límites planetarios para asegurar la protección de los bienes esenciales que deberían ser el objeto de la protección prioritaria del sistema jurídico.

**Palabras clave:** cambio climático, derechos humanos, Acuerdo de París, principios de Derecho Internacional del medio ambiente, precaución, prevención, litigio climático, mitos planetarios.

#### ABSTRACT

Climate change is an existential threat to humanity as we know it. Recently there have been efforts to identify the obligation of States to provide an adequate response to that threat, especially through the works of both scholars and courts. This obligation of due diligence derives from the interaction of different legal sources, among which human rights, international environmental law principles and international treaties on climate change. However, the climate crisis is but another manifestation of a deeper crisis, one which derives from a system of production and consumption, and which is completely unsustainable while posing a severe risk to numerous natural systems which are essential to ensure a human life in dignity. Therefore, it seems necessary to broaden this obligation of diligence of States regarding climate change to other planetary boundaries to ensure the protection of essential legal goods the protection of which should be the primary object of the legal system.

**Key words:** climate change, human rights, Paris Agreement, international environmental law principles, precaution, prevention, climate litigation, planetary myths.

#### SUMARI

**I. Introducció. II. L'emergència climàtica. III. La identificació de les obligacions estatals en matèria de canvi climàtic. 1. Les fonts d'aquestes obligacions. A. Els tractats internacionals del clima. B. Els drets humans. C. Els principis del Dret internacional del medi ambient. 2. La identificació d'aquestes fonts. A. La doctrina. B. La jurisprudència: el litigi climàtic. IV. Conclusió.**

«Incremental change is no longer an option: broad-based economy-wide transformations are required to avoid closing the window of opportunity to limit global warming to well below 2°C, preferably 1.5°C. Every fraction of a degree matters».

(UNEP, Emissions Gap Report 2022)

## **I. Introducció**

La humanitat està posant en perill les condicions mateixes que permeten la vida humana a la terra. Aquesta podria ser la primera frase d'un llibre de ciència-ficció però, malauradament, és la conclusió a què ha arribat la comunitat científica respecte de la nostra situació actual. A través d'un sistema productiu i de consum totalment irracional, que empra i destrueix recursos naturals a major velocitat que la mateixa capacitat del planeta per generar-los,<sup>1</sup> l'ésser humà està traspasant allò que s'anomenen els «límits planetaris»,<sup>2</sup> és a dir, els límits naturals dintre dels quals l'ésser humà pot viure i prosperar i més enllà dels quals es poden provocar canvis ambientals abruptes o irreversibles que posen en perill les condicions que han permès el desenvolupament de l'espècie humana. Aquests nous límits són: el canvi climàtic, la integritat de la biosfera, l'ús del sòl, el consum i la modificació dels cicles de l'aigua dolça, la contaminació química, els fluxos biogeoquímics de nitrogen i fòsfor, l'acidificació dels oceans, la càrrega d'aerosols a l'atmosfera i la pèrdua de la capa d'ozó. L'any 2015 les dades mostraven que ja s'havien superat quatre d'aquests

---

<sup>1</sup> La petjada ecològica actual implica que caldrien 1,75 planetes per generar de manera sostenible allò que consumim en un any a la Terra [<https://www.overshootday.org/newsroom/press-release-june-2022-english/>]. Aquest indicador és molt pitjor en els països enriquits. Per exemple, a nivell de l'Estat espanyol, caldrien 3 *Espanyes*. Per comprendre millor el concepte de «petjada ecològica» i accedir a les dades i els anàlisis al respecte, la millor font és el Global Footprint Network [<https://www.footprintnetwork.org/>].

<sup>2</sup> El concepte de *Planetary Boundaries* ha estat desenvolupat per Johan Rockström i l'equip del Centre de Resiliència de la Universitat d'Estocolm. Per accedir a les publicacions principals sobre l'estat dels límits planetaris i la seva fonamentació científica, es pot consultar la plana web del Centre dedicada a la qüestió: <https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries.html>.

límits. L'any 2022 nous estudis van mostrar que els sis primers límits mencionats ja s'han transgredit.

En aquesta delicada i perillosa situació és important recordar que el Grup Intergovernamental sobre Canvi Climàtic (IPCC, en les seves sigles en anglès) ha assenyalat fa poc que encara som a temps de prendre les mesures que ens permetin limitar la gravetat dels canvis que estam provocant sobre el sistema climàtic.<sup>3</sup> Ara bé, l'IPCC també recordava que la finestra d'oportunitat per prendre aquestes mesures s'està tancant. De fet, els propers set a deu anys seran clau i cal que reduïm al menys al 50 % les nostres emissions de gasos d'efecte hivernacle per tenir possibilitats reals de contenir l'escalfament global a 1,5°C aquest segle. Allò que acabam d'assenyalar sobre el canvi climàtic és àmpliament extrapolable a la resta de límits planetaris.

Davant aquesta situació crítica, els sistemes legals han donat una resposta que, en el millor dels casos, ha estat insuficient i, en el pitjor, ha donat cobertura als procediments i activitats que estan precisament posant en risc la viabilitat del planeta per a l'espècie humana. És per aquest motiu que ha arribat el moment de formular-nos una pregunta que, des de l'àmbit jurídic, s'ha obviat durant massa temps: *per a què serveix el Dret?* I, sobretot, *per a què ha de servir?* De la resposta a aquestes preguntes dependrà la identificació dels béns jurídics que cal protegir, i la seva jerarquia, així com els mecanismes més adequats per aconseguir-ho.

La intenció d'aquest article és proporcionar alguns elements necessaris per a donar una resposta satisfactòria, útil, a aquesta pregunta, a partir de l'anàlisi de l'evolució de la jurisprudència recent en matèria de responsabilitat dels Estats pel que fa al canvi climàtic.

## II. L'emergència climàtica

El canvi climàtic actual és inequívoc, com també ho és el seu origen antropogènic. La contundència del llenguatge emprat en aquestes dues afirmacions no és habitual en l'àmbit científic, en què sol primar la probabilitat, els distints graus de certesa. Però aquest és precisament el llenguatge emprat per la ciència en relació amb l'escalfament global actual. Després de 35 anys d'existència, sis informes globals i nombrosos informes sectorials, en els quals s'ha analitzat tota la producció científica

---

<sup>3</sup> IPCC, Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report (AR6), Summary for Policymakers (SPM), 2023 [disponible a <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>].

mundial sobre la matèria, l'IPCC inclou en el seu darrer informe (AR6), aquesta expressió «inequívoc»: «Les activitats humanes, principalment a través de les emissions de gasos d'efecte hivernacle, han causat de manera inequívoca l'escalfament global, amb la temperatura mitjana global assolint 1,1°C per sobre de la mitjana de 1850-1900 entre 2011 i 2020».<sup>4</sup>

No hi ha dubte, doncs, que s'està escalfant l'atmosfera (i la mar),<sup>5</sup> i que aquest escalfament és conseqüència de la combustió desenfrenada de combustibles fòssils. En els darrers 10.000 anys, fins a la revolució industrial, la concentració de CO<sub>2</sub> a l'atmosfera s'ha mantingut estable al voltant de 280 ppm, permetent l'aparició de l'agricultura, l'escriptura i la civilització humana tal i com la coneixem. A dia d'avui, la concentració de CO<sub>2</sub> és de més de 415 ppm. Una concentració tan elevada de CO<sub>2</sub> no s'havia donat des de fa com a mínim 2 milions d'anys.<sup>6</sup> Si tenim en compte que l'*homo sapiens* va sorgir fa uns 200.000 anys, ens adonarem que estam en *terra ignota*. Hem portat el planeta a un punt que la humanitat no havia vist mai.

Això ha afectat ràpidament i profundament l'atmosfera, els oceans i la biosfera, provocant ja actualment impactes greus sobre les persones i la natura, a través de fenòmens atmosfèrics extrems (sequeres, pluges torrencials, onades de calor...), incendis, l'acidificació dels oceans, la desaparició progressiva de les glaceres o l'augment del nivell de la mar.<sup>7</sup> De cara al futur, les conseqüències dependran del nivell de concentració de gasos d'efecte hivernacle (GEH) a l'atmosfera. Quants més GEH emetem, molt més greus seran aquestes conseqüències.

Per tal de tenir possibilitats reals de contenir l'escalfament global a 1,5°C, hauríem de reduir les emissions de GEH a la meitat el 2030 i a zero net el 2050.<sup>8</sup> Un escalfament per sobre d'aquesta temperatura comportaria un augment considerable

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 4 [traducció de l'autor].

<sup>5</sup> De fet, els oceans estan absorbint el 90 % de l'escalfament actual [<https://climate.nasa.gov/en-espanol/signos-vitales/calentamiento-del-oceano/>].

<sup>6</sup> IPCC, 2021: Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, A.2.1, p. 10.

<sup>7</sup> IPCC, Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report, *ut supra*, nota 3.

<sup>8</sup> United Nations Environment Programme (2022). *Emissions Gap Report 2022: The Closing Window — Climate crisis calls for rapid transformation of societies*. Nairobi, p. 32-35 [<https://www.unep.org/emissions-gap-report-2022>].

en la gravetat de les conseqüències.<sup>9</sup> A tall d'exemple, amb un escalfament d'1,5°C la quantitat de persones afectades per les dificultats d'accés a l'aigua potable es redueixen a la meitat en comparació amb un escalfament de 2°C.<sup>10</sup> Amb aquesta temperatura, el rendiment d'alguns cereals, com el blat de les Índies, podria caure un 50 %, <sup>11</sup> i molts Estats insulars del pacífic esdevindrien difícilment habitables.<sup>12</sup>

El nivell de concentració de GEH compatibles amb limitar l'escalfament a una determinada temperatura es coneix com a «pressupost de carboni». Doncs bé, al ritme actual d'emissions, haurem exhaurit el pressupost de carboni per limitar l'escalfament a 1,5°C d'aquí a 2030. Per tenir una idea del que impliquen els distints escenaris d'augment de temperatura, resulta molt il·lustratiu el darrer informe de l'IPCC. Segons l'AR6, amb un augment de la temperatura mitjana global d'1,5°C, un 14 % de les espècies vives estarien *greument* amenaçades d'extinció; amb un escalfament de 2°C, serien un 18 %; si la temperatura puja a 3°C per sobre de la mitjana, les espècies *greument* amenaçades serien el 29 %, i aquesta xifra augmentaria al 49 % (una de cada dues espècies) en el cas que la temperatura s'escalfi 5°C d'aquí a finals del s. XXI.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> IPCC, 2018: Summary for Policymakers. In: *Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. World Meteorological Organization. Geneva, Switzerland, 32 pp.

<sup>10</sup> IPCC, 2018: Summary for Policymakers. In: *Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. World Meteorological Organization, Geneva, Switzerland, p. 11.

<sup>11</sup> IPCC, 2022: *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press, p. 736, doi:10.1017/9781009325844.

<sup>12</sup> IPCC, 2022: *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press, pp. 2062-2063, doi:10.1017/9781009325844.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 14.



Finalment, cal tenir en compte que l'escalfament global pot provocar que es creuin punts de no retorn en els sistemes naturals que provoquin un efecte de retroalimentació, escalfant encara més el planeta i agreujant de manera significativa la crisi climàtica: els anomenats *tipping points*. Es tracta, per exemple, de la desaparició de les capes de gel polars, la modificació de les corrents oceàniques o la degradació dels grans boscos tropicals. Aquests fenòmens tendrien entre d'altres conseqüències, respectivament, l'augment significatiu del nivell de la mar, el trasbals profund del patrons climàtics arreu del món o el fet que els boscos deixin de ser embornals de carboni i passin a ser emissors nets de GEH. Segons estudis recents, es podrien crear sis punts de no retorn en el cas que la temperatura mitjana global s'escalfés per sobre d'1,5°C i fins a 2°C. Entre 2°C i 4°C se'n podrien crear deu, i se'n creuarien 16 en cas de superar els 4°C aquest segle.<sup>14</sup>

### **III. La identificació de les obligacions estatals en matèria de canvi climàtic**

Davant d'aquesta situació, que suposa un dels majors riscos per a la supervivència de la humanitat tal i com la coneixem,<sup>15</sup> tenen els Estats alguna obligació de donar-li resposta? Més enllà de la dimensió ètica o política, allò rellevant per a aquest article és la dimensió legal d'aquesta possible o possibles obligacions. L'examen superficial de les distintes fonts del dret podria portar-nos erròniament a pensar que no existeix una obligació en aquest sentit o que, com a màxim, es tracta simplement de l'obligació d'intentar fer alguna cosa al respecte, deixant la definició de la intensitat o el contingut d'aquesta intervenció totalment a expenses de la voluntat estatal. Ara bé, un examen més minuciós i sistemàtic del marc legal ens permet identificar que, en realitat, els Estats estan obligats a actuar amb un determinat nivell de responsabilitat a l'hora de donar resposta a l'escalfament global. Així, la interacció del marc legal internacional relatiu al canvi climàtic, el règim internacional de protecció dels drets fonamentals, els principis del Dret internacional del medi ambient i les obligacions de diligència incloses en els textos constitucionals estatals, juntament amb altres figures del Dret, com la responsabilitat civil

---

<sup>14</sup> ARMSTRONG MCKAY, D. I. [et al.]. «Exceeding 1.5°C global warming could trigger multiple climate tipping points». *Science* 377, eabn 7950 (2022). DOI: 10.1126/ science.abn7950.

<sup>15</sup> El canvi climàtic és, per exemple, una de les amenaces existencials per a la humanitat analitzades pel Centre for the Study of Existential Risk (CSER) de la Universitat de Cambridge [<https://www.cser.ac.uk/research/extreme-risks-and-global-environment/>].

extracontractual, permeten identificar l'existència d'una obligació real, tangible i exigible en justícia, davant els tribunals, de donar una resposta adequada al canvi climàtic que permeti limitar l'escalfament global a un nivell que sigui coherent amb el menor risc possible segons el consens científic internacional en la matèria.

La font d'aquesta obligació és complexa, perquè el seu origen és múltiple, però no per això és menys sòlida sinó que, ans el contrari, la intervenció de múltiples fonts jurídiques ajuda precisament a consolidar la seva força legal. En les pàgines següents examinarem, per una banda, les fonts principals que intervenen més sovint en la identificació d'aquestes obligacions i, per l'altra, els mecanismes que han permès identificar-les.

### 1. Les fonts d'aquestes obligacions

#### A. Els tractats internacionals del clima

El marc internacional relatiu al canvi climàtic té com a peça fonamental la Convenció marc de Nacions Unides sobre el canvi climàtic (CMUNCC). Aquesta es va adoptar el 1992, gairebé al mateix temps que el Conveni sobre diversitat biològica (CBD) o la Convenció per combatre la desertificació (CCD), els dos instruments que, juntament amb la CMNUCC, formen les anomenades *Convencions de Rio*.<sup>16</sup>

La primera de les convencions esmentades establia com a objectiu fonamental de la mateixa «la estabilització de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático».<sup>17</sup>

La CMNUCC reconeix en el seu preàmbul que el canvi climàtic és una *preocupació comú de tota la humanitat* i estableix els principis que han de guiar els Estats en la seva acció climàtica: el principi de justícia intergeneracional, el principi de responsabilitats comuns però diferenciades, el principi de precaució o el principi de desenvolupament sostenible.<sup>18</sup> A banda, la Convenció defineix una sèrie d'obligacions que són més intenses en funció del nivell d'industrialització assolit. Així,

---

<sup>16</sup> Aquestes tres convencions es van adoptar entre 1992 i 1994, en el marc de la Cimera de Rio, i cercaven, cadascuna d'elles, cobrir un dels aspectes fonamentals de la sostenibilitat ambiental [<https://unfccc.int/es/proceso-y-reuniones/las-convenciones-de-rio>].

<sup>17</sup> Art. 2 CMNUCC.

<sup>18</sup> *Ibid.* art. 3.

mentre tots els països han d'elaborar inventaris d'emissions i d'embornals de carboni, els Estats industrialitzats també han d'establir polítiques nacionals i mesures de reducció d'aquestes emissions i els membres de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) han d'aportar, a més, ajuda financera i tecnològica als països empobrits.<sup>19</sup> L'òrgan *suprem* de govern de la CMNUCC és la Conferència de les Parts (COP), que s'encarrega de fer el seguiment del compliment de la Convenció i d'adoptar els instruments que la completin i desenvolupin. Precisament, els esmentats principis, així com l'objectiu de la Convenció, són aplicables a tots els instruments jurídics connexos en aquesta, inclosos els dos més importants aprovats en els darrers 25 anys: el Protocol de Kyoto i l'Acord de París.

El Protocol de Kyoto,<sup>20</sup> adoptat l'any 1997, va suposar un avenç important en la mesura que incorporava, per primer cop, objectius quantificats de reducció d'emissions per a cada país industrialitzat que n'era Estat part. Malauradament, el principal país emissor de GEH d'aquell moment, Estats Units, no va mai ratificar l'Acord, i alguns altres el van incomplir (com Canadà) o en van sortir (com Rússia). Ara bé, el Protocol va tenir un impacte innegable en la reducció d'emissions de la Unió Europea (UE). Per altra banda, els països emergents, com ara Xina o la Índia, no tenien obligacions de reducció d'emissions en el marc de Kyoto.

La insuficiència del Protocol de Kyoto a l'hora de donar una resposta adequada al canvi climàtic va fer necessària l'elaboració d'un nou instrument que s'hauria d'haver adoptat a la COP15, a Copenhaguen, el 2009, però que va acabar veient la llum el desembre de 2015, a la COP21 de París. L'Acord de París<sup>21</sup> va suposar un canvi substancial respecte del Protocol de Kyoto per diversos motius. Per una banda, definia per primer cop què vol dir una «interferència perillosa» en el sistema climàtic, establint com a objectiu la contenció de l'escalfament global ben per sota de 2°C, i fent tots els esforços per limitar l'escalfament a 1,5°C.<sup>22</sup> En segon lloc, l'Acord no definia en el seu text les reduccions a efectuar per cada país (a diferència del Protocol de Kyoto), sinó que establia la obligació per als Estats de definir i comunicar de

---

<sup>19</sup> *Ibid.* art. 4.

<sup>20</sup> Protocol de la Convenció marc de Nacions Unides sobre el canvi climàtic (Kyoto, 11 de desembre de 1997, 2303 UNTS 148).

<sup>21</sup> Decisió 1/CP.21, Adoption of the Paris Agreement, 12 December 2015, FCCC/CP/2015/10/Add.1 (opened for signature on 22 April 2016, entered into force 4 November 2016).

<sup>22</sup> Art. 2.1(a).

manera periòdica els seus objectius de reducció d'emissions (anomenats *contribucions determinades a nivell nacional*, o NDCs, en anglès), amb un sistema que obligava totes les parts a revisar a l'alça els seus compromisos cada cinc anys, de manera que aquests reflecteixin la màxima ambició possible de cada Estat part.<sup>23</sup> Finalment, i no menys important, en el marc de l'Acord de París tots els Estats part estan obligats a reduir les seves emissions i a presentar de manera periòdica els seus respectius NDCs, encara que tenint en compte el principi de les responsabilitats comunes però diferenciades a la llum de les diferents circumstàncies nacionals.

L'Acord de París va entrar en vigor a una velocitat extraordinària, menys d'un any després de la seva adopció, i avui en dia ha estat ratificat per 195 països, incloent tots els principals emissors de GEH,<sup>24</sup> dels quals 194 han presentat els seus NDCs. Ara bé, els compromisos presentats pels Estats fins aquest moment són àmpliament insuficients per aconseguir l'objectiu fixat en l'Acord. Segons destaca el Programa de Nacions Unides per al Medi Ambient (PNUMA), les polítiques actuals porten a un escalfament global durant aquest segle del voltant de 3°C. Si es complissin tots els NDCs incondicionals (no dependents de la provisió de suport financer o tecnològic per part de tercers Estats), l'augment de temperatura seria de 2,6°C.<sup>25</sup>

Existeix, doncs, una discrepància important entre l'objectiu de temperatura a assolir i els compromisos definits pels Estats. Aquest any, a la COP28, s'efectuarà el primer *inventari global* (Global Stocktake) previst per l'Acord de París, que permetrà determinar amb el major nivell de detall l'estat d'execució per part de cada Estat part de les obligacions i compromisos assumits amb aquest Acord. En base a aquest inventari global, els Estats hauran de revisar a l'alça els seus compromisos d'aquí a 2025.

### *B. Els drets humans*

L'aparició dels drets humans com a bé fonamental a protegir per la comunitat internacional suposa un abans i un després en l'evolució del Dret, intern i

---

<sup>23</sup> Art. 4.

<sup>24</sup> United Nations Treaty Collection: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en).

<sup>25</sup> United Nations Environment Programme (2022). Emissions Gap Report 2022: The Closing Window — Climate crisis calls for rapid transformation of societies — Executive Summary. Nairobi, p. IV [<https://www.unep.org/emissions-gap-report-2022>].

internacional. Des de la Declaració universal dels drets humans aprovada a Nova York el 1948, els drets humans han constituït un dels elements essencials en la limitació de l'antigament inexpugnable principi de la sobirania dels Estats. Actualment, existeixen nombrosos tractats tant a l'àmbit universal com regional que recullen, desenvolupen i protegeixen aquests drets; tractats subscrits per la majoria de països del planeta.<sup>26</sup> A més, s'han desenvolupat règims regionals de protecció dels drets humans que compten amb mecanismes judicials avançats, com ara el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), la Cort Interamericana de Drets Humans (CIADH) o la Cort Africana de Drets Humans i dels Pobles (CAfDHP). Per últim, la majoria de països han incorporat la protecció dels drets fonamentals en els seus textos constitucionals, donant-los una protecció particular i qualificada. La interacció dels tractats internacionals, les normes estatals i els òrgans judicials o quasi judicials, tant de natura internacional com interna, ha permès la consolidació dels drets humans com a bé jurídic fonamental. Avui en dia és objecte de consens entre tota la comunitat internacional que l'obligació legal des Estats respecte dels drets humans és triple: respectar, protegir i implementar (és a dir, crear les condicions perquè el seu gaudi pugui ser efectiu).<sup>27</sup>

Quina relació tenen els drets humans i el canvi climàtic? Per respondre a aquesta pregunta és important tenir en compte la triple obligació dels Estats a què acabam de fer referència. Els governs no només estan obligats a no infringir directament els drets fonamentals de la ciutadania (per exemple, abstenint-se de matar algú, o de sotmetre'l a tortura), sinó que estan obligats a evitar que d'altres (per exemple, actors privats) ho facin i, de manera crucial, a establir i desenvolupar un sistema normatiu i a posar en marxa els mitjans perquè aquests drets siguin efectius. La dependència de l'ésser humà d'un medi ambient sà per poder tenir una vida digna ha estat subratllada per nombrosos instruments internacionals de drets humans i, en aquest

---

<sup>26</sup> El Pacte internacional de drets civils i polítics té 173 Estats part, i el Pacte internacional de drets econòmics socials i culturals, 171. El Conveni sobre els drets de l'infant té, per la seva banda, 196 Estats part.

<sup>27</sup> Veure, per exemple, els comentaris generals 12, 13 i 14 del Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals [[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=sp&TreatyID=9&DocTypeID=11)].

sentit, cal destacar la jurisprudència del TEDH.<sup>28</sup> La Cort d'Estrasburg, ja des del cas López Ostra,<sup>29</sup> a l'any 1994, va establir que els impactes sobre la salut de la demandant com a conseqüència de les emissions contaminants, les olors i el renou d'una planta de tractament de residus vulneraven el seu dret a la vida privada i familiar, i va considerar l'Estat espanyol responsable d'aquesta violació per no haver pres les mesures adequades per evitar-ho. Des de llavors, són nombroses les sentències condemnatòries a Estats europeus per les violacions de drets humans derivades de nombroses actuacions o omissions en matèria ambiental, des de la contaminació industrial fins a la gestió de residus.<sup>30</sup> En aquest sentit, cal subratllar que el TEDH ha identificat la responsabilitat de l'Estat en la violació dels drets humans dels demandants fins i tot en casos relatius a desastres naturals, derivant aquesta responsabilitat de la manca d'una planificació efectiva que eviti la producció d'aquests danys en el cas de situacions perilloses.<sup>31</sup>

A l'altra banda de l'Atlàntic, la CIADH ha desenvolupat igualment una significativa tasca jurisprudencial en què ha identificat de manera clara els vincles entre el medi ambient i els drets humans, així com les obligacions que en deriven de respectar el primer per tal de salvaguardar els segons. Particularment rellevant en aquest sentit resulta l'opinió consultiva emesa l'any 2017 per la CIADH en resposta a una sol·licitud presentada per Colòmbia, en què desenvolupa una anàlisi detallada de la qüestió i defineix de manera inequívoca les obligacions dels Estats en matèria ambiental per tal de respectar les obligacions derivades del sistema interamericà de drets humans.<sup>32</sup>

Si ens referim al canvi climàtic i a les seves conseqüències, resulta evident que els impactes que tindrà sobre els drets humans seran nombrosos, greus i generalitzats. Les onades de calor, per exemple, afecten greument la salut, especialment dels infants, les persones majors i les persones amb malalties respiratòries o cardiovasculars, podent provocar fins i tot la mort. A tall d'exemple,

---

<sup>28</sup> Un llistat exhaustiu d'aquestes decisions judicials i la seva rellevància s'elabora de manera periòdica pel mateix Consell d'Europa i el TEDH: *Factsheet – Environment and the ECHR* [la darrera versió es pot trobar a [https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_environment\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf)].

<sup>29</sup> *López Ostra v. Spain*, ECtHR Application No. 16798/90, Judgment (9 December 1994).

<sup>30</sup> *Öneryıldız v. Turkey* [GC], ECtHR Application No. 48939/99, Judgment (30 November 2004).

<sup>31</sup> *Budayeva and Others v. Russia*, ECtHR Application No. 15339/02, Judgment (20 March 2008).

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Series A No. 23.

l'onada de calor de 2003 a Europa es calcula que va provocar prop de 70.000 morts prematures,<sup>33</sup> i la de 2022, 20.000,<sup>34</sup> tot i que ja es comptava amb molts més mitjans i protocols per afrontar aquestes situacions. Els incendis, que van assolir una xifra rècord el 2022 a Europa,<sup>35</sup> són també una font de risc per a la vida, la salut i la propietat de les persones, a l'igual que els fenòmens atmosfèrics extrems. Per altra banda, l'augment de l'estrès hídric i l'augment del nivell de la mar provoquen també impactes greus pel que fa a la producció d'aliments i l'accés a l'aigua potable, mentre que l'extensió a la resta del món de malalties fins ara limitades a algunes zones geogràfiques, com el zika, o el dengue, suposa una amenaça greu per a la salut.<sup>36</sup> Fins i tot el dret humà a la lliure determinació, el dret col·lectiu per antonomàsia, es troba greument amenaçat per l'augment del nivell de la mar derivat de l'escalfament global, que afecta directament a l'habitabilitat de països com Tuvalu, Kiribati o Vanuatu, alguns dels quals han contemplat fins i tot la compra de terrenys a d'altres Estats per poder real·lotjar els seus habitants (sempre que les normes migratòries o d'asil d'aquells Estats així ho permetin).<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> ROBINE, J. M. [et al.]. «Death toll exceeded 70,000 in Europe during the summer of 2003». *Comptes Rendus Biologies*, Volume 331, Issue 2 (2008), p. 171-178 [https://doi.org/10.1016/j.crv.2007.12.001].

<sup>34</sup> «Over 20,000 died in western Europe's summer heatwaves, figures show». *The Guardian*, 24 November 2022 [https://www.theguardian.com/environment/2022/nov/24/over-20000-died-western-europe-heatwaves-figures-climate-crisis].

<sup>35</sup> Copernicus Climate Change Service, *European State of the Climate 2022* (2023) [https://doi.org/10.24381/gvaf-h066].

<sup>36</sup> Una anàlisi detallada dels impactes sobre la salut del canvi climàtic es pot trobar en VAN DAALLEN, K. R. [et al.]. «The 2022 Europe report of the Lancet Countdown on health and climate change: towards a climate resilient future». *The Lancet Public Health*, vol. 7, núm. 11 (2022) [https://doi.org/10.1016/S2468-2667(22)00197-9].

<sup>37</sup> KUPFERBERG, J. S. «Migration and dignity – relocation and adaptation in the face of climate change displacement in the Pacific – a human rights perspective». *The International Journal of Human Rights* (2021), 25:10, 1793-1818 [DOI: 10.1080/13642987.2021.1889515]. Per una anàlisi en profunditat de l'impacte de l'augment de la mar sobre un dels elements constitutius de l'Estat, el territori, veure TORRES CAMPRUBÍ, A. *Statehood under Water: Challenges of Sea-Level Rise to the Continuity of Pacific Island States* (Brill, Leiden, 2016) [DOI: 10.1163/9789004321618].

El vincle entre canvi climàtic i drets humans ha estat identificat a l'àmbit internacional com a mínim des de la primera dècada del s. XXI. Així, a l'any 2008, el Consell de Drets Humans de l'ONU va adoptar la Resolució 7/23, en la qual reconeixia que: «el canvi climàtic suposa una amenaça immediata i de llarg abast a les persones i les comunitats d'arreu del món i té implicacions per al gaudi efectiu dels drets humans».<sup>38</sup>

Des de llavors, el Consell de Drets Humans ha adoptat nombroses resolucions i l'Alt Comissionat de Nacions Unides per als Drets Humans ha publicat nombrosos informes sobre els riscos i impactes del canvi climàtic sobre els drets fonamentals, gairebé amb una periodicitat anual, incloent temes com els drets dels infants, el dret a la salut, el dret a l'alimentació o els drets de les dones.<sup>39</sup> A més, el relator especial de Nacions Unides sobre medi ambient i drets humans, John Knox, va publicar el 2016 un informe dirigit al Consell de Drets Humans en què analitzava les greus amenaces per als drets humans derivades de l'escalfament global. Advertia el relator especial que: «[a] mesura que les temperatures mitjanes globals augmenten, s'incrementen les morts, les ferides i el desplaçament de persones com a conseqüència de desastres relacionats amb el clima, com ara l'augment dels ciclons tropicals, així com la mortalitat i la malaltia derivada de les onades de calor, la sequera, les malalties i la malnutrició. En termes generals, quant major sigui l'increment de la temperatura mitjana, majors seran els efectes sobre el dret a la vida i a la salut, així com sobre altres drets humans. Les conseqüències previsibles fins i tot amb un augment de 2°C de la temperatura mitjana global són dramàtiques».<sup>40</sup>

Tres anys després, el nou relator especial, el professor David R. Boyd, va publicar un nou informe sobre aquesta qüestió en què destacava dues conclusions: per una banda, els drets humans estan amenaçats pel canvi climàtic i els seus efectes i, per

---

<sup>38</sup> A/HRC/RES/7/23, 28 de març de 2008 [traducció de l'autor].

<sup>39</sup> Veure, entre d'altres: Analytical study on the relationship between climate change and the fulfilment and effective enjoyment of the rights of the child, A/HRC/35/13, 4 May 2017; Analytical study on the relationship between climate change and the human right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, A/HRC/32/23, 6 May 2016; Analytical study on gender-responsive climate action for the full and effective enjoyment of the rights of women, A/HRC/41/26, 1 May 2019.

<sup>40</sup> A/HRC/31/52, 1 de febrer de 2016, §24 [traducció de l'autor].



l'altra, els Estats i les empreses tenen, com a conseqüència de la primera, «extenses obligacions i responsabilitats en matèria de drets humans».<sup>41</sup>

Finalment, resulta important recordar que, el Consell de Drets Humans, a l'octubre de 2021, va decidir nomenar un relator especial sobre la protecció dels drets humans en el context del canvi climàtic.<sup>42</sup> A la mateixa sessió, el Consell de Drets Humans va igualment reconèixer, per primer cop en la seva història i en l'àmbit internacional, l'existència d'un dret humà a un medi ambient sa i segur, com a dret fonamental per a la salvaguarda i gaudi de la resta de drets humans.<sup>43</sup> Pocs mesos després, l'Assemblea General de l'ONU va reconèixer també, per primer cop en la història, l'existència i rellevància d'aquest dret.<sup>44</sup>

### *C. Els principis del Dret internacional del medi ambient*

El tercer gran pilar de cara a identificar la obligació dels Estats de donar una resposta adequada a la crisi climàtica està compost pels principis de Dret internacional del medi ambient. Els principis de prevenció, precaució, desenvolupament sostenible, equitat intergeneracional, equitat intrageneracional o el principi d'estudi d'impacte ambiental constitueixen una xarxa sòlida de què deriven, en conjunt o separatament, tota una sèrie d'obligacions de diligència de l'Estat en relació amb el medi ambient que tenen una aplicació directa en el canvi climàtic.

Així, el principi de prevenció, evolucionat a partir del principi de *no-harm*, estableix la obligació dels Estats d'evitar que qualsevol activitat duta a terme sota la seva jurisdicció causi un dany al medi natural d'un altre Estat o en zones més enllà de la sobirania estatal. Aquest principi va ser reconegut en la seva forma inicial (*no-harm*) ja durant la primera meitat del s. XX en el laude arbitral internacional relatiu al cas de

---

<sup>41</sup> A/74/161, 15 de juliol de 2019 [traducció de l'autor].

<sup>42</sup> A/HRC/48/14.

<sup>43</sup> A/HRC/48/13. En el període de sessions de març de 2023, el Consell de Drets Humans ha tornat a afirmar la importància d'aquest dret, per unanimitat, exhortant els Estats que: «Establezcan, mantengan y refuercen marcos jurídicos e institucionales eficaces para regular las actividades de los agentes públicos y privados a fin de prevenir, reducir y remediar los daños a la biodiversidad y los ecosistemas, teniendo en cuenta las obligaciones y compromisos de derechos humanos relativos al disfrute del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible» [A/HRC/52/L.7, art. 4.g)].

<sup>44</sup> A/76/L.75.

la Fundició de Trail,<sup>45</sup> i des de llavors ha estat recollit en nombroses declaracions, convenis i decisions de tribunals internacionals. Per exemple, la Declaració d'Estocolm de 1972<sup>46</sup> i la Declaració de Rio de 1992<sup>47</sup> afirmen, amb 20 anys de diferència, aquesta obligació, que també és recollida, entre d'altres, en la Convenció de Nacions Unides sobre Dret de la Mar de 1982.<sup>48</sup> El caràcter consuetudinari d'aquesta norma ha estat posat de manifest per la Cort Internacional de Justícia en diverses ocasions, com ara en l'opinió consultiva sobre la legalitat de l'ús o l'amenaça de les armes nuclears de 1996<sup>49</sup> o en la Sentència del cas de les plantes de cel·lulosa al riu Uruguai de 2010.<sup>50</sup>

La rellevància d'aquest principi en la lluita contra el canvi climàtic no deixa lloc a dubtes, no només perquè estigui recollit en el preàmbul de la CMNUCC i perquè la dimensió transfronterera del dany sigui evident, sinó també perquè es donen amb claredat els dos elements bàsics per a la seva aplicació: la transcendència del dany i la seva previsibilitat. En aquest sentit, cal destacar que no basta qualsevol dany perquè sigui d'aplicació el principi de prevenció, sinó que cal que aquest sigui significatiu, d'una especial rellevància. Tal i com hem explicat a l'inici de l'article, és científicament incontestable la gravetat dels danys lligats a l'escalfament global, el potencial destructiu dels quals augmenta amb cada dècima de grau. Per altra banda, la previsibilitat del dany és evident fins al punt que no es tracta, com podia ser a principis dels anys 90 del s. XX, d'una possibilitat en un futur a més o menys llarg termini, sinó d'una realitat que ja s'està donant avui en dia.

Conclusions similars es poden extreure en relació amb l'aplicació de la resta de principis de Dret internacional mencionats *ut supra*. El principi de precaució, per exemple, està formulat en la Declaració de Rio de 1992, i recollit en tractats com el Conveni de Viena per a la protecció de la capa d'ozó o el Tractat de la Unió Europea.

---

<sup>45</sup> Trail Smelter (*US v. Canada*), 3 UN RIAA 1905-1082 (1938 i 1941).

<sup>46</sup> United Nations Environment Programme, Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc A/Conf.48/14/Rev.1, 16 de juny de 1972 (1972) 11 ILM 1416.

<sup>47</sup> «Rio Declaration on Environment and Development», 13 de juny de 1992, UN Doc. A/CONF.151/26.Rev.1.

<sup>48</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea (Montego Bay), 10 de desembre de 1982, en vigor des del 16 de novembre de 1994, 21 ILM 1261 (1982).

<sup>49</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), 1996 ICJ Reports 226.

<sup>50</sup> Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentina v. Uruguay*), 2010 ICJ Reports 14.

El Tribunal Internacional sobre el Dret de la Mar ha reconegut igualment la seva natura consuetudinària. El principi de precaució estableix que, davant la possibilitat que es derivin danys especialment greus d'una determinada activitat, no és necessari esperar a tenir una certesa científica al respecte abans d'impedir aquella activitat o d'adoptar mesures que evitin aquells danys. En aquest sentit, la possibilitat de creuar punts de no retorn a partir d'un determinat nivell d'escalfament, i que això provoqui una retroalimentació natural i un agreujament encara major del canvi climàtic, sembla constituir un element suficient com per aplicar el principi de precaució, encara que no es tingui la certesa de si aquests punts es creuaran amb un augment d'1,4°C, 1,6°C o 1,8°C.

El principi de desenvolupament sostenible, el de solidaritat intergeneracional i el d'equitat intrageneracional estan íntimament vinculats. Mentre el primer estableix la necessitat de respectar els sistemes naturals necessaris per a la vida humana a l'hora de planificar o dur a terme mesures de caire econòmic o social,<sup>51</sup> el segon requereix que les actuacions de les generacions actuals no han de posar en perill la capacitat de les generacions futures de viure amb dignitat i obtenir els recursos que necessiten.<sup>52</sup> Per la seva banda, el tercer exigeix que aquells Estats que més han contribuït a l'escalfament global (principalment, els industrialitzats) siguin els que més contribueixin a afrontar aquesta amenaça a nivell global i, per exemple, més i amb major celeritat redueixin les seves emissions.<sup>53</sup> Un sisè principi rellevant en aquesta matèria és el d'estudi d'impacte ambiental, que obliga els Estats a analitzar les conseqüències negatives que podrien derivar de l'autorització d'un projecte o d'una activitat.

Per concloure aquest apartat, és important destacar tres coses. En primer lloc, aquests principis, a més de definir tota una sèrie d'obligacions en matèria ambiental per als Estats, tenen entre ells tota una sèrie de vincles que permeten enfortir

---

<sup>51</sup> Per a una anàlisi en profunditat d'aquest principi, veure, entre d'altres, VOIGT, C. *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law* (Brill Nijhoff, 2009).

<sup>52</sup> Sobre aquest principi, veure, per exemple, BROWN-WEISS, E. *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity* (The United Nations University, Tokyo, and Transnational Publishers, New York, 1989).

<sup>53</sup> SHELTON, D. «Equity», en BODANSKY, D.; BRUNNEE, J.; HEY, E. (ed.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007).

aquestes obligacions. Per exemple, la Cort Internacional de Justícia ha establert que l'obligació de dur a terme un estudi d'impacte ambiental és un dels elements imprescindibles per complir amb l'obligació de prevenció.<sup>54</sup> Per altra banda, molts autors subratllen la proximitat entre els principis de prevenció i precaució,<sup>55</sup> que fins i tot podrien considerar-se com a part d'un mateix *continuum* preventiu.<sup>56</sup> De manera similar, el principi de desenvolupament sostenible apareix sovint lligat, no només als principis de justícia intergeneracional i d'equitat intrageneracional, amb els que comparteix algunes característiques, sinó també als principis de precaució<sup>57</sup> o de prevenció.<sup>58</sup>

En segon lloc, resulta particularment interessant comprovar com aquests principis també estan profundament lligats als drets humans. Un exemple paradigmàtic d'això el podem trobar en l'Opinió consultiva de 2017 emesa per la CIADH sobre els vincles entre el medi ambient i els drets humans. En aquesta opinió, després d'analitzar de manera detallada totes les possibles vulneracions dels drets fonamentals com a conseqüència de la degradació ambiental, la Cort conclou que els Estats tenen vuit obligacions essencials per garantir el respecte a la vida i la dignitat de les persones. Les cinc primeres, estan inextricablement vinculades a principis de dret internacional del medi ambient: prevenció, precaució, estudi d'impacte ambiental i cooperació.

Concretament, aquestes obligacions són:

- a. Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, de conformidad con los párrafos 127 a 174 de esta Opinión.
- b. Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y

---

<sup>54</sup> Pulp Mills (*Argentina v. Uruguay*), *ut supra*, nota 50.

<sup>55</sup> KISS, D.; SHELTON, D. *International Environmental Law* (Transnational Publishers, Ardsley, 2004).

<sup>56</sup> DUVIC-PAOLI, L-A. *The Prevention Principle in International Environmental Law* (Cambridge University Press, 2018).

<sup>57</sup> VOIGT, *ut supra*, nota 51.

<sup>58</sup> ILA, Resolution 2/2014, Declaration of Legal Principles Relating to Climate Change, adopted during the 76<sup>th</sup> Conference, 7-11 d'abril de 2014.

procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado, de conformidad con los párrafos 141 a 174 de esta Opinión.

- c. Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión.
- d. Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente, de conformidad con los párrafos 181 a 210 de esta Opinión.
- e. Con el propósito de cumplir la obligación de cooperación, los Estados deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos, de conformidad con los párrafos 187 a 210 de esta Opinión».<sup>59</sup>

Finalment, és important destacar que la majoria d'aquests principis estan recollits en els principals textos del règim internacional del canvi climàtic, com ara la CMNUCC o l'Acord de París: els principis de prevenció, precaució, desenvolupament sostenible, justícia intergeneracional, o d'equitat intrageneracional (el principi de responsabilitats comuns però diferenciades).

Així, lligant amb tot allò que hem explicat fins ara, es pot afirmar, per exemple, que el nivell de diligència requerit dels Estats a l'hora de definir la seva reducció d'emissions és aquella que sigui compatible amb un nivell d'escalfament global que permeti evitar danys desproporcionats i irreversibles, que impactin de manera considerable sobre els drets humans i que, a més, puguin desencadenar processos naturals de retroalimentació de l'escalfament com a conseqüència d'haver superat punts de no retorn. Això vol dir, si ens atenim al coneixement científic actual, que cal limitar l'escalfament global a 1,5°C, i que les reduccions de cada país dependran igualment del seu nivell de riquesa i de la seva contribució històrica al canvi climàtic actual, havent de representar el nivell màxim d'ambició possible.

---

<sup>59</sup> *Ut supra*, nota 32.

## 2. La identificació d'aquestes fonts

A l'hora d'identificar els fonaments legals que permeten concretar el nivell de diligència requerida per part dels Estats per donar una resposta adequada a la crisi climàtica, és important destacar dues fonts que, segons l'article 38 de l'Estatut de la Cort Internacional de Justícia són fonts *auxiliars* del dret: la doctrina i la jurisprudència. Totes dues han jugat un paper rellevant en la definició d'aquest deure de diligència, com veurem a continuació.

### A. La doctrina

Pel que fa a la doctrina, cal destacar el treball de nombroses associacions i organitzacions de juristes que, des de la dècada dels 80 del s. XX, han desenvolupat diferents propostes que han anat nodrint el debat jurídic i jurisprudencial. En un principi, la majoria d'aquestes propostes tractaven de la necessitat de protegir el medi ambient, i en aquest sentit podem destacar: la Proposta de convenció internacional sobre medi ambient i desenvolupament presentada per la Unió Internacional per a la Conservació de la Natura l'any 1995;<sup>60</sup> la Resolució sobre la responsabilitat en Dret internacional per dany ambiental, adoptada per l'Institut de Droit International el 1997;<sup>61</sup> la Carta de la Terra, elaborada per la UNESCO per la Comissió de la Carta de la Terra l'any 2000,<sup>62</sup> o la Declaració de Nova Delhi sobre els principis de Dret internacional relatius al desenvolupament sostenible, adoptada per l'Associació Internacional de Dret el 2002.<sup>63</sup>

La contínua degradació del medi natural ha portat recentment a un ressorgiment d'aquestes propostes doctrinals amb la peculiaritat que sovint el canvi climàtic hi ocupa un lloc destacat i que el seu raonament enllaça amb el de nombrosos demandants i diversos tribunals en litigis climàtics recents. A més, així com les

---

<sup>60</sup> IUCN Environmental Law Programme, Draft International Covenant on Environment and Development-Implementing Sustainability (Gland, Switzerland, 2015, Fifth edition, updated text in 2017).

<sup>61</sup> Institut de Droit International, Eighth Commission, Resolution on Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage, adopted by unanimity at the session held in Strasbourg on 4 September 1997 (Rapporteur F. Orrego-Vicuña).

<sup>62</sup> The Earth Charter Initiative, The Earth Charter, 2000 [<http://www.earthcharterinaction.org>].

<sup>63</sup> ILA, Resolution 3/2002, New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, adopted during the 70th Conference, 2-6 d'abril de 2002.

primeres propostes se centraven més en els principis del Dret internacional, aquestes propostes més recents incorporen altres fonts, com els drets humans o la responsabilitat extracontractual. Així, podem citar: la Declaració dels principis legals en relació amb el canvi climàtic, adoptada per l'Associació Internacional de Dret el 2014;<sup>64</sup> els Principis d'Oslo sobre les obligacions relatives al clima global;<sup>65</sup> la Declaració mundial sobre l'Estat de Dret ambiental;<sup>66</sup> la Proposta de convenció sobre el dret humà al medi ambient,<sup>67</sup> o la Proposta de pacte global pel medi ambient.<sup>68</sup>

Una menció especial requereix la Comissió de Dret Internacional de les Nacions Unides (CDI), la qual va incloure en el seu pla de treball el tema de la «Protecció de l'atmosfera» a l'any 2013. Des de llavors, el relator especial designat per la Comissió, el professor Shinya Murase, ha elaborat sis informes sobre la qüestió, que van concloure amb l'adopció per part de la CDI, l'any 2021, d'un esborrany de Directrius sobre la protecció de l'atmosfera. El 9 de desembre d'aquell mateix any, l'Assemblea General de l'ONU va aprovar una resolució que acollia i donava la benvinguda a aquestes directrius i les traslladava als Estats per al seu coneixement.<sup>69</sup> Cal destacar que, si bé aquestes Directrius exclouen expressament de la seva anàlisi qüestions importants, com ara el principi de precaució o el de responsabilitats comuns però diferenciades, sí que reconeixen de manera clara que «la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son una preocupación común de la humanidad»,<sup>70</sup> que els Estats han de realitzar estudis d'impacte ambiental en relació amb l'atmosfera,<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> ILA, Resolution 2/2014, Declaration of Legal Principles Relating to Climate Change, adopted during the 76th Conference, 7-11 d'abril de 2014.

<sup>65</sup> *Expert Group on Global Climate Obligations, Oslo Principles on Global Climate Change* The Hague: Eleven International Publishing, 2015. Pel que fa a la responsabilitat de les empreses, veure també *Expert Group on Global Climate Obligations of Enterprises, Principles on Climate Obligations of Enterprises*. The Hague: Eleven International Publishing, 2018.

<sup>66</sup> IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law, adopted during the IUCN World Congress on Environmental Law held in Rio de Janeiro, 26-29 April 2016.

<sup>67</sup> Centre Compare de Droit International de l'Environnement (CIDCE), Draft International Covenant on the Human Right to the Environment, 2017.

<sup>68</sup> Club des Juristes, Draft Global Pact for the Environment, 2017.

<sup>69</sup> A/RES/76/112.

<sup>70</sup> *Ibid.*, preàmbul.

<sup>71</sup> Directriu 4.

que aquesta s'ha d'emprar de manera sostenible<sup>72</sup> així com de manera equitativa i raonable tant en relació amb les generacions presents com futures<sup>73</sup> i que, a més, els Estats tenen l'obligació de «proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica».<sup>74</sup>

### B. La jurisprudència: el litigi climàtic

A l'hora d'identificar les obligacions estatals en matèria de canvi climàtic és imprescindible referir-se al litigi climàtic. Des de principis dels anys 90 del s. XX, persones i organitzacions d'arreu del món han intentat denunciar les autoritats del seu país per les catastròfiques conseqüències que es derivaran de la seva manca de polítiques climàtiques responsables. Fins a l'any 2015, pràcticament cap d'aquestes iniciatives va tenir èxit, però aquell any el Tribunal de Districte de la Haia va condemnar l'Estat holandès a revisar a l'alça els seus compromisos de reducció d'emissions. Era el cas *Urgenda c. Països Baixos*, i des de llavors hi ha més de deu casos arreu del món en què els tribunals estatals han condemnat les seves principals institucions polítiques per la seva acció insuficient davant el canvi climàtic.<sup>75</sup> A Holanda, Pakistan, Irlanda, Colòmbia, Sudàfrica, França o Alemanya, els tribunals han reconegut, en primer lloc, que les polítiques climàtiques no estan excloses de l'escrutini dels tribunals, superant així una visió reduccionista de la divisió de poders que permetia la vulneració flagrant dels drets fonamentals dels ciutadans d'aquests Estats. En segon lloc, aquests tribunals han considerat que la crisi climàtica és un fenomen greu, tal i com demostra la ciència, i que la interacció de les fonts legals

---

<sup>72</sup> Directriu 5.

<sup>73</sup> Directriu 6.

<sup>74</sup> Directriu 3.

<sup>75</sup> Entre d'altres, podem mencionar: *Urgenda c. Països Baixos*; *Leghari c. Pakistan*; *Klimaatzaak c. Bèlgica*; *Salamanca Mancera c. Colòmbia*; *Neubauer c. Alemanya*; *Friends of the Irish Environment c. Irlanda*; *Notre Affaire à Tous c. França*; *Foster c. Washington*; *Thomson c. Nova Zelanda*; *PSB et al. c. Brasil (Fons Clima)*; *Friends of the Earth et al. c. the UK Secretary of State for Business Energy and Industrial Strategy*, i *Klimatická žaloba c. República Txeca*, així com les decisions de la Cort del Districte d'Oregon en *Juliana c. els Estats Units*.



analitzades en aquest article (el marc internacional del canvi climàtic, els drets humans i els principis internacionals del dret ambiental) així com, segons la jurisdicció, algunes consideracions addicionals (com ara, el deure de cura reconegut a les constitucions nacionals o la responsabilitat extracontractual), permeten identificar un nivell de diligència qualificat dels Estats que aquests han de respectar per tal de donar una resposta dintre del marc de la legalitat al canvi climàtic.<sup>76</sup>

Resulta particularment rellevant comprovar com la majoria d'aquests tribunals identifiquen la responsabilitat dels Estats a partir d'una anàlisi complexa que mobilitza distintes fonts legals, tal i com hem assenyalat al llarg de l'article. Per altra banda, també cal ressenyar com molts d'aquests casos han arribat a les instàncies judicials més elevades dels seus respectius països, donant una major validesa jurídica a la identificació d'aquestes obligacions, en el cas d'una decisió positiva, i obrint les portes a instàncies judicials o quasi judicials d'àmbit internacional. En aquest sentit, cal destacar que s'han presentat 12 litigis climàtics davant el TEDH, el qual n'ha prioritzat tres, la vista oral dels quals tindrà lloc durant el 2023.<sup>77</sup>

També s'han presentat diverses denúncies davant els mecanismes especials de protecció de drets humans, com ara el Comitè de Drets Humans o el Comitè dels Drets dels Infants. En aquest sentit, el Comitè de Drets Humans ja ha analitzat dos casos sobre canvi climàtic i, mentre que al primer va considerar que l'amenaça del canvi climàtic encara no tenia entitat suficient com per garantir el dret d'asil al sol·licitant,<sup>78</sup> al segon ja va afirmar que Austràlia estava violant les seves obligacions

---

<sup>76</sup> Per una anàlisi detallada del litigi climàtic contra Estats, veure DE VÍLCHEZ MORAGUES, P. *Climate in Court. Defining State Obligations on Global Warming Through Domestic Climate Litigation*. Cheltenham: Edward Elgar, 2022. El Programa de Nacions Unides pel Medi Ambient ha publicat diversos informes sobre la qüestió [<https://www.unep.org/news-and-stories/press-release/surge-court-cases-over-climate-change-shows-increasing-role>], així com el Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment [<https://www.lse.ac.uk/grantham-institute/research-areas/climate-change-governance-legislation-and-litigation/>]. Les dues bases de dades principals en la matèria són les elaborades pel Sabin Centre for Climate Change Law de la Universitat de Colúmbia [<http://climatecasechart.com>] i pel Grantham Research Institute [<https://climate-laws.org/>].

<sup>77</sup> *Carême c. França, KlimaSeniorinnen c. Suïssa i Duarte Agostinho et al. c. Portugal et al.* La vista oral dels dos primers va tenir lloc el 29 de març de 2023.

<sup>78</sup> *Teitiota c. Nova Zelanda*, CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 de gener de 2020.

en matèria d'adaptació al canvi climàtic.<sup>79</sup> En el cas del Comitè dels Drets dels Infants, el Comitè, tot i desestimar la denúncia per no haver exhaurit totes les vies de recurs intern, va concloure que els demandants estaven afectats particularment pel canvi climàtic i que els Estats tenen una responsabilitat individualitzada pels seus actes i omissions en relació amb el canvi climàtic. Resulta també destacable que el Comitè, fent seves les conclusions de la Cort Interamericana de Drets Humans en l'Opinió Consultiva 23/17, reconeix que els infants estan sota la jurisdicció dels Estats des del qual s'originen les emissions de GEH i que aquests Estats tenen un control efectiu sobre aquestes emissions a través del seu poder normatiu.<sup>80</sup>

Finalment, cal tenir en compte que s'han presentat recentment tres sol·licituds d'opinió consultiva davant tres instàncies judicials internacionals pel que fa a les obligacions dels Estats en matèria de canvi climàtic. Per una banda, el 12 de desembre de 2022, la Comissió de Petits Estats Insulars sobre Canvi Climàtic i Dret Internacional va sol·licitar una opinió consultiva al Tribunal Internacional sobre el Dret de la Mar. Per altra banda, Colòmbia i Xile la van sol·licitar a la Cort Interamericana de Drets Humans el 9 de gener de 2023. La darrera opinió consultiva, adreçada a la Cort Internacional de Justícia, l'ha impulsat Vanuatu i va ser aprovada per 105 Estats membres de l'Assemblea General de l'ONU el 29 de març de 2023. El potencial d'aquestes opinions consultives per consolidar les obligacions dels Estats en matèria climàtica és considerable. Vista l'evolució recent de les diverses jurisdiccions nacionals i internacionals en la matèria, cal esperar que aquestes tres Corts arribin a conclusions similars i, especialment, coherents entre elles.

#### IV. Conclusió

En aquest article hem exposat l'evolució recent del Dret internacional en matèria ambiental, destacant com, des de diverses fonts, s'ha anat consolidant aquestes darreres dècades una obligació de diligència dels Estats en matèria ambiental, que es manifesta i concreta a través de diversos fonaments legals, com ara els drets humans, els principis de Dret internacional del medi ambient o el règim internacional del canvi climàtic. Si tenim en compte les desastroses conseqüències que ja està tenint el canvi climàtic i el potencial destructiu que pot tenir, en el cas de no prendre les mesures adequades a temps, és evident que la protecció del sistema climàtic entra en aquesta obligació de respecte i protecció del medi ambient. De fet,

---

<sup>79</sup> *Torres Strait Islanders c. Austràlia*, CCPR/C/135/D/3624/2019, 21 de juliol de 2022.

<sup>80</sup> *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, CRC/C/88/D/105/2019.

nombroses instàncies judicials arreu del món estan arribant a aquesta mateixa conclusió i definint el nivell de diligència requerit de l'Estat per afrontar dintre de la legalitat aquesta emergència.

Ara bé, la crisi climàtica no és la única de les crisis ambientals causada per un model de producció i consum que sembla haver perdut tota referència a les possibilitats materials i biofísiques reals del planeta Terra. En aquest sentit, el Centre de Resiliència de la Universitat d'Estocolm ha elaborat el concepte de límits planetaris, a través del qual identifica nou sistemes essencials per garantir un espai segur per a l'espècie humana tal i com la coneixem.<sup>81</sup> Entre aquests límits planetaris, a banda del canvi climàtic, hi ha la biodiversitat, la capa d'ozó, l'acidificació de la mar o la disponibilitat d'aigua potable, entre d'altres. Molts d'aquests límits disposen d'una regulació a nivell internacional i estan interrelacionats entre ells. Com exemple, basti mencionar que la tercera calusa principal de la pèrdua de biodiversitat és el canvi climàtic.<sup>82</sup> De fet, tal i com assenyala la Plataforma Intergovernamental de Ciència i Polítiques sobre Biodiversitat i Serveis Ecosistèmics (IPBES), «[l]a naturalesa es essencial para la existencia humana y la buena calidad de vida. La mayoría de las aportaciones de la naturaleza a las personas no se pueden sustituir por completo y algunas son irremplazables».<sup>83</sup>

Si tenim en compte que alguns d'aquests límits planetaris, com la biodiversitat, la capa d'ozó o la contaminació per plàstics estan regulats i protegits (encara que sigui de manera incompleta) per convenis internacionals, si tenim en compte la interrelació entre aquests límits, i si tenim en compte que s'estan començant a plantejar litigis davant els tribunals sobre aquestes qüestions,<sup>84</sup> podem concloure que és plausible que, en la mesura que es reconeguin límits i obligacions jurídics per als Estats en matèria de canvi climàtic per tal de salvaguardar béns essencials per als sistemes jurídics (com ara la vida de les persones), aquestes obligacions de diligència dels

---

<sup>81</sup> ROCKSTRÖM, J.; STEFFEN, W.; NOONE, K.; PERSSON, Å. [et al.], 2009. «A safe operating space for humanity». *Nature* 461: 472-475 [DOI 10.1038/461472a]. Per a més informació sobre els límits planetaris, es pot visitar la web del Centre de Resiliència de la Universitat d'Estocolm [<https://www.stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries.html>].

<sup>82</sup> IPBES (2019): Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. DÍAZ, S. [et al.] (ed.). Bonn (Germany): IPBES secretariat, p. 12.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>84</sup> Veure, per exemple, *Notre Affaire à Tous et Pollinis c. França, a França*, o *Survival International Italia c. Conceria Pasubio S.p.A*, a Itàlia.

Estats s'ampliïn per abastar altres dimensions del medi ambient que són igualment fonamentals per a la nostra supervivència.

Sembla, en tot cas, una evolució necessària si és que el Dret ha de ser un instrument adequat per protegir allò que hauria de ser la raó de ser de la seva existència: la protecció de les persones i l'establiment de les regles bàsiques per a la seva convivència.

# Revisando los principios de la política de medio ambiente de la Unión Europea para consolidar un Estado de Derecho ambiental\*

***Teresa Fajardo del Castillo***

Profesora titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Granada

## RESUMEN

Ante las crisis planetarias del cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación, es necesaria una revisión de los principios de la política del medio ambiente de la Unión Europea que esté a la altura de los desafíos de nuestro tiempo. Estos principios, dada la marcada sectorialidad del Derecho del medio ambiente de la Unión, constituyen un eje sistémico, que permite su conexión con el Derecho Internacional y con los Derechos nacionales. Pero lo más importante es que estos principios informan el diseño del resto de las políticas europeas conforme a las nuevas necesidades medioambientales, económicas y sociales, y contribuyen a consolidar así un Estado de Derecho ambiental. Dichos principios se encuentran recogidos en el Derecho originario, en el Derecho derivado y en los Programas de Acción, así como en los tratados internacionales de los que la UE y sus Estados miembros son partes. Este Estado de Derecho ambiental se fortalecerá gracias a una interpretación ambiciosa, teleológica y sistémica de las competencias y del marco normativo de la Unión conforme a sus principios medioambientales. Además, es necesario proponer un cambio en el principio de financiación de la política medioambiental europea, que hasta ahora corre a cargo de los presupuestos nacionales. Tras una necesitada reforma del artículo 192.4, el presupuesto de la política medioambiental de la UE debería pasar a financiarse por el presupuesto europeo. A esta reivindicación debería sumarse España cuando ejerza la Presidencia de la UE durante el segundo semestre de 2023.

**Palabras clave:** principios medioambientales, política del medio ambiente de la Unión Europea, integración, Estado de Derecho ambiental.

---

\* Artículo sometido a evaluación ciega: 03.05.2023. Aceptación final: 14.06.2023.

Este artículo es el resultado de la colaboración en el marco del Proyecto de Investigación PID2020-117379GB-I00, Biodiversidad, Clima y Salud Pública Global: Interacciones y Retos para el Derecho Internacional (BIOCLIHEALTH), dirigido por la profesora Mar Campins Eritja de la Universidad de Barcelona, y financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

**RESUM**

Davant les crisis planetàries del canvi climàtic, la pèrdua de biodiversitat i la contaminació, cal una revisió dels principis de la política del medi ambient de la Unió Europea que estigui a l'alçada dels desafiaments del nostre temps. Aquests principis, atesa la marcada sectorialitat del Dret del medi ambient de la Unió, constitueixen un eix sistèmic que permet la seva connexió amb el Dret Internacional i amb els drets nacionals. Però el més important és que aquests principis informen el disseny de la resta de polítiques europees d'acord amb les noves necessitats mediambientals, econòmiques i socials, i contribueixen així a consolidar un Estat de dret ambiental. Aquests principis es troben recollits en el dret originari, en el dret derivat i en els Programes d'acció, així com en els tractats internacionals dels quals la UE i els seus Estats membres en són parts. Aquest Estat de dret ambiental s'enfortirà gràcies a una interpretació ambiciosa, teleològica i sistèmica de les competències i del marc normatiu de la Unió de conformitat amb els seus principis mediambientals. A més, és necessari proposar un canvi en el principi de finançament de la política mediambiental europea, que fins ara va a càrrec dels pressupostos nacionals. Després d'una necessitada reforma de l'article 192.4, el pressupost de la política mediambiental de la UE hauria de passar a finançar-se pel pressupost europeu. A aquesta reivindicació s'hauria de sumar Espanya quan exerceixi la Presidència de la UE durant el segon semestre de 2023.

**Paraules clau:** principis mediambientals, política del medi ambient de la Unió Europea, integració, Estat de Dret ambiental.

**ABSTRACT**

In the face of the global crises of climate change, biodiversity loss and pollution, the principles of EU environmental policy need to be revised to meet the challenges of our time. These principles, given the strong sectoral nature of EU environmental law, constitute a systemic axis, which allows for their connection with international law and national laws. But more importantly, these principles inform the design of the rest of European policies in line with new environmental, economic and social needs, and thus contribute to consolidating an environmental rule of law based on these principles. These principles are enshrined in primary and secondary legislation and in the Action Programmes as well as in the international treaties to which the EU and its Member States are parties. This environmental rule of law will be strengthened by an ambitious, teleological and systemic interpretation of the Union's competences and regulatory framework in line with its environmental principles. In addition, it is necessary to propose a change in the principle of financing European environmental policy, which up to now has been covered by national budgets. Following a much-needed reform of Article 192.4, the budget of the EU's environmental policy should be financed by the European budget. This demand should be joined by Spain when it holds the Presidency of the EU in the second half of 2023.

**Key words:** environmental principles, European Union environmental Policy, integration, environmental rule of law.

## **SUMARIO**

**I. Introducción. II. Principios con origen en el Derecho Internacional del Medio Ambiente. III. Los principios medioambientales previstos en los tratados constitutivos.** 1. *Principios de la política medioambiental y sistema de competencias de la UE. A. El principio de subsidiariedad. B. El principio de financiación con cargo a los presupuestos nacionales y el principio de suficiencia de medios. C. El principio de cooperación leal.* 2. *Los principios medioambientales del artículo 191 TFUE.* 3. *El principio de integración de las exigencias medioambientales en el diseño de las políticas y acciones de la Unión.* **IV. Sobre la necesidad de revisar los principios del Derecho medioambiental de la Unión Europea.** 1. *Reformulación de los principios existentes en los tratados.* 2. *Nuevos principios reconocidos en el Derecho derivado y en la jurisprudencia del TJUE.* **V. Consideraciones finales.**

## **I. Introducción**

Es la del medio ambiente una de las políticas de la Unión Europea que mayor peso concede a sus principios.<sup>1</sup> Estos constituyen un núcleo básico que, junto con sus objetivos,<sup>2</sup> han servido para vertebrar los desarrollos normativos en materia medioambiental de la Unión Europea (UE, en adelante), dando continuidad y coherencia a los instrumentos normativos y a su interpretación y aplicación, al tiempo que han hecho posible su progreso y su adaptación al conocimiento científico. Además, dada la marcada sectorialidad del Derecho del medio ambiente de la Unión, sus principios constituyen un eje sistémico, que además permite su conexión con el

---

<sup>1</sup> Véase sobre los principios, DE SADELEER, N. *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press, 2020; y, del mismo autor, «Environmental Principles, Modern and Post-Modern Law», en MACRORY, R. (ed.). *Principles of European Environmental Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2005.

<sup>2</sup> Los objetivos y principios de la política medioambiental de la UE se encuentran recogidos principalmente en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a los que se añaden los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el principio de suficiencia de medios del artículo 3.6 TUE, el principio de cooperación leal del artículo 4.3 TUE y el principio de integración del artículo 11 TFUE.

Derecho Internacional y con los Derechos nacionales, con los que mantiene interacciones constantes. Estos principios se encuentran recogidos en el derecho originario y también en el Derecho derivado y en los Programas de Acción —desde el primero de ellos adoptado en 1973 hasta el octavo adoptado en 2022—<sup>3</sup> así como en los tratados internacionales de los que la UE y sus Estados miembros son partes. También son principios de la Unión los identificados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante). De este amplio catálogo de principios se ocupará este trabajo, que también abordará la necesidad de revisar los principios recogidos en los tratados constitutivos de la UE para adaptarlos y ampliarlos conforme a las nuevas necesidades medioambientales, económicas y sociales, para ser la base esencial del Estado de Derecho ambiental de la Unión Europea.

Los principios de la política medioambiental de la UE también inspiran y son parte de su acción exterior, de manera que surten un *efecto Bruselas*<sup>4</sup> más allá de los instrumentos convencionales y del *soft law* en cuyas negociaciones participa la UE. En estos tiempos, en los que los Estados han perdido su interés por la adopción de instrumentos convencionales, la gobernanza por principios en el Derecho Internacional está llamada a desempeñar un papel cada vez más importante, y la UE no puede permanecer al margen de esa nueva realidad. Son los principios del multilateralismo ambiental los que la UE promueve como potencia normativa a través de su respeto no sólo en los tratados ambientales que suscribe, sino, también, en sus tratados de cooperación al desarrollo y en sus acuerdos comerciales, donde se incorporan en sus preámbulos y en capítulos específicos<sup>5</sup> los principios básicos e informadores del Derecho Internacional del Medio Ambiente,<sup>6</sup> como el principio de la

---

<sup>3</sup> Véase el VIII Programa General de Acción en materia de Medio Ambiente, 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, DOUE L núm. 114, de 12 de abril de 2022, p. 22/36.

<sup>4</sup> Sobre el efecto Bruselas, véase BRADFORD, A. *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>5</sup> Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T. *La Diplomacia del Clima de la Unión Europea*. XV Premio de Investigación en Integración Europea de la Junta de Andalucía. Madrid: Editorial Reus, 2021.

<sup>6</sup> Véase SANDS, PH. [et al.]. *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 4.ª ed., 2018; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *La protección del medio ambiente en derecho internacional, derecho comunitario europeo y derecho*



cooperación internacional,<sup>7</sup> el principio de desarrollo sostenible o el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas,<sup>8</sup> que en su nueva interpretación por la UE implica que no puede dejarse atrás a ningún Estado en el proceso de transformación del modelo económico. La UE aplica estos principios para ir más allá de su dimensión ambiental y proyectarla también a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas,<sup>9</sup> tanto en territorio europeo como en la acción exterior dirigida a los países en vías de desarrollo.

---

español. Vitoria-Gasteiz: Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991, pp. 51-136, y JUSTE RUIZ, J.; CASTILLO DAUDÍ, M. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

<sup>7</sup> Definido por la Declaración de Estocolmo como el principio por el cual «[t]odos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio» (principio 24 de la Declaración), y que fue posteriormente formulado en distintas resoluciones internacionales como la Resolución de la AG 3129, sobre la cooperación ambiental relativa a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados (Doc. A/RES/3129, 1973), en el código de conducta del PNUMA con el mismo título que la Resolución de la AG (Decisión 8/14, 1978), en la Carta Mundial de la Naturaleza (Resolución de la AG 37/7, Doc. A/37/51, 1982) y en la Declaración de Río de Janeiro. Véase la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972, A/CONF.48/14/Rev.1 y su Plan de Acción [<https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972>, consultado por última vez el 10 de mayo de 2023].

<sup>8</sup> Tal y como fuera formulado en la Declaración de Río de Janeiro que establece en su principio 7 que: «Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen» [Resolución 44/228 sobre el Medio ambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de Río de Janeiro de 3 a 14 de junio de 1992, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>, consultado por última vez el 10 de mayo de 2023].

<sup>9</sup> Véase la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1.

Ahora, el papel de los principios para informar el diseño de las políticas europeas es más necesario que nunca, cuando, además, la Unión Europea se encuentra en busca de un nuevo modelo económico que haga posible la descarbonización, la reducción del consumo de recursos naturales y de energía, frenar la pérdida de biodiversidad y combatir la contaminación. Sin embargo, este cambio de modelo no es revolucionario, es tan sólo una variación del modelo capitalista que, para responder a su cuestionamiento desde diversos frentes, debe adaptarse.<sup>10</sup> Para ello, desde Europa, y a pesar de las contradicciones que ello implica, avanzamos hacia un capitalismo que quiere ser sostenible y equitativo, y que de esta manera responde a las propuestas de China de civilización ecológica o del Sur Global con su reformulado Nuevo orden económico internacional que persigue «el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible equitativos e incluyentes».<sup>11</sup> Sin embargo, esta revisión política del modelo capitalista no es el objeto de este trabajo, pero sí la idea de que el sistema económico de la Unión puede y debe responder a principios medioambientales para conformar un Estado de Derecho ambiental, sin que ello constituya una excusa legitimadora de su continuidad. El sistema económico de la UE debe estar inspirado por los principios previstos en sus tratados constitutivos, en su Derecho derivado y en los tratados internacionales de los que es parte y el *soft law* que ha aceptado. Conforme a ellos, y gracias a una nueva visión más ambiciosa, será posible perseguir una interpretación y aplicación de las normas ambientales que garanticen mejores resultados en la protección, conservación y restauración del medio ambiente, pero también en el diseño de las demás políticas europeas con impacto ambiental. Los principios han de servir para afrontar los desafíos pendientes como son avanzar en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y su Agenda 2030 o combatir las tres crisis mundiales del cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación; y también para hacer frente a la necesidad de

---

<sup>10</sup> Véase FERNÁNDEZ PONS, X. «La Unión Europea y la promoción del desarrollo sostenible a través del comercio internacional», en PIGRAU SOLÉ, A. (Dir.). *La comunidad internacional ante el desafío de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El papel de la Unión Europea*. Jornadas de la AEPDIRI 2021. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, en prensa.

<sup>11</sup> Véase la Resolución 77/174 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 2022, A/RES/77/174. En su apartado 3: «Reafirma la necesidad de seguir trabajando para establecer un nuevo orden económico internacional basado en los principios de la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común, la cooperación y la solidaridad entre todos los Estados».

garantizar el abastecimiento energético y las materias primas críticas necesarias para seguir siendo una economía competitiva en una economía global en profunda crisis. Para ello es necesario revisar los principios de integración, de desarrollo sostenible o de solidaridad energética, con el fin de que el modelo económico de la Unión sea sostenible, solidario y equitativo frente a las crisis actuales y responda a un Estado de Derecho ambiental basado en estos principios.

Por ello, voy a analizar, en primer lugar, los principios que tienen su origen en el Derecho Internacional del Medio Ambiente y que inspiraron la incorporación de la materia ambiental en el proyecto europeo de integración. Después abordaré brevemente los principios que se encuentran previstos en los tratados constitutivos y también los que se han desarrollado en el Derecho derivado y en la jurisprudencia del TJUE. Por último, haré una propuesta de revisión de los principios existentes, para dar un nuevo alcance a su contenido y a sus funciones como ejes vertebradores del ordenamiento jurídico de la UE, gracias a inspirar la interpretación y aplicación de las normas europeas.

## **II. Principios con origen en el Derecho Internacional del Medio Ambiente**

En el origen de la política europea del medio ambiente y de la incorporación de sus bases jurídicas en los Tratados constitutivos hay una influencia clara del Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA, en adelante) y de sus principios internacionales.<sup>12</sup> Hoy día, estos principios del DIMA aún siguen siendo importantes en la medida en que sirven para relacionar el sistema universal con el europeo como puentes que garantizan la compatibilidad,<sup>13</sup> la interacción<sup>14</sup> y el crecimiento de estos sistemas normativos.

Los principios internacionales del DIMA, tal y como se formularon en la Declaración sobre el Medio Humano adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada

---

<sup>12</sup> Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T. *La Política Exterior de la Unión Europea en materia de Medio Ambiente*. Madrid: Tecnos, 2005.

<sup>13</sup> Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T. «Environmental law principles and General principles of international law», en KRAMER, L; ORLANDO, E. (Eds.). *Principles of Environmental Law, Elgar Encyclopaedia of Environmental Law*, Vol. VIII. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, pp. 38-51.

<sup>14</sup> Véase GARCÍA ANDRADE, P. *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

en Estocolmo en 1972,<sup>15</sup> tuvieron un efecto seminal en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros y también en el ordenamiento jurídico de la entonces Comunidad Económica Europea. Estos principios, que fueron completados posteriormente con los de la Declaración sobre el Medio ambiente y el Desarrollo adoptada veinte años más tarde en Río de Janeiro en 1992, se encuentran reflejados en los principios de la UE y han servido para su evolución y crecimiento en tanto que sistema normativo. A ellos hay que sumar también los que proceden de los acuerdos multilaterales del medio ambiente (AMUMAS), que aportan una visión sectorial y hacen posible una hibridación compleja entre distintos sistemas normativos. Ejemplo de ello sería el principio de la utilización prudente y racional de los recursos naturales que se formula como objetivo en el artículo 191 TFUE y los principios de *wise use*, de uso racional previsto en la Convención Ramsar de Humedales de Interés Internacional de 1971,<sup>16</sup> y el de utilización sostenible de los componentes de la biodiversidad de la Convención Marco sobre Diversidad Biológica de 1992.<sup>17</sup> Por otra parte, estos principios internacionales también son fundamentales para entender la política exterior de la UE en materia de medio ambiente. Así, el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, que se formuló primero en la Declaración de Río de 1992 y luego ha sido

---

<sup>15</sup> Véase FAJARDO DEL CASTILLO, T. «Biodiversidad y civilización ecológica en el 50º aniversario de la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. XIII (2022), pp. 1-45.

<sup>16</sup> Así, en su artículo 2.6, se afirma: «Cada Parte Contratante deberá tener en cuenta sus responsabilidades de carácter internacional con respecto a la conservación, gestión y uso racional de las poblaciones migratorias de aves acuáticas, tanto al designar humedales de su territorio para su inclusión en la Lista, como al ejercer su derecho a modificar sus inscripciones previas» [[https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current\\_convention\\_s.pdf](https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current_convention_s.pdf), consultado por última vez el 10 de mayo de 2023].

<sup>17</sup> En su artículo sobre objetivos se formulan varios principios al señalar: «Los objetivos del presente Convenio, que se han de perseguir de conformidad con sus disposiciones pertinentes, son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada» [<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>].

incorporado en múltiples tratados internacionales, de los que destaca la Convención Marco sobre el Cambio Climático,<sup>18</sup> ha guiado el modo en que la Unión Europea ha perseguido ser una potencia normativa internacional, no sólo a través de su influencia en los procesos de negociaciones internacionales para la adopción de instrumentos normativos y del *soft law* de protección del medio ambiente, sino también con su contribución con recursos financieros para que los países en desarrollo puedan aplicar y cumplir con sus compromisos ambientales de acuerdo con sus circunstancias nacionales.

Los primeros principios medioambientales de la entonces Comunidad Económica Europea serían los que se recogen en el Primer programa de acción medioambiental de 1973 y tienen ese origen internacional ante la falta de marcos normativos que hubiesen sido adoptados previamente por los Estados miembros en este sector. De haber existido principios propios en todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros hubiera sido posible su aproximación y armonización en el proceso de integración. Son estos principios internacionales los que serán «los principios generales de una política de medio ambiente de la Comunidad» que «el Consejo hac[í]a suyos» en el Primer programa de acción comunitario recogiendo los de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano.<sup>19</sup> El valor jurídico de estos principios que reproducen una declaración programática, y que se recogen a su vez en un programa de acción, es mínimo; sin embargo, su valor político ahora y entonces es importante, en cuanto sentaba las bases de un compromiso de acción. El Primer

---

<sup>18</sup> La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático establece en su artículo 3.1 que: «Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente: 1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos» [<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>, consultado por última vez el 10 de mayo de 2023].

<sup>19</sup> Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, JOCE C 112, de 20 de diciembre de 1973, p. 1, EE 15/Vol. 1, p. 7.

programa también adapta el principio 21 de la Declaración sobre el Medio Humano al proclamar que «[d]e conformidad con la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas para el medio humano adoptada en Estocolmo, habrá que cuidar de que las actividades realizadas en un Estado no produzcan la degradación del medio ambiente en otro Estado».<sup>20</sup> La incorporación de este principio es más una prueba de la influencia que tuvo la Conferencia de Estocolmo en el diseño del Primer programa de acción que de un interés real de incorporar este principio de responsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario y dotarlo de los mecanismos necesarios para hacerlo efectivo. Desde entonces, este principio 21 ha alcanzado una naturaleza consuetudinaria que establece una obligación *erga omnes* de prevenir el daño ambiental transfronterizo y que también formula la obligación de que los Estados, en el ejercicio interno de su soberanía territorial, deben asumir como límite funcional la protección del medio ambiente. Hoy, en el nivel actual de desarrollo de la política europea del medio ambiente, puede comprobarse como se han adoptado las medidas necesarias para hacerlo efectivo *ad intra* del ordenamiento de la Unión e igualmente *ad extra*, respecto al resto de los Estados con las nuevas propuestas normativas como son el Reglamento de la deforestación importada<sup>21</sup> o la Directiva sobre la diligencia

---

<sup>20</sup> El principio 21 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 16 de junio de 1972, proclama que «[d]e conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional»; y se ve completado por el principio 22 que establece que «[l]os Estados deben cooperar para seguir desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional», en TORRES UGENA, N. *Textos normativos de Derecho Internacional Público*: Madrid: Ed. Civitas, 2022.

<sup>21</sup> Véase la justificación de la propuesta de Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) 995/2010, de 17 de noviembre de 2021, COM(2021) 706 final 2021/0366(COD).

debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que persiguen compatibilizar el principio de libre circulación de mercancías con el principio de garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente,<sup>22</sup> y hacer posible la «transición hacia una economía más climáticamente neutra y ecológica, tal como se describe en el Pacto Verde Europeo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas».<sup>23</sup>

En aquel Primer programa de acción de 1973, era igualmente avanzado el principio de la cooperación con los países en vías de desarrollo que hoy, pero no entonces, orienta la acción exterior en materia de medio ambiente y la cooperación al desarrollo de la UE afirmando que «la Comunidad y sus Estados miembros habrán de tener en cuenta, en su política de medio ambiente, los intereses de los países en vías de desarrollo y, en particular, examinar las repercusiones eventuales de las medidas previstas en el marco de esta política sobre el desarrollo económico de estos países y sus intercambios con éstos, a fin de impedir o reducir, en la medida de lo posible, las consecuencias desfavorables que eventualmente pudieran producirse».<sup>24</sup> Este principio de la cooperación en el marco internacional relacional e institucional, en el ámbito universal y regional, a través de una política global<sup>25</sup> y de acciones sectoriales, ha estado presente en el desarrollo de la acción exterior en el ámbito del medio ambiente, determinando los campos de actuación prioritarios. La formulación

---

<sup>22</sup> Véase la 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.

<sup>23</sup> Véase también la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 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, DOUE 322, de 16 de diciembre de 2022, pp.15-80.

<sup>24</sup> EE 15/Vol. 1, p. 12.

<sup>25</sup> Antes de que se inventara el término de globalización, el Primer programa exponía que «[u]na política global en materia de medio ambiente sólo será posible si se funda en nuevas formas más eficaces de cooperación internacional en las que tengan en cuenta, tanto las correlaciones ecológicas mundiales como las interdependencias de la economía mundial», *ibidem*. La redacción del programa era realmente acertada desde un punto de vista prospectivo si bien sus puntos flacos fueron no prever las dificultades que podrían plantear a su ejecución el desapego de los Estados respecto al compromiso que había inspirado este Primer programa.

de este principio daba por sentada la participación coordinada y complementaria de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros lo que en realidad ha acabado por ser uno de los objetivos no escritos de la acción exterior de la Unión que mayores esfuerzos sigue requiriendo. Entonces parecía sencillo afirmar que: «[d]e acuerdo con el espíritu que anima la declaración de París de jefes de Estado o de gobierno [de 1972], la Comunidad y los Estados miembros habrán de hacer oír su voz en las organizaciones internacionales que se ocupan de los aspectos relativos al medio ambiente y proporcionar en estos foros una contribución original, con la autoridad que les confiere un punto de vista común».

Posteriormente, los principios de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Conferencia de Río de 1992, que se formularon ya en sus procesos previos de negociación, tuvieron una temprana influencia en la UE y en sus Estados miembros que se concretó en la incorporación de nuevos principios, como el de desarrollo sostenible en las bases jurídicas modificadas tras el Tratado de Maastricht<sup>26</sup> y en el Quinto programa de acción.<sup>27</sup> Su título, «Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible»,<sup>28</sup> trasladaba esa influencia. Todo ello va a llevar al reconocimiento de unos nuevos objetivos y principios: los de desarrollo sostenible, acción preventiva y precautoria y corresponsabilidad que pasan a informar el ejercicio de las competencias de la UE en el marco interno y en el internacional, tras su incorporación en los tratados constitutivos.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> En su preámbulo se señala que «[e]l Consejo de las Comunidades europeas y los representantes de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, [...] reconocen que el Programa presentado por la Comisión está encaminado a reflejar los objetivos y principios de desarrollo sostenible, acción preventiva y precautoria y corresponsabilidad establecidos en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad reunidos en el seno del Consejo el 26 de junio de 1990 y en el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992», DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993, p. 2.

<sup>27</sup> Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 1 de febrero de 1993 sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993, p. 1.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> No se distingue entre principio y objetivo porque en el caso del desarrollo sostenible se confunde el objetivo a alcanzar y el principio inspirador para alcanzarlo, y considerando que en



La Conferencia de Río y el Informe Brundtland, «Nuestro Futuro en común», formularon no por primera vez, pero sí con la definición y el alcance que tiene ahora, el principio del desarrollo sostenible<sup>30</sup> como «aquél que satisface las necesidades actuales sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades». Por ello, la referencia al desarrollo sostenible aparece pronto, aunque de forma sesgada, en los tratados constitutivos, primero de la Comunidad Europea y luego ya de la Unión Europea. Así, el término sostenible empieza a aparecer en el preámbulo, ligado a la protección del medio ambiente y a la cooperación al desarrollo, hasta que empieza a ocupar un lugar preferente en documentos políticos de gran calado,<sup>31</sup> y luego alcanza su formulación actual tras la última reforma de los tratados constitutivos en Lisboa.

El principio del desarrollo sostenible implica una decisión política sobre qué es lo sostenible, que presupone además un juicio de compatibilidad y complementariedad entre lo económico y lo medioambiental. Por ello, este principio, que está llamado a desempeñar una función de orientación de las políticas económicas en la dirección de la sostenibilidad, es la clave de muchos cambios en la percepción de los objetivos económicos y de desarrollo, que se expresa a través de una formulación renovada en

---

ambos casos se trata de un concepto indeterminado lo que hace que sea aún más difícil dotarlos de contenido.

<sup>30</sup> Sobre este principio, véase como obra de referencia RODRIGO HERNÁNDEZ, Á J. *El desafío del desarrollo sostenible. Los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid: Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales - Marcial Pons, 2015.

<sup>31</sup> Entre ellos, señalar la Comunicación que la Comisión presentó en el Consejo Europeo de Gotemburgo, titulada «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible», Doc COM(2001) 264 final, de 15 de mayo de 2001. En esta cumbre, donde el desarrollo sostenible y el principio de integración de las exigencias fueron temas estrella, se dio una dimensión ecológica al principio del desarrollo sostenible que hasta entonces había tenido sólo una dimensión económica y social, identificada por los Consejos Europeos de Lisboa y Colonia. El Consejo Europeo de Estocolmo decidió que el compromiso de la Comunidad con el desarrollo sostenible debía tener una dimensión ambiental y eso es lo que se consiguió en Gotemburgo, teniendo como objetivo la preparación de la participación de la Comunidad en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002. Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Diez años después de Río: preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002, Doc COM(2001) 53 final.

el Pacto Verde de la Comisión Europea de 2019 que fue endosado por las demás instituciones europeas.<sup>32</sup>

### III. Los principios medioambientales previstos en los tratados constitutivos

Los principios de la política medioambiental europea se encuentran recogidos en distintas disposiciones de los tratados constitutivos, si bien en su origen se encontraban recogidos en el artículo 130R que se incorporó con el Acta Única Europea en 1985 y que codificaba los principios que se contenían en los programas de acción previos.<sup>33</sup> Posteriormente, algunos de estos principios, como el de integración de las exigencias de protección del medio ambiente, pasarían a formar parte del Título II del TFUE con las disposiciones de alcance general de los tratados como principio informador del diseño de las políticas y acciones de la Unión. Entre estos principios, tienen un especial valor los que informan el ejercicio de las competencias de la UE, así como el reparto de funciones entre los niveles de actuación de la Unión y el estatal. Son estos los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, el de lealtad comunitaria, el de *preemption*, el de suficiencia de

---

<sup>32</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, El Pacto Verde Europeo, COM(2019) 640 final, 11 de diciembre de 2019.

<sup>33</sup> El Primer programa enunciaba, en su Título II, once principios de orientación relacionados con los objetivos establecidos, de los que cabe destacar que: el medio ambiente es indisoluble del progreso humano y por ello conviene evaluar las consecuencias sobre la calidad de vida de todas las medidas que son susceptibles de afectar al medio ambiente; el nivel de conocimientos científicos debe ser mejorado y exige un desarrollo de la investigación; los gastos ocasionados por la prevención o la eliminación de daños deben correr prioritariamente a cargo de quien contamina, aunque se puedan aceptar excepciones; los principios de las Declaraciones de Estocolmo, de Río de Janeiro y de Johannesburgo deben ser tomados en cuenta, en particular respecto a la contaminación transfronteriza y al desarrollo de la cooperación internacional, y para cada tipo de contaminación, es conveniente buscar el nivel de acción que parezca objetivamente el más apropiado (véase Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, sobre el Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, publicado como parte del acervo comunitario en la *Edición especial en español*: Capítulo 15 Tomo 001 pp. 7 – 59).

medios y el de flexibilidad. La naturaleza de todos ellos varía en intensidad jurídica en función del modo con el que informan el ejercicio de las competencias sustantivas, por ejemplo, cuando informan que en el ejercicio de la competencia medioambiental deben adoptarse normas con un nivel de protección elevado, pero que puedan modularse para tener en cuenta las circunstancias nacionales.

Los principios propios de la protección del medio ambiente se encuentran recogidos en el artículo 191.1 y 2 TFUE, si bien también aparecen calificados de objetivos; así en el apartado 191.1 se habla de «utilización prudente y racional de los recursos naturales» y en el primer párrafo del apartado 2 se dice:

«La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo 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».

Además, hay que añadir el apartado 3, que, si se lee desde el enfoque de los principios, guía la acción de las instituciones europeas para que tengan en cuenta el conocimiento científico o las circunstancias nacionales. Así este apartado dice que:

«En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta:

- los datos científicos y técnicos disponibles,
- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión,
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción,
- el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones».

Además, el conjunto de las normas ambientales de la Unión han de considerarse desde el prisma del principio de las *normas mínimas* previsto en el artículo 193 TFUE que establece que:

«Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión».

Estos principios básicos han sido objeto de desarrollo y concreción en otros que permiten ir más allá de su formulación general, gracias a la jurisprudencia del TJUE y también al desarrollo normativo del Derecho derivado y a los tratados internacionales

celebrados por la Unión y sus Estados miembros, como es el caso del enfoque ecosistémico o el principio de integridad medioambiental. También hay que considerar los principios que se incorporan en los instrumentos de *soft law* que la UE adopta o a los que se adhiere a nivel internacional. A continuación, los abordaré brevemente agrupándolos como principios determinantes del ejercicio de la competencia medioambiental, como principios sustantivos del artículo 191 y deteniéndome especialmente en el principio de integración de las exigencias medioambientales en el diseño de las políticas y acciones de la Unión.

### *1. Principios de la política medioambiental y sistema de competencias de la UE*

La incorporación de la competencia para la protección del medio ambiente en el proceso de integración europeo fue objeto de resistencias iniciales por parte de algunos Estados miembros,<sup>34</sup> que además exigieron que esta competencia no fuese interpretada conforme a los principios que inspiraban el ejercicio de las competencias comunitarias de naturaleza económica, sino conforme a los criterios tradicionales de interpretación de los tratados internacionales, entre los que destacaba la presunción en contra de la pérdida de soberanía de los Estados.<sup>35</sup> Y, sin embargo, ello no frenó el crecimiento de esta competencia, pero sí otorgó un papel primordial a los principios que modulan su ejercicio y que paso a destacar.

#### *A. El principio de subsidiariedad*

Quizás sea el principio de subsidiariedad el que ha experimentado las transformaciones más significativas para la política medioambiental de la Unión

---

<sup>34</sup> Durante los primeros años, Francia se opuso a la incorporación de esta competencia en el proceso de integración y defendió el enfoque de la cooperación intergubernamental para el tratamiento de la competencia sobre el medio ambiente. Véase KRÄMER, L. *EEC Environmental Law*. Londres: Sweet & Maxwell, primera edición, 1988, y TOUSCOZ, J. «L'Action des Communautés européennes en matière d'environnement». *RTDE*, 1973, p. 44. TOUSCOZ señala igualmente que el Reino Unido sostenía una postura análoga entonces a la de Francia.

<sup>35</sup> WEILER, a propósito de la interpretación de los tratados constitutivos en los primeros años de vida de las Comunidades, señala como entre los criterios de interpretación tradicional de tratados se encuentra la presunción en contra de la pérdida de soberanía. Véase WEILER, J. H. «The Community System: the Dual Character of Supranationalism». *YEL*, vol. I (1981), p. 270.

Europea, tanto desde el punto de vista de su papel primordial, en cuanto que informa el ejercicio de una de las competencias compartidas más sensibles, como por su papel en el procedimiento normativo. Es necesario recordar que la primera vez que el principio de subsidiariedad se incluye en los tratados fue en la base jurídica para el medio ambiente incorporada por el Acta Única Europea, aunque ya estaba presente en el proceso de formulación de las primeras acciones comunitarias en el campo del medio ambiente.<sup>36</sup> Debido a su eficacia probada para el ejercicio de una competencia compartida como es la medioambiental, tras la reforma llevada a cabo por el Tratado de Maastricht, el principio de subsidiariedad pasó a convertirse en un principio general de los tratados que informaría desde entonces el ejercicio de todas las competencias compartidas y que, posteriormente, además sería objeto de protocolos específicos en el Tratado de Ámsterdam y en el TFUE; protocolos que vendrían a consolidar los requisitos del test de subsidiariedad relativos al plus de eficacia y a la dimensión y cercanía a los problemas que debían superar las medidas legislativas.

Este principio, procedente al igual que la técnica de la *preemption* de los sistemas federales, es susceptible de diversos contenidos y aplicaciones: puede ser puesto al servicio de aquellos que defienden el centralismo, así como de aquellos que persiguen la descentralización. Su aplicación —si bien no ha estado exenta de dificultades políticas y jurídicas— no ha generado cambios sustanciales en el desarrollo del sistema competencial de la Unión en materia medioambiental y

---

<sup>36</sup> Así, en la Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente se abría con una afirmación del principio de subsidiariedad al señalar que: «El Consejo de las Comunidades Europeas y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo toman nota de que las medidas a las que dará lugar el programa anejo habrán de ejecutarse, en determinados casos, a escala comunitaria y, en otros, por los propios Estados miembros. Por lo que respecta a las medidas que habrán de ejecutar los Estados miembros, éstos velarán por su correcta aplicación, en la inteligencia de que el Consejo ejercerá, respecto a las referidas medidas, las competencias de coordinación previstas en los Tratados. Por lo que se refiere a las acciones del programa que habrán de ejecutar las instituciones de las Comunidades europeas, [...], el programa informará su ejecución». Esta declaración proyectaba una acción general de protección del medio ambiente a la vez que distinguía dos niveles de actuación, el comunitario y el nacional, que debían ser coordinados por el Consejo, DOCE EE vol. 15/1, 1985, p. 13.

tampoco lo ha frenado, como si lo hubiese hecho la financiación nacional prevista para esta política. El principio de subsidiariedad sirve a la elección del nivel de decisión y en función de ello implica un contenido altamente político. La política europea del medio ambiente ha sido establecida a fuerza de elecciones políticas, porque, como señala BRINKHORST, la «elección de la vía a seguir es una cuestión de apreciación política».<sup>37</sup> Los grandes retos de la política medioambiental europea, tal y como se han marcado ahora en el Pacto Verde de 2019, junto con la agenda de medidas a adoptar, han superado todos los controles de la subsidiariedad y del principio de proporcionalidad que le acompaña, debido a que también se hace una lectura de este principio en clave de responsabilidad compartida.<sup>38</sup>

*B. El principio de financiación con cargo a los presupuestos nacionales y el principio de suficiencia de medios*

La financiación nacional de la política de la UE del medio ambiente rompe el principio de la unidad presupuestaria. El artículo 192.4 TFUE atribuye la financiación

---

<sup>37</sup> Véase BRINKHORST, L. J. «La subsidiarité et la politique européenne de l'environnement», en AA. VV. *Subsidiarité: Défi du Changement*. Maastricht: Publicaciones del IEAP, 1991, p. 79.

<sup>38</sup> En el Quinto programa de acción, «el Consejo y los Representantes de los gobiernos de los Estados reunidos en el seno del Consejo», acordaron una relectura de la subsidiariedad en esta dirección, una interpretación de la subsidiariedad en clave de responsabilidad compartida. Así, en el capítulo 8 del programa se dispone que «[d]ado que los objetivos y metas presentados en el Programa, así como la finalidad última, el desarrollo sostenible, sólo pueden alcanzarse mediante una acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán cooperar entre sí, el Programa combina el principio de subsidiariedad con el concepto, más amplio, de responsabilidad compartida. Este término implica no tanto la selección de un determinado nivel en perjuicio de otro, sino, más bien, una intervención mixta de actores e instrumentos en los niveles adecuados, sin poner en cuestión la división de competencias entre la Comunidad, los Estados miembros, las autoridades regionales y las locales. [...] La aplicación práctica del principio de subsidiariedad y de responsabilidad compartida entrañará también el respeto a la disposición actual (apartado 4 del artículo 130R) y la propuesta (apartado 4 del artículo 130S), según la cual, sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros deberán financiar y ejecutar la política de medio ambiente» [Resolución del Consejo y los Representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 1 de febrero de 1993 sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, DOCE C 138, de 17 de mayo de 1993, p. 34].

y ejecución de la política en materia de medio ambiente a los presupuestos de los Estados, «sin perjuicio de determinadas medidas adoptadas por la Unión». Los Estados miembros deben financiar las medidas medioambientales a excepción de aquellas acciones que la UE financie con carácter residual y corran a cargo de los Fondos estructurales, del Fondo de Cohesión y del Fondo LIFE. Las medidas elegibles para ser financiadas por la Unión no se identifican en los tratados ni tampoco en el Derecho derivado.

Esta financiación nacional fue en su día una exigencia de países como Alemania para tener un pleno control financiero sobre el desarrollo de su política nacional de protección del medio ambiente y, hoy, debería abandonarse en favor de una integración mayor en un área tan crucial desde la perspectiva de futuro de la Unión como es la protección medioambiental y la lucha contra el cambio climático. Por ello, y sin perjuicio del reconocimiento de las contribuciones nacionales, también hay que reivindicar que la UE debe sufragar su propia política, de conformidad con el principio de suficiencia de medios, que en su día fue incorporado en los tratados por España para frenar la ambición de políticas sin financiación europea. El principio de suficiencia de medios frenaría la acción de la Unión cuando el progreso y la ambición de las medidas ambientales puedan afectar al principio de autonomía presupuestaria de los Estados miembros, debido especialmente al elevado coste de su aplicación y cumplimiento. Es por este coste que los Estados miembros se han negado a cierto tipo de medidas. Así, el incremento de la financiación nacional es un obstáculo insalvable a la hora de exigir el aumento del número de inspecciones para mejorar la aplicación y el cumplimiento de la legislación ambiental de la Unión.

Como reacción y protesta al principio de la financiación nacional de la política del medio ambiente de la Unión Europea, España<sup>39</sup> consiguió que se incorporara en los tratados constitutivos el principio de suficiencia de medios. Es por ello que el principio de suficiencia de medios previsto en el artículo 3.6 del Tratado de la Unión Europea —que dispone que «[l]a Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados»—, debería

---

<sup>39</sup> Véase BOIXAREU CARRERA, A. «Aspectos generales y principios básicos de la Unión: Subsidiariedad y Suficiencia de Medios», en AA. VV. *España y el Tratado de la Unión Europea. Una aproximación al Tratado elaborada por el equipo negociador español en las Conferencias Intergubernamentales sobre la Unión Política y la Unión Económica y Monetaria*. Madrid: Colex, 1994, p. 81 y ss.

interpretarse de manera que se puedan afrontar los desafíos medioambientales y climáticos. Así, en virtud de este principio de suficiencia de medios y la importancia reconocida al objetivo de proteger el medio ambiente y luchar contra el cambio climático, cabe pedir el fin de esta anomalía de la financiación con cargo a los presupuestos nacionales, y reivindicar la financiación europea de la política del medio ambiente y, en particular, del clima de la UE.<sup>40</sup>

### *C. El principio de cooperación leal*

El principio de cooperación leal se encuentra recogido en el artículo 4.3 TUE y obliga a la Unión y a los Estados miembros a prestarse asistencia mutua en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados, y a los Estados miembros a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. En el caso de la política del medio ambiente, este principio exige de los Estados que se abstengan de adoptar cualquier tipo de medida que obstaculice la consecución de los objetivos medioambientales, así como a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y reglamentarias que sean necesarias para conseguir el Estado de Derecho ambiental que garantice la protección del medio ambiente. Sin embargo, quizás sea este el principio que necesita ser más invocado, ya que a pesar de que la UE ha desarrollado un amplio *corpus* de derecho ambiental, el Estado de Derecho ambiental aún necesita que se alcance un mayor nivel de aplicación y cumplimiento por los Estados miembros.

## *2. Los principios medioambientales del artículo 191 TFUE*

El artículo 191 TFUE contiene, como hemos visto, los principios sustantivos del medio ambiente que han inspirado la adopción de la legislación europea y que también

---

<sup>40</sup> Como ya hemos hecho en el marco de la contribución de la Junta de Andalucía a la Conferencia sobre el Futuro de Europa, porque consideramos que la financiación europea es esencial para Andalucía como «región refugio de biodiversidad más valiosa y vulnerable que existe en la Unión y con mayor extensión de espacios naturales protegidos. En cualquier caso, la formulación de esta política debe reconocer el carácter estratégico de las regiones, como Andalucía, especialmente expuestas al cambio climático». Véase nuestra contribución al informe del Comité de Expertos de la iniciativa Andalucía por el Futuro de Europa [<https://www.andaluciaporelfuturodeeuropa.eu/>].



se han desarrollado a través de los instrumentos normativos y en la jurisprudencia del TJUE, de los que sólo pondré de manifiesto la necesidad de cambios y revisiones con el fin de hacer posible una economía circular y descarbonizada y basada en el conocimiento científico. Así, el principio de corrección en la fuente que fue aplicado a casos concretos, como el tratamiento de los residuos por el TJUE, tiene que ser objeto ahora de una relectura para que signifique algo más que eliminarlos, almacenarlos o transformarlos lo más cerca de su fuente de producción.<sup>41</sup> Debe ser ahora revisado con el fin de conseguir una optimización de las infraestructuras de revalorización de residuos en los Estados miembros de la Unión.

En el caso del principio de *quien contamina paga*, su recorrido en la legislación europea es largo en la medida que persigue que se tenga en cuenta la degradación del medio ambiente en la evaluación de los costes de producción de los Estados miembros y que se procure internalizar los costes de restauración en el precio de los productos finales (las externalidades negativas). Además de la responsabilidad por daños ambientales que ha sido regulada a través de una directiva que ha permitido a los Estados miembros adoptar diversas fórmulas de Derecho Administrativo y de Derecho Civil, este principio también implica que quién contamina deberá sufragar los gastos de prevención. Su valoración crítica a partir de su reformulación como principio de *quien paga contamina*, debe plantearse desde una revisión de todo el sistema de gestión ambiental a partir de permisos que autorizan a contaminar dentro de unos límites legales, y que, sin embargo, no son objeto del suficiente número de inspecciones que garanticen la aplicación y cumplimiento adecuado de las normas ambientales.

En el caso de los principios de prevención y de precaución, la Unión ha adoptado una posición más avanzada que la adoptada a nivel internacional en la medida en que ha hecho del enfoque de precaución un principio, y ha utilizado ambos principios para evaluar desde la viabilidad de medidas de la política pesquera hasta considerar el nivel aceptable de conservantes cárnicos que se utilizan en la industria alimentaria. Hoy deberían revisarse al alza precisamente para que las medidas que se adopten respondan a criterios científicos y no sólo a elecciones políticas que, si bien trasladan elecciones democráticas, pueden poner en peligro nuestras vidas, y las de los demás

---

<sup>41</sup> Judgment of the Court of 18 December 1997, Case C-129/96, Inter-Environnement Wallonie ASBL v. Région wallonne, Reference for a preliminary ruling: Conseil d'Etat - Belgium. Directive 91/156/EEC - Period for transposition - Effects - Definition of waste. *European Court Reports* 1997 I-07411, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1997:628.

seres vivos del planeta en la medida en que autorizan el uso en nuestros procesos de producción de contaminantes orgánicos persistentes o fertilizantes.

### *3. El principio de integración de las exigencias medioambientales en el diseño de las políticas y acciones de la Unión*

Este principio de integración se encontraba recogido inicialmente en el artículo 130R.2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y pasó luego a ser un principio informador de todo el Tratado con la reforma realizada por el Tratado de Ámsterdam, incorporándose en el artículo 6 TCE.<sup>42</sup> Tras la primera reforma se

---

<sup>42</sup> La redacción del principio se vio modificada de forma considerable en cada reforma de los tratados. Así, cuando se incorpora en el artículo 130R.2 tras el Acta Única Europea dice: «La acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina paga. Las exigencias de la protección del ambiente será un componente de las demás políticas de la Comunidad».

Luego, el artículo 130R.2 tras la reforma del Tratado de Maastricht dice: «La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. 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. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad».

Y el artículo 3 C tras el Tratado de Ámsterdam dice: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». Sobre este cambio constitucional, GOSALBO BONO criticó que era necesario «señalar, antes de nada, que a primera vista, salvo la referencia a la obligación de resultado de promover el desarrollo sostenible, el artículo 3c retoma en su sustancia la disposición que figura en el segundo párrafo del artículo 130R.2, que se suprime entonces. Sin embargo, no es preciso dejarse convencer por las apariencias porque subsisten diferencias importantes entre estas dos disposiciones:

- por una parte, el lugar que ocupa el artículo 3c en el tratado (primera parte relativa a los principios) hace de esta obligación de integrar el medio ambiente en las otras políticas de la Unión un *principio* aplicable a toda la acción de la Comunidad.

encuentra la influencia de la Conferencia de Río+5 en la que este principio de integración de las exigencias medioambientales y del desarrollo sostenible en las políticas nacionales se convierte en uno de los objetivos a alcanzar por la entonces aún Comunidad Europea y por sus Estados miembros. Este principio de «la integración de las exigencias de la protección del medio ambiente» en el resto de las políticas y acciones comunitarias «para fomentar un desarrollo sostenible» marca una inflexión: de la prevalencia del interés del mercado interior hacia una política general de preservación del medio ambiente, aunque haya que señalar que esta inflexión se revierta o fluctúe en tiempos de crisis económica. Desde entonces, esta obligación de *mainstreaming* de las exigencias medioambientales se refiere no sólo al diseño de las políticas de la Unión sino también a todas las acciones con repercusión medioambiental. Así, los Estados miembros atribuyeron a este principio una nueva función: determinar la compatibilidad de las políticas de la Unión con el medio ambiente, con la condición adicional de su «sostenibilidad», ya que este principio se vincula al principio del desarrollo sostenible, aunque ello deba concretarse a riesgo de que quede vacío de contenido. Para ello, la Comisión Europea no ha dejado de presentar comunicaciones relativas a la integración de las exigencias medioambientales en las principales políticas de la Unión. Hoy se recoge en el artículo 11 TFUE, que afirma que: «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».

A nivel internacional el principio de integración ha ganado una mayor relevancia en los últimos años, en los que las instituciones de las Naciones Unidas lo han considerado crucial para combatir la pérdida de biodiversidad.<sup>43</sup> Este enfoque de

- 
- por otra parte, en cuanto al fondo, la nueva disposición del artículo 3c amplía el alcance especificando que las exigencias de la protección del medio ambiente se refieren no sólo a todas las políticas sino también a las “acciones de la Comunidad previstas en el artículo 3”.

En resumen, las exigencias del medio ambiente se convierten en un elemento necesario de la evaluación de las políticas y acciones susceptibles de afectar al medio ambiente y no sólo una obligación a tener en cuenta a nivel de su realización». GOSALBO BONO, R. «Les politiques et actions communautaires». *RTDE*, vol. 33 (1997), p. 789.

<sup>43</sup> «Common Approach to Integrating Biodiversity and Nature-based Solutions for Sustainable Development into United Nations Policy and Program Planning and Delivery».

integración de la biodiversidad se ha convertido en algo urgente, precisamente por la falta de respeto y aplicación de las estrategias y planes nacionales que pueden repercutir tanto en la conservación como en la pérdida de biodiversidad. Así, ya se ha denunciado en los *Biodiversity Outlooks* y en los órganos de la Convención marco sobre la Diversidad Biológica que: «sólo una minoría de las estrategias y planes de acción nacionales en materia de biodiversidad demuestran que la biodiversidad se está integrando de forma significativa en los planes y políticas intersectoriales, en las políticas de erradicación de la pobreza y/o en los planes de desarrollo sostenible». <sup>44</sup> La UE debe asumir este compromiso tanto a nivel interno como a nivel internacional, como se promete en la *Estrategia 2030 para la Biodiversidad: Devolviendo la Naturaleza a Nuestras Vidas*, <sup>45</sup> como un pilar más del Pacto Verde <sup>46</sup> y también en el VIII Programa de Acción.

#### **IV. Sobre la necesidad de revisar los principios del Derecho medioambiental de la Unión Europea**

Las nuevas necesidades sociales han hecho urgente una revisión de los principios, sin que aún se haya podido llevar a cabo una reforma de los tratados

---

Como se señala en su web, «In the spring of 2021, the UN System Chief Executives Board for Coordination endorsed the "Common approach to integrating biodiversity and nature-based solutions for sustainable development into the United Nations policy and programme planning and delivery", developed through the High-level Committee on Programmes. Through the common approach, the UN system commits to mainstream biodiversity and catalyse collective action to address the drivers of biodiversity loss, restore ecosystems and ultimately living in harmony with nature. It provides the normative framework, in a result-based structure, to organize collective action and joint delivery to mainstream biodiversity and nature-based solutions» [véase UN Common Approach to Biodiversity, en <https://unsceb.org/un-common-approach-biodiversity>].

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia de la UE sobre biodiversidad para 2030 - Devolver la naturaleza a nuestras vidas, COM(2020) 380 final, 20 de mayo de 2020.

<sup>46</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, El Pacto Verde Europeo, COM(2019) 640 final, 11 de diciembre de 2019.

constitutivos, debido al freno de los Estados miembros, que no han querido convocar una nueva conferencia intergubernamental. No obstante, la Conferencia sobre el Futuro de Europa, llevada a cabo durante los años 2021-2022 con la participación de las instituciones europeas y de los distintos actores de la Sociedad civil europea, ha puesto de manifiesto que se dan las condiciones económicas, sociales y medioambientales para iniciar un debate sobre cuáles han de ser los grandes objetivos de la Unión y cómo se deben perseguir a través de todas las políticas y acciones europeas.<sup>47</sup>

### *1. Reformulación de los principios existentes en los tratados*

El caso del cambio climático muestra cómo su importancia hace imperativo que el principio de integración de las exigencias del medio ambiente incorpore de forma expresa objetivos específicos como la lucha contra el cambio climático. Así, el cambio normativo que debe proponerse para futuras reformas de los tratados constitutivos es la incorporación de la lucha contra el cambio climático dentro de las disposiciones de aplicación general del Título II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, la revisión del artículo 11, de la siguiente manera:

«Las exigencias de la protección del medio ambiente y de *lucha contra el cambio climático* 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».

Su principal valor será simbólico ya que desde el punto de vista jurídico puede parecer redundante, puesto que, en la formulación original, la referencia al medio ambiente comprende todos sus sectores. Sin embargo, es fundamental su afirmación desde un punto de vista político, para que de manera enfática se asuma el compromiso de la UE con la lucha contra el cambio climático o contra las otras grandes crisis que afectan al planeta como son la pérdida de biodiversidad o la contaminación. Este compromiso tiene que plasmarse como un requerimiento o condición en la formulación del resto de las políticas y acciones de la UE, que son las que en última instancia pueden generar el daño ambiental. Ese valor simbólico reside en la formulación expresa del compromiso firme de la UE en el artículo 11 TFUE, como ya ocurriese con la reforma del artículo 191 cuando se incorporó la lucha contra

---

<sup>47</sup> Véase su web <https://futureu.europa.eu/es/pages/ms-section>, consultada por última vez el 10 de mayo de 2023.

el cambio climático entre los objetivos de la política medioambiental. Esta afirmación no puede ser, sin embargo, otra forma de *greenwashing* institucional, un intento de legitimar la política ambiental desde un discurso político de la integración, que debe ir más lejos en cuanto a resultados.

También sería necesario llevar a cabo, como he señalado, una reforma mayor, de gran calado político y económico, como sería que la financiación de la política del medio ambiente de la Unión pasara a ser europea. Si bien ello no se ha planteado en el marco de la reforma de los tratados, se han creado nuevos fondos que vienen a reconocer las diferencias económicas, sociales y medioambientales entre los Estados miembros que requieren previsiones económicas para tener en cuenta las diferencias de renta per cápita, el carácter insular que encarece y dificulta el cumplimiento de los compromisos climáticos (como en el caso de Malta) o las diferencias en el esfuerzo de la transición a una economía descarbonizada que es mayor en los países con dependencia del carbón (como en el caso de Polonia), lo que lleva a considerar también las excepciones y los períodos de transición en la vía a la descarbonización. Así ha de entenderse la propuesta ya aceptada por el Parlamento y el Consejo de creación de un Fondo Social del Clima, que garantice una transición energética justa.

## 2. *Nuevos principios reconocidos en el Derecho derivado y en la jurisprudencia del TJUE*

Calificar de nuevos principios aquellos que no han sido recogidos aún en los tratados constitutivos no resuelve —quizás no sea necesario— la cuestión de la aparición de nuevos principios en el Derecho derivado medioambiental, en la jurisprudencia del TJUE y el *soft law* ambiental y en la doctrina que los analiza. Su importancia no puede menospreciarse en la medida en que desempeñan un papel principal a la hora de llevar a cabo una interpretación y adaptación de la legislación ambiental desde las nuevas exigencias medioambientales, sociales, económicas y del saber científico y por ello quiero destacar, sin ánimo exhaustivo, los principios que paso a presentar. Los principios de integridad medioambiental y de gestión ecosistémica no vienen recogidos en los tratados constitutivos aunque sí aparecen en los instrumentos de Derecho derivado y en los documentos preparatorios de la Comisión Europea para justificar una mayor exigencia en el cumplimiento de los instrumentos normativos europeos, en particular, los relativos a la gestión de áreas protegidas y a la lucha frente al cambio climático. En el caso del principio de no regresión —o progresión—, la UE recibe este principio a través del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático, pero también está presente en el marco del Derecho y la jurisprudencia administrativa de varios Estados miembros como Francia y España. En

su caso, el principio del imperativo científico ha sido invocado especialmente en los últimos años por las instituciones europeas como una justificación de sus propuestas normativas, en un intento de validarlas ante los Estados miembros más reticentes. Este principio que se esgrime para dotar de legitimidad a las propuestas normativas tiene un déficit democrático importante.<sup>48</sup>

En el momento actual de crisis, todos estos principios han de ser invocados junto con el principio de no causar daño —significativo—, precisamente para que las excepciones<sup>49</sup> que se establezcan a las obligaciones ambientales por razón de interés general no supongan un daño irreversible para el medio ambiente, y, en particular, a las áreas terrestres y marinas protegidas. Y junto a ellos, se debe invocar el principio de diligencia debida que será objeto de un próximo reglamento, que plantea grandes desafíos para el mercado interior de la UE y para su política industrial y también para su acción exterior, en la medida en que debe garantizar el respeto del principio de

---

<sup>48</sup> En la película francesa *Alice et le Maire* de 2019, el personaje del Alcalde de Lyon que encarna el actor Frabrice Luchini responde con este argumento a la filósofa que intenta asesorarle y reconectarlo con la realidad social y medioambiental de Francia. El personaje del político, que cuenta con una experiencia de 30 años en la gestión de la vida pública, argumenta que frente al conocimiento científico es necesario considerar también el principio democrático, que requiere que haya consultas y debates sobre medidas que tienen un fuerte impacto social y que, sin embargo, se consideran imprescindibles para la protección medioambiental.

<sup>49</sup> Por otra parte, este principio ha de aplicarse en conjunción con las excepciones previstas a las obligaciones básicas previstas en las Directivas sobre Hábitats y Aves. Así, el artículo 6.4 de la 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, prevé la posibilidad de que «[s]i, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden.

prevención y el principio de no causar un daño significativo. La complejidad de su aplicación<sup>50</sup> es la que ha llevado además a que se tengan en cuenta los cambios desencadenados por la pandemia y la guerra de agresión de Rusia en Ucrania. Así, en el nuevo VIII Programa de Acción medioambiental de 2022 se afirma que:

«Todas las iniciativas en el marco del Plan de Recuperación “Next Generation EU” deben respetar, en su caso, el principio de “no causar un perjuicio significativo” establecido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo [o] “Reglamento sobre la taxonomía”. El Plan de Recuperación “Next Generation EU” brinda una gran oportunidad de acelerar el ritmo de la transición hacia la neutralidad climática y la protección del medio ambiente».<sup>51</sup>

Por último, es necesario anticipar la protección vía principios del derecho humano al medio ambiente limpio, saludable y sostenible. La Carta de la Unión Europea no incorpora el medio ambiente como un derecho humano tradicional de primera generación.<sup>52</sup> Sin embargo, la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de un derecho humano al medio ambiente limpio, saludable y sostenible

---

<sup>50</sup> Sobre este principio, véase RODRIGO HERNÁNDEZ, A. «Due diligence obligations as a tool to manage radical vulnerability from climate change», en CAMPINS ERITJA, M.; R. BENTIROU MATHLOUTHI, R. (Ed.). *Understanding vulnerability in the context of climate change*. Barcelona: Ed. Atelier, 2022, pp. 65-84.

<sup>51</sup> Véase VIII Programa de Acción en materia de Medio Ambiente, n.a.p. 5.

<sup>52</sup> Así he señalado que: «En el caso de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea no se contempla un derecho al medio ambiente sino una obligación de protección que en este caso debe respetarse cuando se formulen las políticas de la Unión, lo que se ha interpretado como expresión de una consideración del medio ambiente en tanto que bien colectivo y objetivo constitucional antes que como un derecho individual. En estos últimos dos casos, que se refieren al ámbito europeo, también se ha puesto de manifiesto que la garantía de este derecho individual sólo puede realizarse en el caso de que se haya lesionado un derecho conexo. Este rasgo limitativo también se daría en el Artículo 1 del Pacto Mundial por el Medio ambiente. Esto responde en última instancia a la adopción de un enfoque antropocéntrico que claramente determina el alcance del derecho individual al medio ambiente subordinándolo a otros derechos». Véase, FAJARDO DEL CASTILLO, T. «Avances y Retrocesos en la Negociación del Pacto Mundial por el Medio Ambiente». *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 95 (2019), pp. 1-44 en especial p. 15.



supone un interesante desafío para la Unión.<sup>53</sup> En la medida en que la UE sólo tiene reconocido el estatuto de observador en el seno de la Asamblea General, la aceptación comunitaria de este derecho puede llevarse a cabo por la vía de los principios generales de sus Estados miembros en la medida en que todos ellos han aceptado la Resolución 77/174 y han reconocido en sus constituciones este derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible. A través de esta vía, la UE asumiría una obligación de mayor ambición y alcance *vis a vis* de los ciudadanos europeos, pero también respecto al conjunto de la humanidad, lo que podría ser un imperativo para actuar y evitar los millones de muertes que ciertamente se producirán como consecuencia de la contaminación, la sequía o las inundaciones y demás desastres naturales provocados por el cambio climático. En este sentido DE VÍLCHEZ MORAGUES considera que la soberanía de los Estados no puede ser una excusa para no adoptar las acciones necesarias para frenar los desastres que se ciernen sobre la humanidad y el planeta.<sup>54</sup>

Este principio de protección de un derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible le permitiría a la UE legitimar sus acciones unilaterales para la protección del planeta, lo que no es necesariamente un objetivo que haya recibido una acogida positiva en el seno de las organizaciones internacionales.<sup>55</sup> Será a través

---

<sup>53</sup> Resolución 76/300 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, adoptada el 28 de julio de 2022, en el 50º aniversario de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano.

<sup>54</sup> Así afirma que: «Today, sovereignty can no longer be conceived as a waiver for the unlawful killing of thousands of people. It may well be that several decades from now, people will look back at us with disbelief and wonder, [...], of how it was possible that the legal system of our days did not prevent and it even facilitated the destruction of the very Earth on which we depend. [...] Similarly, today, many feel that, although we do not know all the answers, there must be a law against the willful or reckless destruction of the natural conditions that make the existence of humankind on Earth possible». Véase DE VÍLCHEZ MORAGUES, P. *Climate in Court. Defining State Obligations on Global Warming through Domestic Climate Litigation*, Elgar Studies in Climate Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2022, p. 308.

<sup>55</sup> Así, en el caso de la OMC, los países en vías de desarrollo se han manifestado en contra del Reglamento sobre la deforestación importada: «Lors d'une réunion du comité sur l'agriculture de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les 27 et 28 mars, plusieurs pays ont répété leur inquiétude sur le règlement européen contre la déforestation importée. Il y a

de los compromisos de aportación de recursos económicos, como la UE podrá mostrar su apoyo a este nuevo derecho que requiere de garantías para dejar de ser una mera declaración constitucional; es esta apariencia hueca de un derecho sin garantías lo que habría condenado Suecia, como primera sede de su adopción.<sup>56</sup>

## V. Consideraciones finales

Cuando los Estados miembros anteponen sus intereses nacionales al interés de la UE como consecuencia del desequilibrado coste que para ellos supone transitar hacia una economía descarbonizada, es el momento de recordar todos los principios abordados en este trabajo, para revisarlos e, incluso, de proponer otros nuevos. Así, un principio no escrito de transición justa y equitativa es necesario para que el Pacto Verde tenga un pilar de cohesión que remedie el coste social de proteger el medio ambiente. Este principio se desprende de las propuestas de las instituciones europeas para crear un Fondo Social del Clima y se suma a la aplicación del principio de

---

quelques mois, 14 d'entre eux ont envoyé une lettre aux présidents du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil de l'UE pour dénoncer un règlement "punitif" et "injuste pour les nations en développement". Les 27 et 28 mars, à Genève, le Brésil, le Paraguay, l'Argentine, l'Équateur et l'Indonésie ont à nouveau exprimé leur doute sur la compatibilité du règlement avec les règles de l'OMC. Ils ont demandé à l'UE de les consulter avant d'arriver à sa décision finale». Agence Europe, «Le règlement contre la déforestation importée critiqué à l'OMC», *Bulletin Quotidien Europe*, núm. 13151 (28 de marzo de 2023), p. 31.

<sup>56</sup> Así, Suecia cuando señaló que «agradece al grupo principal por el proyecto de Resolución A/76/L.75, titulado "El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible", y por plantear ante la Asamblea General el importante vínculo entre el medio ambiente y la promoción y protección de los derechos humanos. Es consciente de que las cuestiones a las que se refiere el proyecto de Resolución A/76/L.75 revisten gran importancia y lo patrocina para dejar constancia de ello, así como de la voluntad de participar activamente en las consultas y negociaciones sobre la manera de hacer efectivo este derecho judicialmente. Suecia cree que el reconocimiento político del derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible que se hace en esta resolución no tiene ningún efecto jurídico y no puede utilizarse como fundamento jurídico, ya que falta estudiar y negociar minuciosamente el significado jurídico y los posibles efectos de tal derecho» [Carta de fecha 2 de agosto de 2022 dirigida al Secretario General por la Representante Permanente de Suecia ante las Naciones Unidas, A/76/893, de 3 de agosto de 2022].

solidaridad energética de la política de energía que puede contribuir a buscar una solución más justa a las reivindicaciones de Polonia, que es la economía más afectada por la necesidad de cambios.

Ante los escenarios de crisis globales, pero también internas, y en un momento en que la reforma de los tratados constitutivos aún no es posible, los principios de la política del medio ambiente pueden servir para marcar los cambios y preparar las respuestas a los grandes desafíos de la descarbonización de la economía europea y mundial que salvarán al planeta de todas las tragedias de origen antrópico. Por ello, proponemos un gran cambio en el principio de financiación de la política medioambiental europea, que hasta ahora corre a cargo de los presupuestos nacionales. Tras una necesitada reforma del artículo 192.4, el presupuesto de la política medioambiental de la UE debería pasar a financiarse por el presupuesto europeo, de manera que se corregiría este rasgo diferenciador respecto al resto de las políticas de la Unión. Ciertamente, a esta reivindicación que han planteado entes regionales como las Comunidad Autónoma de Andalucía, debería sumarse España cuando ejerza la Presidencia de la UE durante el segundo semestre de 2023. Con ella, se contribuiría a alcanzar una transición más equitativa y justa dentro de la Unión.

También ha de intentarse que el principio de integración se concrete y, además de buscar el *mainstreaming* de las exigencias medioambientales en el resto de las políticas y acciones de la Unión, incorpore de manera expresa referencias a la necesidad de tener en cuenta el cambio climático o la pérdida de biodiversidad. Porque la sociedad europea percibe la lucha contra el cambio climático como uno de los grandes retos del planeta —tal y como se ha reflejado en los resultados de la Conferencia sobre el Futuro de Europa—, es necesaria una nueva interpretación de los principios de la Unión para hacer de la lucha contra el cambio climático una exigencia o un requisito que, de manera expresa, se incorpore en el diseño de todas las políticas y acciones europeas, que se evaluarán en función de su capacidad de contribuir positivamente —o no— a su reversión. Ello constituye en sí mismo un enorme desafío porque ha de hacerse de tal manera que no se incurra en una forma de *greenwashing* institucional, es decir, que las instituciones europeas y los Estados miembros utilicen este requisito de incorporación de la lucha contra el cambio climático como una excusa para no ir más allá en las medidas que deben adoptarse.

Por ello, también es necesario que este principio de integración de las exigencias medioambientales y climáticas sirva para fortalecer el Estado de Derecho ambiental de la Unión y de sus Estados miembros en el marco del proceso de integración, lo que haría necesario proponer cambios de procedimientos normativos en la política del medio ambiente de la UE *para favorecer el recurso a la mayoría cualificada en*

*lugar de seguir aceptando el límite de la unanimidad del artículo 192 TFUE para cuestiones que son los nuevos retos de la Unión: el abastecimiento energético, la ordenación del territorio o la fiscalidad ambiental.*

Y, por último, reivindicar que estos principios de la política medioambiental de la UE deben desempeñar funciones educativas, informativas y de comunicación entre los Estados y las instituciones europeas, de asunción de una responsabilidad compartida y de una cooperación internacional mayor, de inspiración de una transición del modelo económico que sea sostenible, justa y equitativa; en suma, que los principios de la política del medio ambiente de la UE hagan posible un Estado de Derecho ambiental con el que afrontar las crisis del planeta.

# El pilotatge conscient de la governança pública és clau per a la protecció ambiental\*

**Miquela Grimalt Vigo**

Advocada especialitzada en Dret ambiental

## RESUM

Per a una efectiva protecció ambiental és necessària la implementació adequada, certa i decidida del conjunt de previsions contingudes a les normes de protecció ambiental, tant internacionals, com de la Unió Europea, estatals o autonòmiques, amb les quals ja comptam. Això no obstant, bona part del mandat legal relatiu a la conservació del medi ambient no ha estat encara desplegada. En aquest context, aquest treball apunta formes susceptibles de millorar la falta d'implementació del Dret ambiental, a partir de la reflexió de la funció que hauria de tenir, a aquest efecte, l'administració pública, d'acord, tant amb els principis de funcionament i actuació del sector públic, com amb la dinàmica pròpia del procediment administratiu.

**Paraules clau:** Dret ambiental, gestió pública, treballadors públics, governança pública.

## RESUMEN

Para una efectiva protección ambiental es necesaria la adecuada implementación, cierta y decidida del conjunto de previsiones contenidas en las normas de protección ambiental, tanto internacionales, como de la Unión Europea, estatales o autonómicas, con las que ya contamos. Sin embargo, buena parte del mandato legal relativo a la conservación del medio ambiente no ha sido todavía desarrollada. En este contexto, este trabajo apunta formas susceptibles de mejorar la falta de implementación del derecho ambiental, a partir de la reflexión de la función que debería tener, a tal efecto, la administración pública, de acuerdo, tanto con los principios de funcionamiento y actuación del sector público, como con la dinámica propia del procedimiento administrativo.

**Palabras clave:** Derecho ambiental, gestión pública, trabajadores públicos, gobernanza pública.

## ABSTRACT

A proper implementation, firm and determined, of the current international, European, state-wide and regional environmental law is actually needed in order to achieve effective protection of the environment. However, a substantial part of the legal mandate relating to environmental conservation has not yet been implemented. This text explores, within this context, how

---

\* Article sotmès a avaluació cega: 03.05.2023. Acceptació final: 14.06.2023.

environmental law lack of implementation can be improved based on reflections about what the role of the public administration should be, in accordance with its managerial behaviour and administrative procedure.

**Key words:** Environmental law, public management, civil servants, public governance.

## SUMARI

**I. Introducció. II. L'assumpció de la dimensió de la pròpia responsabilitat pel que fa a la urgència d'actuar per protegir el medi ambient. III. L'exclusió de tota interpretació restrictiva per part dels qui han d'aplicar les normes ambientals. IV. L'especial rellevància de la inacció. V. L'adequació dels recursos humans i materials. VI. Els efectes positius de la transparència. VII. Conclusions. VIII. Bibliografia.**

## I. Introducció

En fer balanç sobre el marc jurídic de protecció del dret ambiental són recurrents les reflexions o les afirmacions que en destaquen l'amplitud, la concreció, la qualitat tècnica, la fermesa, i que lamenten, en paral·lel, que la seva implementació no sigui suficient o que el desplegament administratiu no sigui l'adequat. En aquesta línia, les Nacions Unides<sup>1</sup> fan palès que, sovint, la implementació del Dret ambiental està encara lluny de poder donar resposta als reptes que presenta la bona conservació del medi ambient. Tot i que les normes ambientals siguin moltes, progressin i, arreu del món, s'hagin incrementat de forma notable els darrers anys, l'estat del medi ambient és insatisfactori, tant pel que fa a la contaminació de l'aire, la qualitat i la quantitat de recursos hídrics com la gestió de residus o la protecció de la natura.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> UNEP (United Nations Environment Programme). «Environmental Rule of Law: First Global Report. United Nations Environment Programme». Nairobi, 2019.

<sup>2</sup> En el cas concret de la regió mediterrània, vegeu: UNEP - PLAN BLUE (United Nations Environment Programme/Mediterranean Action Plan and Plan Bleu. «State of the Environment and Development in the Mediterranean»). Nairobi, 2020.

Les previsions contingudes en la normativa ambiental no es compleixen de la manera que preveu el legislador. En referència al cas particular del Dret ambiental internacional, però, en una reflexió que bé podríem traslladar al cas estatal o autonòmic, s'afirma<sup>3</sup> que la falta d'implementació del Dret ambiental és el problema més gran a què s'han d'enfrontar els juristes que es dediquen a aquest camp.

A fi de conèixer millor el perquè d'aquesta realitat, i circumscrit a l'avaluació de la implementació de la Convenció de les Nacions Unides sobre la Diversitat Biològica de l'any 1992, la Unió Internacional per a la Conservació de la Natura (IUCN, en les sigles en anglès) va articular un mètode en 2015 per avaluar-ne el grau d'implementació.<sup>4</sup> Es tenien en compte quatre aspectes: (1) com s'han traslladat els principis internacionals a les normes estatals, als reglaments tècnics que estableixen estàndards de producció industrial i a les polítiques; (2) com es defineixen les responsabilitats, les accions i els pressupostos en els plans d'implementació; (3) com es comporten les persones que tenen responsabilitat en la implementació i els seus col·laboradors (persones sota supervisió i intermediaris), i (4) evidències sobre els resultats, tant ambientals com socials.

La reflexió d'aquest treball se centra en el tercer aspecte destacat com a rellevant: el comportament de les persones que tenen al seu abast implementar el Dret ambiental. S'ha considerat —en paral·lel i a aquest efecte— que, en gran mesura, són les persones que treballen a les administracions públiques les responsables de fer aquest exercici d'execució de les previsions normatives i és un dels àmbits on es podrien cercar respostes al perquè no les desplegam com caldria.

Els treballadors públics, des dels responsables polítics fins als gestors tècnics, en la mesura que tenen la capacitat d'aplicar el Dret ambiental, en la seva vessant, tan important, de governança pública i de gestió administrativa, són responsables, en major o menor mesura, de la seva implementació.

És oportú precisar que les referències que aquí es fan a la protecció ambiental engloben un significat ampli del concepte, i es vinculen tant a la pèrdua de

---

<sup>3</sup> KRÄMER, L. «The time for lofty speeches is over – It is time for implementation: the problems of 50 years of application of international environmental law». *Revista catalana de dret ambiental*, vol. XIII, núm. 2 (2022), p. 1-25.

<sup>4</sup> MARTIN, P. [et al.]. «An independent multi-country examination of the implementation of the United Nations 1992 Convention on Biological Diversity». *IUCN Academy of Environmental Law*, 2022.

biodiversitat, com al canvi climàtic, com a la protecció dels espais naturals terrestres o marins, els seus ecosistemes i els éssers vius que els habiten.

Es desgranen, tot seguit, cinc vies d'acció, articulades sobre la base dels aspectes que s'han considerat susceptibles de ser causa de fre en la implementació de la normativa ambiental, centrades, totes elles, en el rol de desplegador principal de les previsions de protecció ambiental que exerceix l'Administració pública.

## **II. L'assumpció de la dimensió de la pròpia responsabilitat pel que fa a la urgència d'actuar per protegir el medi ambient**

La centralitat de l'assumpció de la dimensió de la pròpia responsabilitat per part de cadascuna de les persones que intervenen en el desplegament de les previsions de la normativa de protecció ambiental, i en el camí per a la consecució dels objectius que s'hi estableixen, resulta indispensable i decisiva per revertir la implementació tardana o la demora *sine die* de la concreció, en iniciatives tangibles, del que la societat ha consensuat, per mitjà d'una llei, que hauríem de tirar endavant i l'assoliment de les fites que han estat marcades.

Amb tot, la pràctica administrativa segueix, en general, deslligada de la urgència en la reversió dels efectes adversos que el comportament humà ha tengut sobre el clima o sobre la biodiversitat. Una necessitat d'actuació urgent que, d'altra banda, sí que ha estat assumida en declaracions institucionals, en diferents instàncies,<sup>5</sup> i que hauria d'anar acompanyada d'una activitat frenètica, que ja no admet retards. Així, agilitzar els tràmits, avançar tan aviat com ho permetin els procediments i les garanties administratives, o armar i convenir les fórmules perquè tot progressi una mica més ràpid del que és habitual, hauria de ser la dinàmica general. Aquesta lògica no és encara una realitat i, en general, les xifres que evidencien la falta de consecució dels objectius relacionats amb la generació de residus, o l'avaluació de la qualitat de l'aire,

---

<sup>5</sup> Pel que fa només al canvi climàtic, l'alarma, concretada en el reconeixement del caràcter crític de la situació i la manifestació de la voluntat d'actuar amb urgència, ha sonat i ha estat formalitzada per mitjà d'una declaració a diverses instàncies. Per exemple, en l'objectiu núm. 13 dels Objectius per al Desenvolupament Sostenible de les Nacions Unides (Agenda 2030 per al Desenvolupament Sostenible, 2015) o les declaracions d'emergència climàtica efectuades pel Parlament Europeu (Resolució de 28 de novembre de 2019), el Consell de Ministres del Govern espanyol (Acord de 21 de gener de 2020) o el Consell de Govern de les Illes Balears (8 de novembre de 2019).



o l'ús del transport públic, per citar només alguns casos, donen poques senyals que ens estem apressant.

Una de les causes d'aquest distanciament entre la declaració política que malda per l'acció i la concreció de l'actuació administrativa podria ser que part dels actors que intervenen en la gestió pública no interioritzen la rellevància de la diligència en el tràmit del qual es responsabilitzen o que els cal liderar, o executar, per a la protecció ambiental, i la rapidesa que la conjuntura a què hem arribat fa necessàries. Una necessitat d'acció que, d'altra banda, sol estar formalment reconeguda en les exposicions de motius de les lleis.

Aquesta desvinculació podria emparar-se en la responsabilitat difusa que queda diluïda dins un engranatge col·lectiu, en què, tanmateix, les responsabilitats són compartides però diferenciades alhora. Podria ser, també, que hi contribuís la magnitud del punt d'inflexió socioambiental en el qual ens trobam avui,<sup>6</sup> amb un dret ambiental molt centrat en el paper i menys en la pràctica, emmarcat en conceptes d'un abast immens, *glorious terms*, que podrien semblar, a l'actor individual, llunyans de la mateixa pràctica. Així, grans conceptes com el desenvolupament sostenible, el patrimoni comú de la humanitat, la protecció de les generacions presents i futures, la conservació dels ecosistemes, dels hàbitats i de la vida salvatge, la petjada ecològica, la precaució, la prevenció, els elevats estàndards de protecció que necessita el medi ambient, o els drets de la natura, són termes que, per si mateixos, no ajuden massa, atès que la clau de la protecció del medi ambiental està en el detall.<sup>7</sup> I és en aquest detall on els gestors públics són els grans protagonistes i hi tenen una notable capacitat d'incidència.

Que els objectius, principis vertebradors i orientadors del dret de protecció ambiental siguin efectius i reverteixin en la contenció del dany ambiental passa perquè les persones que tenen responsabilitat en la gestió pública els assignin un rol director clar sobre qualsevol acció, en cada tramitació procedimental, en cada despatx, en cada negociació, en cada política, en la resolució de totes i cadascuna de les qüestions que els servidors públics gestionen en el seu dia a dia. És imprescindible la consciència generalitzada de la transcendència de la l'acció individual i de la seva dimensió col·lectiva, i de les conseqüències de la pròpia inacció, de la demora o del dubte.

---

<sup>6</sup> KRÄMER, L. «The time for lofty speeches is over – It is time for implementation: the problems of 50 years of application of international environmental law», cit.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

### III. L'exclusió de tota interpretació restrictiva per part dels qui han d'aplicar les normes ambientals

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha armat una doctrina<sup>8</sup> que defensa que la protecció del Dret ambiental que volen emparar les directives dites procedimentals (això és, aquelles que es preocupen de l'establiment de procediments adequats d'avaluació ambiental i d'accés a la informació ambiental) fa necessària una interpretació àmplia, fins a les darreres conseqüències, i exclou tota interpretació restrictiva. Així, aquest Tribunal ha declarat, en diverses ocasions, que l'àmbit d'aplicació de la Directiva d'avaluació de l'impacte ambiental és extens i el seu objectiu ampli i adopta un enfocament finalista a l'hora d'interpretar-la.<sup>9</sup>

Podríem, si estiram aquest fil, posar en valor la necessitat d'interpretar, des del prisma més ampli possible, la potencial contravenció de la normativa ambiental per part de qualsevol actuació administrativa.

Més enllà dels casos emparats per la normativa d'avaluació ambiental, aquest sedàs interpretatiu de les previsions de protecció ambiental podria ser més afinat, més present i més efectiu, si es despleguessin fórmules corals d'avaluació. En aquesta línia, la Iniciativa legislativa popular per a les generacions presents i futures de les Illes Balears, que s'ha concretat en la Llei 10/2023, de 5 d'abril, dissenyà l'articulació d'un filtre d'expertesa que, de manera àgil, valorarà la possible afectació sobre el benestar socioambiental de les generacions futures de l'acció pública impulsada a cada moment. Aquesta aproximació col·lectiva per part de persones coneixedores de diferents matèries rellevants i interconnectades podria contribuir a contenir, així mateix, el pes de la immediatesa que, tanmateix, incideix en els gestors públics a l'hora de dictar un acte administratiu i respondre enfront dels qui en seran els afectats més immediats, atès que els efectes socioeconòmics més pròxims són susceptibles d'enterbolir la visió a llarg termini i d'afavorir interpretacions restrictives de les normes ambientals.

---

<sup>8</sup> ALDAZ CASANOVA, A. «La defensa de los particulares frente a la contaminación acústica en el sistema jurídico de la Unión Europea. Las graves consecuencias del incumplimiento de las directivas procedimentales». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 36 (2020).

<sup>9</sup> Sentència Abraham i Altres, C-2/07 i Conclusions de l'Advocat General, Assumpte Comissió contra Espanya, C-461/14.

L'adequada interpretació de les previsions de la normativa de protecció ambiental, a l'hora de portar-la a la pràctica, hauria de tenir present i integrar, també, les directrius donades pel principi de precaució. Aquest principi, en general, s'entén com «una norma que permet o obliga els poders públics a adoptar mesures de diversa índole davant de la possibilitat, discutida o no del tot provada en l'àmbit científic, d'un risc inacceptable per a determinats béns i valors jurídics».<sup>10</sup> En el Dret ambiental, en particular, podem titllar de vertebral aquest principi i s'hauria d'interpretar, d'acord amb la Declaració de Rio sobre el medi ambient i el desenvolupament de les Nacions Unides, de 1992 (principi 15), com l'obligació dels Estats, per tal de protegir el medi ambient, d'aplicar àmpliament el criteri de precaució d'acord amb les seves capacitats. Quan hi hagi perill de dany greu o irreversible, la manca de certesa científica absoluta no s'ha d'utilitzar com a raó per postergar l'adopció de mesures eficaces en funció dels costos per impedir la degradació del medi ambient.

La seva aplicació en la governança pública hauria de ser coherent i constant. El gestor públic que no té en compte el principi de precaució pot contribuir<sup>11</sup> a la incorrecta aplicació de les previsions del Dret ambiental o fins i tot a la seva no aplicació i, de retruc, a la falta de protecció del medi ambient. El grau de risc d'afectació ambiental hauria de ser pres en consideració tothora en l'acció pública per part de tots els gestors públics,<sup>12</sup> d'acord amb les reflexions específiques sobre protecció de la biodiversitat. La precaució en tota actuació pública hauria de calibrar-ne la potencial afectació sobre la biodiversitat.

#### **IV. L'especial rellevància de la inacció**

En ocasions, el dany ambiental és causat<sup>13</sup> per una actuació administrativa culpable o negligent que radica en l'omissió del propi deure d'actuar en defensa del

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ BARROSO, B. «El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional». *Colección Monografías*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2021.

<sup>11</sup> MARTIN, P. [et al.]. «An independent multi-country examination of the implementation of the United Nations 1992 Convention on Biological Diversity», cit.

<sup>12</sup> *Addis Ababa principles and guidelines for suitable use of biodiversity*, 2004.

<sup>13</sup> CONDE ANTEQUERA, J. «La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 11 (2004).

medi ambient i infringeix, per tant, el deure de protecció imposat legalment. També es contravé, d'aquesta manera, la finalitat de persecució de l'interès general, que es concretaria en el manteniment de la qualitat ambiental de l'entorn.

La responsabilitat en la inacció governamental pel que fa a la responsabilitat ambiental dels executius passius ha estat reconeguda per la jurisprudència en múltiples ocasions. Escau recordar, en aquest sentit, la rellevant Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans que, l'any 1994, considerava que l'Estat espanyol era responsable, per no haver fet res per evitar-ho o corregir-ho, de l'afectació sobre les persones que veien alterada la seva vida privada, dins ca seva, pel renou derivat d'una planta de tractament de residus.<sup>14</sup> Anys més tard, el Tribunal Suprem neerlandès feia palesa l'obligació de diligència i de bona governança per part de l'Estat neerlandès que estava obligat a actuar per reduir les emissions d'efecte hivernacle.<sup>15</sup>

Així doncs, els responsables d'aplicar la normativa ambiental eren tant quan l'apliquen malament, com quan no l'apliquen i l'haurien d'aplicar, o quan no actuen sobre comportaments d'altri que els correspon vetllar o supervisar. I l'espai per a l'equivocació, en deixar sense aplicar previsions de protecció ambiental, pot afectar múltiples potestats atribuïdes a la funció pública, això és, entre d'altres, el rigor i la restricció en l'autorització de l'activitat privada, el disseny d'iniciatives de la mateixa activitat pública orientades a la consecució dels objectius de conservació ambiental que fan curt, la distribució dels fons públics (què se subvenciona, perquè, i com es garanteix i valida que aquests fons tinguin els efectes volguts) i, finalment, el control de tot plegat, això és, l'exercici de les funcions inspectora i sancionadora.

D'altra banda, més enllà que una omissió en gestió pública susceptible de causar danys al medi ambient sigui sotmesa a un procediment de responsabilitat patrimonial o a un de responsabilitat penal, aquells *no-actes* que ni tan sols han estat detectats

---

<sup>14</sup> Cas López-Ostra vs. Espanya (Tribunal Europeu dels Drets Humans, 9 de desembre de 1994).

<sup>15</sup> Cas Urgenda vs. Països Baixos (Tribunal Suprem neerlandès, 20 de desembre de 2019). Vegeu SOLÉ PONCE, J. «Una històrica sentència del Tribunal Supremo holandés de 20 de diciembre de 2019 obliga al Estado a reducir las emisiones de gases invernadero en un 20 % a partir de 2020. Lecciones para el caso español: calentamiento global y derecho a una buena administración». *Estudios y comentarios. Instituto Nacional de Administración Pública*, 2020.

es podrien considerar com un element rellevant més en l'entramat de motius que podria explicar la falta d'aplicació del Dret ambiental.

## **V. L'adequació dels recursos humans i materials**

L'any 2008, les institucions de la Unió Europea identificaven tres problemes en la falta d'aplicació de la legislació ambiental europea: la manca de capacitat administrativa, la inversió insuficient i la falta de coneixements.<sup>16</sup>

Certament, la responsabilitat en la implementació del Dret ambiental interpel·la els treballadors públics amb comeses de gestió en l'organització del personal i la dotació pressupostària. Caldria qüestionar-se, de manera particular, si els recursos atribuïts a cada servei són els suficients per atendre totes les actuacions que s'haurien de desplegar per concretar, com cal, les obligacions de protecció ambiental.

En particular, la força inspectora de l'Administració en protecció ambiental hauria de constituir un exèrcit de vetlladors amb la capacitat tècnica i d'efectius suficients per garantir la detecció de les infraccions ambientals. La inspecció ambiental és considerada com un element essencial per garantir l'aplicació i el compliment de la legislació ambiental (COM (2007) 707 final). En efecte, tant la funció preventiva com la de supervisió en reforcen el compliment. El Tribunal Constitucional espanyol, per exemple, en la Sentència 214/2015, de 22 d'octubre, reconeix el paper preponderant de la policia administrativa forestal en la protecció i la conservació de les muntanyes.

Així mateix, hauria de ser nombrosa i suficient la dotació de personal responsable de totes les altres tasques públiques necessàries per a l'adequada implementació del Dret ambiental i la seva monitorització.

És rellevant tenir present, en aquest context, que tot i que el dret a un medi ambient net, saludable i sostenible estigui subjecte a una realització progressiva, els Estats estan obligats a dedicar-hi el màxim dels recursos disponibles.<sup>17</sup>

D'altra banda, la feina dels treballadors públics podria també revisar-se i orientar-se a la consecució de resultats. Modernitzar-se, en definitiva. Per això, caldria que es

---

<sup>16</sup> JORDANO FRAGA, J. «El futuro del derecho ambiental». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 24 (2013).

<sup>17</sup> UN (NACIONES UNIDAS). «Informe del Relator Especial de la Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible». Consejo de Derechos Humanos, 49.º período de sesiones, 2022.

normalitzessin i es fessin habituals processos de revisió de la forma d'accés a la funció pública i de la formació continuada dels empleats públics. En aquest sentit, l'Avantprojecte de Llei de la funció pública de l'Administració de l'Estat posa sobre la taula línies d'actuació per avançar en aquesta direcció: la vinculació de la selecció del personal amb els objectius estratègics, l'establiment de fórmules d'avaluació de l'execució de la feina o la creació d'itineraris de formació especialitzada.

## VI. Els efectes positius de la transparència

El marc normatiu, pel que fa a l'accés a la informació ambiental, és clar i robust i fa dècades que s'ha articulat. Destaca, entre d'altres instruments, el Conveni d'Aarhus, de 25 de juny de 1998, sobre l'accés a la informació, la participació del públic en la presa de decisions i l'accés a la justícia en matèria de medi ambient. En qualsevol cas, com en la resta de la normativa ambiental, la seva implementació és millorable i l'esperit d'aquest Conveni dista de ser una realitat en el dia a dia de la defensa ambiental.<sup>18</sup> La Unió Europea també va voler harmonitzar l'accés del públic a la informació ambiental per mitjà de la Directiva 2003/4/CE, que l'Estat espanyol transposà amb la Llei 27/2006, de 18 de juliol, per la qual es regulen els drets d'accés a la informació, de participació pública i d'accés a la justícia en matèria de medi ambient.

No s'ha d'oblidar que l'accés a la informació, la participació en la presa de decisions i l'accés a la justícia són crucials i ajudarien a aconseguir un desenvolupament sostenible just i viable.<sup>19</sup>

En aquesta línia, un dret d'accés el més ampli possible a la informació ambiental té un paper essencial en la conscienciació i la sensibilització de la societat en qüestions ambientals. Així, la materialització del principi general de transparència, que l'orienta, requereix tres factors: una regulació adequada, disposar dels mitjans necessaris (organitzatius, personals i materials) i la seva aplicació efectiva gràcies a

---

<sup>18</sup> SALAZAR ORTUÑO, E. «El Convenio de Aarhus. ¿Una oportunidad perdida?». *Blog de Derecho ambiental*. Consejo General de la Abogacía, 2017.

<sup>19</sup> Resolució de 24 de setembre de 2018, de la Comissió d'Assumptes Socials, Salut i Desenvolupament Sostenible del Consell d'Europa.

un tarannà transparent i obert de les autoritats públiques.<sup>20</sup> Aquest tercer factor, l'encert i la bona disposició en la manera de procedir, torna a apuntar a la decisiva força de cadascuna de les persones que configuren l'autoritat pública. No està de més precisar que el concepte d'autoritat pública, definit de manera equivalent tant en la norma internacional, com en la de la Unió Europea i l'estatal de referència, s'ancora en tots el casos en el sintagma «funcions públiques».<sup>21</sup>

En qualsevol cas, tant la generalització de les bones dinàmiques en facilitar l'accés a la informació ambiental als ciutadans, com el seguiment i la publicitat dels efectes de l'aplicació de les previsions de protecció ambiental, estan cridades a traduir-se en la seva millor implementació.

## **VII. Conclusions**

Els gestors públics, aquelles persones que en la seva pràctica professional des de l'Administració pública implementen les normes de protecció ambiental, són actors clau en la consecució dels objectius establerts pel Dret ambiental.

Per això, haurien de ser conscients, tothora, de la rellevància del detall en l'aplicació que els correspon, en les seves parcel·les de treball, de les previsions del Dret ambiental. L'abast de la seva responsabilitat és gran. L'actuació administrativa que lideren és una baula més, essencial com totes, del procés de transformació col·lectiva vers una societat que protegeixi millor l'entorn natural.

El desplegament de mesures preventives, la precaució, es podria revisar de forma continuada a fi de garantir-ne la centralitat en la governança pública. Es podria evitar, a l'empara d'aquest prisma interpretatiu, que la falta de certesa científica fos un motiu per posposar-ne l'adopció. De manera complementària, actuar, quan cal, per evitar qualsevol dany ambiental, no hauria de ser mai una opció per als responsables públics. Així, la diligència, la puntualitat, l'adequació als fets, la previsió... esdevenen pautes de comportament ineludibles per a tot actor públic cridat a vetllar per la

---

<sup>20</sup> RAZQUIN LIZARRA, J. A. «El acceso a la información en materia de medio ambiente en España: balance y retos de futuro». *Revista catalana de dret ambiental*, vol. IX, núm. 1 (2018), p. 1-58.

<sup>21</sup> DE LA VARGA PASTOR, A. «Estudio de la publicidad activa de la información pública. Especial referencia a la información ambiental y a la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *Revista catalana de dret ambiental*, vol. VI, núm. 1 (2015), p. 1-52.

preservació del medi ambient. En paral·lel, l'adequació dels recursos destinats a aquest fi haurien de ser revisats i ajustats sempre que sigui necessari, de la mateixa manera que la informació a la ciutadania; tant una com l'altra haurien de constituir sòlids pilars de la governança ambiental.

Amb tot això, possiblement, els grans conceptes que encapçalen les reflexions tant científiques com polítiques sobre la conservació del medi ambient (el desenvolupament sostenible, la protecció de les generacions presents i futures, els drets de la natura...) s'encabirien millor, com a cosa pròpia, en la governança pública i infondrien una renovada força a l'actuació administrativa pel que fa al seu decisiu poder de concreció i eficàcia en el desplegament de les previsions legals i reglamentàries de protecció ambiental.

### VIII. Bibliografia

ALDAZ CASANOVA, A. «La defensa de los particulares frente a la contaminación acústica en el sistema jurídico de la Unión Europea. Las graves consecuencias del incumplimiento de las directivas procedimentales». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 36 (2020).

COMISSIÓ EUROPEA. «Comunicació relativa a la revisió de la Recomanació 2001/331/CE sobre criteris mínims de les inspeccions mediambientals als Estats membres» [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0707>].

CONDE ANTEQUERA, J. «La responsabilidad de la Administración por daños al medio ambiente». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 11 (2004).

DE LA VARGA PASTOR, A. «Estudio de la publicidad activa de la información pública. Especial referencia a la información ambiental y a la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». *Revista catalana de dret ambiental*, vol. VI, núm. 1 (2015), p. 1-52.

JORDANO FRAGA, J. «El futuro del derecho ambiental». *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 24 (2013).

KRÄMER, L. «The time for lofty speeches is over – It is time for implementation: the problems of 50 years of application of international environmental law». *Revista catalana de dret ambiental*, vol. XIII, núm. 2 (2022), p. 1-25.

MARTIN, P. [et al.]. «An independent multi-country examination of the implementation of the United Nations 1992 Convention on Biological Diversity». *IUCN Academy of Environmental Law*, 2022.



RAZQUIN LIZARRA, J. A. «El acceso a la información en materia de medio ambiente en España: balance y retos de futuro». *Revista catalana de dret ambiental*, vol. IX, núm. 1 (2018), p. 1-58.

SALAZAR ORTUÑO, E. «El Convenio de Aarhus. ¿Una oportunidad perdida?». *Blog de Derecho ambiental*. Consejo General de la Abogacía, 2017.

SÁNCHEZ BARROSO, B. «El principio de precaución en España. Precisiones sobre el papel de los poderes públicos frente al riesgo en un Estado constitucional». *Colección Monografías*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2021.

SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY (2004). *Addis Ababa Principles and Guidelines for the Sustainable Use of Biodiversity (CBD Guidelines)*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 21 p.

SOLÉ PONCE, J. «Una histórica sentencia del Tribunal Supremo holandés de 20 de diciembre de 2019 obliga al Estado a reducir las emisiones de gases invernadero en un 20 % a partir de 2020. Lecciones para el caso español: calentamiento global y derecho a una buena administración». *Estudios y comentarios*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2020.

UN (NACIONES UNIDAS). «Informe del Relator Especial de la Naciones Unidas sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible». Consejo de Derechos Humanos, 49.º período de sesiones, 2022.

UNEP (United Nations Environment Programme). «Environmental Rule of Law: First Global Report. United Nations Environment Programme». Nairobi, 2019.

UNEP - PLAN BLUE (United Nations Environment Programme/Mediterranean Action Plan and Plan Bleu). «State of the Environment and Development in the Mediterranean». Nairobi, 2020.



# Criminología verde: un enfoque dinámico frente al desafío climático y el daño medioambiental\*

**Ascensión García Ruiz**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal y Criminología

Universidad Complutense de Madrid

## RESUMEN

Este artículo ofrece una panorámica general de la perspectiva verde en la Criminología contemporánea, comenzando por mostrar los orígenes de esta escuela a partir de la rama crítica o radical en la disciplina criminológica, su evolución, los distintos enfoques teóricos y áreas temáticas que aborda. Todo ello bajo el denominador común del examen de los crímenes y de los daños legalmente perpetrados al medio ambiente terrestre y marino, en este último caso bajo la denominación específica de Criminología azul. Asimismo, aborda la noción de víctima verde con una orientación holística, que supone un verdadero cambio de paradigma ético-social respecto del ámbito tradicional de la Victimología.

**Palabras clave:** criminología verde, criminología crítica, victimología verde, criminología azul.

## RESUM

Aquest article ofereix una panoràmica general de la perspectiva verda a la Criminologia contemporània, començant per mostrar els orígens d'aquesta escola a partir de la branca crítica o radical en la disciplina criminològica, la seva evolució, els diferents enfocaments teòrics i àrees temàtiques que aborda. Tot això sota el denominador comú de l'examen dels crims i dels danys legalment perpetrats al medi ambient terrestre i marí, en aquest darrer cas sota la denominació específica de Criminologia blava. Així mateix, aborda la noció de víctima verda amb una orientació holística, que suposa un veritable canvi de paradigma eticosocial respecte de l'àmbit tradicional de la Victimologia.

**Paraules clau:** criminologia verda, criminologia crítica, victimologia verda, criminologia blava.

---

\* Artículo sometido a evaluación ciega: 03.05.2023. Aceptación final: 14.06.2023.

**ABSTRACT**

This paper provides a general overview of the green perspective in contemporary criminology, beginning by showing the origins of this field from the critical or radical branch in criminological studies, its evolution, the different theoretical approaches and thematic areas it deals with. All of this under the common denominator of the examination of crimes and damages legally perpetrated to the terrestrial and marine environment, in the latter case under the specific denomination of blue criminology. It also addresses the notion of green victim with a holistic orientation, which represents a real shift in the social-ethical paradigm regarding conventional perspectives of victimology.

**Key words:** green criminology, critical criminology, green victimology, blue criminology.

**SUMARIO**

**I. Introducción. II. Fundamentos, hipótesis y respuestas de la Criminología verde. 1. El origen de la Criminología verde desde la Criminología crítica. 2. La evolución de la Criminología verde. III. Víctimas y victimarios verdes. IV. El enfoque de la Criminología azul como referencia del deterioro de los sistemas marítimos. V. Conclusión. VI. Bibliografía.**

**I. Introducción**

La disciplina de la Criminología, desde su origen, viene ocupando un espacio de exégesis de los fenómenos criminales que intenta ofrecer respuestas al porqué del comportamiento de los infractores, a comprender cómo se desarrollan los distintos procesos de victimización y el papel que ocupan los medios de control social (formales e informales) en el conflicto creado por el delito. En el trascurso de su historia han surgido diferentes corrientes de pensamiento, todas ellas orientadas al examen del agresor o infractor y de sus víctimas desde un horizonte puramente antropocéntrico, pero es a partir del desarrollo de la llamada *Criminología crítica* cuando la vertiente medioambiental emerge y el discurso criminológico en torno a los delitos y los daños legalmente perpetrados contra los ecosistemas comienza a ocupar un espacio

autónomo. Además, la novedad que representa la perspectiva ecocéntrica<sup>1</sup> se impone a la visión puramente antropocéntrica con la que la Criminología tradicionalmente había observado los fenómenos criminales. La vertiente de la Criminología cultural también ha supuesto un desarrollo paralelo de la Criminología verde, adoptando una vía de investigación vanguardista,<sup>2</sup> que aúna dos de los desarrollos más innovadores de la Criminología crítica de los últimos años: la Criminología verde, con su foco prioritario de interés dirigido a los daños perpetrados contra el medio ambiente, y la Criminología cultural, que se ajusta al examen del papel ejercido tanto por los medios de comunicación como por el consumo en la sociedad moderna tardía, o la vida social contemporánea en el fenómeno criminal (delincuencia, desviación y control social). Por otra parte, la noción de víctima en la Criminología verde expande sus límites para integrar tanto a especies distintas al ser humano como a los ecosistemas considerados intrínsecamente, sin necesidad de establecer una vinculación directa con los humanos.

## **II. Fundamentos, hipótesis y respuestas de la Criminología verde**

La Criminología verde (*Green Criminology*) representa una rama criminológica cuyo foco de atención son los procesos criminales y los daños legalmente perpetrados contra el medio ambiente, los ecosistemas y sus habitantes. Como tal, *a priori*, el objeto de estudio podría identificarse plenamente con el de la Criminología tradicional o convencional, esto es, el examen de las causas del delito, el delincuente y el control social del crimen.<sup>3</sup> Ahora bien, los postulados originales de la Criminología verde se

---

<sup>1</sup> O biocéntrica según algunos autores como BEIRNE, P. «For a nonspeciesist criminology: animal abuse as an object of study». *Criminology*, núm. 37(1), (2006), pp. 117-148; WHITE, R. *Crimes against Nature: Environmental Criminology and Ecological Justice*. Devon: Willan Publishing, 2008; VAN UHM, D. P. «A green criminological perspective on environmental crime: the anthropocentric, ecocentric and biocentric impact of defaunation». *Revue internationale de droit pénal*, vol. 87, núm. 1 (2017), o WYATT, T. *Wildlife Trafficking. A Deconstruction of the Crime, Victims and Offenders*. UK: Palgrave Macmillan, 2022.

<sup>2</sup> BRISMAN, A.; SOUTH, N. *Green Cultural Criminology. Constructions of environmental harm, consumerism and resistance to ecocide*. London & New York: Routledge, 2014.

<sup>3</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología* (5.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

insertan en la Criminología crítica, una vertiente criminológica que se aparta de las corrientes criminológicas positivistas y que surgió como una nueva teoría de la desviación de inspiración marxista, un pensamiento innovador de la conducta desviada que dio lugar a una Criminología vanguardista, capitaneada por una «teoría radical de la desviación».<sup>4</sup> Desde su aparición, la Criminología crítica ha examinado cómo la desigualdad y las relaciones de poder moldean al sujeto delincuente, las razones por las que se cometen delitos, qué se etiqueta como delito y cómo responde el sistema de justicia penal, pero es al inicio de los años 70 del siglo XX cuando fusiona sus raíces con otros enfoques críticos del crimen. Además de la propia Criminología verde, podemos citar otros ejemplos como el realismo de izquierda,<sup>5</sup> las teorías feministas sobre el crimen frente al androcentrismo,<sup>6</sup> la Criminología pacificadora,<sup>7</sup> el posmodernismo, la Criminología cultural,<sup>8</sup> los delitos de cuello blanco y su derivación medioambiental hacia el examen de los delitos de cuello sucio (*dirty collar crime*),<sup>9</sup> o la delincuencia estatal-corporativa, entre otros.<sup>10</sup>

### 1. El origen de la Criminología verde desde la Criminología crítica

En Criminología, la escuela positivista partía de un enfoque biopsicológico y se apoyaba fundamentalmente en los datos estadísticos y en la abstracción empírica,

---

<sup>4</sup> En palabras de TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Critical Criminology*. London: Routledge and Kegan Paul, 1975.

<sup>5</sup> MATTHEWS, R. *Realist Criminology*. UK: Palgrave Macmillan, 2014.

<sup>6</sup> DALY K.; CHESNEY-LIND, M. «Feminism and criminology». *Justice Quarterly*, vol. 5, núm. 4 (1988), pp. 497-538.

<sup>7</sup> PEPINSKY, H. «Peacemaking Criminology». *Critical Criminology*, núm. 21 (2013), pp. 319-339.

<sup>8</sup> FERRELL, J.; HAYWARD, K.; YOUNG, J. *Cultural Criminology: An Invitation* (2<sup>nd</sup> ed.). London: Sage, 2008.

<sup>9</sup> RUGGIERO, V.; SOUTH, N. «Green criminology and dirty collar crime». *Critical Criminology*, núm. 18 (2010), pp. 251-262.

<sup>10</sup> MICHALOWSKI, R. J.; KRAMER, R. C. *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 2006; LONG, M. «Critical Criminology», en JENNINGS, W. G. (ed.). *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, Vol. 1 (1<sup>st</sup> ed.). Hoboken (Nueva Jersey): Wiley Blackwell, 2016, pp. 443-450, y BARAK, G. *Unchecked Corporate Power: Why the Crimes of Multinational Corporations Are Routinized Away and What We Can Do About It*. Routledge, 2017.

renunciando al análisis subjetivo, cultural y etnográfico. De acuerdo con GARCÍA-PABLOS,<sup>11</sup> tres son las premisas derivadas de esta Criminología tradicional: a) el delincuente es un individuo diferente al resto, un prototipo minoritario concebido como un sujeto asocial, cuya desviación nace de una socialización deficiente; b) el crimen posee una naturaleza patológica que invariablemente impacta de manera negativa en la sociedad, y c) el canon de partida es etiológico, esto es, la función científica radica en examinar las causas del comportamiento criminal. En contraposición, la Criminología moderna sostiene postulados distintos, sin someterse a la dogmática positivista aboga por una teoría social de la desviación, crítica y autónoma, con un marcado acento científico e interdisciplinario. De este modo, la noción de desviación abandona su tradicional significado patológico (anómalo), pues todos los individuos que conforman la sociedad serían potencialmente desviados y eso conduce a la idea de que los ciudadanos normales también serían cada vez más susceptibles de vulnerar las normas penales. De hecho, se cuestiona la reacción social contra el delito, pues se entiende que el control estatal desempeña una función que origina un resultado contrario al que realmente pretende alcanzar (en vez de prevenir el delito, de exterminar el crimen y de resocializar al delincuente, suele estigmatizarlo grabando en él un estatus de desviado, por lo que acentúa la desviación). Además, la Criminología crítica establece un método fundado en la intuición, gracias al cual puedan comprenderse las respectivas subculturas que rodean al individuo, su contenido y su validez como producto social. En Sociología y Antropología cultural, una subcultura está formada por un subgrupo identificable dentro de una sociedad o grupo de personas, especialmente caracterizado por creencias o intereses (ideas, prácticas o modos de vida) que difieren de los del grupo dominante. Según BARATTA, la Criminología crítica se debería ocupar de los comportamientos normativos, utilizando una teoría de la desviación económico-política en contraposición al análisis del proceso individualizado de criminalización.<sup>12</sup> Además, en el contexto de la

---

<sup>11</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*, op. cit., pp. 1161-1166.

<sup>12</sup> BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI, 1986; COHEN, S. *Against Criminology*. New Brunswick: Transaction Books, 1988, y YOUNG, J. *La imaginación criminológica*. Andrea Gavela Llopis (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015.

De entrada, como sostiene AEBI, «resulta imposible hablar de una Criminología crítica. En la práctica, los contornos de esta corriente de pensamiento son tan difusos que debería hablarse

Criminología crítica, adquieren especial relevancia el desarrollo y las herramientas del llamado control social informal frente al control social formal; por ende, también se condena el exceso de punitivismo, el empleo desmedido del Derecho Penal y la política criminal mediática, en clara oposición al sistema tradicional de la Criminología convencional.

La cuestión de si la Criminología verde en sí misma constituye o no una teoría ha ocupado gran parte del debate en la literatura especializada, un espacio que no resulta tan determinante, pues la propia noción de teoría restringe tanto el alcance del conocimiento verde como el de una hipotética categoría.<sup>13</sup> BRISMAN incide en este aspecto particular, subrayando que, si la teoría es concebida como un conjunto de ideas y herramientas para describir y analizar qué y cómo son las cosas, quiénes y cómo se involucran en distintos comportamientos, patrones y prácticas, y cómo interpretamos y atribuimos un significado a esos comportamientos, patrones y prácticas, y a sus consecuencias, entonces la Criminología verde es mucho más elaborada y rica, y su influencia e impacto mucho mayores que considerar la teoría como un conjunto de ideas que pretenden ofrecer una explicación causal global de un fenómeno.<sup>14</sup> Precisamente, la idea de una Criminología verde como una perspectiva u orientación parece mucho más amable y acogedora, en el sentido de que la pertenencia de determinados conceptos que provienen de otras ramas de conocimiento independientes convive de manera holística y armónica con la imagen de una Criminología verde.<sup>15</sup> De esta forma, la Criminología verde acoge con entusiasmo los estudios y análisis formulados por diferentes corrientes sociológicas, antropológicas y científicas, aglutinando la masa epistemológica y metodológica que proviene de áreas muy dispares al objeto de comprender los procesos delictivos o

---

de las criminologías críticas». AEBI, M. «Crítica y contracrítica de la Criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19 (2007), 2.<sup>a</sup> Época, p. 379.

<sup>13</sup> Según la Real Academia Española, en la tercera acepción del término, teoría es «una hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de ella».

<sup>14</sup> BRISMAN, A. «Of Theory and Meaning in Green Criminology». *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 3, núm. 2 (2014), pp. 21-34.

<sup>15</sup> SOUTH, N. «A green field for criminology? A proposal for a perspective». *Theoretical Criminology*, vol. 2, núm. 2 (1998), pp. 211-233, y GOYES, D. R.; SOUTH, N. «Green criminology before “green criminology”: amnesia and absences». *Critical Criminology*, vol. 25, núm. 2 (2019), pp. 165-181.



dañinos contra el medio ambiente con mayor calibre. Ahora bien, como puntualiza WHITE, no toda la Criminología verde se puede caracterizar como «Criminología crítica» desde el punto de vista de la participación en políticas transformadoras y/o la crítica radical de los sistemas económicos políticos existentes. De hecho, algunas variantes reflejan en gran medida la Criminología convencional en lo que respecta a las técnicas (por ejemplo, el uso de la prevención del delito situacional para combatir el tráfico ilegal de vida silvestre) y la adhesión a las definiciones principales de delito (como la Criminología de los recursos naturales y la conservación). Aquí el énfasis principal se sitúa en el control del delito y en los sistemas mejorados de regulación y aplicación de la ley, en lugar de apostar por cambios radicales en la perspectiva o práctica de la denominada ecojusticia. La Criminología verde crítica, si bien se dirige también a una mejor protección de los entornos y las especies, desafía las definiciones básicas de daño ambiental y critica las instituciones dominantes del capitalismo contemporáneo que apuntalan el *statu quo* medioambiental.<sup>16</sup> La Criminología crítica o radical hunde sus aspiraciones en el empeño por cambiar las reglas que rigen el mundo contemporáneo, nuestro universo, plagado de referencias a valores relacionados con el consumo y el régimen económico capitalista. Es precisamente en ese contexto donde la Criminología verde encuentra un espacio contaminado y necesitado de cobertura y debate en torno a materias y contenidos históricamente marginados e ignorados por la Criminología dominante.<sup>17</sup> El papel ejercido por la Criminología crítica o radical no es simplemente (como a veces se afirma) describir y analizar el crimen y el daño provocado por los poderosos, ya sean Estados, corporaciones, la justicia penal o el sistema capitalista, sino transformar esa condición a través del rechazo de los valores contemporáneos liderados por el capitalismo y el consumismo, la repulsa de la distribución injusta del poder y la riqueza, la desaprobación de la criminalización de los no poderosos y la explotación de aquellos que o bien no pueden defenderse por sí mismos o no son debidamente protegidos por la policía y los sistemas judiciales.<sup>18</sup> La influencia de la Criminología

---

<sup>16</sup> WHITE, R. «Critical green criminology», en DEKESEREDY, W.; DRAGIEWICZ, M. (eds.). *Routledge Handbook of Critical Criminology*. London & New York: Routledge, 2018a, p. 120.

<sup>17</sup> SOLLUND, R. «Introduction: Critical Green Criminology – An Agenda for Change», en SOLLUND, R. (ed.). *Green Harms and Crimes. Critical Criminology in a Changing World*. London: Palgrave Macmillan, 2015, p. 2.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 2.

crítica, de este modo, ha sido primordial para el nacimiento de la Criminología verde, que en las últimas tres décadas ha expandido su esfera de aplicación a resultados de la preocupación más o menos generalizada por los daños y delitos cometidos contra el medio ambiente y la búsqueda de respuestas para disminuir sus sanguinarios impactos. En este sentido, la Criminología verde evidencia lo que podría denominarse un desarrollo inevitable y la prolongación espontánea de la Criminología crítica.<sup>19</sup>

Desde postulados de corte crítico-progresista, la Criminología verde explora los ilícitos administrativos o penales, así como los daños legalmente perpetrados; especialmente, los delitos y las prácticas legales corporativas y estatales que afectan al medio ambiente en un sentido amplio. Sobre el origen de esta disciplina en la década de los 90, podemos citar, por ejemplo, los trabajos preliminares de LYNCH,<sup>20</sup> en la doctrina norteamericana, y SOUTH,<sup>21</sup> en la anglosajona. De hecho, la «Criminología crítica verde» adopta una disposición variada en cuanto a sus intereses. A nivel más abstracto, se refiere al estudio de aquellos daños contra la humanidad, contra el medio ambiente (incluido el espacio, que acumula gran cantidad de basura sideral) y contra los animales no humanos, trata los menoscabos cometidos tanto por instituciones poderosas (por ejemplo, estados o gobiernos, corporaciones transnacionales, instituciones militares) como por sujetos individuales. Los daños ecológicos comprenden: el abuso y la explotación de los sistemas ecológicos, incluida la vida animal; el desprecio corporativo por los daños a la tierra, el aire y la calidad del agua, y el lucro generado a través de actividades y prácticas que destruyen vidas y transfieren un cúmulo de perjuicios a las generaciones futuras. Además, implican actos individuales de crueldad hacia los animales, la dominación humana (abuso) sobre los mismos, el cuidado de animales en mataderos, así como experimentaciones científicas ilegales.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 4, y SOUTH, N. «Green Criminology: Reflections, connections, horizons». *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 3, núm. 2 (2014), p. 8.

<sup>20</sup> LYNCH, M. «The greening of criminology: A perspective on the 1990s». *The Critical Criminologist*, vol. 2, núm. 3 (1990), pp. 1-4.

<sup>21</sup> SOUTH, N. «A green field for criminology? A proposal for a perspective», cit.

<sup>22</sup> (BEIRNE, P.; SOUTH, N. «Introduction: Approaching green criminology», en BEIRNE, P.; SOUTH, N. (eds.). *Issues in Green Criminology: confronting harms against environments, humanity and other animals* (1<sup>st</sup> ed.). London & New York: Routledge, 2007.

## *2. La evolución de la Criminología verde*

En términos criminológicos, los desastres medioambientales acentúan los desafíos abordados en los últimos años por la literatura verde. Estos retos incluyen: la naturaleza ambigua del daño medioambiental, difícil de capturar en un marco criminológico ya que las definiciones de daño y las definiciones de crimen no siempre son uniformes; el alto estatus de quienes causan el mayor daño que, al igual que otros delincuentes poderosos, rechazan con frecuencia la idea de que las definiciones penales deben poder ser aplicables a ellos mismos mientras se esfuerzan constantemente por persuadir a los legisladores de que la imposición de dichas normas de conducta sería perjudicial para todos (es decir, que una ley que impone límites al daño que causan pondría implícitamente en peligro los valores fundamentales que sustentan el desarrollo económico y, por lo tanto, sería perjudicial para el bienestar colectivo), y las barreras que impiden la promoción de la justicia medioambiental y la producción de herramientas legislativas relevantes para la defensa de la Tierra.

A medida que avanza el siglo XXI, somos testigos directos del debate y la contestación acerca de las fronteras del crecimiento, los límites planetarios, el cénit del petróleo, el cambio climático y la urgencia de limitar el daño al medio ambiente. Sin duda, como afirman RUGGIERO y SOUTH, existirá espacio suficiente para que los criminólogos críticos asuman la idea de una defensa de la Tierra junto con la de los derechos humanos a modo de convocatoria global de cara al futuro. Así, a pesar de que las preocupaciones por tales asuntos siempre han encontrado algún lugar en la Criminología, no siempre, pero en gran parte de tradición crítica, solo en los últimos 20 años la perspectiva verde y una sensibilidad medioambiental desarrollada han logrado estar presentes con un talante fuerte y notable.<sup>23</sup> En la evolución histórica de la Criminología verde, podemos identificar tres direcciones: una de corte radical-crítica, otra de carácter sociológico-teórico y una sociológica-filosófica; todas ellas posteriormente agrupadas bajo lo que hoy conocemos como *Green Criminology*.<sup>24</sup> A pesar de que la rama de la Criminología verde ni mucho menos puede ser concebida como una corriente homogénea ni uniforme, existe una clara disensión entre sus

---

<sup>23</sup> RUGGIERO, V.; SOUTH, N. «Green criminology and dirty collar crime», cit., p. 246.

<sup>24</sup> EMAN, K.; MEŠKO, G.; DOBOVŠEK, B.; SOTLAR, A. «Environmental crime and green criminology in South Eastern Europe – practice and research». *Crime, Law and Social Change*, vol. 59, núm. 3 (2013), pp. 341-358; LYNCH, M. «The greening of criminology: A perspective on the 1990s», cit., y SOUTH, N. «A green field for criminology? A proposal for a perspective», cit.

fundamentos y los que presiden la Criminología de corte convencional, que básicamente centra sus esfuerzos en delimitar las conductas previamente criminalizadas, en la prevención de la criminalidad, el análisis del delincuente y del castigo establecido para aquellos que vulneren la norma. Por contra, la Criminología verde aborda, más allá del crimen preestablecido, las particularidades de las conductas «legales», las justificaciones en torno a la «criminalización y punición» de determinados actos y no de otros igualmente dañinos desde una perspectiva cuantitativa, así como una reconsideración de la noción de «víctima» referida a individuos concretos, en contraposición al significado holístico de «víctima» integrado por una multiplicidad de entes (seres humanos, no humanos y ecosistemas).

En la actualidad, SOUTH mantiene que, en su opinión, «la gravedad de los delitos contra el medio ambiente ni había recibido ni recibe todavía el reconocimiento completo como objeto de estudio de la Criminología a pesar de ser un asunto de importancia mundial».<sup>25</sup> Por su parte, LYNCH<sup>26</sup> defiende su dirección inicial de orientar la discusión sobre Criminología verde a la vertiente político-económica, que fue el enfoque original empleado para definir los límites de la Criminología verde. Aun así, la diversidad de definiciones que coexisten sobre qué es el crimen verde, en realidad, no constituye un signo de ambigüedad conceptual, sino todo lo contrario. Es decir, que: (1) los crímenes verdes son complejos y requieren una terminología variada para poder diferenciarse entre ellos; (2) es teóricamente útil contar con esas definiciones distintas, y (3) tal diversidad refleja el esfuerzo de los criminólogos verdes por denominar conceptos, definir los límites de la Criminología verde y abordar la filosofía de la semántica, la metafísica y las preocupaciones epistemológicas.

### III. Víctimas y victimarios verdes

La Victimología verde supone un verdadero cambio de paradigma ético-social y victimológico respecto del ámbito tradicional en un contexto criminológico, donde la parcela de estudio de la Victimología ha permanecido subyugada al análisis del proceso de victimización que los seres humanos sufren cuando son víctimas de un delito (entendido como conducta castigada por el Derecho Penal). Sin duda, la

---

<sup>25</sup> SOUTH, N. «Green Criminology: Reflections, connections, horizons», cit., p. 7.

<sup>26</sup> LYNCH, M. «Green Criminology and Environmental Crime: Criminology That Matters in the Age of Global Ecological Collapse». *Journal of White Collar and Corporate Crime*, vol. 1, núm. 1, p. 52.

influencia de los controles informales del delito en los intentos de guiar las políticas públicas de lucha contra lo delictivo, bajo el paradigma del control social del delito, ha favorecido el llamado temor al delito, provocando en la sociedad civil la exigencia de seguridad, una amplitud de las fronteras del catálogo de delitos, y por consiguiente un aumento de penas. Este fenómeno de regresión en el sistema de garantías previamente alcanzadas por el delincuente ha desviado el foco de atención casi de forma exclusiva hacia el delito, así como hacia nuevos estatutos de presencia en el escenario del control, por ejemplo, las víctimas (una presencia tanto real como simbólica). A tal efecto, se entienden como las nuevas coordenadas culturales del control del delito.<sup>27</sup> Pero cuando hablamos de Victimología verde, esa parcela tan homogeneizada sufre una ruptura múltiple. De una parte, en cuanto a sus protagonistas (las víctimas), de otra, en cuanto a los fenómenos causantes de dicha victimización, conductas que no tienen por qué constituir técnicamente un delito en términos jurídico-penales, en consonancia con la idea de que el daño es un concepto tan significativo como el de delito para la Criminología verde. Para empezar, la Victimología verde propugna que los actores protagonistas (los perjudicados por el hecho criminal) forman un conjunto integrado por los seres humanos, los seres no humanos y los ecosistemas en sí mismos considerados, sin orden de prelación establecido entre ellos dado que comparten un mismo nivel jerárquico y adoptan una configuración holística opuesta a la categoría humanista y maltrecha de víctima.<sup>28</sup> Este flamante enfoque verde, en su afán por abandonar y superar el antropocentrismo todavía imperante en las ciencias jurídica y criminológica, lleva implícito reconsiderar «cuál es el impacto que determinadas formas de vida y producción están causando en el planeta y del que, a pesar de su seriedad (y podríamos añadir, certeza empírica), apenas se ocupan la Criminología y la Victimología actuales».<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> GARLAND, D. *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society* (1<sup>st</sup> ed., 4<sup>th</sup> reprinted). New York: Oxford University Press, 2010, y CHRISTIE, N. *Crime control as Industry: Towards Gulags, Western Style* (3<sup>rd</sup> ed.). New York: Routledge, 2000.

<sup>28</sup> WHITE, R. «Green victimology and non-human victims». *International Review of Victimology*, vol. 24, núm. 2 (2018b), pp. 239-255, y WYATT, T. *Wildlife Trafficking. A Deconstruction of the Crime, Victims and Offenders*, op. cit.

<sup>29</sup> VARONA MARTÍNEZ, G. *Victimidad y violencia medioambiental contra los animales: retos de la Victimología verde*. Granada: Comares-Ecorama, 2020.

El origen de la Victimología (tradicional) como disciplina autónoma se remonta al final de la Segunda Guerra Mundial, pero ¿cómo brotó la línea de pensamiento minoritaria de la Victimología verde, ya se opte por una interpretación biocéntrica (presidida por la relación del humano de igual a igual con el resto de los seres vivos) o ecocéntrica (que defiende la interdependencia entre sistemas)? El estudio de las víctimas medioambientales en la doctrina y en la ciencia criminológica nació al amparo de los movimientos sociales en defensa de los derechos humanos a partir de la década de los 90 del siglo XX, de forma coetánea al surgimiento de la rama de la Criminología que comenzó a interesarse por el fenómeno del crimen verde. Ahora bien, como apuntan HALL y VARONA,<sup>30</sup> la faceta objetiva de una victimización se corresponde con la noción de delito, trauma o sufrimiento, dependiendo de la materia en la cual se integre su estudio; por ejemplo, en Derecho Penal trabajamos sobre el concepto de «delito», en psicología se usa el término de «trauma» y en filosofía el de «sufrimiento». La Victimología, por su parte, exprime las tres terminologías en entornos distintos.

Destaca, además de dicha victimización difusa, el carácter transfronterizo del daño, la multiplicidad de sus efectos en los seres vivos que no son humanos, la dificultad de responsabilizar a Estados y corporaciones como victimarios por su estrecha vinculación con el poder (económico y político), que tiende a neutralizar las consecuencias de los procesos penales, o la opacidad del daño por la presencia de algún tipo de contaminación que no es fácilmente perceptible, como la provocada por la exposición al asbesto, otros silicatos o a radiaciones y vibraciones. Si por invisibilidad entendemos la ausencia de conciencia sobre el daño que provoca permanecer expuesto a determinados tipos de contaminación, aunque sean perceptibles por los sentidos, indudablemente añadiríamos aquí la victimización causada por la contaminación acústica y lumínica.<sup>31</sup>

Varios son los atributos que diferencian el tratamiento de esta categoría victimológica. En primer lugar, el desinterés que ha mostrado históricamente la ciencia criminológica por esclarecer y datar el gran número de víctimas que provocan los crímenes de Estado, la delincuencia de cuello blanco, o la corporativa, en contraposición al destacado nivel y atención prestado a las víctimas por otro tipo de

---

<sup>30</sup> HALL, M.; VARONA, G. «La victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión». *Revista de Victimología*, núm. 7 (2018), p. 112.

<sup>31</sup> GARCÍA RUIZ, A.; SOUTH, N. «Surrounded by sound: Noise, rights and environments». *Crime Media Culture*, vol. 15, núm. 1 (2019), pp. 125-141.

delitos violentos, aunque la comparación matemática no se corresponda en modo alguno con esta asimetría. El factor numérico es extremadamente superior en el primer grupo, no obstante, nunca ha sido objeto de un estudio sistemático por parte de la Criminología tradicional. Por ejemplo, es alarmante que el índice de victimización humana por exposición al aire, al agua y a los residuos tóxicos sea exponencialmente superior al producido por los delitos violentos tradicionales.<sup>32</sup> Dada la historia de la Criminología y su enfoque en la delincuencia callejera o los crímenes de los no poderosos, estos autores destacan que es fácil entender por qué la Victimología ha excluido sistemáticamente a las víctimas de los crímenes de los poderosos de su programa de investigación, un hecho que califican de inaceptable. En segundo lugar, esta estela se visualiza en el tratamiento multidireccional que las víctimas medioambientales humanas reciben por parte de la literatura científica, que engloba diferentes categorías: el estudio de las víctimas relacionadas con el transporte ilegal y el vertido de desechos electrónicos, íntimamente relacionado con la rentabilidad de los costos financieros para sectores corporativos (atendiendo a uno de los principios funcionales del derecho medioambiental: la integración de costes medioambientales); la relación de las víctimas medioambientales con los sistemas nacionales e internacionales de justicia, cada vez más necesitado de una conexión pragmática con un enfoque de ecojusticia;<sup>33</sup> el vínculo entre las minorías, principalmente de países subdesarrollados o en vías de desarrollo, las comunidades indígenas<sup>34</sup> y la eliminación de residuos en general y residuos tóxicos en particular, dada la ubicación de una red controvertida de autopistas que permite su exportación a dichos países,<sup>35</sup> una especie de «colonialismo tóxico».<sup>36</sup> Recientemente, también se destaca la

---

<sup>32</sup> LYNCH, M.; STRETESKY P. *Exploring Green Criminology. Toward a Green Criminological Revolution*. London: Routledge, 2014, pp. 92-94.

<sup>33</sup> WHITE, R. *Environmental harm. An eco-justice perspective*. Bristol: Bristol University Press, 2013.

<sup>34</sup> WHITE, R. *Climate Change Criminology*. Bristol: Bristol University Press, 2018c, p. 90.

<sup>35</sup> GARCÍA RUIZ, A. *Green Criminology. El ruido: un intruso en el Derecho penal medioambiental*. Montevideo: BdeF, 2017, p. 223.

<sup>36</sup> FUENTES LOUREIRO, M. A. *Los delitos de gestión ilegal y traslado ilícito de residuos (art. 326 CP)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 37.

importancia de los desechos orbitales como una cuestión medioambiental y de Criminología verde respecto de los sistemas planetarios.<sup>37</sup>

La Victimología verde ocupa así un espacio que, a pesar de su estado embrionario, está adquiriendo una influencia progresiva e irrefrenable. La frontera preliminar de la que parte la distribución de su estudio, siguiendo a LYNCH y STRETESKY,<sup>38</sup> se extiende a víctimas que presentan una variedad de formas y que incluyen agrupaciones lógicamente distintas, si bien se pueden reconducir a dos grandes parámetros que se corresponden con la visión ya establecida dentro de las ciencias verdes: la distinción entre víctimas humanas en interacción con el medio ambiente y víctimas no humanas o clases de especies perjudicadas en los ecosistemas afectados.<sup>39</sup>

#### **IV. El enfoque de la Criminología azul como referencia del deterioro de los sistemas marítimos**

El empleo de un espacio comunicativo cromático resulta sugerente para concretar el escenario criminológico que mira al mar y a los océanos a través de un concepto reformado de *criminología azul*, frente a la tradicional noción institucional de *Blue Criminology*, actualmente marchita.<sup>40</sup> Se trata de exportar esta idea a la criminalidad

---

<sup>37</sup> LAMPKIN, J.; WYATT, T. «An Astro-Green Criminological Examination of Orbital Space Debris». *Criminology and Criminal Justice*, pp. 1-18 (2023) [<https://doi.org/10.1177/17488958231169124>].

<sup>38</sup> LYNCH, M.; STRETESKY P. *Exploring Green Criminology. Toward a Green Criminological Revolution*, op. cit., p. 69.

<sup>39</sup> WHITE, R. «Green victimology and non-human victims», cit.

<sup>40</sup> La noción de Criminología azul – Blue Criminology en su acepción anglosajona, ha sido utilizada básicamente como sinónimo de la política criminal y del mandato en materia de prevención del delito y justicia penal emanado de la Organización de las Naciones Unidas, a raíz de la publicación de un monográfico en 2012 en el que REDO abordaba el papel de este organismo en la materia. Por lo tanto, lo que motivó el origen de este modismo fue un elemento tan intuitivo como el color azul, predominante en el emblema de la ONU. GARCÍA RUIZ, A. «La criminalidad azul. Aceleración y catálisis del ecocidio en los ecosistemas marinos», en PUENTE ABA, L. (dir.); SOUTO GARCÍA, E. (coord.). *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Granada: Comares, 2021, p. 204.



contra el mar, precisamente porque los humanos percibimos diferentes tonalidades de azul en el océano conforme a una regla natural fundamental: el agua del mar actúa como filtro de la luz solar que recibe, y ese efecto provoca que experimentemos distintas gamas de ese color.<sup>41</sup>

En la actualidad, existe un interés científico dominante por la agonía que oprime el buen estado de conservación de los mares y océanos del planeta, que crece paralelamente al incremento del nivel del mar causado por el cambio climático. También la inquietud social por el daño ambiental marino ha despertado del letargo, si bien cuando la evidencia científica sobre el desafío alarmante que supone para los seres humanos ha resultado irrefutable. En concreto, un aumento del nivel del mar proyectado para 2100, de 18 a 59 cm en el escenario más optimista, representa una seria advertencia para las zonas costeras del mundo. Otros estudios sugieren que existe un 90 % de posibilidades de que el aumento futuro del nivel del mar alcance los 2 m en condiciones de altas emisiones; en todo caso, las cifras exceden el doble del valor máximo propuesto por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático en el Quinto Informe de Evaluación.<sup>42</sup> Así, el enfoque de esta Criminología azul progresista son los ilícitos administrativos o penales, así como los daños legalmente perpetrados contra el mar y sus elementos naturales. Conceptos como la «economía azul»,<sup>43</sup> la «gobernanza azul o gobernanza internacional de los océanos»,<sup>44</sup> la «aceleración azul»<sup>45</sup> o el «crimen azul»<sup>46</sup> son el soporte para reconocer la naturaleza tan diversa de los ecosistemas marinos y proporcionar una respuesta integrada a los desafíos que presenta su conservación.

---

<sup>41</sup> RAMAN, C. V. «The Colour of the Sea». *Nature*, núm. 108 (1921), p. 367.

<sup>42</sup> GARCÍA RUIZ, A. «Criminología azul (blue criminology): las secuelas del paisaje acústico y lumínico en el universe marino y oceánico». *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, núm. 8 (2021), p. 100.

<sup>43</sup> PAULI, G. *La Economía Azul: 100 Años, 100 Innovaciones, 100 Millones de Empleos: un informe para el Club de Roma*. Barcelona: Booket, 2015.

<sup>44</sup> WUWUNG, L.; CROFT, F.; BENZAKEN, D.; AZMI, K.; GOODMAN, C.; RAMBOURG, C.; VOYER, M. «Global blue economy governance – A methodological approach to investigating blue economy implementation». *Frontiers in Marine Science*, núm. 9 (2022), pp. 1-17.

<sup>45</sup> JOUFFRAY, J-B.; BLASIAK, R.; NORSTRÖM, A.V.; ÖSTERBLUM, H.; NYSTRÖM, M. «The Blue Acceleration: The Trajectory of Human Expansion into the Ocean». *One Earth*, vol. 2, núm. 1 (2020), pp. 43-54.

<sup>46</sup> BUEGER, C.; EDMUNDS, T. «Blue crime: Conceptualising transnational organised crime at sea». *Marine Police*, núm. 119 (2020), pp. 1-8.

Normalmente, como prototipos de crimen azul, la literatura vincula las actividades ilícitas en el mar con la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, o con la criminalidad organizada internacional. En concreto, BUEGER y EDMUNDS distinguen tres categorías genéricas en su afán por establecer sinergias y categorizar de forma sistemática la criminalidad organizada transnacional marina, que integra tipologías sustancialmente diferentes:

- a) Criminalidad de movilidad, cuyo objeto es el traslado de mercancías y el transporte marítimo internacional, actividades que tienen lugar en el mar o en sus proximidades, por ejemplo, en las instalaciones portuarias (piratería moderna, cibercrimitos).
- b) Criminalidad de flujos o delitos de tránsito. El mar en este caso se utiliza principalmente como conducto de la organización delictiva, más que como el emplazamiento principal de la organización en sí. Esta categoría incorpora flujos delictivos o los denominados delitos de tránsito, esto es, aquellos relativos a la circulación de bienes ilícitos o al desplazamiento ilegal de personas desde el lugar de origen hasta el mercado de destino, evitando la detección, los controles en frontera, las inspecciones aduaneras, tributarias u otras formas de regulación (contrabando, trata de seres humanos).
- c) Criminalidad medioambiental, capitaneada por actividades que causan un daño significativo al medio ambiente marino, donde los humanos a menudo son solo víctimas secundarias. Implica, por tanto, una noción ampliada de medio ambiente, en el sentido de explotación o degradación de los recursos, la fauna, el patrimonio cultural y las infraestructuras ubicadas en los propios océanos (pesca ilegal, vertidos de desechos en el mar, violaciones de la normativa ambiental con fines de lucro y prácticas de contaminación deliberada, la descarga de agua de lastre de los barcos, o la extracción ilícita de recursos naturales en el mar).<sup>47</sup>

En síntesis, es necesario adoptar un enfoque interdisciplinario de los hallazgos de las ciencias marinas, que abre una ventana de oportunidad para el estudio del Derecho Penal y para una Criminología preocupada por los daños medioambientales,

---

<sup>47</sup> GARCÍA RUIZ, A. «La criminalidad azul. Aceleración y catálisis del ecocidio en los ecosistemas marinos», cit., pp. 217 y 218.

que considere el significado del «delito azul» y las posibles intervenciones para sancionarlo y prevenirlo.<sup>48</sup>

## **V. Conclusión**

Resulta relativamente sencillo sostener la importancia alcanzada por el desarrollo teórico y práctico de la Criminología verde en las últimas dos décadas, a pesar de los obstáculos a los que se enfrenta en su afán de superar viejas y trasnochadas teorías y concepciones acerca del crimen, las víctimas y los victimarios. En concreto, la Criminología verde representa un cambio de paradigma complejo, por una parte, de naturaleza ético-filosófica y, por otra, en relación con estructuras consolidadas dentro de los sistemas penales, más volcados en definir tipologías delictivas y asociar respuestas legislativas que distan de ser homogéneas a nivel internacional. Los operadores políticos, por su parte, suelen centrarse más en las acciones e impactos medioambientales sobre los humanos que en la promoción de los derechos de las múltiples especies y ecosistemas que conforman el planeta Tierra. Ahora bien, los sistemas contemporáneos de justicia se muestran incapaces tanto de reparar los daños causados a innumerables especies no humanas como de satisfacer las necesidades de recuperación a largo plazo de la fragilidad de los ecosistemas en la era del Antropoceno.

## **VI. Bibliografía**

AEBI, M. F. «Crítica y contracrítica de la Criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19 (2007), 2.<sup>a</sup> Época, pp. 377-395 (2007).

BARAK, G. *Unchecked Corporate Power: Why the Crimes of Multinational Corporations Are Routinized Away and What We Can Do About It*. Routledge, 2017.

BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI, 1986.

---

<sup>48</sup> GARCÍA RUIZ, A.; SOUTH, N.; BRISMAN, A. «Eco-Crimes and Ecocide at Sea: Toward a New Blue Criminology». *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 66, núm. 4 (2022), p. 408.

BEIRNE, P. «For a nonspeciesist criminology: animal abuse as an object of study». *Criminology*, núm. 37(1), (2006), pp. 117-148.

BEIRNE, P.; SOUTH, N. «Introduction: Approaching green criminology», en BEIRNE, P.; SOUTH, N. (eds.). *Issues in Green Criminology: confronting harms against environments, humanity and other animals* (1<sup>st</sup> ed.). London & New York: Routledge, 2007.

BRISMAN, A. «Of Theory and Meaning in Green Criminology». *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 3, núm. 2 (2014), pp. 21-34.

BRISMAN, A.; SOUTH, N. *Green Cultural Criminology. Constructions of environmental harm, consumerism and resistance to ecocide*. London & New York: Routledge, 2014.

BUEGER, C.; EDMUNDS, T. «Blue crime: Conceptualising transnational organised crime at sea». *Marine Police*, núm. 119 (2020), pp. 1-8.

CHRISTIE, N. *Crime control as Industry: Towards Gulags, Western Style* (3<sup>rd</sup> ed.). New York: Routledge, 2000.

COHEN, S. *Against Criminology*. New Brunswick: Transaction Books, 1988.

DALY, K.; CHESNEY-LIND, M. «Feminism and criminology». *Justice Quarterly*, vol. 5, núm. 4 (1988), pp. 497-538.

EMAN, K.; MEŠKO, G.; DOBOVŠEK, B.; SOTLAR, A. «Environmental crime and green criminology in South Eastern Europe – practice and research». *Crime, Law and Social Change*, vol. 59, núm. 3 (2013), pp. 341-358.

FERRELL, J.; HAYWARD, K.; YOUNG, J. *Cultural Criminology: An Invitation* (2<sup>nd</sup> ed.). London: Sage, 2008.

FUENTES LOUREIRO, M. A. *Los delitos de gestión ilegal y traslado ilícito de residuos (art. 326 CP)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

GARCÍA RUIZ, A. «La criminalidad azul. Aceleración y catálisis del ecocidio en los ecosistemas marinos», en PUENTE ABA, L. (dir.); SOUTO GARCÍA, E. (coord.). *Ganancias ilícitas y Derecho penal*. Granada: Comares, 2021, pp. 203-233.

– «Criminología azul (*blue criminology*): las secuelas del paisaje acústico y lumínico en el universe marino y oceánico», *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinarios de Bienestar Animal*, núm. 8 (2021), pp. 99-124.

– *Green Criminology. El ruido: un intruso en el Derecho penal medioambiental*. Montevideo: BdeF, 2017.

GARCÍA RUIZ, A.; SOUTH, N. «Surrounded by sound: Noise, rights and environments». *Crime Media Culture*, vol. 15, núm. 1 (2019), pp. 125-141.

GARCÍA RUIZ, A.; SOUTH, N.; BRISMAN, A. «Eco-Crimes and Ecocide at Sea: Toward a New Blue Criminology». *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 66, núm. 4 (2022), pp. 407-429.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología* (5.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

GARLAND, D. *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society* (1<sup>st</sup> ed., 4<sup>th</sup> reprinted). New York: Oxford University Press, 2010.

GOYES, D. R.; SOUTH, N. «Green criminology before “green criminology”: amnesia and absences». *Critical Criminology*, vol. 25, núm. 2 (2019), pp. 165-181.

HALL, M.; VARONA, G. «La victimología verde como espacio de encuentro para repensar la otredad más allá de la posesión». *Revista de Victimología*, núm. 7 (2018), pp. 107-128.

JOUFFRAY, J-B.; BLASIAK, R.; NORSTRÖM, A.V.; ÖSTERBLÖM, H.; NYSTRÖM, M. «The Blue Acceleration: The Trajectory of Human Expansion into the Ocean». *One Earth*, vol. 2, núm. 1 (2020), pp. 43-54.

LAMPKIN, J.; WYATT, T. «An Astro-Green Criminological Examination of Orbital Space Debris». *Criminology and Criminal Justice*, pp. 1-18 (2023) [<https://doi.org/10.1177/17488958231169124>].

LONG, M. «Critical Criminology», en JENNINGS, W. G. (ed.). *The Encyclopedia of Crime and Punishment*, Vol. 1 (1<sup>st</sup> ed.). Hoboken (Nueva Jersey): Wiley Blackwell, 2016, pp. 443-450.

LYNCH, M. «Green Criminology and Environmental Crime: Criminology That Matters in the Age of Global Ecological Collapse». *Journal of White Collar and Corporate Crime*, vol. 1, núm. 1 (2020), pp. 50-61.

– «The greening of criminology: A perspective on the 1990s». *The Critical Criminologist*, vol. 2, núm. 3 (1990), pp. 1-4.

LYNCH, M.; STRETESKY P. *Exploring Green Criminology. Toward a Green Criminological Revolution*. London: Routledge, 2014.

MATTHEWS, R. *Realist Criminology*. UK: Palgrave Macmillan, 2014.

MICHALOWSKI, R. J.; KRAMER, R. C. *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 2006.

PAULI, G. *La Economía Azul: 100 Años, 100 Innovaciones, 100 Millones de Empleos: un informe para el Club de Roma*. Barcelona: Booket, 2015.

PEPINSKY, H. «Peacemaking Criminology». *Critical Criminology*, núm. 21 (2013), pp. 319-339.

RAMAN, C. V. «The Colour of the Sea». *Nature*, núm. 108 (1921).

REDO, S. M. «Blue Criminology: The power of United Nations ideas to counter crime globally. A monographic study». Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), *Publication Series*, núm. 72 (2012), *passim*.

RUGGIERO, V.; SOUTH, N. «Green criminology and dirty collar crime». *Critical criminology*, núm. 18 (2010), pp. 251-262.

SOLLUND, R. «Introduction: Critical Green Criminology – An Agenda for Change», en SOLLUND, R. (ed.). *Green Harms and Crimes. Critical Criminology in a Changing World*. London: Palgrave Macmillan, 2015, pp. 1-26.

SOUTH, N. «Green Criminology: Reflections, connections, horizons». *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 3, núm. 2 (2014), pp. 6-21.

- «A green field for criminology? A proposal for a perspective». *Theoretical Criminology*, vol. 2, núm. 2 (1998), pp. 211-233.

TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Critical Criminology*. London: Routledge and Kegan Paul, 1975.

VAN UHM, D. P. «A green criminological perspective on environmental crime: the anthropocentric, ecocentric and biocentric impact of defaunation». *Revue internationale de droit pénal*, vol. 87, núm. 1 (2017), pp. 323-340.

VARONA MARTÍNEZ, G. *Victimidad y violencia medioambiental contra los animales: retos de la Victimología verde*. Granada: Comares-Ecorama, 2020.

WHITE, R. *Environmental harm. An eco-justice perspective*. Bristol: Bristol University Press, 2013.

- «Critical green criminology», en DEKESEREDY, W.; DRAGIEWICZ, M. (eds.). *Routledge Handbook of Critical Criminology*. London & New York: Routledge, 2018a, pp. 120-131.
- «Green victimology and non-human victims». *International Review of Victimology*, vol. 24, núm. 2 (2018b), pp. 239-255.
- *Climate Change Criminology*. Bristol: Bristol University Press, 2018c.
- *Crimes against Nature: Environmental Criminology and Ecological Justice*. Devon: Willan Publishing, 2008.

WUWUNG, L.; CROFT, F.; BENZAKEN, D.; AZMI, K.; GOODMAN, C.; RAMBOURG, C.; VOYER, M. «Global blue economy governance – A methodological approach to investigating blue economy implementation». *Frontiers in Marine Science*, núm. 9 (2022), pp. 1-17.

WYATT, T. *Wildlife Trafficking. A Deconstruction of the Crime, Victims and Offenders*. UK: Palgrave Macmillan, 2022.

YOUNG, J. *La imaginación criminológica*. Andrea Gavela Llopis (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2015.

# Imposición ambiental en España: últimas tendencias y nuevos desafíos<sup>\*</sup>

**Rodolfo Salassa Boix**

Profesor Agregado Serra Húnter de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Pompeu Fabra

## RESUMEN

La tendencia en España en materia de imposición ambiental parece estar marcada por la consolidación de los impuestos ambientales estatales, en lugar de la imposición ambiental autonómica (regional), que apuntan, fundamentalmente, a combatir el cambio climático y a promover la economía circular. Todo ello queda demostrado con las recientes medidas tributarias reguladas mediante las leyes 7/2022 y 14/2022. A partir de ello, el objetivo de este artículo estriba en determinar los detalles de la última tendencia en imposición ambiental en España y analizar los desafíos normativos internos e internacionales derivados de ella.

**Palabras clave:** impuestos ambientales estatales, cambio climático, economía circular, España.

## RESUM

Sembla que la tendència a Espanya en matèria d'imposició ambiental està marcada per la consolidació dels impostos ambientals estatals, en lloc de la imposició ambiental autonòmica (regional), que apunten, fonamentalment, a combatre el canvi climàtic i a promoure l'economia circular. Tot això queda demostrat amb les mesures tributàries recents regulades mitjançant les lleis 7/2022 i 14/2022. A partir d'això, l'objectiu d'aquest article és determinar els detalls de la darrera tendència en imposició ambiental a Espanya i analitzar els desafiaments normatius interns i internacionals derivats d'ella.

**Paraules clau:** impostos ambientals estatals, canvi climàtic, economia circular, Espanya.

---

\* Artículo sometido a evaluación ciega: 03.05.2023. Aceptación final 14.06.2023.

Trabajo realizado en el marco de los proyectos estatales de investigación y desarrollo titulados: «La financiación al servicio de la responsabilidad estratégica del Estado» (PID2020-115834RB-C32) y «Estrategias fiscales aplicadas al territorio en la transición hacia una economía circular» (TED2021-131369B-I00).

**ABSTRACT**

The trend in environmental taxation in Spain seems to be characterized by the consolidation of state environmental taxes, instead of autonomous (regional) environmental taxation, which are mainly aimed at combating climate change and promoting the circular economy. This is demonstrated by the recent tax measures regulated by laws 7/2022 and 14/2022. On this basis, the purpose of this paper is to determine the details of the latest trend in environmental taxation in Spain and to analyze the domestic and international regulatory challenges derived from it.

**Key words:** state environmental taxes, climate change, circular economy, Spain.

**SUMARIO**

**I. Introducción. II. Última tendencia en la imposición ambiental estatal.** 1. *Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero (IGFEI)*. 2. *Impuesto a los envases de plástico no reutilizables (IEPNR)*. 3. *Impuesto al depósito de residuos en vertederos, incineración y co-incineración (IDRVIC)*. **III. Consecuencias de los recientes impuestos ambientales regulados por el Estado.** 1. *Consecuencias a nivel internacional (IGFEI e IEPNR)*. 2. *Consecuencias a nivel autonómico (especialmente el IDRVIC)*. **IV. Conclusiones. V. Bibliografía.**

**I. Introducción**

Durante los últimos cincuenta años la contaminación se ha convertido en una de las cuestiones más importantes y urgentes de la agenda internacional, en especial aquella derivada del cambio climático. La preocupación por el deterioro ecológico ha instado a los Estados a programar y llevar adelante las más variadas medidas para detener, o al menos reducir al mínimo, sus catastróficas consecuencias.

Dentro del amplio espectro de posibilidades con que cuentan los Estados para proteger al medio ambiente, las medidas tributarias han ido cobrando un protagonismo cada vez mayor, lo cual ha llevado a comprobar que el Derecho tributario es un mecanismo jurídico eficaz para proteger el medio ambiente.<sup>1</sup> Todo ello dio lugar al área del Derecho tributario conocida como *Tributación Ambiental*.

---

<sup>1</sup> CASTELLO, M. «Contribuido de intervengo no domínio económico sobre os combustíveis: um superfund brasileiro?». *Revista de Direito Ambiental*, núm. 44 (octubre/diciembre, 2008), p. 100.



La Tributación Ambiental está conformada por dos grandes grupos de medidas: los tributos ambientales y los beneficios fiscales ecológicos que buscan, respectivamente, disuadir conductas contaminantes y persuadir conductas ecológicas.<sup>2</sup> En esta oportunidad nos enfocaremos en los tributos ambientales (impuestos, tasas y contribuciones especiales) y, dentro de estos, específicamente en los impuestos, ya que se trata de la tipología más utilizada y efectiva para reconducir las actividades contaminantes de los contribuyentes a través de la configuración de su hecho imponible. A partir de ello, este trabajo versa sobre la imposición ambiental en España.

Podemos definir los impuestos ambientales como aquellos gravámenes<sup>3</sup> cuya finalidad esencial no es la recaudación, sino el desaliento de comportamientos contaminantes, más allá del destino que se asigne a los fondos recaudados.<sup>4</sup> A partir de ello podemos identificar una serie de elementos definitorios. Por un lado, se trata de auténticos impuestos que, a pesar de su impronta regulatoria, cuentan con los elementos que caracterizan al hecho imponible de todo gravamen y están limitados por los principios constitucionales tributarios.<sup>5</sup> Por otro lado, son impuestos que adoptan como finalidad principal el desaliento de conductas contaminantes, con una presión fiscal suficiente para generar dicho desaliento, y como finalidad secundaria la obtención de recursos económicos para el Estado, ya que siguen siendo medidas tributarias. Finalmente, la esencia de estos gravámenes no depende de la aplicación de los fondos recaudados a la finalidad ecológica perseguida,<sup>6</sup> sino del desaliento de una conducta contaminante que permita cumplir con su función disuasoria.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> SALASSA BOIX, R. SALASSA BOIX, R. «The Environmental Taxation in Latin America», en MANN, R.; TRACEY, R. (eds.). *Tax and Environment*. Lanham-Boulder-New York-London: Lexington Books, 2018, p. 177.

<sup>3</sup> Este término es usado como sinónimo de «tributos».

<sup>4</sup> SALASSA BOIX, R. «La naturaleza jurídica del impuesto al dióxido de carbono en Argentina y su comparación con el impuesto a los combustibles líquidos». *Nueva Fiscalidad*, núm. 2 (2020), p. 186.

<sup>5</sup> MILNE, J. «Environmental taxation in the United States: the long view». *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 2 (2011), p. 428.

<sup>6</sup> Esto no implica descartar esa alternativa como medida de protección ambiental, sino simplemente descartarla como una medida tributaria propiamente dicha (DA SILVA, D. «Tributos verdes: proteção ambiental ou uma nova roupagem para antigas finalidades?». *Revista Instituto de Direito Brasileiro*, núm. 8 (2012), p. 5014).

<sup>7</sup> MILNE, J. «Environmental taxation in the United States: the long view», cit., p. 439.

Si bien es cierto que los impuestos ambientales se vienen implementando desde finales del siglo pasado,<sup>8</sup> también es cierto que, según muestran los informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE),<sup>9</sup> durante las últimas dos décadas la mayoría de sus miembros ha ido desarrollando un proceso de reforma fiscal ambiental.<sup>10</sup> Como veremos a continuación, España no es la excepción.

Durante muchos años, la imposición ambiental en España estuvo prácticamente relegada a los gravámenes ambientales regulados por las Comunidades Autónomas (CC. AA.). Recordemos que el marco regulatorio de la Constitución Española (CE) y de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), establece que el Estado, las CC. AA. y los Entes Locales (EELL) gozan de potestad para establecer ciertos tributos, aunque con ciertas limitaciones para los últimos dos niveles de gobierno.

Por una parte, los impuestos autonómicos no pueden recaer sobre hechos imponible ya gravados por el Estado o los EELL<sup>11</sup> y, por la otra, estos últimos entes están limitados en la cantidad y calidad de impuestos que pueden establecer, que no tienen vocación ambiental.<sup>12</sup> En cambio, la competencia tributaria estatal no tiene limitaciones de este tipo, por lo tanto, nada impide que se dicten tributos estatales con hechos imponible similares a los de los impuestos autonómicos, siendo estos últimos los que deben dejar de aplicarse cuando se produzca esa situación.<sup>13</sup> Esto se explica

---

<sup>8</sup> Finlandia fue uno de los pioneros en este tema al establecer un tributo a la emisión de dióxido de carbono, y luego le siguieron Suecia (1991), Noruega (1992), Dinamarca (1994) y los Países Bajos (1995).

<sup>9</sup> OCDE. *Consumption Tax Trends 2016: VAT/GST and Excise Rates, Trends and Administration Issues*. Paris: OECD Publishing, 2016.

<sup>10</sup> SCHLEGELMILCH, K.; JOAS, A. *Fiscal considerations in the design of green tax reforms*. Venice: Green Growth Knowledge Platform GGKP, 2015.

<sup>11</sup> Artículo 6 LOFCA.

<sup>12</sup> Por un lado, están obligados a exigir el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM) y, por el otro, pueden agregar dos impuestos más, el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) y el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) (art. 59 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el RDLeg 2/2004, de 5 de marzo).

<sup>13</sup> STC 26/2015, de 19 de febrero.

por el carácter originario de la competencia fiscal estatal,<sup>14</sup> que otorga a los impuestos estatales una cierta preeminencia ante posibles solapamientos impositivos con otros niveles de gobierno.

Esta configuración competencial comenzó a despertar el instinto legislativo de las CC. AA. que se fueron volcando hacia la imposición de actividades perjudiciales para el medio ambiente,<sup>15</sup> ya que fueron ocupando el espacio legislativo que dejaba disponible el legislador estatal.<sup>16</sup> Todo ello generó que las CC. AA. fueran habituándose a acaparar el dictado de los tributos ambientales y que, salvo algunas excepciones,<sup>17</sup> estos sean prácticamente los únicos impuestos propios regulados por aquellas. Tal es así que, hasta hace no mucho, podemos decir que la imposición ambiental en España se encontraba prácticamente limitada a los impuestos autonómicos.<sup>18</sup>

Pero esta tendencia comenzó a cambiar paulatinamente durante la última década,<sup>19</sup> y especialmente el último año, cuando el Estado comenzó a avanzar sobre gravámenes que parecían implícita y consuetudinariamente reservados para

---

<sup>14</sup> Artículo 133.1 CE.

<sup>15</sup> ADAME MARTÍNEZ, F. *Análisis de la perspectiva ambiental de la tributación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el entorno de las restantes comunidades autónomas y la Unión Europea*. Sevilla: IEHPA, 2020, pp. 19 y 20.

<sup>16</sup> LASARTE LÓPEZ, R. «Principios y límites rectores en la creación de tributos propios tras la modificación del artículo 6 de la LOFCA», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 193.

<sup>17</sup> Por ejemplo, los impuestos sobre las grandes superficies comerciales o el consumo de bebidas azucaradas.

<sup>18</sup> Aunque en muchas ocasiones el verdadero objetivo de estos gravámenes es «disfrazar tributos netamente recaudatorios bajo el barniz de tributos medio ambientales» (MOLINA LEBRÓN, A. «Los cánones eólicos de las Comunidades Autónomas como falsos tributos medioambientales. Problemas de inconstitucionalidad e incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 253).

<sup>19</sup> RAMOS PRIETO, J. «La importancia presupuestaria de los tributos propios de las CCAA, más cualitativa que cuantitativa», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 53, y LASARTE LÓPEZ, R. «Principios y límites rectores en la creación de tributos propios tras la modificación del artículo 6 de la LOFCA», cit., p. 196.

las CC. AA.<sup>20</sup> Este reciente interés del legislador estatal por regular los impuestos ambientales se puede agrupar en cuatro oleadas legislativas (2012, 2013, 2015 y 2022), que se fueron sucediendo a pesar de los cambios de gobierno y de partidos políticos.<sup>21</sup>

En 2012 se establecieron varios gravámenes estatales ecológicos:<sup>22</sup> el Impuesto sobre el valor de la producción de energía eléctrica (IVPEE), el Impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoelectrica (IPCNGRR), el Impuesto sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos en instalaciones centralizadas (IACNGRR) y un Canon sobre la utilización de aguas continentales para producir energía eléctrica (CUACPEE), todos ellos a través de la Ley 15/2012.<sup>23</sup> En 2013 se creó el Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero (IGFEI), mediante la Ley 16/2013,<sup>24</sup> que fue recientemente modificada por la Ley 14/2022.<sup>25</sup> En 2015 se legisló el Impuesto sobre el valor de la extracción de gas, petróleo y condensados (IVEGPC), con la Ley 8/2015.<sup>26</sup> Finalmente, en 2022 se dictaron los últimos impuestos ambientales estatales: el Impuesto a los envases de

---

<sup>20</sup> «La primera situación se ha dado cuando el Estado ha estrenado la facultad de absorción de materias imposables previamente ocupadas por la imposición autonómica, reconocida en el artículo 6.2 de la LOFCA desde 1980 como una de las manifestaciones más visibles de su potestad tributaria originaria [...] y que hasta fechas recientes no había sido utilizada» (LAGO MONTERO, J. M. «Los impuestos propios en el sistema de financiación», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, op. cit., p. 3).

<sup>21</sup> De 2011-2018, Mariano Rajoy, y de 2018-2022, Pedro Sánchez.

<sup>22</sup> O al menos, supuestamente ecológicos, según la intención manifestada por los legisladores.

<sup>23</sup> Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética.

<sup>24</sup> Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

<sup>25</sup> Ley 14/2022, de 8 de julio, de modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública.

<sup>26</sup> Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

plástico no reutilizable (IEPNR) y el Impuesto al depósito de residuos en vertederos, incineración y co-incineración (IDRVIC), ambos a través de la Ley 7/2022.<sup>27</sup>

Podemos decir entonces que en materia de imposición ambiental la tendencia en España está marcada, por un lado, por la consolidación del dictado de impuestos ambientales estatales, en detrimento de los impuestos propios de las CC. AA. y, por el otro, por la aparición de gravámenes estatales que buscan combatir el cambio climático (IGFEI) y desalentar el modelo de economía lineal (IEPNR e IDRVIC),<sup>28</sup> como demuestran las recientes leyes 7 y 14 de 2022. Esta tendencia normativa trae aparejadas importantes consecuencias a nivel internacional (IGFEI e IEPNR) y a nivel interno (en especial, el IDRVIC). A partir de ello, el objetivo de este artículo estriba en determinar los detalles de la última tendencia en imposición ambiental en España y en analizar las diferentes consecuencias normativas que ella trae aparejada.

## **II. Última tendencia en la imposición ambiental estatal**

### *1. Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero (IGFEI)*

Este tributo fue regulado por la Ley 16/2013 y marcó un punto de inflexión en materia de fiscalidad ambiental a nivel estatal, con una figura «hasta el momento poco extendida en el panorama del Derecho comprado».<sup>29</sup> Hace muy poco tiempo, mediante la Ley 14/2022,<sup>30</sup> se modificó este impuesto,<sup>31</sup> en base a un Anteproyecto

---

<sup>27</sup> Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

<sup>28</sup> Sobre las novedades vinculadas a las medidas tributarias para desalentar la economía lineal, se recomienda la lectura de PATÓN GARCÍA, G. *Tendencias actuales en economía circular: instrumentos financieros y tributarios*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

<sup>29</sup> Como ejemplos previos al de España podemos citar los casos de «Dinamarca (desde 1988), Noruega (desde el 2003) o Eslovenia (desde 2013), y otros países como Francia, Austria o Suecia se han planteado instaurarlo» (LUCAS DURÁN, M. «El impuesto sobre gases fluorados de efecto invernadero: reflexiones a los dos años de su aprobación». *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 16 (2015), p. 8.

<sup>30</sup> Pueden consultarse en detalle las modificaciones introducidas por la nueva normativa en ESCOBAR LASALA, J. J. «El nuevo Impuesto sobre los gases fluorados». *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 91 (2022).

<sup>31</sup> CARBAJO VASCO resaltaba la necesidad de una nueva regulación, debido a la falta de profundidad en el desarrollo normativo («pobre regulación legal») y a la cierta descoordinación

de Ley de 2021,<sup>32</sup> comenzando a surtir efectos a partir del 1 de septiembre de 2022.<sup>33</sup> Aquel Anteproyecto se había confeccionado en el marco de la Ley 7/2021<sup>34</sup> y en línea con los objetivos europeos establecidos en el Reglamento (UE) 2021/1119.<sup>35</sup>

Estamos ante un tributo de naturaleza indirecta, vigente desde el 1 de enero de 2014,<sup>36</sup> que recae sobre el consumo de ciertos gases fluorados de efecto invernadero (GFEI), que figuran en el anexo I del Reglamento (UE) 517/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo,<sup>37</sup> atendiendo al potencial de calentamiento atmosférico:<sup>38</sup> a) hidrofluorocarburos (HFC), b) perfluorocarburos (PFC) y c) hexafluoruro de azufre (SF6). El hecho imponible no alcanza sustancias naturales, sino que derivan de actividades antrópicas generadas en los procesos productivos. Su fundamentación ambiental se justifica en el alto grado de contaminación atmosférica que implica este tipo de gases.<sup>39</sup>

---

entre el problema ambiental que se pretende enfrentar según la exposición de motivos (cambio climático) y los gases que, en definitiva, se eligieron gravar con el impuesto («que inciden más en los problemas de la capa de ozono») (CARBAJO VASCO, D. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6 (2020) [Ejemplar dedicado al VIII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario: la fiscalidad en el marco de la transición ecológica], p. 27).

<sup>32</sup> En su exposición de motivos se destacaba que la emisión de gases fluorados de efecto invernadero disminuyó notablemente a partir de 2015, por lo que puede afirmarse que el IGFEI ha contribuido a reducir las emisiones de los gases fluorados en España, por lo que se justifica su mantenimiento. Aunque también se reconocía la necesidad de introducir una mayor sencillez del impuesto.

<sup>33</sup> Disposición final primera de la Ley 14/2022 (que modifica el artículo 5 de la Ley 16/2013). Esta norma también derogó, a partir del 1 de septiembre de 2022, el Reglamento del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, aprobado por el Real Decreto 1042/2013, de 27 de diciembre, que fue reemplazado por uno nuevo, aprobado por el Real Decreto 712/2022, de 30 de agosto (disposición derogatoria única, Ley 14/2022).

<sup>34</sup> Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética.

<sup>35</sup> Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»).

<sup>36</sup> Con las nuevas modificaciones implementadas desde el 1 de septiembre de 2022.

<sup>37</sup> Disposición final primera de la Ley 14/2022 (que modifica el art. 5.2 de la Ley 16/2013).

<sup>38</sup> Artículo 5.1 de la Ley 13/2013.

<sup>39</sup> LUCAS DURÁN, M. «El impuesto sobre gases fluorados de efecto invernadero: reflexiones a los dos años de su aprobación», cit., p. 7.

Se encuentran alcanzadas por este impuesto la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria o tenencia irregular de los GFEI, tanto si dichos gases se presentan contenidos en envases o incorporados en productos, equipos o aparatos.

No están sujetos al impuesto:

- a) la fabricación, importación, adquisición intracomunitaria o tenencia irregular en el territorio de aplicación del impuesto de los gases objeto del impuesto con un PCA igual o inferior a 150;
- b) la fabricación de aquellos gases objeto del impuesto que se destinen a ser enviados directamente por el fabricante, o por un tercero en su nombre o por su cuenta, a un territorio distinto al de aplicación del impuesto, y
- c) el envío fuera del ámbito territorial de aplicación del impuesto de los gases fluorados de efecto invernadero.

Son contribuyentes las personas físicas o jurídicas y demás entidades que establezca la legislación tributaria que realicen la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los gases objeto gravados. En los casos de tenencia irregular, lo será quien posea, comercialice, transporte o utilice dichos gases.<sup>40</sup>

Están exentas del impuesto las siguientes actividades:<sup>41</sup>

- a) la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los GFEI que se destinen a ser utilizados como materia prima para su transformación química en un proceso en el que estos gases son enteramente alterados en su composición;
- b) la importación o adquisición intracomunitaria de GFEI que se destinen a ser comercializados para su destrucción;
- c) la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los GFEI que se destinen a ser usados en equipos militares;
- d) la adquisición intracomunitaria de los GFEI que se destinen a ser enviados directamente por el adquirente intracomunitario, o por un tercero en su nombre o por su cuenta, a un territorio distinto al de aplicación del impuesto;
- e) la importación o adquisición intracomunitaria de GFEI contenidos en los productos que formen parte del equipaje personal de los viajeros procedentes de un territorio tercero, siempre que no constituyan una expedición comercial, y

---

<sup>40</sup> Artículo 5, puntos 6, 7 y 10, de la Ley 16/2013 (modificado por la disposición final primera de la Ley 14/2022).

<sup>41</sup> Artículo 5, punto 8, de la Ley 16/2013 (modificado por la disposición final primera de la Ley 14/2022).

- f) la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de GFEI incorporados en los buques o aeronaves que realicen navegación marítima o aérea internacional, excluida la privada de recreo.

La base imponible está expresada en kilogramos y se constituye con el peso de los gases gravados y la cuota íntegra es el resultado de aplicar sobre la base imponible el correspondiente tipo de gravamen. La nueva redacción de la Ley simplifica la liquidación del impuesto, ya que establece un tipo impositivo constituido por el resultado de aplicar el coeficiente 0,015 al potencial de calentamiento atmosférico que corresponda a cada gas objeto del impuesto en el momento de realización del hecho imponible de acuerdo con la normativa vigente en dicho momento, con el límite máximo de 100 euros por kilogramo.<sup>42</sup> El devengo depende del tipo de conducta que se realice.<sup>43</sup>

## 2. Impuesto a los envases de plástico no reutilizables (IEPNR)

Se encuentra regulado en el Capítulo I del Título VII de la Ley 7/2022, como uno de los instrumentos económicos de política ambiental para promover el modelo de economía circular y reemplazar así el esquema lineal (fabricar-consumir-tirar). De esta forma, se intentan desalentar los residuos plásticos de un solo uso en España, reduciendo su fabricación y entrada a España, ya que, al no poder reutilizarse, están destinados a convertirse en desechos contaminantes.<sup>44</sup> Asimismo, se busca obtener

---

<sup>42</sup> Artículo 5, puntos 11, 12 y 13, de la Ley 16/2013 (modificado por la disposición final primera de la Ley 14/2022).

<sup>43</sup> En la fabricación, en el momento en que se realice la primera entrega o puesta a disposición a favor del adquirente; en la importación, en el momento en que hubiera tenido lugar el devengo de los derechos de importación; en las adquisiciones intracomunitarias, el día 15 del mes siguiente a aquel en el que se inicie la expedición o el transporte de los gases objeto del impuesto con destino al adquirente, y, en la tenencia irregular, en el momento en el que se constate dicha tenencia irregular, salvo prueba en contrario (art. 5.9 de la Ley 16/2013, modificado por la disposición final primera de la Ley 14/2022).

<sup>44</sup> Si bien es una figura impositiva nueva en España, ya había sido utilizada en el Derecho comparado (MANZANO SILVA, M. E. «El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83)». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21



recursos económicos para afrontar, aunque sea parcialmente, la contribución fijada por la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053.<sup>45</sup>

El hecho imponible alcanza la utilización en territorio español de los envases no reutilizables que contienen plástico.<sup>46</sup> Esto significa que se grava la fabricación, la importación y la adquisición intracomunitaria de tales productos. También incluye la introducción irregular de los productos gravados en España, por importación o adquisición intracomunitaria, la cual se configura cuando el propietario no puede justificar su origen.<sup>47</sup> Los bienes gravados, cuya utilización se pretende desalentar,<sup>48</sup> son los envases<sup>49</sup> no reutilizables<sup>50</sup> que contengan plástico,<sup>51</sup> los productos plásticos semielaborados<sup>52</sup> destinados a la obtención de tales envases y los productos de plástico destinados a permitir el cierre, la comercialización o presentación de tales envases.

No está sujeta: la fabricación de los productos gravados que ya no sean útiles o hayan sido destruidos; la fabricación de los productos gravados enviados

---

(2022) [Ejemplar dedicado a: Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular (Ley 7/2022, de 8 de abril)], p. 542).

<sup>45</sup> Allí se fija un tipo uniforme de referencia de 0,80 € por kilogramo sobre el peso de los residuos de envases de plástico generados en cada Estado miembro que no se reciclen [art. 2.1.c), de la Decisión (UE, Euratom) 2020/2053, del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión 2014/335/UE, Euratom].

<sup>46</sup> Artículo 67 de la Ley 7/2022.

<sup>47</sup> Artículo 72.2 de la Ley 7/2022.

<sup>48</sup> Artículo 68 de la Ley 7/2022.

<sup>49</sup> Diseñados para contener, proteger, manipular, distribuir y presentar mercancías y aquellos que, aun fuera de esta definición, estén destinados a cumplir las mismas funciones, incluyendo los productos especificados según la remisión del artículo 2.m) de la Ley 7/2022.

<sup>50</sup> Que no han sido concebidos, diseñados y comercializados para realizar múltiples circuitos o rotaciones a lo largo de su ciclo de vida o para ser rellenados o reutilizados (art. 68.1.a), Ley 7/2022).

<sup>51</sup> Todo material compuesto por un polímero y aquellos productos que no sólo estén compuestos por materiales de plástico se gravarán por la cantidad de plástico que contengan (art. 68.2 de la Ley 7/2022).

<sup>52</sup> Artículo 71.1.e) de la Ley 7/2022.

directamente por el fabricante a un territorio distinto al de aplicación del impuesto; la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de pinturas, tintas, lacas y adhesivos incorporados a los productos gravados, y la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de productos gravados que, aun desempeñando funciones de contención, protección y manipulación de mercancías, no se entregan conjuntamente con las mercancías.<sup>53</sup>

La normativa también exime de pago las siguientes conductas:<sup>54</sup> la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los envases destinados a la contención, protección, manipulación, distribución y presentación de medicamentos, productos sanitarios, alimentos para usos médicos especiales o preparados para lactantes de uso hospitalario; la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de rollos de plástico empleados en las pacas o balas para ensilado de forrajes o cereales de uso agrícola o ganadero; la adquisición intracomunitaria de los productos gravados que sean enviados directamente por el adquirente intracomunitario, o por un tercero en su nombre o por su cuenta, a un territorio distinto al de aplicación del impuesto; la adquisición intracomunitaria de los productos gravados que hayan dejado de ser adecuados para su utilización o hayan sido destruidos; la importación o adquisición intracomunitaria de los envases cuando el peso total de plástico no reciclado contenido en dichos envases no exceda de 5 kg, y la fabricación, importación o adquisición intracomunitaria de los productos plásticos semielaborados (preformas o las láminas de termoplástico), cuando no se destinen a obtener los envases que forman parte del ámbito objetivo del impuesto, y de los productos de plástico para permitir el cierre, la comercialización o presentación de envases cuando no tengan esos usos.

Son contribuyentes aquellas personas físicas o jurídicas y demás entidades que prevé la legislación tributaria que realicen cualquiera de las conductas gravadas.<sup>55</sup> No se contempla la figura de la repercusión jurídica de la cuota a los destinatarios de los productos. El devengo depende del tipo de conducta que se trate.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Artículo 73 de la Ley 7/2022.

<sup>54</sup> Artículo 75 de la Ley 7/2022.

<sup>55</sup> Artículo 76 de la Ley 7/2022.

<sup>56</sup> En la fabricación, con la primera entrega o puesta a disposición de los productos gravados a favor del adquirente en España; con la importación, cuando se devengan los derechos de importación; en las adquisiciones intracomunitarias, el día 15 del mes siguiente a aquel en el que se inicie la expedición o el transporte de los productos gravados o al momento de expedición

La base imponible se expresa en kilogramos y se constituye con la cantidad total de plástico no reciclado<sup>57</sup> contenida en los productos gravados. La cuota íntegra se obtiene aplicando a la base imponible el tipo impositivo,<sup>58</sup> cuyo valor asciende a 0,45€/kg.<sup>59</sup> Se trata de un tipo único que no tiene en consideración aquellos productos gravados que puedan tener un menor impacto medioambiental (carácter biodegradable o grado de reciclabilidad).<sup>60</sup>

### *3. Impuesto al depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración (IDRVIC)*

El IDRVIC fue incluido en el Capítulo II del Título VII de la Ley 7/2022 como otro impuesto pensado para reducir los residuos plásticos de un solo uso en España. Si bien también constituye una medida fiscal para afrontar los daños ambientales derivados de los desechos, aquí se incluye toda clase de residuos (no sólo plásticos). Con el modelo de la economía circular como guía, se busca desincentivar las opciones menos favorables en el tratamiento de residuos para contribuir a reintroducir en la economía los materiales contenidos en los residuos, favoreciendo opciones ambientalmente más favorables.<sup>61</sup>

Estamos ante un tributo indirecto que recae sobre los residuos tratados en vertederos, instalaciones de incineración o co-incineración de residuos para su

---

de la factura, lo que ocurra antes, y, en la introducción irregular, una vez producida dicha situación (art. 74 de la Ley 7/2022).

<sup>57</sup> Cuando ha sido obtenido a partir de una operación de valorización distinta de la valorización energética y de la transformación en materiales utilizados para generar energía (art. 2.u) y 2.bc) de la Ley 7/2022).

<sup>58</sup> Artículo 79 de la Ley 7/2022.

<sup>59</sup> Artículo 78 de la Ley 7/2022.

<sup>60</sup> COBOS GÓMEZ, J. «El impuesto sobre envases de plástico no reutilizables y otras medidas fiscales en el Anteproyecto de Ley de Residuos». *Crónica Tributaria*, núm. 178 (2021), pp. 48 y 49.

<sup>61</sup> Al incluirse el depósito en vertedero, la incineración y co-incineración «se permitirá reducir estas opciones de gestión menos favorables desde el punto de vista del principio de jerarquía de residuos» (PATÓN GARCÍA, G. «Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos (arts. 84 a 97)». *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XXI*, 2022, p. 573).

eliminación o valorización energética.<sup>62</sup> Concretamente, se alcanza la entrega a establecimientos públicos o privados ubicados en España de residuos<sup>63</sup> para: su eliminación en vertederos<sup>64</sup> autorizados, su eliminación o valorización energética en las instalaciones autorizadas para la incineración de residuos<sup>65</sup> o su eliminación o valorización energética en las instalaciones autorizadas para la co-incineración de residuos.<sup>66</sup> Este impuesto solo incluye las instalaciones autorizadas.

Se encuentran exentas del pago: la entrega de residuos en vertederos, incineradoras o co-incineradoras<sup>67</sup> ordenada por las autoridades públicas por causas de fuerza mayor, extrema necesidad, catástrofe o decomisos de bienes a destruir; la proveniente de operaciones que hubiesen tributado efectivamente por este impuesto; sobre los que exista la obligación legal de eliminación en estas instalaciones; los procedentes de la descontaminación de suelos que no hayan podido ser tratados; cuando estos sean inertes<sup>68</sup> y adecuados para obras de restauración, acondicionamiento o relleno realizadas en el mismo vertedero y con fines de construcción, y los procedentes de instalaciones que realizan operaciones de valorización que no sean operaciones de tratamiento intermedio y resulten de operaciones de tratamiento distintos de los rechazos de residuos municipales.

El contribuyente es la persona física o jurídica, y también las entidades, que prevea la legislación tributaria que realice el hecho imponible. Asimismo, se incluye como responsable sustituto a los gestores de vertederos e instalaciones de

---

<sup>62</sup> Artículos 84 y 88 de la Ley 7/2022.

<sup>63</sup> Todas aquellas sustancias u objetos que su poseedor deseche o tenga la intención u obligación de desechar (art. 87.1.g) de la Ley 7/2022, en remisión a su artículo 2.al).

<sup>64</sup> Aquellas instalaciones para la eliminación de residuos mediante depósitos superficiales o subterráneos (art. 87.1.j) de la Ley 7/2022).

<sup>65</sup> Cualquier unidad técnica o equipo fijo o móvil dedicado al tratamiento térmico de residuos (art. 87.1.b) de la Ley 7/2022).

<sup>66</sup> Instalaciones fijas o móviles que utilizan los residuos como combustible habitual o complementario o en donde estos reciben un tratamiento térmico para su eliminación (art. 87.1.a) de la Ley 7/2022).

<sup>67</sup> Artículo 89 de la Ley 7/2022.

<sup>68</sup> Aquellos residuos no peligrosos que no experimentan transformaciones físicas, químicas o biológicas significativas (art. 2.a) del Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero).

incineración o coincineración de residuos «cuando sean distint[o]s de quienes realicen el hecho imponible».<sup>69</sup>

El devengo se produce al depositar los residuos en el vertedero o al incinerarse o coincinerarse los residuos en las respectivas instalaciones. La base imponible está constituida por el peso, medido en toneladas métricas (Tm), de los residuos depositados en vertederos, incinerados o coincinerados y se determina por cada instalación en donde se realicen las actividades gravadas. La cuota íntegra será el resultado de aplicar a la base imponible el tipo impositivo que corresponda según la clase de instalación y residuo, en especial, si se trata de residuos municipales, rechazos de residuos municipales o residuos eximidos de tratamiento previo al vertido. Omitimos detallar los numerosos tipos impositivos contemplados por la Ley.<sup>70</sup>

La recaudación se asignará a las CC. AA. en función del lugar donde se realicen los hechos imponibles gravados por el impuesto.<sup>71</sup> El rendimiento del IDRVIC se considerará producido en el territorio autonómico donde se ubique el vertedero o la instalación de incineración o coincineración en la que se entreguen los residuos gravados.<sup>72</sup>

Con el fin de materializar la intención manifestada en la exposición de motivos de la Ley 7/2022 de que este tributo sea cedido a las CC. AA., la LOFCA fue modificada el año pasado por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio. La entrada en vigor de esta Ley Orgánica se previó para el día 29 de agosto de ese año, momento a partir del cual se incluyó este nuevo impuesto estatal en la LOFCA<sup>73</sup> como uno de los impuestos cedidos a las CC. AA. y se estableció la posibilidad de que estas puedan incrementar los tipos impositivos y la gestión de dicho gravamen, aunque no podrán regular la clasificación de residuos y de instalaciones.<sup>74</sup> De todas maneras, si una Comunidad Autónoma no hiciera uso de las competencias normativas conferidas, se aplicará, en su defecto, la legislación del Estado.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Artículo 91 de la Ley 7/2022.

<sup>70</sup> Artículos 90, 92 y 93 de la Ley 7/2022.

<sup>71</sup> Artículo 97 de la Ley 7/2022.

<sup>72</sup> Disposición final quinta, punto tres, de la Ley Orgánica 9/2022.

<sup>73</sup> Artículo 11 LOFCA.

<sup>74</sup> Disposición final quinta, punto cuatro, de la Ley Orgánica 9/2022.

<sup>75</sup> Disposición final quinta, punto cinco, de la Ley Orgánica 9/2022.

### III. Consecuencias de los recientes impuestos ambientales regulados por el Estado

#### 1. Consecuencias a nivel internacional (IGFEI e IEPNR)

Los impuestos ambientales que buscan desalentar el consumo de ciertos productos dentro de un territorio, como ocurre con el IGFEI y el IEPNR, suelen tener un alcance extraterritorial, es decir que su incidencia fiscal va más allá de las fronteras del país de aplicación. Son impuestos que, por un lado, gravan productos contaminantes que ingresan desde otros países, porque se importan desde fuera de la Unión Europea o se adquieren de países comunitarios, y que, por el otro, exceptúan los productos que salen del país, porque se exportan fuera de la UE o se realiza una venta intracomunitaria. Para que un impuesto de este tipo sea ambientalmente efectivo para desalentar el consumo de ciertos bienes en un país y, a la misma vez, no sea económicamente perjudicial para los productos locales, es necesario sujetar aquellos que entran desde el extranjero al mismo tiempo que se dejan de lado los bienes que salen del país. Esta práctica fiscal, que afecta a la importación y exportación de bienes,<sup>76</sup> constituye un ajuste fiscal en frontera y está siendo cada vez más utilizada.<sup>77</sup>

No cabe duda de que estos tributos ambientales pueden contribuir a reducir el consumo de ciertos productos contaminantes, pero también es evidente que su aplicación incide sobre el comercio internacional. De manera que la finalidad ecológica perseguida con estos gravámenes no puede quedar al margen de ciertos tratados internacionales, entre los que se destaca el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (en inglés, GATT) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la cual España es miembro.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> FEAVAR, D.; SHEEHY, B. «Climate policy and border adjustment regulation: designing a coherent response». *Melbourne Journal of International Law*, núm. 13 (2012), p. 6.

<sup>77</sup> SEYMORE, R.; MABUGU, M.; VAN HEERDEN, J. «The welfare effects of reversed border tax adjustments as a remedy under unilateral environmental taxation». *Energy & Environmental*, vol. 23, núm. 8 (2012), p. 1209.

<sup>78</sup> SALASSA BOIX, R. «La compatibilidad de los ajustes fiscales en frontera ambientales con el GATT a partir del impuesto español sobre los plásticos no reutilizables». *Crónica Tributaria*, núm. 181 (2021), pp. 109 y 110.

Teniendo en cuenta que estos gravámenes inciden tanto en la importación como en la exportación de bienes contaminantes y, por lo tanto, en el comercio internacional de aquellos,<sup>79</sup> es imperioso determinar cuáles son las restricciones que en el GATT se establecen para las exportaciones<sup>80</sup> e importaciones y, dentro de estas últimas, los principios que vedan tratos discriminatorios (trato nacional y nación más favorecida).<sup>81</sup> Asimismo, para el caso en que no se respeten esos artículos, será también necesario examinar las excepciones que contempla el GATT para permitir un trato fiscalmente discriminatorio, pero siempre condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos.<sup>82</sup>

## *2. Consecuencias a nivel autonómico (especialmente el IDRVIC)*

En virtud de la competencia originaria de la potestad tributaria estatal y la competencia derivada de la potestad tributaria autonómica, la implantación de un impuesto estatal (en este caso ambiental) implica que las CC. AA. que tengan legislado un impuesto ambiental similar previo deben derogar o suspender sus efectos y que las autonomías que no tengan uno similar se ven impedidas de regular uno de igual naturaleza, hasta tanto siga vigente el impuesto estatal. De manera que, según cual sea el caso, podemos decir que el impuesto estatal puede generar efectos derogatorios/suspensivos o impeditivos.

Si consideramos los impuestos ambientales estatales dictados últimamente (2022), sólo el IDRVIC tiene un hecho imponible similar al de otros impuestos autonómicos propios. De manera que el IGFEI y el IEPNR, no suspenden los efectos de ningún impuesto autonómico (ya que no se habían regulado), aunque veda a las CC. AA. la posibilidad de dictar impuestos con hechos imponibles similares.

La competencia tributaria sobre los impuestos autonómicos fue una de las temáticas más complicadas de resolver durante el proceso de legislativo de la Ley 7/2022, a tal punto que hizo peligrar la aprobación de toda la Ley y demoró su entrada en vigor más de lo previsto.<sup>83</sup> A partir de ello, y ante la necesidad de aprobarla cuanto antes, el

---

<sup>79</sup> PAUWELYN, J. *U.S. federal climate policy and competitiveness concerns: the limits and options of international trade law (working paper)*. North Caroline: Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions (Duke University), p. 7.

<sup>80</sup> Artículo XVI del GATT.

<sup>81</sup> Artículos I y III del GATT.

<sup>82</sup> Artículo XX del AGAA, fundamentalmente las letras b) y g), ya que son aplicables al ámbito ambiental.

<sup>83</sup> Consideremos que el primer Anteproyecto de Ley se remonta a mediados del año 2020.

legislador estatal hizo algunas concesiones en cuanto a la posibilidad de que las CC. AA. puedan mantener o asumir, según el caso, la gestión, liquidación, recaudación e inspección del impuesto.

Consciente de la alta probabilidad de que existan solapamientos de hechos imponible entre el IDRVIC y los gravámenes autonómicos, la Ley 7/2022 impide que las CC. AA. puedan implementar un nuevo tributo de estas características mientras siga en vigor el IDRVIC y, al mismo tiempo, habilita la compensación económica del artículo 6.2 LOFCA para aquellas CC. AA. que posean impuestos similares en vigor con fecha anterior al 17 de diciembre de 2020.

Seguidamente, repasaremos cuáles son las CC. AA. que tenían regulado un impuesto ambiental con un hecho similar al nuevo gravamen estatal: Cantabria estableció el Impuesto sobre el depósito de residuos en vertedero mediante la Ley 6/2009, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero, y su vigencia comenzó el 1 de enero de 2010;<sup>84</sup> Castilla y León reguló el Impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos mediante la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, y su vigencia comenzó el 1 de marzo de 2012;<sup>85</sup> Cataluña aprobó el canon sobre la deposición de residuos municipales mediante la Ley 8/2008, de 10 de julio, de financiación de las infraestructuras de gestión de los residuos y de los cánones sobre la disposición del desperdicio de los residuos, y su vigencia se inició el 6 de agosto de 2008; Extremadura estableció el impuesto sobre la eliminación de residuos en vertedero mediante la Ley 2/2012, de 28 de junio, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego, y su vigencia comenzó el 1 de julio de 2012;<sup>86</sup> la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares fijó el canon sobre el vertido y la incineración de residuos mediante la Ley 3/2020, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el año 2021, y su vigencia comenzó el día 31 de diciembre de 2020;<sup>87</sup> La Rioja determinó el impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos mediante la Ley 10/2017, de 27 de octubre, por la que se consolidan las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma en materia de impuestos

---

<sup>84</sup> Artículo 1 de la Ley 6/2009 (derogado por la Ley 11/2022, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas).

<sup>85</sup> Disposición final vigésima séptima, apartado 1, de la Ley 1/2012.

<sup>86</sup> Disposición final séptima, letra d) de la Ley 2/2012.

<sup>87</sup> Disposición final vigésima de la Ley 3/2020.



propios y tributos cedidos, y su vigencia comenzó el 31 de octubre de 2017;<sup>88</sup> la Región de Murcia estipuló el impuesto sobre el almacenamiento o depósito de residuos mediante la Ley 9/2005, de 29 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios año 2006, y su vigencia se inició el 1 de enero de 2006,<sup>89</sup> y Comunidad Valenciana legisló el impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos mediante la Ley 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, y su vigencia comenzó el día 1 de enero de 2018.<sup>90</sup>

La implementación de este impuesto estatal implica que la cláusula de compensación del artículo 6.2 LOFCA se activará para aquellas CC. AA. que posean impuestos similares en vigor con fecha anterior al 17 de diciembre de 2020 y, al mismo tiempo, que ninguna Comunidad Autónoma podrá implementar un nuevo tributo de estas características hasta tanto siga en vigor el IDRVIC. De todos los impuestos autonómicos vigentes sobre residuos, sólo el impuesto balear quedaría fuera de la cláusula de compensación, ya que, según la Ley 3/2020, su entrada en vigor estaba prevista para el día 31 de diciembre de 2020, es decir, con posterioridad a la fecha límite que fija la Ley 7/2022.<sup>91</sup>

#### **IV. Conclusiones**

La imposición ambiental en España está marcada últimamente por la consolidación de impuestos ambientales estatales que buscan combatir el cambio climático y promover la economía circular. Todo ello se confirma con el dictado de la Ley 7/2022 y la 14/2022, que modificó (esta última) la Ley 16/2013, por la que se implantó el IGFEI. De todas maneras, los impuestos regulados el año pasado demuestran, de momento, una mayor preocupación por combatir la economía lineal que el cambio climático, ya que, de los tres impuestos dictados, dos apuntan a los residuos (IEPNR e IDRVIC) y uno a la emisión de gases contaminantes a la atmósfera (IGFEI). Asimismo, este último gravamen únicamente se refiere a gases contaminantes específicos (fluorados) y no a todos los que causan el indeseado efecto invernadero.

---

<sup>88</sup> Disposición final única de la Ley 10/2017.

<sup>89</sup> Disposición final segunda de la Ley 9/2005.

<sup>90</sup> Disposición final cuarta de la Ley 21/2017.

<sup>91</sup> Disposición adicional séptima de la Ley 7/2022.

Tal y como están regulados los tres impuestos estatales analizados, podemos decir que son auténticos impuestos ambientales, ya que su hecho imponible, si bien perfectible, efectivamente busca desalentar actividades contaminantes. Pero si bien es cierto que la tendencia impositiva estatal implica un aumento en la preocupación y mejora del medio ambiente, también es cierto que conlleva importantes consecuencias normativas a nivel internacional e interno, en especial en el ámbito autonómico.

Las consecuencias normativas internacionales del IGFEI y el IEPNR están vinculadas a su alcance extraterritorial, ya que su incidencia fiscal va más allá de las fronteras del país de aplicación. Recordemos que son impuestos ambientales indirectos que buscan desalentar el consumo de ciertos productos dentro de un territorio. No caben dudas que estos tributos ambientales pueden contribuir a reducir el consumo de ciertos productos contaminantes, pero también es evidente que su aplicación incide sobre el comercio internacional y, por lo tanto, deben respetar las limitaciones que imponen tratados internacionales como el GATT.

Las consecuencias normativas internas están más bien ligadas al ámbito autonómico y relacionadas específicamente con la distribución de los títulos competenciales entre el Estado y las CC. AA. No olvidemos que, en virtud de la competencia tributaria originaria del Estado, los impuestos estatales pueden generar efectos derogatorios/suspensivos o impositivos para los impuestos autonómicos. Es decir, que el establecimiento de un impuesto estatal (en este caso ambiental) sobre un hecho imponible ya gravado por una Comunidad Autónoma supone la derogación o suspensión del impuesto autonómico, con la adecuada compensación, en su caso, por la disminución de sus ingresos.

De los tres impuestos estatales analizados sólo el IDRVIC trae aparejados efectos derogatorios o suspensivos para los impuestos autonómicos, y la consecuente obligación del Estado de compensar a las CC. AA. perjudicadas, pero no ocurre lo mismo con el IGFEI y el IEPNR, ya que no se habían regulado impuestos autonómicos previos. Esto último implica lógicamente que no se podrán legislar impuestos propios similares. Si bien son ocho las CC. AA. que tenían regulado un impuesto previo similar al IDRVIC (Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Murcia y Valencia), las Baleares serían la única autonomía que debería quedar fuera de la compensación de la LOFCA, ya que su impuesto sobre los residuos entró en vigor con posterioridad al 17 de diciembre de 2020, siendo esta la fecha de corte que fijó la Ley 7/2022.

En definitiva, la imposición ambiental en España se encuentra en un período de metamorfosis que, más allá de la consecuente protección ambiental, comporta

importantes desafíos normativos que son necesarios abordar y resolver para que ese cambio sea ambiental y jurídicamente viable.

## **V. Bibliografía**

ADAME MARTÍNEZ, F. *Análisis de la perspectiva ambiental de la tributación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el entorno de las restantes comunidades autónomas y la Unión Europea*. Sevilla: IEHPA, 2020.

CARBAJO VASCO, D. *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6 (2020) [Ejemplar dedicado al VIII Encuentro de Derecho Financiero y Tributario: la fiscalidad en el marco de la transición ecológica], pp. 22-30.

CASTELLO, M. «Contribuido de intervengo no domínio económico sobre os combustíveis: um superfund brasileiro?». *Revista de Direito Ambiental*, núm. 44 (octubre/diciembre, 2008), pp. 79-111.

COBOS GÓMEZ, J. «El impuesto sobre envases de plástico no reutilizables y otras medidas fiscales en el Anteproyecto de Ley de Residuos». *Crónica Tributaria*, núm. 178 (2021), pp. 11-60.

DA SILVA, D. «Tributos verdes: proteção ambiental ou uma nova roupagem para antigas finalidades?». *Revista Instituto de Direito Brasileiro*, núm. 8 (2012), pp. 5001-5019.

ESCOBAR LASALA, J. J. «El nuevo Impuesto sobre los gases fluorados». *Carta Tributaria. Revista de opinión*, núm. 91 (2022).

FEAVER, D.; SHEEHY, B. «Climate policy and border adjustment regulation: designing a coherent response». *Melbourne Journal of International Law*, núm. 13 (2012), pp. 1-26.

LAGO MONTERO, J. M. «Los impuestos propios en el sistema de financiación», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 13-44.

LASARTE LÓPEZ, R. «Principios y límites rectores en la creación de tributos propios tras la modificación del artículo 6 de la LOFCA», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas, op. cit.*, pp. 179-205.

LUCAS DURÁN, M. «El impuesto sobre gases fluorados de efecto invernadero: reflexiones a los dos años de su aprobación». *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 16 (2015), pp. 1-52.

MANZANO SILVA, M. E. «El impuesto especial sobre envases de plástico no reutilizables (arts. 67 a 83)». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21

(2022) [Ejemplar dedicado a: Estudio sistemático sobre la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular (Ley 7/2022, de 8 de abril)], pp. 539-569.

MILNE, J. «Environmental taxation in the United States: the long view». *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 2 (2011), pp. 417-449.

MOLINA LEBRÓN, A. «Los cánones eólicos de las Comunidades Autónomas como falsos tributos medioambientales. Problemas de inconstitucionalidad e incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas, op. cit.*, pp. 253-292.

OCDE. *Consumption Tax Trends 2016: VAT/GST and Excise Rates, Trends and Administration Issues*. Paris: OECD Publishing, 2016.

PATÓN GARCÍA, G. *Tendencias actuales en economía circular: instrumentos financieros y tributarios*. Pamplona: Aranzadi, 2021.

- «Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos (arts. 84 a 97)». *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XXI*, 2022, pp. 571-601.

PAUWELYN, J. *U.S. federal climate policy and competitiveness concerns: the limits and options of international trade law (working paper)*. North Caroline: Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions (Duke University), 2007.

RAMOS PRIETO, J. «La importancia presupuestaria de los tributos propios de las CCAA, más cualitativa que cuantitativa», en SANZ GÓMEZ, R.; CUBERO TRUYO, A. (dirs.). *Tributos propios de las Comunidades Autónomas, op. cit.*, pp. 45-82.

SALASSA BOIX, R. «The Environmental Taxation in Latin America», en MANN, R.; TRACEY, R. (eds.). *Tax and Environment*. Lanham-Boulder-New York-London: Lexington Books, 2018, pp. 175-196.

- «La naturaleza jurídica del impuesto al dióxido de carbono en Argentina y su comparación con el impuesto a los combustibles líquidos». *Nueva Fiscalidad*, núm. 2 (2020), pp. 181-204.
- «La compatibilidad de los ajustes fiscales en frontera ambientales con el GATT a partir del impuesto español sobre los plásticos no reutilizables». *Crónica Tributaria*, núm. 181 (2021), pp. 109-143.

SCHLEGELMILCH, K.; JOAS, A. *Fiscal considerations in the design of green tax reforms*. Venice: Green Growth Knowledge Platform GGKP, 2015.

SEYMORE, R.; MABUGU, M.; VAN HEERDEN, J. «The welfare effects of reversed border tax adjustments as a remedy under unilateral environmental taxation». *Energy & Environmental*, vol. 23, núm. 8 (2012), pp. 1209-1220.

# Sostenibilitat i canvi planetari. Sobre la necessitat de revisar els fonaments del Dret ambiental tal com el coneixem<sup>\*</sup>

**Jordi Jaria-Manzano**

Professor agregat Serra Húnter de Dret Constitucional i Ambiental (en excedència)  
Universitat Rovira i Virgili

## RESUM

El present treball analitza la plausibilitat de la idea de sostenibilitat com a concepte nuclear a l'hora de dissenyar la resposta política i jurídica a la crisi ambiental global, a partir de l'anomenat *Informe Brundtland* i la seva projecció en el Dret ambiental contemporani, que culmina amb la definició dels objectius de desenvolupament sostenible de Nacions Unides. La tesi que aquí es defensa és que la sostenibilitat és incompatible amb la historicitat del planeta i que la crisi ambiental global respon a un procés de transformació planetària en què el temps històric i el temps geològic s'acoblen. Això genera una modificació del Sistema Terra en el seu conjunt que és incompatible amb l'objectiu de fixar de manera indefinida la seva configuració, objectiu implícit en el concepte de desenvolupament sostenible. Cal, en conseqüència, abandonar l'aspiració a l'establiment d'un cicle estable de reproducció de les dinàmiques planetàries i generar narratives i conceptes que permetin afrontar les transformacions en curs. En aquest sentit, es proposa explorar la idea de resiliència com a concepte apropiat per construir pràctiques socials adequades en el context crític en que ens trobem.

**Paraules clau:** sostenibilitat, resiliència, Antropocè, temps geològic.

---

<sup>\*</sup> Article sotmès a avaluació cega: 03.05.2023. Acceptació final: 14.06.2023.

Aquest treball és un resultat del projecte ComEnerSys, referència TED2021-131840B-I00, finançat pel MCIN/AEI/10.13039/501100011033 i per la Unió Europea NextGenerationEU/PRTR, en el qual l'autor participa com a membre del Grup de Recerca Territori, Ciutadania i Sostenibilitat (finançat per la Generalitat de Catalunya amb la referència 2021 SGR 00162). L'autor és cap de l'Àrea de Difusió i Comunicació de l'Institut d'Estudis de l'Autogovern, de la Generalitat de Catalunya.

**RESUMEN**

El presente trabajo analiza la plausibilidad de la idea de sostenibilidad como concepto nuclear a la hora de diseñar la respuesta política y jurídica a la crisis ambiental global, a partir del llamado *Informe Brundtland* y su proyección en el Derecho ambiental contemporáneo, que culmina con la definición de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas. La tesis que aquí se defiende es que la sostenibilidad es incompatible con la historicidad del planeta y que la crisis ambiental global responde a un proceso de transformación planetaria en el que el tiempo histórico y el tiempo geológico se acoplan. Esto genera una modificación del Sistema Tierra en su conjunto que es incompatible con el objetivo de fijar de forma indefinida su configuración, objetivo implícito en el concepto de desarrollo sostenible. Es necesario, en consecuencia, abandonar la aspiración al establecimiento de un ciclo estable de reproducción de las dinámicas planetarias y generar narrativas y conceptos que permitan afrontar las transformaciones en curso. En este sentido, se propone explorar la idea de resiliencia como concepto apropiado para construir prácticas sociales adecuadas en el contexto crítico en el que nos encontramos.

**Palabras clave:** sostenibilidad, resiliencia, Antropoceno, tiempo geológico.

**ABSTRACT**

This paper analyses the plausibility of the idea of sustainability as a core concept when designing the political and legal response to the global environmental crisis, starting with the so-called *Brundtland Report* and its projection in contemporary environmental law, culminating in the definition of the United Nations Sustainable Development Goals. The thesis defended here is that sustainability is incompatible with the historicity of the planet and that the global environmental crisis responds to a process of planetary transformation in which historical time and geological time are coupled. This generates a modification of the Earth System as a whole that is incompatible with the objective of indefinitely fixing its configuration, an objective implicit in the concept of sustainable development. It is, therefore, necessary to abandon the aspiration to establish a stable cycle of reproduction of planetary dynamics and to generate narratives and concepts that allow us to confront the transformations underway. In this sense, it is proposed to explore the idea of resilience as an appropriate concept for constructing adequate social practices in the critical context in which we find ourselves.

**Key words:** sustainability, resilience, Anthropocene, geological time.

**SUMARI**

**I. Introducció. II. L'emmarcament juridicopolític de la transformació planetària: el desenvolupament sostenible. III. La història planetària i la crisi ecològica global. IV. La incongruència entre la sostenibilitat i la transformació planetària. V. Més ençà de la utopia: repensant els principis del Dret ambiental. VI. Bibliografia.**

## I. Introducció

Històricament, el dret modern ha intentat cancel·lar el futur mitjançant l'establiment d'un ordre constitucional on s'assegurava l'actualització permanent del lliure albir (de les persones individuals i de les col·lectivitats polítiques). La creació legislativa permetria, pretesament, que les expectatives socials i individuals es renovin sempre en el buit.<sup>1</sup> En aquest sentit, la visió del món del Dret constitucional és la mateixa que la de la mecànica clàssica.<sup>2</sup> El temps deixa d'existir en la repetició. La realitat esdevé un mer dipòsit de recursos per a l'autodeterminació humana, sigui a través de la democràcia (col·lectiva) o a través dels drets (individual)<sup>3</sup>. Des d'aquesta perspectiva, la utopia moderna és més aviat una ucronia (no-temps) que, en realitat, una veritable utopia (no-espai).

Amb la crisi ambiental global, el temps torna a aparèixer en escena. En els models hegemònics del tecnocapitalisme, hi ha un desacoblament entre les pràctiques socials i els recursos materials.<sup>4</sup> En aquest context, els objectius socials es defineixen sense tenir en compte les restriccions materials.<sup>5</sup> La crisi ambiental global es refereix, en canvi, justament a aquestes restriccions materials, en la mesura en què ve provocada per la degradació del suport físic de les expectatives socials i l'esgotament dels recursos en un entorn finit.<sup>6</sup> Per això, es renova la importància de la fletxa del temps

---

<sup>1</sup> Vid. AZPITARTE, M. *Cambiar el pasado. Posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 93.

<sup>2</sup> Efectivament, les lleis de Newton descriuen processos reversibles, diferents dels processos d'escalfament o refredament estudiats per la termodinàmica, de manera que, com en el cas del legislador de l'Estat constitucional, tot és reversible, sempre és pot començar de zero. No hi ha passat i, per tant, tampoc no hi ha futur. Vid., sobre la diferència entre la mecànica newtoniana i la termodinàmica SCHNEIDER, E. D.; SAGAN, D. *Into the Cool. Energy Flow, Thermodynamics and Life*. Chicago, Londres: The Chicago University Press, 2005, p. 145.

<sup>3</sup> Vid. JARIA-MANZANO, J. *La constitución del Antropoceno*. València: Tirant lo Blanch, 2020, p. 105 i s.

<sup>4</sup> Vid. JARIA-MANZANO, J. «La insolación de Miréio. Seis tesis y un corolario sobre los derechos (ambientales) en la era del Antropoceno». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26 (2022), p. 453 i s.

<sup>5</sup> Vid. DUNLAP, R. E. «La sociología medioambiental y el nuevo paradigma ecológico». *Sistema*, núm. 162-163 (2001), p. 14.

<sup>6</sup> Vid. LLANO, A. *La nueva sensibilidad*. Madrid: Espasa, 1988, p. 33.

de la mateixa manera que ho fa la termodinàmica. Les decisions tenen conseqüències i realment hi ha un futur, no un present permanent sense restriccions.

Tanmateix, és revelador que el disseny d'una resposta social a la crisi ambiental global s'encapsuli des dels anys noranta en el marc conceptual de la sostenibilitat. Efectivament, el desenvolupament sostenible ha esdevingut la matriu conceptual fonamental a partir de la qual s'articula la resposta de la comunitat global davant del procés de transformació planetària, que té com a fenomen més significatiu el canvi climàtic. De fet, el programa de les Nacions Unides per als pròxims anys es defineix en termes d'objectius de desenvolupament sostenible, els omnipresents ODS que marquen l'orientació teleològica de l'acció de la comunitat internacional i dels seus membres.<sup>7</sup> Aquesta idea, consolidada a partir de la Declaració de Rio sobre el medi ambient i el desenvolupament, el 1992, de què s'han complert recentment els trenta anys, ha estat determinant en la construcció del Dret ambiental, esdevenint el principi fonamental a partir del qual les normes es construeixen, les decisions es prenen i les accions s'orienten.<sup>8</sup>

Ara bé, la recerca de la sostenibilitat implica, novament, l'expectativa de cancel·lar el futur en el futur. En aquest sentit, quan la fletxa del temps es fa manifesta de manera dramàtica, la societat global es compromet amb una voluntat renovada de suprimir la història a través de la circularitat. La sostenibilitat implica, en definitiva, una estabilització de les condicions de reproducció social, a través de l'ús racional dels recursos i la congelació de les condicions planetàries, amb l'objectiu de garantir la satisfacció de les expectatives individuals i col·lectives en un món sempre idèntic a si mateix.<sup>9</sup> Òbviament, això és contradictori amb la idea d'evolució planetària.

La idea d'aquest treball és explorar la contradicció que existeix entre la propugnació de la sostenibilitat, com a idea fonamental que ha d'orientar l'acció de la societat global davant de la crisi ecològica, i el fet que aquesta sigui una manifestació de la mateixa evolució del planeta i, per tant, de la mateixa historicitat del Sistema

---

<sup>7</sup> Vid. la Resolució aprovada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 25 de setembre de 2015 (A/RES/70/1).

<sup>8</sup> Vid. EBBESON, J. «Introduction: dimensions of justice in environmental law», en EBBESON, J.; OKOWA, P. (ed.). *Environmental Law and Justice in Context*. Cambridge - Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 1.

<sup>9</sup> Vid. BOSSELMANN, K. *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*. Farnham - Burlington: Ashgate, 2008, *passim*.



Terra. Aquesta contradicció es fa particularment notòria en la mesura que s'interpreta la crisi ecològica global com una transformació del planeta on habitem, una transformació que adquireix una dimensió geològica, és a dir, que suposa l'entrada en una nova etapa de la història de la Terra, l'Antropocè.<sup>10</sup> Al llarg de les línies que segueixen, intentaré explicar l'aparició i consolidació del desenvolupament sostenible com a matriu conceptual per respondre a la crisi ambiental global, mostrar la seva incongruència amb el fenomen al que pretén respondre i avançar temptativament un camí alternatiu.

## **II. L'emmarcament jurídicopolític de la transformació planetària: el desenvolupament sostenible**

En la dècada que marca el final de la Guerra Freda, es produeix un progressiu desplaçament de les preocupacions de l'opinió pública internacional des de la plausibilitat d'una catàstrofe nuclear, en el context del conflicte de les dues grans superpotències sorgides del final de la Segona Guerra Mundial, al canvi climàtic, que epitomitza la crisi ambiental global.<sup>11</sup> Si, en un primer moment, les preocupacions en relació amb la protecció del medi ambient s'havien referit a processos de degradació local, a partir del final de la dècada dels vuitanta es pren consciència de manera generalitzada de l'existència d'una crisi ambiental planetària, causada per l'impacte de l'activitat humana, cada vegada més significatiu a partir de les possibilitats tecnològiques obertes a partir de la Revolució Industrial.<sup>12</sup> En aquest context, l'any 1992 marca el punt d'inflexió en la presa de consciència de la crisi ambiental global, amb l'aprovació de la ja referida Declaració de Rio, de la Convenció Marc de

---

<sup>10</sup> Aquesta idea va començar a circular a partir del treball de CRUTZEN, P.J.; STOERMER, E. F. «The "Anthropocene"». *Global Change Newsletter*, núm. 41 (2000), encara que la seva difusió va cobrar impuls significatiu amb el treball de CRUTZEN, P. J. «Geology of mankind». *Nature*, núm. 415 (2002).

<sup>11</sup> Vid. KISS, A.; SHELTON, D. *Manual of European Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 10.

<sup>12</sup> Vid. ROLSTON III, H. «Rights and Responsibilities on the Home Planet». *Yale Journal of International Law*, núm. 18 (1993), p. 251.

les Nacions Unides sobre el Canvi Climàtic (CMNUCC)<sup>13</sup> i la Convenció sobre la Diversitat Biològica.<sup>14</sup>

Tots aquests documents i, de fet, tot l'emmarcament general que la comunitat internacional fa de la crisi ambiental global des d'aleshores es basen en el concepte de desenvolupament sostenible, un concepte que s'havia posat en circulació un lustre abans amb l'informe titulat *El nostre futur comú*, publicat per Nacions Unides i conegut generalment com a *Informe Brundtland*, pel nom de la persona que va coordinar la seva elaboració, l'exprimera ministra noruega Gro Harlem Brundtland.<sup>15</sup> En aquell informe, cristal·litzaven en la noció de desenvolupament sostenible les demandes en relació amb unes millors condicions de vida per part dels Estats del Sud global i la preocupació emergent pel medi ambient dels Estats centrals de l'economia-món capitalista, amb una ambigüitat que permetés la seva acceptació generalitzada sense tocar els elements fonamentals que defineixen les relacions internacionals de poder.<sup>16</sup>

La idea de desenvolupament sostenible indica, en última instància, una voluntat d'ajustar la conceptualització de la crisi ambiental global a la interpretació de la realitat que deriva del procés d'acumulació capitalista, tot introduint, en última instància, una idea temporal cíclica, de reproducció permanent, en el context de la història planetària descrita per la geologia.<sup>17</sup> Com assenyala Dryzek, «sustainable development now

---

<sup>13</sup> Fou adoptada a Nova York el 9 de maig de 1992, oberta a la firma a Rio de Janeiro el 4 de juny de 1992 i va entrar en vigor el 21 de març de 1994.

<sup>14</sup> Oberta a la firma a Rio de Janeiro al juny de 1992, en el marc de la Conferència de Nacions Unides sobre el Medi Ambient i el Desenvolupament. Va entrar en vigor el 29 de desembre de 1993.

<sup>15</sup> Vid. COMISSIÓ MUNDIAL DEL MEDI AMBIENT I DEL DESENVOLUPAMENT. *Nuestro futuro común*. Madrid: Alianza Editorial, 1988, especialment, pel que fa a la definició de desenvolupament sostenible, p. 29. Aquesta noció, que ha adquirit una poderosa capacitat de consens al seu entorn, responia a idees que ja es trobaven en circulació en el moment de la posada en circulació de l'informe l'any 1987, tal com assenyala WALTERS, M. «Ecological Unity and Political Fragmentation: The Implications of the Brundtland Report for the Canadian Constitutional Order». *Alberta Law Review*, vol. XXIX, núm. 2 (1991), p. 424.

<sup>16</sup> Vid. DOBSON, A. *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 60.

<sup>17</sup> Vid. JARIA-MANZANO, J. «Legitimidad técnica y legitimidad democrática en la toma de decisiones administrativas que afecten al medio ambiente». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 3 (2003), p. 111.

takes the capitalist economy pretty much for granted».<sup>18</sup> Efectivament, la idea de circularitat domina en una noció que es basa en l'assumpció que l'ús racional dels recursos naturals, això és el seu consum en els límits de la taxa de reproducció, permet una reproducció infinita del mode de vida hegemònic. De fet, el mateix origen de la idea de sostenibilitat en el context de la gestió forestal, a partir de la seva elaboració conceptual a Alemanya, on Wilhelm Gottfried Moser (1729-1793) encunya el concepte de *nachhaltig* (sostenible), il·lustra l'èmfasi en l'explotació dels recursos i la pretensió de la seva reproducció indefinida en el temps.<sup>19</sup>

Per això, d'entrada, el desenvolupament sostenible resulta ser una noció que, esdevinguda macroprincipi de la resposta de la comunitat internacional i dels diversos Estats que la componen davant de la crisi ambiental global, es consolida com a instrument per al manteniment dels mecanismes de reproducció de l'economia-món capitalista i no constitueix, en absolut, una voluntat de superar-los, sinó, més aviat, un suport al *business as usual*.<sup>20</sup> En aquest sentit, difícilment es pot prendre seriosament la sostenibilitat si fins i tot la utilitzen els principals productors d'automòbils i altres empreses intensives en carboni com a reclam publicitari.<sup>21</sup> Sigui com sigui, aquesta idea permet mantenir, davant de la crisi ecològica global, les aspiracions a arribar a una estructura estable que garanteixi el desplegament dels projectes de vida individuals a partir del reconeixement dels drets, concebuts com a espai d'autodeterminació personal, com a fonament de l'ordre jurídic, que garanteix la seguretat jurídica per fer-ho possible.<sup>22</sup>

En definitiva, el desenvolupament sostenible esdevé un principi que dibuixa un horitzó utòpic en què el temps històric queda fixat en un estat estacionari on els individus

---

<sup>18</sup> Vid. DRYZEK, J. S. *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*. Oxford: Oxford University Press, 2005 (2a. ed.), p. 154.

<sup>19</sup> Vid. BOSSELMANN, K. *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, op. cit., p. 17 i s.

<sup>20</sup> Vid. CONNELLY, J.; SMITH, G. *Politics and the Environment. From theory to practice*. Londres, Nova York: Routledge, 1999, p. 201.

<sup>21</sup> Vid. MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*. Bielefeld: transcript, 2014, p. 59.

<sup>22</sup> D'acord amb la visió hegemònica del dret expressada amb claredat per BENDA, E. «El Estado social de Derecho», en BENDA, E. [et al.]. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001 (2a. ed. castellana a càrrec d'A. López Pina), p. 493.

gaudeixen dels seus projectes de vida d'acord amb les aspiracions liberals tradicionals i gràcies a l'ús racional dels recursos naturals que permet el perllongament indefinit del mode de vida hegemònic. Es tractaria, en definitiva, de la versió ecològica de la fi de la Història propugnada per Francis FUKUYAMA després la caiguda del mur de Berlín.<sup>23</sup> Aquesta visió mil·lenarista, però, xoca frontalment amb la idea de la historicitat de la Terra i, particularment, amb la interpretació que la crisi ecològica global constitueix la transició cap a una nova era geològica, l'Antropocè, cosa que implica, en definitiva, la impossibilitat de fixar les condicions planetàries de manera permanent per garantir la reproducció indefinida en el futur del mode social hegemònic.<sup>24</sup>

De fet, l'horitzó utòpic que representa la sostenibilitat és, en definitiva, una legitimació de les condicions actuals de reproducció de la societat global. Per aquest motiu, d'una banda, és bastant probable que la perspectiva mil·lenarista d'arribar a una circularitat que reproduïx de manera indefinida les relacions actuals d'apropiació dels recursos estigui vinculada a la inacció efectiva de tots els actors rellevants en relació amb la transformació geològica, particularment, amb el canvi climàtic. Per això, la crítica que es formula a continuació no té només una pretensió de demostrar la inconsistència de la sostenibilitat com a horitzó en una planeta amb història, sinó també superar les limitacions de perspectiva que el desenvolupament sostenible implica i que, en definitiva, condueixen a la inacció, com mostren els fracassos reiterats de les conferències de les parts de la CMNUCC, que absorbeixen enormes energies socials per produir una frustració sistemàtica.<sup>25</sup>

### III. La història planetària i la crisi ecològica global

Cal detenir-se aquí per explicar la inadequació de la noció de sostenibilitat a l'hora de construir la resposta de la comunitat internacional a la crisi ecològica global i, per tant, per fonamentar el Dret ambiental de manera adequada, en la presa de consciència del temps geològic (*deep time*) i, a partir d'aquí, en la historicitat de la

---

<sup>23</sup> Vid. FUKUYAMA, F. *The End of History and the Last Man*. Nova York: Free Press, 1992.

<sup>24</sup> Vid. GILLINGS, M. R.; HAGAN-LAWSON, E. L. «The cost of living in the Anthropocene». *Earth Perspectives*, vol. 1, núm. 2 (2014), p. 8.

<sup>25</sup> Vid. MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*, *op. cit.*, p. 60.

Terra. Cal partir aquí del fet que la crisi ambiental planetària s'ha anat interpretant des de fa dos decennis com una transformació de dimensions geològiques, això és, l'entrada en una nova era geològica, que vindria definida per l'impacte de l'acció antròpica en el Sistema Terra.<sup>26</sup> Certament, a dia d'avui, aquesta hipòtesi no ha estat validada per la comunitat geològica de manera oficial.<sup>27</sup> Tanmateix, la ciència del Sistema Terra parteix ja d'aquesta hipòtesi, la qual, d'altra banda, no deixa de ser altra cosa que el resultat d'una tendència prèvia en què s'havia anat consolidant la idea que l'emergència de la vida en el planeta tenia una capacitat de transformació

---

<sup>26</sup> Aquest impacte vindria conceptualitzat a partir de les idees de la Gran Acceleració, que posa de manifest el creixement exponencial de metabolisme social global, i dels límits planetaris, que defineixen una sèrie de punts d'inflexió a partir dels quals la transformació del Sistema Terra esdevé irreversible i la seva configuració notòriament diferenciada d'aquella en què s'ha produït el procés de colonització humana del planeta, l'era geològica designada com a *Holocè*. En relació amb la Gran Acceleració, *vid.* STEFFEN, W. [et al.]. «The trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration». *The Anthropocene Review*, vol. 2, núm. 1 (2017). Pel que fa als límits planetaris, *vid.* ROCKSTRÖM, J. [et al.]. «Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity». *Ecology and Society Home*, vol. 14, núm. 2 (2009).

<sup>27</sup> El 21 de maig de 2019, el Grup de Treball sobre l'Antropocè, conegut amb les seves inicials en anglès (AWG, Anthropocene Working Group), va efectuar una votació sobre dues preguntes, a saber: si l'Antropocè hauria de ser tractat com una unitat estratigràfica definida per un punt estratigràfic global —concepte per al qual també s'utilitzen generalment les seves inicials en anglès (GSSP, Global Boundary Stratotype Section and Point)—; i si la guia principal per establir l'adveniment de l'Antropocè hauria de ser un dels senyals estratigràfics de mitjan del segle XX. En totes dues preguntes, el resultat de la votació va ser de 29 vots a favor (88 %) i de 4 en contra, sense cap abstenció. Amb això, s'avançava un pas important en el reconeixement de l'Antropocè com a nova era geològica en el context de la comunitat científica particular dels geòlegs. El Grup de Treball sobre l'Antropocè no és més que un grup específic en el marc de la Subcomissió d'Estratigrafia Quaternària, essent ella mateixa un òrgan de la Comissió Internacional d'Estratigrafia, a què, en darrera instància, li correspondria prendre la decisió en representació de la comunitat geològica internacional. En tot cas, el Grup de Treball pot recol·lectar i analitzar l'evidència disponible i, si escau, realitzar recomanacions, tal com, de fet, va succeir al maig del 2019. Sobre la votació, *vid.* ANTHROPOCENE WORKING GROUP. *Results of binding vote by AWG —Released 21st May 2019* [<http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/>, consultat l'11 d'abril de 2023].

del mateix planeta que canviava la geosfera en biosfera, a partir de la concepció que la Terra evoluciona històricament.<sup>28</sup>

A partir de l'obra *Theory of Earth*, de James HUTTON (1795), el temps geològic començava a consolidar-se com la visió adequada de l'evolució del planeta, tot superant la concepció prèvia d'un temps històric comprimit, marcat pel rang temporal definit en la Bíblia. Tot i això, la concepció de HUTTON és més aviat cíclica, a través d'una successió infinita d'erosions i plegaments.<sup>29</sup> Caldrà esperar a la publicació dels *Principles of Geology*, de Charles LYELL, perquè el temps geològic i, per tant, una visió històrica de la Terra es consolidi, patró amb què enllaça la idea de l'Antropocè, el qual, d'alguna manera suposa un acoblament entre el temps geològic i el temps històric.

L'obra de LYELL va ser determinant en la formulació de la teoria de l'evolució per part de Charles DARWIN amb *L'origen de les espècies* (1859).<sup>30</sup> En aquest context, la concepció del planeta canviava radicalment, a mesura que s'abandona el creacionisme i el substituïa una concepció científica moderna, basada en l'observació,

---

<sup>28</sup> La ciència del Sistema Terra (Earth System Science, ESC) s'ha desenvolupat al llarg dels últims vint anys a partir de l'Earth System Science Partnership, una estructura nascuda al 2002 que agrupa diversos equips científics que, d'alguna manera, treballen en la configuració de la Terra com un objecte científic coherent i viable. Així, l'Earth System Science Partnership (ESSP) agrupa l'International Geosphere-Biosphere Programme (IGBP), en el marc del qual va desenvolupar la seva trajectòria Paul Crutzen i es va produir l'encunyament de la idea d'Antropocè; el World Climate Research Programme (1980); l'International Human Dimension Programme on Global Environmental Change, que va néixer en 1990 i va ser reimpulsat al 1996 i, finalment, el grup DIVERSITAS, nascut al 1991 i centrat en la biodiversitat i la biogeografia. Sobre això, *vid.* LEEMANS, R. [et al.]. «Developing a common strategy for integrative global environmental change research and outreach: the Earth System Science Partnership (ESSP)». *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 1, núm. 1 (2009).

<sup>29</sup> Sobre l'obra de HUTTON, *vid.* GOULD, S. J. *Time's Arrow, Time's Cycle. Myth and Metaphor in the Discovery of Geological Time*. Cambridge (Massachusetts) - Londres: Harvard University Press, 1987, p. 61 i s.

<sup>30</sup> De fet, el mateix LYELL va estimular DARWIN a convertir les seves notes de viatge en el llibre que seria *L'origen de les espècies*, com fa notar GÓMEZ PIN, V. *Tras la física. Arranque jónico y renacer cuántico de la filosofía*. Madrid: Abada, 2019, p. 215. De fet, el primer volum dels *Principles de Lyell* va ser un dels llibres que DARWIN es va endur en la singladura del Beagle.

que el configurava com a objecte d'estudi.<sup>31</sup> La vinculació entre la geologia emergent i la nova biologia era clara, de manera que el concepte de biosfera semblava una conseqüència natural de les noves concepcions en relació amb la Terra, la vida i el temps que s'havien generat al llarg del segle XIX; i entre aquestes, de manera notable, la importància de la direcció del temps i la irreversibilitat dels esdeveniments d'acord amb la segona llei de la termodinàmica.<sup>32</sup>

Així doncs, malgrat el desajust momentani entre la geologia i la ciència del Sistema Terra en relació amb l'Antropocè, el cert és que la interpretació del canvi planetari en els termes que es deriven d'aquesta proposta implica la continuació de la narrativa geològica tradicional, la qual fa eclosió en el primer terç del segle XIX. Així, el relat de l'Antropocè, que emmarca i descriu el canvi planetari present enfonsa les seves arrels en l'aparició de la geologia i reconsideració de la Història del planeta a partir de l'obra de LYELL. Efectivament, aquesta narrativa s'ha anat incubant al llarg dels decennis, d'acord amb la mateixa evolució de la geologia.<sup>33</sup> Així, durant la dècada dels vint del segle passat, el potencial de la vida com a element transformador del suport físic que la sostenia, el planeta Terra, que havia donat lloc al concepte de biosfera, va donar peu a pensar en el potencial particularment transformador del que es considerava la forma més sofisticada de la vida, en la mesura que havia adquirit consciència i generat coneixement, és a dir, l'*homo sapiens*.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> En la tradició de la geologia, aquesta perspectiva creacionista vindria epitomitzada per Thomas BURNET en la seva *Telluris theoria sacra*, tot i que cal matisar el pretès caràcter acientífic de l'obra i prendre en consideració el seu paper en la construcció de la concepció dominant a dia d'avui sobre la història de la Terra. En relació amb tot plegat, *vid.* GOULD, S. J. *Time's Arrow, Time's Cycle. Myth and Metaphor in the Discovery of Geological Time*, *op. cit.*, p. 21 i s.

<sup>32</sup> La segona llei de la termodinàmica estableix que l'entropia total d'un sistema tèrmicament aïllat augmenta, cosa que implica que el sistema evoluciona de manera no reversible. *Vid.*, pel que fa a això, FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía (II)*. Barcelona: Ariel, 2009 (2a. ed. revisada, augmentada i actualitzada per J.-M. Terricabras), p. 1036 i s.

<sup>33</sup> De fet, Antonio Stopani ja havia parlat de l'Antropozoic en un moment tant primerenc com el 1873, d'acord amb el que reconeix el mateix CRUTZEN, P. J. «Geology of mankind», *cit.*

<sup>34</sup> *Vid.* CASTREE, N. «The "Anthropocene" in Global Change Science: Expertise, the Earth and the Future of Humanity», en BIERMANN, F.; LÖVBRAND, E. (eds.). *Anthropocene*

Efectivament, amb el decurs de l'evolució, ja no era la vida en general la que modificava el seu suport físic, sinó que era la transformació planetària el producte singular i característic d'una de les seves manifestacions. Amb això, la geosfera i la biosfera es veien complementades per la idea de noosfera, terme que van propagar Édouard LE ROY i Pierre TEILHARD DE CHARDIN, després de les lliçons de Vladimir Vernadskij a la Sorbona als anys vint del segle passat.<sup>35</sup> TEILHARD DE CHARDIN havia desenvolupat la idea de la gran mónada al llarg de les seves reflexions en el curs de la Primera Guerra Mundial, de manera que estava predisposat a fer seva la visió de Vernadskij.<sup>36</sup>

En tot cas, la possibilitat de l'Antropocè estava implícita ja en el concepte de noosfera, que permetia encaixar l'activitat transformadora de l'ésser humà en el context de la geologia. D'aquesta manera, s'anava fixant una narrativa des de l'evolucionisme implícit en la formulació originària de la geologia a la transformació planetària a través de l'activitat humana. D'altra banda, en aquella mateixa època, tant a la Unió Soviètica com al Regne Unit es començaven a desenvolupar models bioquímics sobre l'origen de la vida, que contribuïen a soldar la fractura tradicional entre allò propi del món inorgànic i el domini de la vida.<sup>37</sup> La possibilitat de configurar la vida com a força geològica i, a partir d'aquí, la de fer-ho amb una forma de vida particular, la humana, anava cobrant així densitat en l'evolució científica posterior a la Primera Guerra Mundial.

La ciència del Sistema Terra, que es desenvolupa en el marc de l'ESSP, va ser impulsada, en primer lloc, en el context de l'IGBP, que agrupava científics de diferents branques i que provava d'unificar les tradicions científiques de la geologia i la biologia, a partir dels desenvolupaments previs que havien redefinit l'evolució històrica del

---

*Encounters. New Directions in Green Political Thinking.* Cambridge - Nova York - Melbourne - Nova Delhi: Cambridge University Press, 2019, p. 28.

<sup>35</sup> Vid. OLDFIELD, J. D.; SHAW, D. J. B. «V.I. Vernadsky and the noosphere concept: Russian understandings of society–nature interaction». *Geoforum*, núm. 37 (2006).

<sup>36</sup> Vid. TEILHARD DE CHARDIN, P. *La Gran Mónada. Escritos del tiempo de la guerra (1918-1919)*. Madrid: Trotta, 2018 (ed. castellana de F. Pérez Gutiérrez, E. Muñoz Plaza i L. Sequeiros, amb presentació d'E. Aguirre Enríquez).

<sup>37</sup> Vid. HOBBSAWM, E. *Historia del siglo XX (1914-1991)*. Barcelona: Crítica, 2012 (nova presentació de l'edició castellana original de 1995, a càrrec de J. Faci, J. Ainaud i C. Castells), p. 545.



planeta i la implantació i desenvolupament de la vida, en la línia de LYELL, DARWIN, SUESS i VERNADSKIJ. L'objectiu de l'IBGP era descriure i entendre la interacció dels processos físics, químics i biològics que regulen el conjunt del Sistema Terra, concentrant-se en els canvis que aquest experimenta i, en particular, en com són influenciats per l'acció humana.<sup>38</sup> En definitiva, es tractava de veure la vida com un fenomen complex que evolucionava amb el planeta on s'havia desenvolupat i que era capaç de modificar-lo de manera significativa. En aquest context, una forma de vida determinada, l'espècie humana, caracteritzada per la seva capacitat agressiva d'adaptació al medi, culminava la mútua imbricació entre els sistemes geològics i biològics per donar lloc a una transformació planetària produïda a partir del mateix desenvolupament de la vida.<sup>39</sup>

Així doncs, podien aflorar les interpretacions fonamentals del canvi planetari que falquen el relat sobre l'Antropocè i que li han donat una projecció i li han concedit una acceptació significativa en múltiples cercles acadèmics, tot reportant-li també una certa difusió entre l'opinió pública, si més no en l'àmbit anglosaxó. Així, aquesta narrativa enllaça amb la investigació prèvia en relació amb la unitat del Sistema Terra i les conseqüències de l'aparició i el desenvolupament de la vida, així com pel que fa al caràcter històric de la vida, establert a partir de la consolidació de la teoria de l'evolució com a interpretació hegemònica dels processos biològics. És aquest relat sobre la transformació planetària el que prenc com a punt de partida per mostrar la inadequació de la categoria de sostenibilitat a l'hora d'afrontar els reptes que es plantegen a la societat global en aquest moment crític i, per tant, mostrar que el Dret ambiental, tal com el concebem, està enfocat de manera incorrecta.

#### **IV. La incongruència entre la sostenibilitat i la transformació planetària**

Tal com hem vist, paral·lelament a la configuració de la crisi ecològica global com un canvi geològic i, per tant, al seu enquadrament en l'evolució històrica del Sistema Terra, la comunitat internacional reacciona a aquest repte, sens dubte el més important que han hagut d'afrontar les societats humanes al llarg de la seva història,

---

<sup>38</sup> CASTREE, N. «The "Anthropocene" in Global Change Science: Expertise, the Earth and the Future of Humanity», cit., p. 30, parla de l'homo sapiens com a actor geològic legítim.

<sup>39</sup> Sobre l'adaptació agressiva al medi dels éssers humans a partir del domini del foc, *vid.* HARARI, Y. N. *Sàpiens. Una breu història de la humanitat*. Barcelona: Edicions 62, 2014 (versió catalana de Marc Rubió), p. 27.

amb un marc conceptual que implica la possibilitat de fixar de manera indefinida les condicions del planeta per permetre, en última instància la reproducció social en les condicions actualment hegemòniques. En definitiva, mentre, d'una banda, s'afirma la temporalitat històrica de l'evolució planetària, de l'altra, es fixa com a objectiu la cancel·lació de la Història en el context d'un cercle virtuós permanent, definit pel desenvolupament sostenible, que actualitza la convicció mil·lenarista que el temps té una direcció i que també té un final.

D'acord amb això, la plausibilitat de la noció de sostenibilitat com a enquadrament conceptual de la resposta de la societat global a la crisi ambiental depèn, al meu entendre, de com de seriosament ens prenguem la rellevància del temps geològic. En la mesura que interpretem la crisi ambiental global com una transformació planetària, com ho fa la ciència del Sistema Terra, estaríem immersos en un procés d'acoblament del temps històric i geològic en el marc de la termodinàmica del planeta. Aquest procés d'acoblament, però, es pot interpretar en dos sentits, tal com acabem de veure. Un d'ells, partiria de la idea que el temps no només té una direcció, sinó també que la Història té un final (ni que sigui relatiu), de manera que cabria la possibilitat que l'espècie humana, que ha emergit com a força geològica, manipulés el Sistema Terra i en fixés la configuració més favorable al desenvolupament de la vida humana (d'acord amb les concepcions definides pel tecnocapitalisme com a mode hegemònic de reproducció social). Aquesta seria l'aproximació ecomodernista.

Aquest punt de vista és el que es troba encapsulat en la noció de desenvolupament sostenible, que s'associa al manteniment del tecnocapitalisme com a mode de reproducció social, sigui a través d'aproximacions neoliberals radicals, basades en el lliure mercat, sostingudes pels que DRYZEK anomena *prometeïcs*,<sup>40</sup> sigui a través de l'establiment d'una tecnocràcia ambiental que «organize scientific and technical expertise into bureaucratic hierarchy in the service of the state», cosa que concedeix el govern als experts.<sup>41</sup> En tot cas, tant el prometeïsmes ultraliberal com el racionalisme administratiu confien en la capacitat del coneixement humà a l'hora de proporcionar eines per dominar el Sistema Terra. La diferència és que, per a uns, el coneixement és dispers i fragmentari; i, per als altres, susceptible de ser centralitzat i sistematitzat. En ambdós casos, però, sigui centrada en el mercat, sigui centrada en l'Estat, hi ha una perspectiva solucionista que es basa en l'ús de la tecnologia per manipular el

---

<sup>40</sup> Vid. DRYZEK, J. S. *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*, op. cit., p. 57.

<sup>41</sup> *Ibidem.*, p. 87.

planeta i que, al mateix temps, constitueix una negació de la política, per deixar les decisions al mercat o als experts, cosa que encaixa amb el manteniment del tecnocapitalisme com a model social hegemònic.<sup>42</sup>

En aquest context, emergeix la possibilitat de la geoenginyeria, això és, la manipulació dels processos del Sistema Terra per obtenir una determinada configuració, favorable a la reproducció de les societats humanes d'acord amb els patrons hegemònics. Així, d'acord amb aquesta perspectiva, el mateix Paul CRUTZEN va fer fa uns anys una proposta en relació amb la manipulació de l'albedo terrestre per reflectir una quantitat superior de la llum solar que arriba a la Terra i, així, evitar-ne l'escalfament degut a l'efecte hivernacle.<sup>43</sup> En última instància, com succeeix en el cas del popular autor alemany Christian SCHWÄGERL, es tracta de l'establiment d'una estructura de control i manipulació de la vida a través dels avenços tecnològics, que converteix el planeta en un jardí i, en última instància, nega les dinàmiques pròpies de les realitats no humanes a través d'una concepció fàustica de control total a través de la intel·ligència, la qual cosa, en definitiva, expressa la culminació del trànsit del Déu omnipotent del cristianisme al subjecte humà individual, l'*Anthropos* de l'Antropocè.<sup>44</sup>

No em detindré en els problemes morals i jurídics que pot suscitar una perspectiva com aquesta, entre els quals no és pas un de menor la negació implícita de la política i, per tant, també de la democràcia. Tampoc no em concentraré en els dubtes que planteja atribuir la solució del problema a aquells que l'han causat, això és, en definitiva, a les estructures de reproducció del tecnocapitalisme que han promogut el procés de transformació planetària que, actualment, amenaça la vida tal com la coneixem.<sup>45</sup> Em vull referir només a la plausibilitat efectiva de manipular el planeta

---

<sup>42</sup> Vid. FREMAUX, A.; BARRY, J. «The "Anthropocene" and Green Political Theory: Rethinking Environmentalism, Resisting Eco-modernism», en BIERMANN, F.; LÖVBRAND, E. (ed.). *Anthropocene Encounters. New Directions in Green Political Thinking*. Cambridge - Nova York - Melbourne - Nova Delhi: Cambridge University Press, 2019, p. 181.

<sup>43</sup> Vid. CRUTZEN, P. J. «Albedo Enhancement by Stratospheric Sulfur Injections: A Contribution to Resolve a Policy Dilemma?». *Climatic Change*, núm. 77 (2006).

<sup>44</sup> Vid. MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*, op. cit., p. 17 i s.

<sup>45</sup> MORROW, K. «Tackling climate change and gender justice - integral; not optional». *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 11, núm. 1 (2021), p. 212, es refereix al paper clau de la tecnociència en el procés de transformació planetària.

per garantir unes determinades condicions de vida per als éssers humans de manera indefinida, d'acord amb l'objectiu que es deriva del desenvolupament sostenible; això és, en definitiva a la plausibilitat del final de la Història. Cal partir aquí d'una segona interpretació de la transformació planetària, que posaria l'èmfasi en la complexitat del Sistema Terra i de la interdependència dels seus elements. Des d'aquesta visió, la crisi ambiental global s'hauria d'interpretar com un entrellat de les pràctiques socials i les dinàmiques del Sistema Terra, que introdueix la no linealitat en l'evolució d'aquest darrer a mesura que les primeres incideixen en les segones.<sup>46</sup>

Efectivament, la transformació antròpica del planeta genera un nou escenari de complexitat en la mesura que l'acció humana opera a un nivell sistèmic, cosa que supera amb molt les interaccions locals tradicionals en el procés d'adaptació agressiva.<sup>47</sup> Aquesta complexitat, en definitiva, dona lloc a la incertesa, la qual es projecta en les noves maneres d'entendre el món que troben el seu origen en la física quàntica, que comença a expressar el pessimisme epistemològic d'un món en crisi. Efectivament, amb la introducció del principi de Heisenberg, es produeix una presa de consciència de l'impacte de la interdependència en la certesa. Com és sabut, el principi consisteix en la impossibilitat de determinar amb precisió alhora la posició i la velocitat d'un partícula subatòmica, de manera que la precisió en un valor és inversament proporcional a la precisió en l'altre.<sup>48</sup> Aquesta incertesa, que es predica del món subatòmic, avança una nova concepció del món, basada en la interdependència, la qual cosa, d'una banda, discuteix els valors essencialment individualistes de la societat de consum del capitalisme tardà, i, de l'altra, pel que aquí interessa ara, propugna la incertesa a partir de la complexitat.

Així, el rellevant de la mecànica quàntica en aquest discurs, entre els molts desafiaments que representa la manera hegemònica de comprendre el món, és que suggereix un vincle entre interdependència i incertesa. En aquest sentit, es formula, per primera vegada en la tradició tecnocientífica, una perspectiva holística en la mesura que «el estado físico global [...] no es reducible a estados físicos parciales.

---

<sup>46</sup> Vid. GILLINGS, M. R.; HAGAN-LAWSON, E. L. «The cost of living in the Anthropocene», cit., p. 2.

<sup>47</sup> Vid. STEFFEN, W.; CRUTZEN, P. J.; MCNEILL, J. R. «The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?». *Ambio*, vol. 36, núm. 8 (2007), p. 618.

<sup>48</sup> Sobre les implicacions del principi de Heisenberg, vid. PENROSE, R. *La nueva mente del emperador*. Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 1991 (edició castellana de J. García Sanz), p. 314 i s.

Sabemos algo de un *todo* sin que quepa decir nada de eventuales partes, o aún, el saber del todo no se reduce a un saber de partes: tal es la esencia misma de lo que cabe denominar holismo». <sup>49</sup> La mateixa complexitat que deriva de la interdependència dels elements del Sistema Terra, confegit com a xarxa evolutiva sotmesa a múltiples interaccions entre els partícips que l'integren, genera la incertesa que es posa de manifest amb la teoria del caos.

De fet, la teoria del caos es desenvolupa justament a partir de la presa de consciència del vincle entre interdependència en un sistema complex i incertesa a nivell macroscòpic, cosa que es produeix precisament en relació amb el clima. L'efecte papallona, que dona lloc a la teoria del caos, va ser detectat per Edward Lorenz quan, en el disseny d'un model matemàtic de previsió meteorològica, a principi dels anys seixanta del segle passat, va constatar que una petita variació en els paràmetres inicials podia conduir a desenvolupaments extremament diferents. Això va ser representat a través de la idea que l'aleteig d'una papallona al Brasil podria causar un tornado a Texas, és a dir, l'efecte papallona. <sup>50</sup>

És significatiu que aquesta teoria es desenvolupés en el marc de la ciència climàtica emergent, cosa que mostra les limitacions dels models d'evolució del clima i avança la possibilitat d'esdeveniments disruptius no lineals, que constitueixen la quinta essència de la incertesa. <sup>51</sup> En el context de la ciència del Sistema Terra, on aquestes idees d'interdependència i complexitat es prediquen dels processos que configuren el seu objecte, això dona lloc a la plausibilitat d'esdeveniments no lineals, els quals, per la seva naturalesa, impliquen la impossibilitat de preveure l'evolució del sistema en el seu conjunt i, per tant, entren en contradicció amb la il·lusió ecomodernista de control. <sup>52</sup> En definitiva, no es pot pretendre que causar un fenomen implica controlar-lo, com sembla que suposen aquells que, a partir de la transformació

---

<sup>49</sup> Vid. GÓMEZ PIN, V. *Tras la física. Arranque jónico y renacer cuántico de la filosofía*. Madrid: Abada, 2019, p. 360.

<sup>50</sup> Vid. TALEB, N. N. *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*. Nova York: Random House, 2010 (2a. ed.), p. 179.

<sup>51</sup> Vid. SCHELLNHUBER, H. J.; MARTIN, M. M. «Climate Change, Public Health, Social Peace», en AL-DELAIMY, W. K.; RAMANATHAN, V.; SÁNCHEZ SORONDO, M. (ed.). *Health of People, Health of Planet and Our Responsibility. Climate Change, Air Pollution and Health*. Springer: Cham, 2020, p. 226.

<sup>52</sup> Vid. REID, W. V. [et al.]. «Earth System Science for Global Sustainability: Grand Challenges». *Science*, núm. 330 (2010), p. 917.

planetària producte de l'activitat humana, en deriven la possibilitat de manipulació antròpica de la configuració del Sistema Terra.

Aquest és un aspecte clau que sovint és negligit en els plantejaments que pretenen escatir i afrontar la transformació planetària, fonamentats en una idea de sostenibilitat que, per definició, és contradictòria amb la historicitat i la discontinuïtat de l'evolució del Sistema Terra. En aquest sentit, en moltes ocasions, la idea d'Antropocè amaga el manteniment de les expectatives de domini de la natura per part dels éssers humans, pròpies del paradigma tecnocapitalista, més que no pas la presa de consciència de les implicacions del canvi geològic, d'acord amb l'evidència recollida i les interpretacions proposades en el context de la ciència del Sistema Terra. En conseqüència, sembla que les aspiracions a generar un escenari d'estabilitat indefinida en relació amb la configuració del Sistema Terra no són pertinents, la qual cosa, en última instància, significa prendre's seriosament la historicitat de l'evolució planetària i, en conseqüència, abandonar l'horitzó de la sostenibilitat.<sup>53</sup>

En conseqüència, no hi hauria espai per bloquejar un escenari planetari ideal mitjançant pràctiques socials sostenibles induïdes per normes legals pertinents, en la mesura que el sistema planetari ecosocial està canviant i produint esdeveniments no lineals (pertorbadors). Afrontar-ho implica dissenyar noves eines conceptuals més enllà de les expectatives utòpiques (ucròniques) d'una societat que es desplega en un món sempre idèntic a ella mateixa, amb l'expectativa última de reproduir indefinidament les pràctiques socials del tecnocapitalisme, tot domesticant el planeta. En realitat, més aviat, es pot dir que el món, tal com el coneixem, no existirà pas en el futur.<sup>54</sup>

## V. Més ençà de la utopia: repensant els principis del Dret ambiental

De tot el que s'ha exposat en les pàgines precedents, en concloc que la idea de sostenibilitat no s'ajusta a les necessitats que planteja l'escenari de la transformació planetària. Cal mirar de reenfocar la resposta a la crisi ecològica global i, per tant, també reorientar el Dret ambiental en conjunt en una altra direcció. De manera temptativa, crec que la resiliència és una opció valuosa a l'hora de permetre aquesta reorientació, en la mesura que té en compte la vulnerabilitat dels sistemes humans davant de la dimensió dels canvis implícits en una transformació global del Sistema

---

<sup>53</sup> Vid. MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*, op. cit., p. 58.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 59.

Terra i evita l'excés de confiança en la capacitat humana per controlar la situació. A més, permet repolititzar i problematitzar la reacció social en relació amb la transformació geològica, al mateix temps que assignar els recursos disponibles d'una manera sensata davant dels esdeveniments potencialment catastròfics que poden produir-se en el futur.

En definitiva, si el diagnòstic sobre la transformació planetària és cert i no existeix la possibilitat de manipular la Terra per aconseguir ajustar-la a unes determinades condicions de reproducció social —que, d'altra banda, són problemàtiques, encara que aquí no sigui el moment de discutir-ho—, sembla sensat definir un horitzó d'agència humana que permeti afrontar les conseqüències potencialment catastròfiques que el canvi climàtic, com a manifestació més evident de la nova era geològica, implica. Per afrontar això, la sostenibilitat no és una idea apropiada. La resiliència esdevé, per contra, una capacitat fonamental,<sup>55</sup> en la mesura en què consistiria en la capacitat d'un sistema «para perpetuar su estructura dinámica frente a distintas perturbaciones».<sup>56</sup>

Els sistemes socials de l'Antropocè haurien, per tant, d'evolucionar cap a una major resiliència que els permetés afrontar «change, surprise and multiple interactions between human-environmental systems», en un context de transformació global.<sup>57</sup> En definitiva, si assumim el relat de l'Antropocè i no hi impliquem la possibilitat de monitorització antròpica del Sistema Terra, cal preparar-se per a la transformació, cosa que, d'altra banda, comença a apreciar-se en l'èmfasi progressiu en l'adaptació en les polítiques climàtiques, a mesura que els episodis extrems es multipliquen en un escenari de transformació i aflora la necessitat de protegir les poblacions afectades.<sup>58</sup> En aquest sentit, la transició d'un horitzó definit per la sostenibilitat a un horitzó definit per la resiliència implicaria, des del punt de vista juridicopolític, un

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>56</sup> Vid. FERNÁNDEZ DURÁN, R.; GONZÁLEZ REYES, L. *En la espiral de la energía. Vol. II: Colapso del capitalismo global y civilizatorio*. Madrid: Libros en Acción, 2018 (2a. ed.), p. 190.

<sup>57</sup> Vid. GALAZ, V. *Global Environmental Governance, Technology and Politics*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2014.

<sup>58</sup> Vid. PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*. Cambridge - Nova York - Melbourne - Delhi - Singapur: Cambridge University Press, 2015, p. 109.

empoderament de les (petites) comunitats i dels grups vulnerables, una estratègia *bottom-up*.<sup>59</sup>

Això suposaria l'abandonament dels grans dissenys tecnocràtics, les grans cimeres i les polítiques *top-down*; la transformació, en definitiva, de les pràctiques socials, les institucions polítiques i les normes jurídiques més enllà del *business as usual* del tecnocapitalisme hegemònic; en definitiva, una superació del marc conceptual que ha definit el Dret ambiental al llarg dels darrers trenta anys. Això, òbviament, no pot fer-se a partir d'un procés que repliqui el camí seguit pel desenvolupament sostenible, això és, a partir de grans declaracions internacionals amb vocació constitucional, sinó a través d'accions concretes en el marc d'un procés que, de fet, ja està succeint de trànsit des de la regulació al conflicte.<sup>60</sup> Es tracta, en definitiva, de concentrar-se en problemes universals, però concrets, que poden ser afrontats per petits grups.<sup>61</sup> Cal, en conseqüència, posar l'èmfasi en la capacitat de les comunitats humanes de generar estratègies d'adaptació de manera inclusiva i pragmàtica, no pas en el disseny de models tecnocràtics d'abast universal amb la pretensió de controlar el sistema planetari. Per fer-ho, cal abandonar la sostenibilitat com a objectiu fonamental de la societat global.

## VI. Bibliografia

ANTHROPOCENE WORKING GROUP. *Results of binding vote by AWG — Released 21st May 2019* [<http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/>, consultat l'11 d'abril de 2023].

AZPITARTE, M. *Cambiar el pasado. Posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 2008.

BENDA, E. «El Estado social de Derecho», en BENDA, E. [et al.]. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001 (2a. ed. castellana a càrrec d'A. López Pina).

---

<sup>59</sup> Vid. MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*, op. cit., p. 63.

<sup>60</sup> Vid. JARIA-MANZANO, J. «La insolación de Miréio. Seis tesis y un corolario sobre los derechos (ambientales) en la era del Antropoceno», cit., p. 474 i s.

<sup>61</sup> Vid. MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*, op. cit., p. 60.



BOSELMMANN, K. *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*. Farnham - Burlington: Ashgate, 2008.

CASTREE, N. «The “Anthropocene” in Global Change Science: Expertise, the Earth and the Future of Humanity», en BIERMANN, F.; LÖVBRAND, E. (eds.). *Anthropocene Encounters. New Directions in Green Political Thinking*. Cambridge - Nova York - Melbourne - Nova Delhi: Cambridge University Press, 2019, p. 25-49.

COMISSIÓ MUNDIAL DEL MEDI AMBIENT I DEL DESENVOLUPAMENT. *Nuestro futuro común*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

CONNELLY, J.; SMITH, G. *Politics and the Environment. From theory to practice*. Londres, Nova York: Routledge, 1999.

CRUTZEN, P. J. «Geology of mankind». *Nature*, núm. 415 (2002), p. 23.

– «Albedo Enhancement by Stratospheric Sulfur Injections: A Contribution to Resolve a Policy Dilemma?». *Climatic Change*, núm. 77 (2006), p. 211-219.

CRUTZEN, P.J.; STOERMER, E. F. «The “Anthropocene”». *Global Change Newsletter*, núm. 41 (2000), p. 17 i 18.

DOBSON, A. *Justice and the Environment. Conceptions of Environmental Sustainability and Dimensions of Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

DRYZEK, J. S. *The Politics of the Earth. Environmental Discourses*. Oxford: Oxford University Press, 2005 (2a. ed.).

DUNLAP, R. E. «La sociología medioambiental y el nuevo paradigma ecológico». *Sistema*, núm. 162-163 (2001), p. 11-31.

EBBESON, J. «Introduction: dimensions of justice in environmental law», en EBBESON, J.; OKOWA, P. (ed.). *Environmental Law and Justice in Context*. Cambridge - Nova York: Cambridge University Press, 2009, p. 1-36.

FERNÁNDEZ DURÁN, R.; GONZÁLEZ REYES, L. *En la espiral de la energía. Vol. II: Colapso del capitalismo global y civilizatorio*. Madrid: Libros en Acción, 2018 (2a. ed.).

FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía (II)*. Barcelona: Ariel, 2009 (2a. ed. revisada, augmentada i actualitzada por J.-M. Terricabras).

FREMAUX, A.; BARRY, J. «The “Anthropocene” and Green Political Theory: Rethinking Environmentalism, Resisting Eco-modernism», en BIERMANN, F.; LÖVBRAND, E. (ed.). *Anthropocene Encounters. New Directions in Green Political Thinking*. Cambridge - Nova York - Melbourne - Nova Delhi: Cambridge University Press, 2019, p. 171-190.

FUKUYAMA, F. *The End of History and the Last Man*. Nova York: Free Press, 1992.

GALAZ, V. *Global Environmental Governance, Technology and Politics*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2014.

GILLINGS, M. R.; HAGAN-LAWSON, E. L. «The cost of living in the Anthropocene». *Earth Perspectives*, vol. 1, núm. 2 (2014).

GÓMEZ PIN, V. *Tras la física. Arranque jónico y renacer cuántico de la filosofía*. Madrid: Abada, 2019.

GOULD, S. J. *Time's Arrow, Time's Cycle. Myth and Metaphor in the Discovery of Geological Time*. Cambridge (Massachusetts) - Londres: Harvard University Press, 1987.

HARARI, Y. N. *Sàpiens. Una breu història de la humanitat*. Barcelona: Edicions 62, 2014 (versió catalana de Marc Rubió).

HOBSBAWM, E. *Historia del siglo XX (1914-1991)*. Barcelona: Crítica, 2012 (nova presentació de l'edició castellana original de 1995, a càrrec de J. Faci, J. Ainaud i C. Castells).

JARIA-MANZANO, J. «Legitimidad técnica y legitimidad democrática en la toma de decisiones administrativas que afecten al medio ambiente». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 3 (2003), p. 105-123.

- *La constitución del Antropoceno*. València: Tirant lo Blanch, 2020.
- «La insolación de Miréio. Seis tesis y un corolario sobre los derechos (ambientales) en la era del Antropoceno». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26 (2022), p. 449-484.

KISS, A.; SHELTON, D. *Manual of European Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

LEEMANS, R. [et al.]. «Developing a common strategy for integrative global environmental change research and outreach: the Earth System Science Partnership (ESSP)». *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 1, núm. 1 (2009), p. 4-13.

LLANO, A. *La nueva sensibilidad*. Madrid: Espasa, 1988.

MANEMANN, J. *Kritik des Anthropozäns. Plädoyer für eine neue Humanökologie*. Bielefeld: transcript, 2014.

MORROW, K. «Tackling climate change and gender justice - integral; not optional». *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 11, núm. 1 (2021), p. 207-230.

OLDFIELD, J. D.; SHAW, D. J. B. «V.I. Vernadsky and the noosphere concept: Russian understandings of society–nature interaction». *Geoforum*, núm. 37 (2006), p. 145-154.

PEEL, J.; OSOFSKY, H. M. *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*. Cambridge - Nova York - Melbourne - Delhi - Singapur: Cambridge University Press, 2015.

PENROSE, R. *La nueva mente del emperador*. Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 1991 (edició castellana de J. García Sanz).

REID, W. V. [et al.]. «Earth System Science for Global Sustainability: Grand Challenges». *Science*, núm. 330 (2010), p. 917.

ROCKSTRÖM, J. [et al.]. «Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity». *Ecology and Society Home*, vol. 14, núm. 2 (2009).

ROLSTON III, H. «Rights and Responsibilities on the Home Planet». *Yale Journal of International Law*, núm. 18 (1993), p. 251-279.

SHELLNHUBER, H. J.; MARTIN, M. M. «Climate Change, Public Health, Social Peace», en AL-DELAIMY, W. K.; RAMANATHAN, V.; SÁNCHEZ SORONDO, M. (ed.). *Health of People, Health of Planet and Our Responsibility. Climate Change, Air Pollution and Health*. Cham: Springer, 2020.

SCHNEIDER, E. D.; SAGAN, D. *Into the Cool. Energy Flow, Thermodynamics and Life*. Chicago, Londres: The Chicago University Press, 2005.

STEFFEN, W.; CRUTZEN, P. J.; MCNEILL, J. R. «The Anthropocene: Are Humans Now Overwhelming the Great Forces of Nature?». *Ambio*, vol. 36, núm. 8 (2007), p. 614-621.

STEFFEN, W. [et al.]. «The trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration». *The Anthropocene Review*, vol. 2, núm. 1 (2017), p. 81-98.

TALEB, N. N. *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*. Nova York: Random House, 2010 (2a. ed.).

TEILHARD DE CHARDIN, P. *La Gran Mónada. Escritos del tiempo de la guerra (1918-1919)*. Madrid: Trotta, 2018 (ed. castellana de F. Pérez Gutiérrez, E. Muñoz Plaza i L. Sequeiros, amb presentació d'E. Aguirre Enríquez), p. 31-45.

WALTERS, M. «Ecological Unity and Political Fragmentation: The Implications of the Brundtland Report for the Canadian Constitutional Order». *Alberta Law Review*, vol. XXIX, núm. 2 (1991), p. 420-449.



COMENTARIS I NOTES



# La Llei 15/2022 integral per a la igualtat i la seva rellevància en l'àmbit social. La malaltia o condició de salut com a causa de discriminació

**Joan Agustí Maragall**

Magistrat especialista

Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

## **SUMARI**

**I. La importància de la Llei 15/2022, integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació. II. L'ampliació de l'àmbit de la tutela antidiscriminatòria. III. Principi informador i transversal en la interpretació i aplicació de les normes: l'obligada perspectiva igualitària. IV. La definició de les diferents classificacions de la discriminació. V. Les garanties processals del dret a la igualtat i a la no-discriminació. VI. La malaltia i la condició de salut com a causa de discriminació: algunes objeccions de la doctrina científica. VII. La malaltia o condició de treball, una causa de discriminació restituïda. VIII. Els primers pronunciaments judicials respecte a la malaltia o condició de salut com a causa de discriminació (i la seva possible aplicació retroactiva). IX. Algunes precisions respecte de la malaltia o condició de salut com a causa de discriminació i la seva tutela processal.**

## **I. La importància de la Llei 15/2022, integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació**

La Llei 15/2022, de 12 de juliol, integral per a la igualtat de tracte i la no-discriminació, estableix un marc general i transversal («integral», com especifica el títol) per a la igualtat efectiva i la prohibició de tota discriminació.

Aquesta Llei, que en el moment de la seva promulgació passà bastant desapercebuda (no només per als mitjans de comunicació generalistes, sinó també per als més especialitzats), pretén, com explica en el preàmbul, establir un marc regulador comú i bàsic per a la igualtat i la no-discriminació que abasti tots els àmbits de la societat i, per tant, afecti tots els ordres jurisdiccionals. Això fa que el seu impacte en tots ells sigui divers, per raó del respectiu estàndard substantiu i processal previ a la seva promulgació.

Em proposo amb aquests línies, per tant i sense pretensió d'exhaustivitat, donar notícia de les principals novetats que aporta aquesta Llei en l'àmbit del Dret del treball.

## II. L'ampliació de l'àmbit de la tutela antidiscriminària

Probablement, l'aportació més rellevant de la nova Llei és l'ampliació de l'àmbit subjectiu del dret a la igualtat i a la no-discriminació (art. 2.1), que es reconeix a totes les persones, amb independència de la seva nacionalitat, de si són menors o majors d'edat, o de si gaudeixen o no de residència legal, referència aquesta darrera especialment rellevant.

A continuació, el mateix article 2.1, incorpora les causes de discriminació de nou reconeixement en proclamar que: «Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Per tant, el que fa el legislador ordinari amb aquest precepte és una triple operació: en primer lloc, afageix a les causes explicitades originàriament en l'article 14 CE —naixença, origen racial o ètnic, sexe, religió, convicció o opinió— les ja contemplades pel Dret de la Unió Europea en la Directiva 2000/78/CE, del Consell, de 27 de novembre —edat, discapacitat i orientació sexual—, així com les que ja constaven recollides en els articles 4 i 17 de l'Estatut dels treballadors (ET), com la condició social i la llengua. No inclou, per contra, altres factors sí contemplats en l'article 17 ET —estat civil, adhesió o no a sindicats i vincles de parentiu amb persones relacionades amb l'empresa—, que, per tant, només constituiran causa de discriminació en l'àmbit del Dret del treball.

En segon lloc, inclou una millor definició conceptual, d'abast més ampli, en substituir la genèrica «condició sexual» (terme emprat en l'art. 17 ET), pels conceptes «identitat sexual» i «expressió de gènere». En la STC 67/2022, de 2 juny, prèvia a la publicació de



la Llei 15/2022, ja s'assenyalava la «identitat de gènere» com una causa sospitosa de tracte discriminatori així com l'«expressió de gènere», tot i que es vinculava amb el dret a la pròpia imatge (art. 18.1 CE). En tot cas, per «identitat sexual» haurem d'entendre el sentiment profund, intern i individual de cada persona, sobre el seu gènere, que pot o no correspondre amb el sexe que li va ser assignat en el seu naixement, i inclou tant les persones transsexuals que se sotmeten a cirurgia, com les persones transgènere, de gèneres no binaris. I pel que fa a «expressió de gènere», es tracta de la manifestació que les persones fan de la seva identitat sexual, a través d'un comportament masculí o femení, o vestimentes, tallada de cabells, veu o característiques corporals.

Finalment, la tercera operació, la que genera més interrogants, és la inclusió de «enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos» com a causes discriminatòries de nou reconeixement (que no «noves» causes), interrogants als que intentarem donar resposta més endavant.

### **III. Principi informador i transversal en la interpretació i aplicació de les normes: l'obligada perspectiva igualitària**

L'article 4.3 estableix un mandat de singular importància —i que, d'entrada, pot passar desapercbut— quan disposa que: «El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas»; mandat que hem de connectar amb l'apartat tercer del preàmbul, en què el legislador raona que cal tenir en compte que els actes discriminatoris es cometien en un context de discriminació estructural que explica les desigualtats històriques com a resultat d'una situació d'exclusió social i sotmetiment sistemàtic per mitjà de pràctiques socials, creences, prejudicis i estereotips.

Aquest mandat, en definitiva, és el que, respecte de la discriminació per raó de sexe o gènere, coneixem com a «perspectiva de gènere» recollit en l'article 4 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva entre dones i homes, i que haurem d'estendre a cadascuna de les causes de discriminació, prioritzant —en l'anàlisi i en l'enjudiciament de les situacions— la perspectiva de la persona víctima de la discriminació (i no la del subjecte discriminador).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Perquè s'entengui la rellevància del mandant, només un exemple: la doctrina inamovible del Tribunal Suprem (des de la inicial STS 29 de febrer de 2001), validada per la STC 62/2008,

#### IV. La definició de les diferents classificacions de la discriminació

L'article 6 de la Llei integra una nova tipificació discriminatòria, que recull els avenços doctrinals i jurisprudencials en la matèria. Comença per la ja clàssica diferenciació entre la discriminació directa (determinada pel caràcter «causal» de la desigualtat de tracte) i la indirecta (definida per l'impacte negatiu o desfavorable d'una actuació aparentment «neutral»), diferenciació plenament assumida des de fa anys per la normativa i la jurisprudència. Destacaré, com a novetat, l'explícita referència a la consideració com a «discriminació directa» de la denegació dels anomenats «ajustaments raonables» a la feina per a persones treballadores amb discapacitat.<sup>2</sup>

A continuació, l'apartat segon de l'article 6 defineix la discriminació per associació quan una persona, a causa de la seva relació amb una altra sobre la qual concorre alguna de les causes previstes en l'apartat primer de l'article 2 de la Llei, és objecte d'un tracte discriminatori. En serien exemples emblemàtics els recollits en les sentències del TJUE Coleman de 17 de juliol de 2008 (C-303/06) i la més recent Hakelbracht de 20 de juny de 2019 (C-404/18).<sup>3</sup>

---

de 26 de maig, segons la qual acomiadar per causa de malaltia no és discriminatori si obeeix a una raó d'estricta interès empresarial (econòmic o productiu) i no integra un element intrínsecament «segregacionista», esdevé difícilment compatible amb aquest principi informador que consagra la Llei, que ens obliga, en l'aplicació i interpretació de la Llei, a atendre la perspectiva del subjecte discriminat i no la del discriminador. Aquesta obligada perspectiva, explicitada ara en la nova Llei, d'altra banda, és la congruent amb la prevalença del dret a la igualtat i la no-discriminació consagrat en l'article 14 CE, amb rang de dret fonamental, enfront del dret constitucional a la llibertat d'empresa recollit en l'art. 38 CE (que, integra, com una de les seves manifestacions, la facultat empresarial d'acomiadar).

<sup>2</sup> La Sala Social del TSJIB ha elevat qüestió prejudicial en data 30 de setembre de 2022 davant del TJUE en relació amb l'article 49.1.e) ET, que contempla, com a causa automàtica d'extinció del contracte, la declaració d'incapacitat total per a la professió habitual, sense la prèvia exigència d'haver atès aquest mandat d'ajustaments raonables o haver justificat la impossibilitat o cost excessiu de complir-lo.

<sup>3</sup> El TJUE entengué que Sra. Coleman fou discriminada «per raó de discapacitat», en ser acomiadada en raó del temps d'absència en el treball originat per les cures al seu fill en aquella situació. Mentre que en el cas Hakelbracht aprecià discriminació per raó de sexe en l'acomiadament d'una responsable de RRHH que fou acomiadada per «confessar» a una candidata d'un procés de selecció que havia estat exclosa per causa del seu embaràs.

La discriminació per error és definida com aquella que es fonamenta en una apreciació incorrecta per part del subjecte discriminador sobre les característiques de la persona o persones discriminades, error que no exonera de l'apreciació de la discriminació.<sup>4</sup>

La «discriminació múltiple», segons el mateix precepte, concorre quan una persona és discriminada de manera simultània o consecutiva per dues o més causes de les definides en la Llei. Quan, a més, la concurrència d'aquestes causes discriminatòries generen una forma específica de discriminació, especialment intensa en potenciar la seva gravetat, la discriminació serà considerada «interseccional».<sup>5</sup>

El mateix article 6 defineix altres conceptes com els d'«assetjament discriminatori», «inducció, ordre o instrucció de discriminació», «mesures d'acció positiva» i «segregació escolar», en què no entraré per raons d'espai i per ser prou coneguts.

## **V. Les garanties processals del dret a la igualtat i a la no-discriminació**

Les garanties processals del dret a la igualtat i la no-discriminació es detallen en els articles 25 a 30 de la Llei, sense que es detecti cap novetat rellevant respecte de les que ja contempla la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social (LRJS), que, sens dubte, ha servit d'inspiració d'aquest capítol de la nova Llei.

Per això, res no destacaré respecte d'aquests preceptes que no sigui el que disposa l'article 27 en relació amb l'atribució de responsabilitat patrimonial i la reparació del dany el tenor literal del qual pot induir a confusió, com he pogut constatar en algun pronunciament de la instància social,<sup>6</sup> que declara la nul·litat de

---

<sup>4</sup> Exemple paradigmàtic d'aquest tipus de discriminació el trobem en la STSJ de Galícia, de 13 d'abril de 2021 (Rec. Sup. 160/2020), que declarà la nul·litat d'un acomiadament reactiu a la impressió del empresari, un cop visitat el treballador recent accidentat, que quedaria discapacitat (quan, de fet, rebé l'alta mèdica al cap de pocs dies).

<sup>5</sup> Un cas molt manifest és el del col·lectiu de dones d'ètnia gitana.

<sup>6</sup> La Sentència núm. 419/2022, de 15 de novembre, del Jutjat Social núm. 1 de Gijón, raona el següent: «Pero es que, además, el artículo 27 de la citada ley, exige una indemnización [que restituya] a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral. En el caso de un despido, la restitución se cumple con la readmisión pero, aun cuando no se haya reclamado nada al respecto, se presume un daño moral que debe ser también indemnizado. Cabría preguntarse,

l'acomiadament per malaltia en aplicació de la Llei que comentam i, d'ofici, fixa una indemnització pels danys causats per la discriminació apreciada, quan no s'havia reclamat a la demanda, sobre la base dels que considera mandats imperatius de l'article 27 de la Llei i de l'article 183 LRJS.

No comparteixo aquesta tesi. L'article 183 LRJS, certament, estableix que: «[q]uan la sentència declari l'existència de vulneració, el jutge s'ha de pronunciar sobre la quantia de la indemnització que, si s'escau, correspongui a la part demandant». Però, al meu entendre, el reconeixement de la indemnització requereix que aquesta es reclami amb invocació de danys morals i/o materials, en raó del principi dispositiu, de congruència i de prohibició d'indefensió que caracteritzen, també, el procés laboral.<sup>7</sup>

Per tant, si més no en l'àmbit de la jurisdicció social, la reparació dels danys materials i morals derivats de la discriminació apreciada requerirà, indefectiblement, la seva prèvia reclamació en la demanda. Cal recordar que el primer dret fonamental que hem de garantir els òrgans judicials és el de la tutela judicial efectiva consagrat en l'article 24 CE, manifestacions del qual són tant el principi de congruència com el

---

en un caso como el que nos ocupa en el que no ha sido reclamada indemnización alguna, si la misma puede apreciarse de oficio o debe primar el principio dispositivo. Como de discriminación hablamos y la discriminación vulnera un derecho fundamental como es recogido en el artículo 14 de la Constitución, resulta aplicable el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social: "Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados"».

<sup>7</sup> Aquesta conclusió és a la que s'arriba d'una lectura integradora dels articles 26, 179.3 i 183 LRJS. Així, l'article 26.2 contempla «la possibilitat de reclamar [...] la indemnització derivada de discriminació», mentre que l'article 179.3 estableix que la demanda, en matèria de discriminació, «ha d'expressar amb claredat els fets constitutius de la vulneració, el dret o llibertat infringits i la quantia de la indemnització pretesa, si s'escau, amb l'especificació adequada dels diversos danys i perjudicis, als efectes del que disposen els articles 182 i 183, i que, excepte en el cas dels danys morals units a la vulneració del dret fonamental quan resulti difícil la seva estimació detallada, ha d'establir les circumstàncies rellevants per a la determinació de la indemnització sol·licitada, inclosa la gravetat, la durada i les conseqüències del dany, o les bases de càlcul dels perjudicis estimats per al treballador».

de prohibició d'indemnització, principis ambdós que queden lesionats si apreciam d'ofici una indemnització que no ha estat reclamada en la demanda.

Qüestió diferent, òbviament, és que, segons disposen els esmentats preceptes processals, haguem de pressuposar el dany moral i tinguem un ampli marge de ponderació en la fixació de la indemnització. Però la prèvia reclamació de la indemnització i la invocació dels danys, tant morals com materials, em sembla indispensable.

## **VI. La malaltia i la condició de salut com a causa de discriminació: algunes objeccions de la doctrina científica**

Exposades les principals novetats de la Llei, em centro ara en la que, sense dubte i en l'àmbit del Dret del treball, és més rellevant i, de moment, està generant més debat: la consideració de la malaltia o la condició de salut com a causa discriminació.

Tot i que la majoria de la doctrina científica ha rebut favorablement aquesta incorporació de la malaltia o condició de salut en la tutela antidiscriminària,<sup>8</sup> considero oportú analitzar les objeccions del sector minoritari de la doctrina científica que s'ha manifestat en contra, així com la meva opinió al respecte.

El professor Erik J. MONREAL BRINGSVAERD, catedràtic de la Universitat de les Illes Balears, en un treball de recent publicació,<sup>9</sup> raona, en síntesi, que la nova Llei no pot incloure una nova causa de discriminació, com la malaltia i condició de salut, perquè ni té el caràcter orgànic exigint per l'article 81 CE per desenvolupar un dret

---

<sup>8</sup> BAYLOS GRAU, A. «La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», Blog de l'autor, entrada de 14 de juliol de 2022; BELTRÁN DE HEREDIA, I. «A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?», Blog de l'autor, entrada de 14 de juliol de 2022; ROJO TORRECILLA, E. «Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022, de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral». Blog de l'autor, entrada de 19 d'agost de 2022; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. «Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación». *Brief AEDTSS* (19 de juliol de 2022).

<sup>9</sup> «Despidos en situación de baja por IT tras la Ley 15/2022: improcedentes, no nulos, como regla general». *Brief AEDTSS* (27 de març de 2023).

fonamental, «ni puede arrogarse la función de garantizar el derecho a la no discriminación por razón de enfermedad en las relaciones laborales por el simple motivo de que este derecho nunca ha existido en nuestro ordenamiento».

També el professor de la Universitat de Cadis, Antonio ÁLVAREZ DEL CUVILLO, és crític amb la inclusió d'aquesta causa de discriminació, tot i que en termes menys categòrics, després de reconèixer que la Llei, «a primera vista, zanja la polèmica sobre la calificación del despido de los trabajadores por encontrarse en incapacidad temporal», considera que s'assoleix «un resultado materialmente deseable, pero a costa de banalizar el concepto de discriminación para confundirlo con el de injusticia», en considerar que «el problema fundamental de la ley es que no consigue definir con precisión en qué consiste la “prohibición de discriminación”, diferenciándola netamente del principio de igualdad en sentido estricto».<sup>10</sup>

Des del màxim respecte intel·lectual a qui les formulen, no puc compartir cap de les objeccions exposades:

- a) Pel que fa a l'exigència que la inclusió de la malaltia o condició de salut com a causa de discriminació requeria fer-se per mitjà d'una llei de caràcter orgànic, he de començar per recordar que, segons la doctrina constitucional (STC 135/2006, de 27 d'abril), cal distingir «entre la imposición de límites a un derecho fundamental, actividad normativa reservada a la ley orgánica (art. 81.1 CE), y la regulación del ejercicio del derecho, tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE».
- b) Però, a més, cal precisar que, en rigor, el dret a la igualtat i la prohibició de discriminació consagrats en l'article 14 CE no és un dret fonamental, denominació restringida als drets consagrats en els articles 15 a 29 CE (segons enuncia la secció 1a del títol I). Així ho aclarí el Tribunal Constitucional en la STC 76/1983, de 5 d'agost (cas LOHPA), en raonar «que el artículo 81.1, al definir las materias propias de Ley orgánica, se refiere al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección Primera del capítulo II», afegint, més endavant, que «[e]xiste, pues, una exclusión expresa del art. 14 en el art. 81.1 de la Constitución [...] justificada porque la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas».

---

<sup>10</sup> «La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque». *Brief AEDTSS* (18 de juliol de 2022).

Per tant, cap impediment pot haver-hi, des de la perspectiva constitucional, en el fet que la nova Llei incorpori a l'àmbit de la tutela antidiscriminatòria causes de discriminació fins ara no explicitades normativament.

- c) Quant a la segona objecció, donat que el legislador «no puede arrogarse la función de garantizar el derecho a la no discriminación por razón de enfermedad en las relaciones laborales por el simple motivo de que este derecho nunca ha existido en nuestro ordenamiento»,<sup>11</sup> em sembla important remarcar que el que fa el legislador no és generar o crear unes «noves causes de discriminació», sinó que, ans el contrari, detecta que a la societat hi ha causes de discriminació no reconegudes com a tals fins ara i, per tant, sense la necessària protecció. I, així —per raó del mandat de l'article 9.2 CE, significativament invocat en l'inici del preàmbul—, inclou en l'àmbit de la tutela antidiscriminatòria aquestes causes. El que és nou és la seva inclusió explícita en l'àmbit legal de la tutela antidiscriminatòria, no el seu caràcter com a causa de discriminació. La precisió és rellevant, entre altres raons, en ordre a l'aplicació retroactiva de la nova tutela a situacions, especialment acomiadaments, previs a l'entrada en vigor de la Llei que comentam.
- d) En relació amb la STC 62/2008, de 26 de maig, el fet que el Tribunal entengués, que no hi ha discriminació si «el factor enfermedad» es considera «con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo», i exigís, per apreciar-la, la concurrència d'un element segregacionista o estigmatitzant, no pot impedir, en absolut, que el legislador pugui apreciar, catorze anys després, que la situació ha canviat, i que la malaltia o la condició de salut sí s'ha convertit, en els darrers anys i en l'àmbit de les relacions laborals, en un motiu de discriminació d'especial rellevància social, en raó d'aquella situació de màxima vulnerabilitat i precarietat. Cal d'afegir, a més, que quan es dictà aquesta Sentència, el TJUE encara no havia evolucionat cap a un concepte molt més ampli, actualitzat, dinàmic i social de la «discapacitat» com a causa de discriminació, a la llum del qual aquell pronunciament constitucional fora, ara mateix, inconcebible.
- e) Finalment, i com explico a continuació, no ens trobem davant una «nova» causa de discriminació: el que fa la nova Llei és restituir o reintegrar en l'àmbit de la tutela antidiscriminatòria un factor que sempre havia tingut una especial protecció.

---

<sup>11</sup> Ídem nota 9.

**VII. La malaltia o condició de treball, una causa de discriminació restituïda**

En efecte, fins a la reforma laboral de 1994, els articles 55.6 de l'Estatut dels treballadors i 102.6 de la Llei de procediment laboral, des de 1980, establien una tutela específica del treballador en situació d'incapacitat temporal, en termes semblants als que disposa l'actual article 55.5 ET en relació amb les situacions vinculades als drets de conciliació, ja que l'acomiadament de tot treballador en suspensió de contracte (com suposa la IT) havia de ser qualificat nul cas de no resultar procedent.<sup>12</sup>

Aquesta protecció va arribar a propiciar la falsa conclusió segons la qual el treballador no podia ser acomiadat estant de baixa, quan —en realitat i com passa avui amb la tutela objectiva— sí que podia ser acomiadat si concorria causa objectiva real i suficient o greu incompliment disciplinari que justificqués la procedència de la decisió extintiva.

Per raons mai explicades, la reforma laboral aprovada per la Llei 11/1994, de 10 de maig, va modificar el text de l'article 55 de la Llei 8/1980, de 10 de març, de l'Estatut dels treballadors i de l'article 108 del Reial decret legislatiu 521/1990, de 27 d'abril, pel qual es va aprovar el text articulat de la Llei de procediment laboral (LPL), desapareixent —com a supòsit explícit de declaració de nul·litat— la situació de suspensió temporal (i, amb ella, la d'incapacitat temporal). Això no obstant, la majoria dels tribunals superiors de justícia van seguir declarant la nul·litat dels acomiadaments per causa de malaltia o condició per salut, en considerar-los discriminatoris. És a dir, davant la sobtada desprotecció normativa, les sales de suplicació entengueren que els acomiadaments per causa de malaltia o condició de salut, tret que fossin procedents, s'havien de declarar nuls, però ja des de la tutela discriminatòria. Destaca, en aquest sentit, la STSJ de Catalunya 1891/2000, de 28 de febrer, de la qual fou ponent Maria Lourdes Arastey, actual magistrada del TJUE.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Així, l'article 55.6 de la Llei 8/1980 declarava que: «El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia». I, en consonància amb aquest mandat, el paràgraf 2n de l'article 102 de la Llei de procediment laboral (Reial decret legislatiu 1568/1980, de 13 de juny) establia que: «Sólo se declarará "nulo" el despido [...] cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley».

<sup>13</sup> «La Sala considera que existe desde luego una elección del trabajador, efectuada con posterioridad al momento del empleo, que atiende a las condiciones personales del mismo y



Aquesta línia doctrinal que acceptava, de forma natural, que l'acomiadament per malaltia o per incapacitat suposava una discriminació per malaltia o per raons de salut, va finalitzar bruscament amb la STS 502/2001, de 29 de gener, que, precisament, va revocar l'anteriorment referida STSJ de Catalunya de 28 de febrer de 2000,<sup>14</sup> en concloure que la malaltia, des d'una perspectiva estrictament funcional d'incapacitat per al treball, que fa que el manteniment del contracte de treball de l'actor no es consideri rendible per a l'empresa, no és un factor discriminatori en el sentit estricte que aquest terme té en l'incís final de l'article 14 CE, encara que pogués ser-ho en altres circumstàncies en què resulti apreciable l'element de segregació.

---

que se concreta en el despido del mismo, atendidas únicamente tales condiciones. No hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social, sin que, por otro lado, se acredite que nos hallamos ante aquel supuesto al que antes hemos aludido del artículo 52 a) del Estatuto de los trabajadores». En la mateixa línia, les STSJ de Catalunya de 2 d'abril de 2001 (AS 2001, 2139) i de 26 de setembre de 2002 (AS 2002, 3017), la STSJ de Múrcia de 24 de maig de 2004 i la STSJ de Canàries de 8 de març de 2004.

<sup>14</sup> «La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2.º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador».

Aquest criteri doctrinal tan categòric (expulsant la malaltia com a causa discriminatòria, quan estava assumida per la majoria de les sales de suplicació), s'aplicà a partir de llavors —al meu entendre— acríticament i sistemàticament, fins i tot en situacions en què, fàcilment, podia haver-se apreciat la concurrència de l'element «segregacionista».<sup>15</sup> I el Tribunal Constitucional, en la Sentència 62/2008, de 26 de maig, i com ja hem vist, quan alguns esperàvem que corregís aquest criteri doctrinal, el validà plenament.

A més, la immediata promulgació de la Llei 45/2002, de 12 de desembre, de mesures urgents per a la reforma del sistema de protecció per desocupació i millora de l'ocupabilitat, que implantà una figura tan anòmala com l'anomenat *despido improcedente exprés*, banalitzà sobre manera l'exigència causal en la regulació de l'acomiadament, i va comportar que es generés, en molts sectors empresarials i professionals, la convicció (que, en part, encara roman) que s'havia conformat un autèntic dret a «acomiarar improcedentment», sense causa o amb causa fictícia, a tot treballador en situació de baixa mèdica, a canvi d'assumir-ne el cost econòmic derivat de la declaració d'improcedència. I aquesta convicció ha acabat generant una situació de manifesta vulnerabilitat i desprotecció, respecte a l'exercici de drets tan elementals com són la protecció de la salut o l'accés a les prestacions de seguretat social, que —sense dubte i per la seva especial rellevància social— han determinat la intervenció del legislador que ara analitzem.

Com altres vegades en relació amb altres causes de discriminació (la STJUE Elbal Moreno, amb relació a la discriminació per raó de sexe, o la STJUE Vital Pérez, respecte de la discriminació per raó de l'edat), fou el TJUE el que, al rescat d'un concepte més tutelar de la garantia d'igualtat i prohibició de discriminació, obligà el Tribunal Suprem a modificar, ni que fos parcialment, la seva doctrina.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Així, les sentències del TJS de Catalunya de 12 de juny i de 7 de setembre de 2006, dictades en Sala General, apreciaren aquest element segregacionista en l'acomiadament massiu de 41 empleats de l'empresa SEAT, en situació de baixa mèdica, amb imputació disciplinària fictícia de «baix rendiment voluntari» i declararen la nul·litat dels acomiadaments, però foren revocades per les STS d'11 i de 18 de desembre de 2007.

<sup>16</sup> Així, amb la STJUE HK Danmark (Ring), C-335/11, d'11 d'abril de 2013, es produí una evolució doctrinal important després de la ratificació per part de la Unió Europea, el 2010, de la Convenció de les Nacions Unides relativa als drets de les persones amb discapacitat i, per d'això, el TJUE va ampliar el concepte de «discapacitat», en equiparar al mateix situacions de

Aquesta ampliació doctrinal del concepte «discapacitat» com a causa discriminatòria de l'article 4 de la Directiva 2000/78/CE, especialment després de la SJTUE Daouidi d'1 de desembre de 2016, tot i suposar un fre important a la doctrina del Tribunal Suprem iniciada amb la Sentència 502/2001 (que generà la perniciosa «seguretat jurídica» —per a l'empresari— conforme sempre es podia acomiadar el treballador malalt si estava disposat a assumir el cost de la improcedència), no va comportar la seva total superació; fet que, molt probablement, ha estat el motiu principal que ha portat el legislador a incorporar explícitament la malaltia o condició de salut com a causa discriminatòria, clarament diferenciada de la de discapacitat.

No puc amagar la meua satisfacció per aquesta incorporació, que corregeix el que, al meu entendre, ha constituït un greu error de la nostra jurisprudència, en avantposar el dret constitucional de l'empresari (per més legítima que sigui l'aspiració a la rendibilitat econòmica de l'empresa, ex art. 38 CE) al dret fonamental del treballador a la igualtat i a la no-discriminació.

### **VIII. Els primers pronunciaments judicials respecte a la malaltia o condició de salut com a causa de discriminació (i la seva possible aplicació retroactiva)**

Enfront de la divisió d'opinions en la doctrina científica que ja hem explicat, els primers pronunciaments judicials al respecte, en forma unànime, han assumit

---

«larga malaltia». El TJUE, recordant que la Unió havia ratificat la Convenció de l'ONU sobre la discapacitat i que, per tant, les seves disposicions formaven part integrant de l'ordenament jurídic de la Unió, establí un nou concepte de «discapacitat» —més social, dinàmic i flexible— com aquelles «dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78».

Posteriorment, la STJUE Daouidi completà aquesta evolució doctrinal, en concretar dos paràmetres per discernir quan una situació de malaltia o les seqüeles d'un accident poden ser considerats «duradores» i, per tant, equiparables a «discapacitat»: el que, a la data del fet presumptament discriminatori, l'incapacitat temporal de l'interessat no presenti una perspectiva ben delimitada quant a la seva finalització a curt termini, o el que aquesta incapacitat pugui prolongar-se significativament abans del restabliment d'aquesta persona.

plenament la malaltia o condició de salut com a causa de discriminació i, per tant, han declarat la nul·litat dels acomiadaments impugnats, tret de dos casos que o no han apreciat indicis discriminatoris (que vinculin la decisió extintiva amb l'acomiadament) o han descartat la intencionalitat discriminatòria.

Però el que no es qüestiona, en cap d'aquests primers pronunciaments, és que, com a mínim, des de l'entrada en vigor de la nova Llei, tot acomiadament per causa de malaltia o condició de salut haurà de ser declarat nul, tal com majoritàriament s'entenia fins a la STS 502/2001, de 29 de gener.<sup>17</sup>

L'única discrepància constatada en aquests primers pronunciaments s'ha centrat en si la causa de discriminació de nou reconeixement era aplicable fins i tot a acomiadaments previs a l'entrada en vigor de la Llei que comentam.

La disposició transitòria única de la Llei 15/2022, sota el títol, «Régimen transitorio de procedimientos», disposa que: «A los procedimientos administrativos y judiciales ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley no será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior». D'acord amb aquest precepte, la majoria de les sentències d'instància no han aplicat la nova Llei, ni la causa de discriminació que incorpora, a acomiadaments anteriors a l'entrada en vigor. També s'ha pronunciat en aquest sentit el TSJ de Catalunya en les sentències de 19 de setembre de 2022 (recurs núm. 3184/2022) i de 5 de desembre de 2022 (recurs núm. 6523/2022), i el TSJ del País Basc en la recent Sentència de 7 de març de 2023 (recurs núm. 3067/22), tot i que amb un rellevant vot particular.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Aquests primers pronunciaments es poden consultar en el Blog del professor BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., en l'«entrada» titulada «Despido/enfermedad/Ley 15/2022». Així, han declarat ja la nul·litat d'acomiadaments per causa de malaltia les següents sentències d'instància: SJS/1 de Burgos de 27 de febrer de 2023 (rec. 758/2022), SJS/1 de Granada de 15 de febrer de 2023 (rec. 753/2022), SJS/1 de Cartagena de 18 de gener de 2023 (rec. 702/2022), SJS/3 d'Ourense de 18 de novembre de 2022 (núm. 632/2022), SJS/1 de Vigo de 13 de desembre de 2022 (núm. 473/2022), i SJS/1 de Gijón de 15 de novembre de 2022 (rec. 467/2022).

En sentit contrari, la SJS/1 de Vigo de 15 de febrer de 2023 (rec. 573/2022) i la SJS/1 de Mieres de 14 de febrer de 2023 (rec. 64/2023) declaren la improcedència, en no apreciar indicis de la discriminació invocada.

<sup>18</sup> Raona aquest vot particular, signat pel magistrat Florentino Eguaras, el següent: «La nueva norma es aplicable a todas las prácticas empresariales, pues cuando existe una quiebra del art. 14 de la Constitución, no hay ni plazos ni términos, porque la retroacción a las

Personalment, m'inclino també pel criteri del vot particular esmentat. Em sembla important insistir que el que fa el legislador no és generar o crear unes «noves causes de discriminació», sinó que, ans el contrari, detecta que a la societat hi ha causes de discriminació no reconegudes com a tals fins ara i, per tant, sense la necessària protecció. Així —en raó del mandat de l'art. 9.2 CE, significativament invocat a l'inici del preàmbul—, inclou en l'àmbit de la tutela antidiscriminatòria aquestes causes. El que és nou, en conclusió, és la seva restitució en l'àmbit de la tutela antidiscriminatòria, no el seu caràcter com a causes de discriminació, cosa que legitima l'aplicació retroactiva de la nova tutela a situacions, especialment acomiadaments, previs a l'entrada en vigor de la Llei.

#### **IX. Algunes precisions respecte de la malaltia o condició de salut com a causa de discriminació i la seva tutela processal**

Algunes precisions finals en relació a la «gestió processal» d'aquesta causa discriminatòria de nova incorporació:

- a) Pel que fa a la delimitació conceptual de la causa discriminatòria: què comprèn la «malaltia o condició de salut»? Al meu entendre, invertint l'ordre, «condició de salut» és el genèric, el concepte que abasta qualsevol alteració de la salut amb independència de la seva causa, mentre que la «malaltia» en seria el supòsit més habitual. Per tant, la condició de salut susceptible de ser considerada causa de discriminació pot respondre, a més de la malaltia (tant «comuna» com a «professional»), a qualsevol altra condició que afecti la salut,

---

situaciones de discriminación es *ope legis* y *ex tunc*. Ello supone que en nuestro supuesto, y considerando las circunstancias concurrentes y el art. dos números uno y tres de la indicada ley, ha sido discriminado el trabajador y las consecuencias de ello son la nulidad de la conducta vejatoria. La situación que ha regulado el legislador responde a la máxima *ius clamat domino*, y ello significa que la situación actual de nuestra normativa consagra como discriminación casos como el del actor —en IT— y por ello el demandante debe recibir toda la tutela que deriva de encontrarnos ante un derecho transversal, y una obligación judicial de actuar todas las medidas necesarias para evitar la discriminación —ex 28 de la ley 15/22— y que el legislador ha previsto. En el sentido de lo anterior no creo que sea posible eludir la tutela bajo el cobijo de tratarse de una cuestión nueva, pues la Constitución agrega a las facultades de los tribunales una interpretación acorde a la misma, y ajena a posibles formalidades que terminan por limitar la protección que nuestro ordenamiento pretende otorgar en la vía judicial».

com —per exemple— accidents («laborals i no laborals») o altres causes, com ara la drogoaddicció o l'alcoholisme.

- b) En aquest sentit, cal diferenciar i desvincular, a partir d'ara, la «malaltia o condició de salut» de la «discapacitat» com a causes de discriminació absolutament independents, i això sense perjudici de seguir considerant —en aplicació de la doctrina Ring i Daouidi del TJUE, ja referida— determinades situacions de malaltia llarga o d'incerta durada com a situacions de «discapacitat». Només respecte a aquesta causa de discriminació resulta aplicable l'excepció a la prohibició de discriminació de l'apartat 3 de l'article 2 de la Llei. («las que derivan del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública»). En sentit contrari, l'obligació d'«ajustaments raonables» a càrrec de l'empresari, establerta en l'article 5 de la Directiva 2000/78/CE, l'incompliment de la qual es qualifica de discriminació «directa» en l'article 6.1 de la Llei, només serà predicable respecte a les situacions de «discapacitat».
- c) La «malaltia o condició de salut» no requereix la concurrència de cap circumstància afegida (ni de temporalitat llarga o incerta, ni d'especial gravetat o intensitat) perquè hagi de ser apreciada. Basta la simple concurrència del fet biològic (malaltia o altra condició de salut) i el seu coneixement empresarial per mitjà del comunicat de baixa mèdica o el comunicat d'accident laboral (necessari per a la discriminació directa, però no per a la indirecta).
- d) La tutela que confereix la Llei, a diferència de l'establerta fins a la reforma de 1994 (de caràcter «objectiu»), és antidiscriminatòria, de major potencialitat que l'«objectiva» (en tant que incorpora la possibilitat de postular a la demanda la indemnització, més enllà de l'estricta declaració de nul·litat en cas d'acomiadament), però també més exigent, en la mesura que requereix l'aportació indiciària per activar l'anomenada inversió de la càrrega de la prova (art. 96.1 LRJS).
- e) En aquest sentit, la comunicació de baixa mèdica a l'empresa —amb caràcter general— té un valor indiciari inqüestionable, ja que acredita el coneixement empresarial de la situació d'incapacitat temporal i, per tant, permet inferir la sospita o hipòtesi raonable del possible caràcter discriminatori de tot acomiadament posterior en el temps a aquella comunicació, que l'empresa demandada haurà de desvirtuar amb «la aportación de una justificación

objetiva y razonable, suficientemente probada» (art. 96.1 LRJS) conforme la decisió extintiva fou aliena a la intencionalitat imputada.

- f) Activada la inversió de la càrrega de la prova, aquesta justificació a càrrec de l'empresa esdevé, en la pràctica, inviable en el cas de l'acomiadament sense causa o amb causa genèrica, en què l'empresa reconeix, ja en la carta d'acomiadament, la seva improcedència, ja que difícilment podrà justificar que la decisió extintiva impugnada és aliena a la intencionalitat discriminatòria imputada. Recordem que l'anòmala figura del *despido improcedente exprés* fou expulsada del nostre ordenament jurídic per la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, i, per tant, tot acomiadament, objectiu o disciplinari, ha de ser causal; de manera que, per desvirtuar l'indici de discriminació, l'empresa hauria d'acreditar la realitat i gravetat de la imputació disciplinària o de la causa objectiva.
- g) Això no obstant, no es pot descartar que, en determinats casos (especialment en acomiadaments objectius per «causes empresarials»), es pugui declarar la improcedència tot i la prèvia apreciació d'indicis de discriminació, si les al·legacions i prova aportades per l'empresa porten l'òrgan judicial a la convicció que, tot i la manca d'acreditació plena de les causes invocades o de la insuficient valoració de la seva gravetat, la facultat extintiva s'exercí de bona fe per part de l'empresa i sense altra motivació real que l'especificada en la carta d'acomiadament.





# La Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual: el trasfondo de un largo proceso normativo (primera parte)

**Bartomeu Bibiloni Guasp**

Notario

*President del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears*

## SUMARIO

**I. A modo de introducción: tenemos una ley civil aprobada. II. En espera de nuevas leyes: la cuestión de la técnica legislativa. III. Los distintos pactos sucesorios. 1. Los elegidos. 2. Los olvidados. IV. Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Mallorca y Menorca. 1. Introducción. 2. Los requisitos de forma. 3. Los requisitos de capacidad. 4. Las innovaciones en la donación universal de bienes presentes y futuros. 5. Las innovaciones en el pacto de definición.**

### **I. A modo de introducción: tenemos una ley civil aprobada**

La Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, fue aprobada por el Parlament de las Illes Balears en sesión del 25 de octubre de 2022 por unanimidad de los presentes, en una línea coherente con su presentación y registro de entrada por todos los partidos políticos en fecha 4 de julio de dicho año, y con el acuerdo de su tramitación por el sistema de lectura única en sesión del mismo día 25.

Esta rápida aprobación puso un feliz punto final a un largo proceso —más de cuatro años— de elaboración de una propuesta en la que se ponderó, de forma concreta y meditada, cada una de las posibles soluciones a los problemas que se plantearon en la práctica. El resultado conseguido es el de una ley que no solo conserva y mantiene nuestro Derecho civil, sino que lo desarrolla con un detalle y una extensión poco habitual hasta la fecha. En ella se han recogido —y normativizado— todas aquellas propuestas, proyectos o artículos doctrinales en un Derecho positivo

original, por la forma —de ley especial— y por el fondo —limitado a una sola institución jurídica de carácter sucesorio—. Esperemos que se haya abierto el camino a futuras leyes y a la creación de un importante cuerpo legal —codificado o no— que aglutine todo nuestro Derecho civil.

Su entrada en vigor fue el 17 de enero de 2023, a los dos meses de su publicación en el BOIB del 17 de noviembre anterior (BOE de 3 de diciembre de 2022), y, desde entonces, se ha escrito mucho sobre ella y se ha hablado mucho más.

La elaboración de la propuesta normativa es obra del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, órgano de consulta y asesoramiento tanto del Parlament como del Govern de la Comunidad Autónoma que, en la reforma de la Compilación acometida por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, vino a sustituir a la anterior Comisión Asesora. Que se trate solo de un cambio de nombre o de una pretensión de darle un renovado impulso a nuestro Derecho civil, anquilosado en muchas de sus instituciones, solo el tiempo lo dirá.

Uno de sus objetivos está dirigido a desarrollar nuestro Derecho civil, con la pretensión de situarlo al mismo nivel que el de otras legislaciones civiles existentes en el territorio nacional.

## II. En espera de nuevas leyes: la cuestión de la técnica legislativa

La primera decisión que se tuvo que adoptar fue la relativa a la técnica legislativa a seguir para que la reforma de las instituciones propias, más necesitadas, obtuviera el resultado pretendido. En la Memoria explicativa de la Ley, se exponen con detalle las opciones que se manejaron en su momento.

El Consell Assessor no fue ajeno a la discusión que se llevó a cabo a lo largo de los últimos años del siglo pasado sobre el dilema legislativo a elegir entre el sistema de leyes especiales o el de Compilación. Se tiene noticia de las distintas propuestas que se barajaron y que, luego, cristalizaron en algunos informes elaborados por los juristas designados para llevar a cabo la reforma del Derecho civil propio. Lo cierto es que las posturas encontradas siguen allí. No existe, y quizás nunca exista, un consenso sobre este punto. El catedrático de Derecho Civil de la Universitat de les Illes Balears, Miguel COCA PAYERAS, en el comentario introductorio a la *Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991) atribuye la falta de entendimiento a «razones históricas de prurito entre las islas, y señaladamente entre Mallorca e Ibiza, que ya se produjeron con motivo de la elaboración de la Compilación de 1961».

Por esta razón, desde el primer momento en que se iniciaron los trabajos tendentes a reactivar la reforma pendiente, los miembros del Consell Asesor partieron de la premisa de que la forma no debía obstaculizar la regulación del fondo. Ni este ceder ante aquella. Las cuestiones tangenciales debían aparcarse y la labor se centró en la propuesta de una reforma sustantiva.

De esta forma, para contentar a los defensores de las distintas tesis, se optó por seguir una fórmula intermedia. De momento es la que prospera y se propone para futuras leyes, aunque sea al precio de mutilar —a mordiscos— el texto de la Compilación. Por un lado, se utiliza el sistema de las leyes especiales que facilitan un estudio concentrado, sin dispersión, y su aprobación sin un ánimo extensivo a otras figuras jurídicas, que se van añadiendo a la «lista de espera». Pero, por otro lado, se prevé su futura incorporación o refundición en un cuerpo único, estructurado y diferenciado en su regulación por islas, respondiendo así a una tradición histórica que no incompatibiliza con la adecuación a la realidad actual. Que se estructure como una compilación o como un código civil —o varios— lo decidirá el legislador balear cuando cuente con las suficientes leyes para refundir.

La siguiente cuestión que se plantearon los miembros del Consell Assessor fue la de elegir qué institución estaba más necesitada de una nueva regulación. Las propuestas fueron varias y siguen sobre la mesa. Materias como el régimen económico matrimonial, la pensión compensatoria, la sucesión intestada, las sustituciones hereditarias —en especial la «desaparecida» sustitución ejemplar— los derechos de *estatge* y de habitación, entre otros, se están desarrollando y se irán proponiendo al legislador en los sucesivos meses.

Pues bien, la figura jurídica que se consideró que debía ser tratada en profundidad fue la de los pactos sucesorios, por su mayor aplicación práctica y aceptación social en los últimos años, pero huérfana de una regulación suficiente que le sirviera de sostén. Este especial arraigo ya se puso de manifiesto con las reacciones a la aprobación de la conocida como «Ley antifraude» que creó un gran debate sobre la necesidad de «proteger» esta figura de gran tradición. Por otro lado, las sentencias y las resoluciones que se han ido dictando en los últimos años revelaron unos criterios vacilantes, ejemplo claro de la ausencia de una clara normativa a la que acogerse.

### **III. Los distintos pactos sucesorios**

#### *1. Los elegidos*

Una vez resuelto el camino a seguir, se sucedieron las distintas cuestiones que había que acometer, tomando como punto de partida la doctrina ya existente, pero

decididos a trabajar con la mente abierta en la elaboración de la norma, sin influencias ni cortapisas.

Una decisión previa fue el reconocimiento de la incompetencia del legislador balear a la hora de decidir qué sujetos, sean españoles o extranjeros, tienen la aptitud para celebrar esta modalidad de sucesión contractual. La referencia a las normas de conflicto, nacionales e internacionales, era obligada (art. 2).

A continuación, se decidió acometer el desarrollo de los pactos ya existentes en las distintas islas, dándoles una nueva regulación, extensiva en la mayoría de sus aspectos. Y en esta normativización se adoptó una importante solución, en aras a separar el articulado en títulos distintos atribuidos a cada grupo de islas —Mallorca y Menorca, por un lado, y Eivissa y Formentera, por otro—, eliminando toda idea de supletoriedad entre sus normas, lo que no hace más que dar respuesta a unas particularidades —no solo el mar nos separa— y a una distinta forma de entender la sucesión hereditaria y, dentro de ella y de manera especial, la sucesión contractual en cada uno de estos espacios geográficos.

En este sentido, se mantiene para Mallorca y —como se reconoce desde la reforma del año 2017, punto de partida de la línea unificadora— para Menorca la donación universal de bienes presentes y futuros y la definición —que serán el objeto de comentario en esta primera parte—; y, para Eivissa y Formentera, los pactos de institución y de finiquito —que se tratarán en la segunda parte de este artículo—.

## 2. Los olvidados

Es cierto que se plantearon nuevas opciones de pactos, que no llegaron a fructificar; algunos se descartaron, de entrada, y otros se pospusieron para un estudio más profundo. Un cierto sentido de prudencia, y de no menos practicidad, llevó a esa decisión, sobre todo para evitar que la reforma fuera excesivamente novedosa —ya lo es de por sí— o que se dilatara en el tiempo más allá de lo deseado. No por ello puede decirse que no se tuvieron en consideración algunos de los que paso a comentar.

### A. El pacto de definición del cónyuge

En primer lugar, es clásica la discusión sobre la conveniencia, o no, de introducir la definición del cónyuge.

Ya se propuso su inclusión durante el proceso legislativo que cristalizó en la reforma de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears llevada a cabo por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, al objeto de «dar solución a las parejas que quieren

contraer matrimonio y quieren destinar todo su patrimonio, cuando mueran, a sus hijos respectivos, sin que la ley las limite por efecto de la legítima viual». Sin embargo, en la aprobación final del texto de la Ley no se acordó su admisión como una nueva modalidad del pacto de definición.

Evidentemente, el Consell Assessor se planteó de nuevo la discusión sobre esta figura, en su línea de intentar tratar todas las cuestiones posibles, se regularan después o no. Las razones que pesaron para su no aprobación en el año 2017, en especial su relación con las consecuencias patrimoniales del matrimonio, sus ulteriores vicisitudes y la forma de compaginarlo con los derechos de los hijos de solo uno de los cónyuges, habidos de una relación anterior, se tuvieron muy en cuenta.

Por estas razones, la decisión que adoptó el Consell Assessor fue la no inclusión de esta novedad de pacto en la propuesta de reforma.

#### *B. El pacto de legado*

En segundo lugar, se planteó la opción de introducir para el Derecho civil de Mallorca y Menorca el pacto de institución a título singular —o pacto de legado— propio del Derecho civil de Eivissa y Formentera. En ningún momento se planteó, para excluirlo, una confrontación *inter* islas, como se ha demostrado que no existe con respecto a otras figuras jurídicas que se han introducido —o copiado—, como ocurre con el pacto de definición celebrado por el heredero contractual del causante.

La problemática a la que se enfrentó el Consell, a la hora de llevar a cabo esa traslación normativa, recayó en la incompatibilidad de sucesiones que existe en las islas de Mallorca y de Menorca, a diferencia de lo que ocurre en Eivissa y Formentera en las que prima la compatibilidad, de modo similar a lo que rige en el Código Civil. Se deduce del artículo 7 de la Compilación que lo expone de forma categórica al decir que: «La sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual».

La existencia de un pacto sucesorio de legado, instituido por un causante que después fallece intestado, es una situación que no está prevista en nuestro Derecho. Ante ello, se propusieron diversas soluciones para lograr ese encaje sucesorio, entre las que destacan las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Que el pacto de legado lleve implícita una cláusula codicilar, con lo que se salva la incompatibilidad entre la sucesión contractual y la intestada, reconocida en el artículo 17 de la Compilación, que admite que «[m]ediante codicilo, el otorgante [...] puede dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de los herederos intestados».

No se trataba de una idea aislada, ya que el propio artículo 36 de la Ley lo ha previsto para un caso concreto. De esta forma, de fallecer el causante sin haber instituido heredero, ni en testamento ni en una donación universal, el pacto de atribución singular se transformaría en un codicilo, el legado sería válido y compatible con la sucesión intestada. Por tanto, de adoptar esta solución no hubiera sido preciso reformar la Compilación.

- 2.<sup>a</sup> Acudir a las reglas previstas en el artículo 15 de la Compilación y trasladarlas al pacto de legado. De esta forma, se podría crear un pacto sucesorio de atribución particular o singular, que ya no se llamaría pacto de legado, con transmisión de bienes de presente o sin ella.

En él, el causante no designaría al instituido como un legatario, sino como un heredero *ex re certa*, de modo que si, a su muerte, existiere un heredero —testamentario o contractual—, aquel instituido sería considerado como un legatario. Por el contrario, si no hubiere heredero universal que llegare a heredar, tendría esa consideración ese instituido con relación a los bienes no legados, evitando así tener que acudir a la apertura de la sucesión intestada. Tampoco en este caso se precisaba reformar la Compilación.

- 3.<sup>a</sup> Modificar, en fin, el texto de la Compilación, aclarando que la incompatibilidad lo es entre títulos sucesorios, de forma que solo cabe una institución de heredero —contractual, testamentario o intestado—, y no entre sucesiones. Esta opción permitiría la existencia de un pacto de atribución singular compatible con un heredero testamentario o intestado.

Sea como fuere, en el proceso de elaboración de la propuesta de reforma de los pactos sucesorios, que ya de por sí introduce importantes cambios, se prefirió dejar para el futuro el estudio de esta modalidad a la espera de observar la aceptación social de todo lo que sí se ha regulado.

#### **IV. Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Mallorca y Menorca**

##### *1. Introducción*

En relación con los pactos aprobados, tanto de la Exposición de Motivos como de la Memoria explicativa que se acompañó al proyecto pueden deducirse las razones que justifican cada uno de los preceptos de la Ley, algunos de ellos de más difícil interpretación.

## *2. Los requisitos de forma*

En cuanto a los requisitos formales no se observa ninguna novedad de relevancia, al subsistir la exigencia de su otorgamiento en escritura pública (art. 5), salvo en lo que hace referencia a la introducción de la mención de la hora, elemento importante para determinar la prelación en el tiempo con respecto a los testamentos que se otorgaren el mismo día, dejando expuestas las leves consecuencias de su omisión.

La concurrencia entre distintos pactos no plantea problema alguno, por cuanto la donación universal será siempre compatible con el pacto de definición, en cualquiera de sus modalidades, y, de colisionar estas entre sí, el principio interpretativo *favor pactum* que se desprende del artículo 9 lo resuelve de forma fácil.

## *3. Los requisitos de capacidad*

El importante tema de la capacidad para otorgar los pactos sucesorios llevó largas discusiones al objeto de acertar con el punto adecuado, sobre todo tras la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que conlleva un giro radical en estas cuestiones.

El resultado del articulado ha pretendido conjugar la cada vez mayor capacidad de las personas, en función de su nivel de discernimiento, con el hecho de evitar una decisión precipitada a la hora de celebrar un pacto sucesorio, en especial cuando conlleva la renuncia de derechos o de la acción para exigirlos. El recurso a la autoridad judicial para velar por los intereses de los más vulnerables, o para excepcionar la regla general que no les permite intervenir, cierra el ciclo de requisitos subjetivos exigibles para su otorgamiento.

Al donante, en todo caso, se le exige la máxima capacidad (art. 6). Además, en la donación universal, por conllevar una designación de heredero universal con carácter irrevocable, se le exige una actuación personalísima. Como excepción a esta regla general, la Ley admite la actuación de los representantes legales del menor de edad, contando con la pertinente autorización judicial. Se circunscribe a aquella situación excepcional —quizás ante un inminente peligro de muerte del menor— en la que resultaría inaceptable que le heredare, por vía intestada, quien ha tenido con él un comportamiento reprobable, circunstancias estas que quedarán siempre a la apreciación de los tribunales. La Ley, sensible a esta y a otras cuestiones, no ha cerrado la puerta a su validez.

La intervención del instituido, también por sus implicaciones —en especial las abdicativas—, exige un alto nivel de capacidad (art. 7), permitiendo la actuación personal de quienes tienen el suficiente discernimiento —el menor emancipado o

mayor de dieciséis años—, pero sujeto a controles asistenciales o representativos para evitar consecuencias impredecibles. Y, como medida de cierre, se remite a la autorización judicial. Las reglas del artículo 166 del Código Civil se mantienen perfectamente aplicables a los pactos sucesorios.

La regulación de la representación en la celebración del pacto, por su parte, era del todo punto imprescindible para salir al paso de las interpretaciones doctrinales, algunas de las cuales se trasladaron al dictado de ciertas sentencias, en las que se llega a confundir con los requisitos de capacidad. Con ese fin, se resalta que lo relevante es el fondo —facultades expresas y suficientes— por encima de la forma —poder general o especial—.

#### *4. Las innovaciones en la donación universal de bienes presentes y futuros*

##### *A. Sus distintos elementos*

En materia de donación universal de bienes presentes y futuros había que darle una nueva y más extensa regulación, aunque en algunos aspectos sin dejar de ser fiel al dictado de la Compilación. Las inquietudes de los que propulsaron la reforma del año 1990 se tuvieron en cuenta parcialmente en la nueva Ley.

Así, aspectos como las clases de donación universal, de escaso matiz diferencial (art. 13); la pluralidad de sujetos, de manera especial los designados de forma sucesiva (art. 12); su relación revocatoria con respecto a los testamentos anteriores, aunque con algunas excepciones (art. 16); la facultad modificativa de su contenido accidental, en sentido amplio (art. 18); la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario, ahora de aplicación automática para menores y personas en situación de discapacidad (art. 23); y el mutuo disenso (art. 25), o algunas de las causas revocatorias (art. 30), no representan una alteración importante con respecto a su regulación anterior.

En otros casos, se vio la necesidad de aclarar los puntos de mayor dificultad de interpretación. La regulación de las distintas categorías de bienes —presentes, excluidos y futuros— y las amplias facultades dispositivas sobre los mismos era una asignatura pendiente, incluso su compatibilidad con los pactos de definición.

De esta forma, se distinguen entre los bienes presentes, ya donados, respecto a alguno de los cuales el donante puede reservarse determinadas facultades dispositivas —en previsión de futuras necesidades o para satisfacer las legítimas de sus herederos forzosos—, y los bienes excluidos —o, si se prefiere, no incluidos— y los futuros, cuyo tratamiento se unifica (art. 15).



El principio *favor donatum*, que se desprende de las reglas interpretativas del artículo 9, también debe reconocerse a la hora de admitir la casi absoluta libertad dispositiva del donante universal, sin necesidad de hacer una reserva o previsión expresa al respecto e, incluso, a favor de personas con las que no guarda relación familiar alguna (art. 15). Prueba de ello es que se utiliza, en ocasiones, para favorecer a aquellos parientes colaterales y, en ocasiones, a extraños que se cuidan de atender sus necesidades.

Esa libertad dispositiva se extiende también a los actos *mortis causa*, como son los pactos sucesorios en la medida de su compatibilidad como tendremos ocasión de exponer más adelante, o a los testamentos o codicilos. Con respecto a estos (art. 16), la calificación de los que se otorgaren con posterioridad a la donación universal como auténticos testamentos, y no necesariamente como codicilos, responde a una imperiosa necesidad, ya que de otra forma quedaba vetada la posibilidad de incluir en ellos una sustitución vulgar al heredero y, sobre todo, una desheredación de legitimarios, dado el encorsetado ámbito del artículo 17 de la Compilación. La exigencia del heredero en el testamento se salva con el complemento de la donación universal y con el recurso al artículo 15 de la misma, de resultar ineficaz el instituido en esta.

En fin, la no responsabilidad por deudas del donante —que aún vive— (art. 19) sigue la misma línea aclaratoria de aquellas reglas que son consecuencia de la esencia misma del pacto.

La propuesta de reforma —hoy ya Ley aprobada— fue más allá. Recuperó las figuras de la cuarta falcidia y de la cuarta trebeliánica (art. 12), dándoles un significado distinto al que ostentaban en la regulación anterior, protegiendo así los intereses del instituido, al objeto de atribuirle un *minimum* a recibir ante las posibles disposiciones testamentarias del donante tendentes a vaciar de contenido patrimonial el residuo a heredar.

Estas figuras, siempre que no sean objeto de renuncia —como luego veremos— permiten reforzar la posición jurídica del donatario a la muerte del donante. A partir de ese instante, se consolida una situación que podríamos llamar latente, aunque irreversible, ya que el donatario no puede renunciar ya a su cualidad de heredero. Sí podrá, en cambio, proteger su patrimonio haciendo uso del beneficio de inventario o del derecho a deliberar, más aún si fuere un menor de edad o una persona en situación de discapacidad, necesitado de medidas de apoyo, en que el recurso a esos expedientes es automático (art. 23).

Más discutible —y discutida— fue la situación de los sujetos que no comparecieron a la celebración del pacto, en concreto con respecto a la posible facultad de repudiar

su delación. Entre ellos podemos señalar dos grupos de los que fueren llamados a heredar. Por un lado, nos encontramos con los donatarios sucesivos a los que la Ley equipara, en cuanto a su regulación, a la de una sustitución fideicomisaria. Esa consideración obliga a respetar su voluntad de suceder o de no hacerlo, a no ser que hubieren comparecido en el otorgamiento de la donación universal aceptando su llamamiento sucesivo. Por otro lado, son llamados los herederos del donatario universal que premuere al donante y que adquieren el derecho que aquel tenía de heredarle (art. 20). Aunque el mayor interés del donante fuere el de vincular a estos herederos, a fin de consolidar su sucesión, incierta a raíz del fallecimiento del donatario, el principio de la voluntariedad de la aceptación ha prevalecido sobre aquel, de forma que podrán renunciar a su llamamiento, dejando abierta la opción del primero de replantearse su planificación hereditaria.

#### *B. El derecho de retracto*

La Compilación balear no prevé la aplicación del artículo 812 del Código Civil a los pactos sucesorios. Su única mención aparece en el ámbito de las legítimas (art. 43).

Tuvo que ser la Sentencia de 28 de mayo de 1992, del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, la que le confirió su reconocimiento al pacto de definición con argumentos perfectamente extensibles a la donación universal, que no gozaron de un total consenso.

La Ley de sucesión paccionada ha decidido resolver la cuestión de forma definitiva, eliminando de golpe la aplicación de ese precepto en materia de pactos sucesorios, tanto con respecto a la donación universal como a la definición. La razón para esa supresión se centra en que su aplicación automática —salvo renuncia— y su extenso ámbito objetivo —a todo lo donado— conjugan mal con la realidad actual.

En su lugar, se ha optado por introducir un derecho de retracto (art. 21), de ejercicio potestativo y de ámbito más limitado, pero que responde mejor a una realidad social en la que se deben conjugar los distintos intereses familiares de los sujetos afectados.

Su razón de ser no ha variado. Se basa en la presunción de que el causante del pacto no hubiera realizado la donación de conocer la doble circunstancia de que el instituido le premuera y que, además, lo haga sin dejar descendencia. De darse estos hechos, el donante puede considerar que deberían beneficiarse de su patrimonio familiar otros parientes más cercanos, dando preferencia al vínculo por consanguinidad sobre el de la afinidad.

La Ley de sucesión paccionada se ha mostrado sensible al interés de quien se desprendió de parte de su patrimonio en favor de sus allegados, sin que con ello se

pretenda reinsertar en su articulado el principio jurídico de la troncalidad, reconocido en otras legislaciones civiles, que responde a la idea de que los bienes hereditarios deben retornar a la línea de parientes de aquel de quien proceden. Y, para dar satisfacción a esa inquietud, ha optado por dar entrada a un derecho de adquisición preferente, de atribución legal, de eficacia *erga omnes* —aunque hasta ciertos límites— de ejercicio facultativo o voluntario, personal e intransmisible, mediante unas formalidades —extrajudiciales— pautadas temporalmente.

Se ha limitado su ámbito objetivo, intencionadamente, a los bienes inmuebles y a las participaciones en entidades, por entender que son los que el donante se ha visto en la conveniencia o necesidad de transmitir y que más le pueden interesar que retornen a su patrimonio. El carácter fungible de otros bienes, la difícil determinación de su procedencia o por responder a una caprichosa liberalidad, así como aquellos de los que no se puede predicar su relación con el patrimonio familiar, son circunstancias que justifican su exclusión.

Se han previsto, en fin, unos requisitos formales de obligado cumplimiento (art. 22), en aras a dotar de seguridad jurídica a las frustradas expectativas de los afectados. El recurso a la vía notarial tiene por objeto, como siempre, facilitar su tramitación fuera de los procesos judiciales.

### *C. La novación de la donación universal*

La posibilidad de modificar el pacto objeto de estudio ya existía con la legislación anterior. Ahora se aclara que en esa novación cabe la posibilidad de disponer de nuevos bienes de presente (art. 24), respondiendo a la idea de la planificación, civil y fiscal, que caracteriza a todo pacto sucesorio y cuyo planteamiento progresivo proporciona una mayor probabilidad de éxito. Se trata de otro término acogido por la Ley, propio de su carácter contractual, lo que obliga a su análisis con la debida cautela.

Cuando afecte a los elementos esenciales del pacto, será preciso determinar su efecto extintivo o meramente modificativo, lo que tendrá relevancia con respecto a los testamentos otorgados con anterioridad a ella. La voluntad de las partes o el carácter compatible, o no, de las disposiciones serán los elementos interpretativos que hay que utilizar a este respecto.

La modificación del contenido accidental, por su parte, se explica con más detalle a lo largo del articulado, distinguiendo aquellos elementos que el donante puede alterar por sí solo (art. 18), dado su carácter hereditario, de los que precisa del consentimiento de los intervinientes en el pacto, por razón de su cariz contractual.

#### *D. La revocación de la donación universal*

La introducción de un amplio elenco de causas revocatorias era del todo punto necesario (art. 29). La protección de la persona del donante, que se desprende de parte de su patrimonio en ocasiones sin recibir nada a cambio, debe situarse en la cúspide de la norma.

Destacan las causas de indignidad, unidas generalmente al dictado de una sentencia penal, y las de ingratitud, especialmente el maltrato —físico o psíquico— o la negativa a prestar alimentos, que se nos revelan como las más probables.

Además, existen otras causas que podríamos considerar más novedosas, lamentablemente harto frecuentes en las relaciones familiares, como la ruptura de relaciones —extensiva muchas veces a los descendientes menores de edad—; o aquellos comportamientos con respecto a terceros que denotan un escaso valor personal en el que los realiza —pensemos en los frecuentes casos de violencia de género e, incluso, de violencia vicaria—.

La Ley regula un procedimiento para llevar a cabo la revocación citada, acudiendo a una previa vía notarial (art. 31) como antesala del inevitable recurso al proceso judicial (art. 32). Junto a él, se regulan los efectos de su determinación con respecto a todos los posibles sujetos afectados (arts. 35 y 36), para terminar con su relación con la figura de la preterición (art. 37).

### *5. Las innovaciones en el pacto de definición*

#### *A. Los distintos sujetos*

Una de las novedades más importante de la Ley hace referencia a los sujetos del pacto (art. 38).

Por un lado, hay que insistir en que nada ha cambiado en la relación —de línea y grado— entre el causante y el definido. Este debe ser un descendiente de aquel y, además, legitimario en su sucesión, al estar colocado en la posición de primer grado de parentesco, sea por gozar de esta proximidad por sí mismo, sea por haber fallecido el pariente intermedio.

Por otro lado, se diversifica la figura del disponente de los bienes, que puede ser una persona distinta del causante. En esta posición pueden encontrarse dos categorías de sujetos, que responden a una finalidad distinta.

En primer lugar, hablaremos de la disposición de los bienes procedentes del heredero contractual del causante de quien se definen los derechos —en este caso, solo los legitimarios—, lo que presupone una previa donación universal.

Pues bien, puede interesar al donante o, también, al donatario universal satisfacer las legítimas de sus herederos forzosos de forma anticipada mediante un pacto de

definición. Para ello, el heredero contractual puede utilizar tres tipos de bienes propios: a) los recibidos en la donación universal; b) los que adquirió por otro título, y c) con mención expresa, su importe en dinero. No se exige la intervención del donante universal en el otorgamiento del pacto de definición, pero este deberá celebrarse mientras aún viva.

En segundo lugar, el disponente puede ser un ascendiente del definido distinto del causante, de la misma o de diferente línea de parentesco y de grado inmediato o ulterior. La casuística es amplia y hay que admitir todas las posibilidades dentro del círculo familiar del definido. El carácter contractual del pacto impone la presencia de todos los sujetos en su otorgamiento.

Conviene puntualizar algunas circunstancias en relación con esa especial situación:

- 1.<sup>a</sup> Se admite esa modalidad de pacto tanto con respecto a la definición limitada a la legítima como a la extensa o relativa a los demás derechos hereditarios.
- 2.<sup>a</sup> Un mismo descendiente solo puede definir una vez su derecho con respecto al mismo causante, aunque pueda renunciar, antes o después, a los que ostentaría en relación con el ascendiente disponente. O sea, que primero puede definir sus derechos en la herencia del padre y después de la madre, o bien, primero en la sucesión del padre y después del abuelo, de premorir el familiar intermedio entre ambos.
- 3.<sup>a</sup> El causante no está obligado a renunciar a sus derechos con respecto a la sucesión del ascendiente disponente, aunque pudiera hacerlo. No quita que a este pudiera interesarle que lo haga para equilibrar así las adquisiciones con otros descendientes suyos, que sí los definen. Las consecuencias pueden variar según los casos apuntados.

De esta forma, la premoriencia del causante —padre— al disponente —abuelo— tendrá unos efectos distintos para el definido —nieto— en función de que el primero, a su vez, defina sus derechos con respecto al segundo, o no. Si no los renunció, el nieto aún conservará la facultad de definir los derechos con respecto a la sucesión de su abuelo. Pero si lo hiciera, esa opción le quedará vetada al nieto, por aplicación del artículo 40 *in fine* de la Ley que no reconoce el derecho de representación para este supuesto.

#### *B. Las respectivas prestaciones*

La prestación del donante es un acto a título lucrativo, al venir dada por su *animus donandi*, de forma que puede imponer al donatario una prohibición de disponer, un derecho de reversión convencional o la obligación de cumplir determinadas cargas que, al ser aceptadas por este, con independencia de la magnitud de su gravamen, traslada

al pacto la idea de la «elección» que conlleva la *cautela soccini* del artículo 49 de la Compilación. A esa explicación responde su mención en el texto de la Ley (art. 39).

El contenido de la atribución patrimonial es amplio, sin límites cuantitativos o cualitativos, incluso puede considerarse como tal lo recibido en una anterior donación universal. Puede ser simultánea a la definición o anterior a ella, pero no posterior.

Por el contrario, la prestación del donatario es un acto a título oneroso, al exigir que la renuncia, que debe ser pura y simple, se realice «en consideración» de una atribución patrimonial entendida también en ese sentido amplio (art. 38).

La conjunción de ambas prestaciones, por tanto, no hace oneroso el negocio jurídico, como defienden algunos pronunciamientos doctrinales o judiciales, ya que esa calificación evitaría la aplicación de las reglas de los actos gratuitos, como la computación para el cálculo de las legítimas, la presunción del fraude de acreedores, el derecho de retracto o la revocación por incurrir el donatario en determinadas causas, legalmente tipificadas, entre otras.

Se trata, más bien, de un negocio complejo, de manera que hay que hacer un análisis del conjunto y determinar sus efectos en función de cada una de esas prestaciones.

### C. La computación y la colación

La Ley (art. 40) no altera las reglas de la computación de las donaciones, que son de orden público e indisponibles por el causante. Los preceptos de la Compilación (art. 47) se mantienen incólumes.

Únicamente aporta un supuesto de excepción, que se dará cuando los demás legitimarios del causante renuncien voluntariamente a esa computación, dispensando al donatario de esa obligación de cálculo. Pueden hacerlo todos o solo algunos de ellos. En el primer caso, desaparecerá la obligación de computar lo recibido, mientras que en el segundo subsistirá únicamente con respecto a los que no se manifestaren en ese sentido.

Responde a una situación fáctica, no infrecuente, de que esos legitimarios no definidos consideran que el que recibe los bienes de forma anticipada, normalmente en consideración de sus atenciones con respecto a sus ascendientes, debe adquirirlos libre de la obligación de compensarles, en su día, por el exceso de valor, ya que ellos no quieren o no pueden prestar dichos cuidados.

Totalmente diferente es la solución que la Ley confiere a la cuestión de la colación de liberalidades para la partición de la herencia, por más de la legítima, o sea, una vez deducido lo computable, dando por cerrada una discusión que viene de antiguo y

que, hasta ahora, solo podía resolverse acudiendo a las reglas del Código Civil como norma supletoria.

De las dos posibles opciones que se barajaron por el Consell Assessor, la Ley se inclina por no imponer la colación, como regla general, dejando en manos del causante que exprese su voluntad en sentido contrario, si lo desea. Se funda en la consideración, deducible del más habitual sentir práctico, basada en la presunción de que, si nada se dice al respecto, se entiende que la intención del causante es la de no igualar a sus herederos, ya que es difícil que lo quiera y no lo diga.

Vemos, sin embargo, que existe un supuesto de excepción, concretado en la modalidad de la definición extensa, por más de la legítima, para evitar que exista una doble atribución a favor del definido o de sus descendientes, más allá de lo que se considere equitativo. Se observa esta consecuencia en la posición jurídica del sustituto vulgar del definido (art. 49) o del llamado a heredar intestado al causante (art. 50), bien entendido que la colación solo equivale a recibir de menos todo cuanto ya se adquirió en el pacto, de forma que la renuncia a heredar le exime de dicha obligación.

#### *D. Las posibles combinaciones de pactos*

La inclusión de nuevos sujetos, en la posición jurídica del disponente, no multiplica el número de pactos que pueden realizarse en comparación con la legislación anterior. La relación entre el causante y el definido —de la que se deduce el derecho a la legítima— subsiste y es la que marca las distintas posibilidades del pacto de definición. Esta puede revestir una de estas de dos modalidades:

- 1.<sup>a</sup> Estar limitada a la legítima.
- 2.<sup>a</sup> Ser extensiva a los derechos hereditarios, que podría incluir también la legítima de no haberse definido, o bien, ser solo por más de la legítima o del resto de esos derechos.

Pues bien, a la hora de determinar las posibles combinaciones de pactos sucesorios podemos exponer el siguiente cuadro:

1. El otorgamiento de un pacto de definición limitada a la legítima permite después celebrar por los mismos sujetos —y también entre sujetos distintos— una definición extensa y una donación universal (art. 45). No plantea especial problema celebrarlos de forma sucesiva. Solo criterios fiscales y la verdadera *ratio* de los pactos sucesorios, tendente a realizar una planificación hereditaria de forma progresiva, determinarán el espacio temporal que deba mediar entre ellos.

2. El otorgamiento de un pacto de definición extensa, o no limitada a la legítima, permite después celebrar por los mismos sujetos una donación universal, pero no una definición limitada a la legítima, que ya se definió o que se entiende incluida en aquella. Con otros sujetos, se admite incluso esta opción (art. 48). De los términos de la Compilación (art. 51, hoy derogado) ya se deducía la posibilidad de que se nombrare heredero, o legatario, testamentario a quien otorgó una definición amplia, lo que responde a la amplia facultad dispositiva del causante. La opción de instituirlo en una donación universal, ya admitida, debía incluirse ahora de forma expresa, al responder a una misma pretensión, que no es otra que el hecho de que el causante considere que el definido es quien más se merece ser llamado a sucederle. Que haya definido sus derechos hereditarios no conlleva que no pueda recibir todo aquello que el causante, después, quisiera darle. La *exceptio de pacto de non petendo* no le vincula.
3. La existencia de una previa donación universal —se le adicione o no alguna novación— permite que después se celebre (art. 45): a) un pacto de definición limitada a la legítima a favor de persona distinta del donatario universal, incluso actuando este como disponente de los bienes; b) un pacto de definición limitado a la legítima a favor de todos o de algunos de los donatarios universales, admitiendo el caso excepcional de que los bienes procedan de otro donatario universal —como en el caso de un padre que dona a sus dos hijos unos bienes de distinto valor, de forma que el que reciba el de mayor valor satisfaga la legítima de su hermano o hermana, mediante un pacto de definición, transmitiéndole un bien que ya era propio—, o de que los bienes en contemplación a los que el definido renuncie a su legítima son los mismos que recibió al otorgarse la donación universal; este pacto de definición carece de eficacia revocatoria con respecto a lo dispuesto en la donación universal, aunque podrá afectarle liberando al heredero contractual de la obligación de satisfacer las legítimas de los herederos forzosos del donante, al hacerlo este (art. 46); c) un pacto de definición amplia o no limitada a la legítima a favor de persona distinta del donatario universal, aunque no pueda este actuar como disponente de los bienes; d) un pacto de definición extensa o no limitada a la legítima a favor de todos o de algunos de los donatarios universales, incluso aunque los bienes en contemplación a los que el definido renuncia a sus derechos son los mismos que recibió al otorgarse la donación universal (art. 48). En efecto, la Ley reconoce al donante universal una amplia facultad dispositiva que le permitirá ir vaciando el haber residual que deberá recibir, a su muerte,



el heredero contractual, en defensa de cuyos intereses se han recuperado las figuras de la cuarta falcidia y la cuarta trebeliánica.

Pues bien, con el otorgamiento de una definición extensa, en consideración a la atribución patrimonial que le realice el causante, el definido no dejará de ser heredero suyo, cualidad que subsistirá cuando menos con respecto a las deudas, aunque el remanente hereditario quede muy reducido o prácticamente inexistente. Pero sí que dejará de ostentar aquellos derechos, de carácter hereditario, que sean objeto de renuncia como son: a) la cuarta falcidia (art. 23); b) la cuarta trebeliánica (art. 12); c) la solicitud de rescisión ante las disposiciones de bienes presentes realizadas en perjuicio de su derecho (art. 15); d) el derecho a pedir la computación o la colación de donaciones realizadas a favor de terceros (art. 40), o e) el derecho de heredar como sustituto vulgar (art. 49) o como sucesor intestado (art. 50) en el mismo importe que recibirán los demás coherederos.

#### *E. La relación de la definición con la sucesión testada*

La siguiente compatibilidad hay que situarla con relación a los testamentos o codicilos que pudiera celebrar el causante, debiendo distinguir entre la definición limitada a la legítima y la extensa o de los demás derechos hereditarios y, en cada una de ellas, los que se otorguen antes o después. En prueba del reconocimiento de lo adecuado del texto de la Compilación, la Ley 8/2022 conserva las líneas generales en cuanto a establecer la compatibilidad entre la definición y la sucesión testada, con ligeros retoques. Así, podemos distinguir:

- 1.º En lo que hace referencia a la definición limitada a la legítima (art. 46) se mantiene la ineficacia de las disposiciones testamentarias —testamento o codicilo— relativas a la misma y la validez de las que se imputen a la parte de libre disposición. La Ley aplica las mismas reglas tanto si se trata de la institución de heredero como de la designación de legatario y, por otro lado, tanto a las disposiciones otorgadas antes como después de la definición. En ella, se consideró más oportuno no alterar esa regulación.
- 2.º Por lo que respecta a la definición amplia, o por más de la legítima (art. 49), se puede predicar también la continuidad con lo establecido en la regulación de la Compilación. Se mantiene la ineficacia de las disposiciones de carácter patrimonial realizadas a favor del renunciante en testamento o codicilo anterior y la validez de las incluidas en uno posterior, que ya no precisa que sea «de

fecha posterior», lo que inducía a confusión con respecto a los que se otorgaren el mismo día que el pacto sucesorio.

La diferencia con la normativa anterior se centra en que el designado como sustituto vulgar del definido entra a heredar tanto si es llamado como heredero único como si concurre con otros coherederos del causante. Pero, al objeto de equilibrar las adquisiciones de todos estos causahabientes, se impone al sustituto del definido la obligación de traer a colación lo recibido por este en el pacto, aunque entendido como una limitación a heredar hasta que los demás lleguen a recibir bienes por el mismo valor; salvo, claro está, que el causante le dispense de hacerlo o que el sustituto renuncie a la herencia.

#### *F. La relación de la definición con la sucesión intestada*

De fallecer intestado el definido, las consecuencias se pueden observar también con respecto a las modalidades de pacto de definición. Así:

- 1.º En la definición limitada a la legítima, el definido es llamado a heredar al causante de la misma forma que sus otros parientes situados en el mismo orden sucesorio (art. 47). Lo recibido por aquel en el pacto de definición no deberá ser colacionado —solo computado—, ya que se entiende como un *plus* o una mejora para el renunciante, de manera que el remanente hereditario, si no se dice lo contrario, se repartirá entre todos por igual.
- 2.º En la definición amplia, la Ley que comentamos ha modificado la regulación anterior, ya que en este caso el definido es llamado a heredar al causante de la misma forma que los demás coherederos (art. 50). Se sigue, por tanto, el criterio contrario al que se venía reconociendo en la Compilación.

Ello responde a la idea de que la Ley no considera que la renuncia a los derechos hereditarios implique la renuncia a la herencia o, en este caso, a heredar intestado. El legislador presume que se corresponderá más con la voluntad del causante, aunque no la manifieste, que le herede un pariente más próximo, aunque hubiere otorgado definición, antes que otro de grado más lejano o, si apuramos, que una administración pública.

Entendido así, el artículo 50 de la Ley establece que el definido concurrirá a heredar, por vía intestada, con los demás herederos, si los hubiere. De haberlos, aquel estará obligado a traer a colación lo recibido en el pacto por más de la legítima —ya que, hasta el valor de esta, deberá computarlo—, recibiendo de menos todo cuanto ya recibió de más en el pacto, distribuyéndose el resto entre todos. La misma

situación afectará a los descendientes del definido fallecido que sean llamados a heredar al causante, en ejercicio del derecho de representación.

Esta consecuencia explícita y reitera que uno de los derechos hereditarios, al que se renuncia con la definición amplia, es el de heredar lo mismo que recibirán los demás coherederos no renunciantes, simplemente por el hecho de que él, o su ascendiente, ya lo recibió en el momento del pacto.

Quedará, en fin, eximido de esta obligación en caso de ser dispensado por el causante o de que el definido —o sus herederos— renuncien a la herencia.



# Nota sobre el régimen jurídico de la definición contenido en la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual\*

**Guillermo Alcover Garau**

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universitat de les Illes Balears

## SUMARIO

I. La regulación de la definición en la Ley 8/2022, de 11 de noviembre. II. Breve referencia. La fiscalidad y la definición. III. El tipo social de definición. IV. El concepto legal de definición. V. La regulación legal de la definición. VI. ¿Qué es la definición amplia? VII. Conclusión.

### I. La regulación de la definición en la Ley 8/2022, de 11 de noviembre

El objeto de esta nota es realizar una serie de consideraciones sobre la regulación de la definición contenida en los artículos 38 a 50 de la Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, aparecida en el BOIB núm. 148, de 17 de noviembre, y que ha entrado en vigor a los dos meses de dicha publicación (disposición final tercera).

El Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears elaboró una *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears* (publicada en su página web).

---

\* Dedico esta breve nota a mis compañeros del Curso 1977-1982 de la Facultad de Derecho de la UIB, especialmente a los que desgraciadamente ya no están con nosotros.

Agradezco la ayuda que me ha prestado Pedro Grimalt Servera, Catedrático de Derecho Civil de la UIB.

Los artículos 38 a 50 forman el Capítulo III, «La definición», del Título I, «La sucesión contractual de las islas de Mallorca y Menorca». El Capítulo está dividido en tres Secciones: «Disposiciones generales» (arts. 38 a 44), «El pacto de definición limitada a la legítima» (arts. 45 a 47) y «El pacto de definición amplia o por más de la legítima» (arts. 48 a 50). Además, el Capítulo I del Título II, «Disposiciones generales», contiene, como su propio epígrafe indica, reglas sobre la definición; en concreto:

- (i) La definición solo es válida si se formaliza en escritura pública (art. 5).
- (ii) Tanto el ascendiente como el descendiente deben tener capacidad para contratar y la libre disposición de sus bienes (art. 8).
- (iii) «La interpretación de las cláusulas controvertidas se hará en el sentido que más favorezca a los intereses del donante, y asimismo en el sentido del menor lucro del donatario frente al donante» (art. 9, tercer párrafo).
- (iv) «Para la integración de los negocios sucesorios contractuales hay que ajustarse a los principios sucesorios propios de las islas de Mallorca y Menorca recogidos, directa o indirectamente, en el articulado de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears» (art. 10).

La Ley 8/2022 deroga los artículos referentes a la definición, el 50 y el 51 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares (CDCIB).

A veces, en esta Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual no hay relación entre el epígrafe de un artículo y su contenido, mezclándose en ocasiones en un mismo texto normas de contenido muy diverso. Por ejemplo:

- (i) En el artículo 40, cuyo epígrafe es «Computación y colación de donaciones», el párrafo cuarto establece: «En caso de premorir el renunciante al disponente, los descendientes de aquel no podrán ejercitar el derecho de representación».
- (ii) El artículo 45, cuyo epígrafe es «Definición y sucesión contractual», después de señalar en el primer inciso del párrafo cuarto que «[l]a definición limitada a la legítima no impedirá al ascendiente otorgar posteriormente una donación universal de bienes presentes y futuros [...]», establece en su segundo inciso, lo siguiente: «Asimismo, tampoco impedirá al renunciante el otorgamiento posterior de una definición por más de la legítima».

La institución de la definición es una figura jurídica que, contrariando principios básicos del Derecho romano, ha tenido (y sigue teniendo) relevancia social en Mallorca, al servir a legítimos fines familiares y sucesorios, y que se ha potenciado (artificialmente, en relación sobre todo con la que se denomina *definición amplia*) con la actual normativa fiscal, especialmente favorable a la misma, de forma que su uso actual no deriva tanto de su utilidad social, sino de este favorable tratamiento fiscal; así, la institución, como

sucede con otras figuras jurídicas, queda ligada a la evolución de la normativa fiscal, por lo que si el tratamiento fiscal deja de ser favorable —o pasase a ser favorable la tributación de las donaciones familiares—, la institución puede decaer de forma muy significativa.<sup>1</sup>

## II. La fiscalidad y la definición

Dos son las ventajas fiscales de la donación con definición, limitadas ambas por la Ley 11/2021, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal:<sup>2</sup>

- a) El artículo 11.b) del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (RD 1629/1991, de 8 de noviembre) establece que son títulos sucesorios a los efectos del impuesto «[l]os contratos o pactos sucesorios». En consecuencia, a la definición se le aplica el tipo impositivo autonómico de este tributo; tipo del 1 % los primeros 700.000 €, desde el 1 de enero de 2016, en virtud de la Ley 12/2015, de 29 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2016.

La Ley 11/2021 modifica el artículo 30 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el cual pasa a disponer que, en el supuesto de que entre las mismas partes se realicen dos donaciones con definición, «todas ellas dentro del plazo de tres años [...] se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto». La misma regla se aplicará entre la donación o donaciones y lo adquirido por el donatario en la sucesión *mortis causa* del donante, «siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años» (como se acumulan los valores de lo adquirido, se puede exceder de la cifra de 700.000 €, tributando el exceso conforme a la escala progresiva de oscila entre el 8 % y el 20 %).

---

<sup>1</sup> El texto básico sobre la definición, que constituye además la más relevante monografía sobre el Derecho civil balear, es obra de FERRER VANRELL, M.<sup>a</sup> P. *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1992, en la que se analiza de forma exhaustiva los precedentes históricos de la definición, tanto los legales como los notariales, doctrinales y jurisprudenciales (pp. 31 a 70) para luego estructurar la institución (pp. 73 a 201).

<sup>2</sup> Se trata de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

- b) El donante no tributa en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas por la diferencia entre el valor de mercado de lo donado en el momento de la donación y su valor de adquisición (ello, en virtud de la STS 407/2016, de 9 de febrero, en su interpretación del artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en virtud del cual no existe ganancia o pérdida patrimonial «[c]on ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente»).

La Ley 11/2021 modifica el artículo 36 de la Ley 35/2006, el cual pasa a señalar que, en el supuesto de que el donatario transmita el bien donado «antes del transcurso de cinco años desde la celebración del pacto sucesorio o del fallecimiento del causante, si fuere anterior», no tributa en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas por la diferencia entre el valor de mercado de lo donado en el momento de la enajenación y su valor fijado en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, sino por la diferencia entre el valor de mercado de lo donado en el momento de la enajenación y el valor de adquisición del donante, aflorando para el donatario en esas circunstancias la denominada *plusvalía del muerto* que en ningún caso se produciría con ocasión de una adquisición *mortis causa*.

El Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears realizó un Informe sobre el Proyecto de ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de trasposición de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (publicado en su página web). Y, en la mencionada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei* (p. 4), señala como primera razón de la actualización de las normas sobre sucesión paccionada o contractual «la necessitat d'actualitzar el tractament civil d'aquests negocis per tal d'harmonitzar-los amb l'actual desenvolupament fiscal o tributari dels mateixos».

### III. El tipo social de definición

En la práctica, el tipo social de la institución es (casi) siempre el mismo: el padre (o la madre) dona un bien a un hijo y este, en la misma escritura pública de donación, realiza la definición.



Siendo ello así, la institución es efectivamente un pacto (sucesorio y gratuito —al menos, de la forma que lo es la entrega de un legado para pago de la legítima fallecido el ascendiente, ya que la analogía es clara—) entre ascendiente y descendiente («yo te dono para que tú renuncies a la legítima»).

Refuerza el hecho de que la definición, así fijada, es un pacto sucesorio, la conceptualización que del mismo hace el artículo 3.1.b) del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo:

«1. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: [...] b) «pacto sucesorio»: todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo».

La Sentencia 121/2022, de la Audiencia Provincial de Balear, Sección 3.<sup>a</sup>, de 17 de marzo (ECLI:ES:APIB:2022:529), citando fundamentalmente la doctrina de la STSJIB 1/1992, de 28 de mayo, entiende que la definición es onerosa, de forma que desestima la revocación de la donación *ex* artículo 648.1 CC.

En realidad, y así se ha dicho, la institución es gratuita («negoci predominantment lucratiu», como señala la ya citada *Memòria interna explicativa del Projecte de llei* (p. 61), como lo es la entrega de legado en pago de legítima. Además, y con independencia de esta calificación, la Sentencia olvida que, si cabe desheredar *ex artículo* 853.2.<sup>a</sup> al descendiente por maltrato, debe haber revocado la donación por definición, que es un negocio sucesorio, por la misma causa.

La Ley 8/2022 ratifica este carácter al regular en su artículo 43 las causas de revocación del «pacto de definición». Y, si se analizan los artículos que la Ley 8/2022 dedica a la definición, se observa, que en los mismos se tiene fundamentalmente en cuenta este esquema.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que, estando en curso de publicación el presente comentario, se ha dictado la STSJIB 1/2023, de 13 de enero, de la Sala de lo Civil y Penal (ECLI:ES:TSJBAL:2023:42), que confirma la Sentencia 121/2022 y, por ende, entiende que la definición es un negocio oneroso, y, por tanto, no cabe aplicar a la donación que engloba las normas de la revocación de donaciones (en todo caso, hay que señalar que, en el supuesto enjuiciado, la donataria, además de

renunciar a la legítima, se comprometía a abonar determinadas cantidades a sus hermanos).

Esta resolución no puede compartirse: si, fallecido el ascendiente, la entrega por el heredero de un legado al descendiente para pago de su legítima es gratuita, que lo es, la definición, como pacto sucesorio que adelanta en vida del ascendiente el pago de la legítima, también lo es; más concretamente —o más exactamente—: si, fallecido el ascendiente, la desheredación de un descendiente legitimario realizada por aquel es conforme a derecho —de hecho, está expresamente regulada—, la revocación de la donación que está englobada en la definición debe ser posible, ya que la analogía es clara.

Por ello, las normas jurídicas de aplicación a la figura jurídica de la definición deben ser análogas a las propias de las instituciones sucesorias, de forma que deben jugar en el instituto de la definición las causas de indignidad y de desheredación, más intensas que las de revocación de las donaciones y, desde luego, al menos deben jugar estas.

Ciertamente, la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares guardaba silencio sobre la cuestión del carácter oneroso o gratuito de la figura de la definición, pero hay que señalar dos extremos relacionados relativos a la nueva regulación de la figura contenida en la Ley 8/2022, que clarifican la cuestión. Por un lado, el concepto de definición de su artículo 39 es idéntico al concepto de definición del artículo 50 CDCIB, por lo que hay que concluir que la nueva norma no se aparta ni un ápice de la anterior en su conceptualización de la definición, sino que lo que hace es dotar a esta institución de una regulación acorde con tal naturaleza, regulación que no contenía la Compilación. Por otro, entre las nuevas normas figura el artículo 43, que regula expresamente la revocación de la donación englobada en la figura de la definición.

En definitiva, si con la nueva regulación, la naturaleza jurídica de la definición sigue siendo exactamente la misma que la que tenía en la normativa derogada, y si en la nueva, a fin de dotar de una mayor regulación a la figura, hasta la fecha parcamente regulada, se regula la revocación de la donación que la definición engloba, es preciso concluir que en la normativa de la definición derogada cabía la revocación de la donación.

#### **IV. El concepto legal de definición**

Pese a lo expuesto, sucede que el artículo 38 —y lo mismo sucedía con el derogado art. 50 CDCIB—, que determina qué se debe entender por definición,

establece una (o dos) institución/nes más compleja/s de definición. Dispone este artículo:

«Artículo 38. Concepto, tipología y caracteres esenciales

Por el pacto sucesorio de definición, los descendientes legitimarios podrán pactar la renuncia a la legítima o por más de la legítima en la sucesión de sus ascendientes, en consideración a alguna donación, atribución o compensación que, de estos, o de su heredero contractual o de otros ascendientes, reciban o hayan recibido con anterioridad.

En defecto de declaración expresa, la definición se entenderá limitada a la legítima».

De la lectura del artículo se pueden extraer varios criterios clasificatorios aplicables a la definición, pero ahora interesa la clasificación siguiente:

- a) El descendiente legitimario renuncia a la legítima o por más de la legítima en la sucesión de un ascendiente (del que es legitimario) a cambio de una donación, atribución o compensación, que reciba de este o de otro ascendiente.

Por tanto:

- 1) Cuando coincide el ascendiente donante y el ascendiente definidor, este pacto es el referido anteriormente. Se utiliza la terminología de la mencionada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei* (p. 59).
  - 2) También es un pacto sucesorio el supuesto en el cual no coincidan los ascendientes, en cuyo caso, la Ley distingue entre disponente y ascendiente definidor, por lo que el pacto es más complejo al participar otro elemento personal.
- b) El descendiente legitimario ha recibido antes de la renuncia a la legítima o por más de la legítima una donación, atribución o compensación de un ascendiente y decide posteriormente renunciar a la legítima del ascendiente del cual es legitimario (por ejemplo, «como mi abuelo materno, que murió hace años, me donó en su día un objeto de valor, ahora yo renuncio a la legítima en la sucesión de mi madre»).

Esta también llamada definición no es un «pacto» (sucesorio), sino un negocio jurídico unilateral que tiene como presupuesto previo una donación (o una atribución o una compensación).

A notar que cuando se realizó la donación (o la atribución o la compensación) no se tenía el porqué tener prevista la posterior definición.

FERRER VANRELL<sup>3</sup> señala que tradicionalmente el negocio de *deffinitio* es un negocio jurídico unilateral, cuyo presupuesto es una donación o negocio análogo, y que como tal negocio unilateral no es propiamente una renuncia en la medida en que «el sujeto declara estar satisfecho de sus futuros derechos sucesorios legales, por entender que lo imputado por el ascendiente es suficiente». Además, y como se señala más adelante, presupuesto y negocio se realizaban de forma simultánea.

El legislador autonómico, por el contrario, estructura, como se ha visto, a toda definición como un pacto (sucesorio) —conceptuación que incluso ha trasladado al título de la Ley—, lo que, como también se ha señalado, no puede entenderse correcto porque no toda definición engloba un pacto.

Más aún, en la citada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears* (p. 61), se señala que la definición es un negocio complejo caracterizado «per la nota de la bilateralitat, en sentit de sinal·lagma».

Tal fijación del legislador autonómico se debe seguramente a motivos fiscales, que, como se ha visto, han sido muy relevantes a la hora de acometer la actual reforma: las normas fiscales que favorecen la definición se basan en la conceptuación de esta como un pacto sucesorio; por ello, lo que viene haciendo el legislador autonómico es englobar todas las posibles definiciones en este concepto sin seguramente advertir que, a aquellas en las cuales difieren los momentos de la donación y la renuncia a la legítima (posterior), en las que la definición no es un pacto, muy difícilmente se le podrán aplicar las favorables normas fiscales por su misma estructura, lo que, por cierto, hace que en la práctica sean marginales (o inexistentes).

En relación con ello, el Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears (en la citada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei*, pp. 92 a 95) se planteó incluso introducir en el texto de la Ley una disposición adicional en la que se estableciera que las donaciones a descendientes que sean colacionables «participarán de la naturaleza de disposiciones *mortis causa* de los pactos sucesorios». Si con ello, como parece, lo que se pretende es poder aplicar a estas donaciones las normas fiscales de la definición y de la sucesión *mortis causa*, quizá la vía no sea lógica —y, además, no sea jurídicamente viable y/o útil—; lo lógico sería modificar la normativa fiscal.

A la vista de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 5 de la Ley 8/2022— en virtud del cual, «[l]os pactos sucesorios previstos en esta ley solo serán válidos si se

---

<sup>3</sup> FERRER VANRELL, M.<sup>a</sup> P. *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca, op. cit., passim*, y especialmente, pp. 214 y s.

formalizan en escritura pública»—, ¿qué sucede si el padre donó un objeto mueble de valor, sin elevar la donación a escritura pública, y posteriormente el hijo otorga en escritura pública definición en la herencia de aquel? Parece razonable pensar que la definición es válida.

En relación con todo lo anterior, se detecta en la actual doctrina un esfuerzo por fijar la naturaleza jurídica de la definición. Ahora bien, la cuestión de la naturaleza jurídica tiene que ver con la necesidad de fijar las normas aplicables a un negocio atípico (por ejemplo, si se llega a la conclusión de que un negocio atípico es una compraventa, se le aplican las normas de la compraventa) y, siendo el negocio típico en la medida en que está regulado en los artículos 38 a 50 de la Ley 8/2022, la cuestión se circunscribe a fijar cuál deberá ser el derecho supletorio a aplicar si determinada cuestión de una concreta definición no estuviera regulada en dichas normas (y no se pudiera acudir a las mismas por aplicación ni de las reglas de la analogía ni tampoco a las que se derivan de los principios sucesorios propios de la islas de Mallorca y de Menorca). En estos casos, seguramente el derecho supletorio no podrá ser el mismo si la concreta definición es un pacto o un negocio jurídico unilateral y, en consecuencia, el análisis a realizar por el aplicador del derecho deberá ponderar cuidadosamente estos extremos.

## **V. La regulación legal de la definición**

Se ha adelantado ya que hay una falta de congruencia en la regulación de la definición en la Ley 8/2022: mientras que el concepto que ofrece de definición en su artículo 38 contempla una variedad de supuestos englobados en la figura de definición, luego el articulado se refiere fundamentalmente a su supuesto social típico, aquella en la que un progenitor dona un bien a un hijo a cambio de que este renuncie a la legítima en la sucesión de aquel.

En concreto, y para simplificar, se analiza lo que sucede con las disposiciones generales de la definición:

- (i) Dispone el artículo 40, primer párrafo (y consideraciones análogas se pueden hacer en referencia a los sucesivos), que «[a] la muerte del causante, los bienes donados serán computados para el cálculo [...] de la legítima de los otros herederos forzosos».

¿Qué sucede si donante y ascendiente definidor, el causante, son distintos? Parece razonable pensar que la norma anterior no juega en la medida en que lo donado pertenece a otra masa hereditaria (por ende, el

supuesto de hecho de la norma comentada debe ser teleológicamente reducido).

La citada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei* (p. 63), señala que, en tal caso, «la computació del que s'ha donat s'ha de fer per càlcul de la base legitimaria en l'herència del disponent».

Ciertamente, como toda donación, se tendrá que colacionar a efectos de legítima, pero a efectos de las legítimas del disponente, no del causante.

- (ii) Dispone el artículo 41 que «[l]a prelación del definido al ascendiente, sin dejar descendencia, supondrá la ineficacia sobrevinida de la definición y, en relación con los bienes transmitidos, resultaran aplicables los artículos 21 y 22 de esta ley» (que regulan el derecho de retracto de los bienes inmuebles y de las participaciones sociales —no, incomprensiblemente, de las acciones, al menos de las sociedades no cotizadas, máxime si son cerradas o familiares—). ¿Qué sucede, de nuevo, si disponente y definidor son distintos? Si el abuelo donó a su nieto un bien y tiempo después el nieto otorga definición a favor del padre y muere primero que este sin hijos, ¿puede el abuelo, si está vivo, ya que el derecho de retracto es *personal e intrasmisible*, ejercer el mismo? El sentido común se inclina por la respuesta negativa, de forma que, de nuevo, se debe reducir teleológicamente el supuesto de hecho de la norma.

- (iii) El artículo 42 establece que «[e]l pacto de definición puede dejarse sin efecto por mutuo acuerdo entre disponente y definido».

Si disponente y definidor son el mismo, el mutuo disenso afecta a la donación (o atribución o compensación), pero si son distintos seguramente la respuesta debe ser la contraria.

- (iv) El artículo 43 regula lo que denomina *causas de revocación*, revocación que podrá accionar, se señala al inicio del apartado primero, el «disponente o definidor», de forma que se plantean de nuevo variados problemas; por ejemplo, si el abuelo dona un bien a un nieto y luego este otorga definición en la herencia de su padre y más adelante se produce una ruptura de relaciones personales entre padre e hijo o entre abuelo y nieto, ¿cómo juega la figura?

Por otro lado, sorprende que la Ley 8/2022 siga utilizando la imprecisa expresión del artículo 50 «en consideración a alguna donación, atribución o compensación», máxime cuando la mejor doctrina ya había criticado su utilización en el artículo derogado y, sobre todo, fijado técnicamente lo que por atribución o compensación debía entenderse: un negocio de disposición *inter vivos*, sea atributivo o extintivo, siendo lo esencial que haya una relación de causalidad entre el enriquecimiento

patrimonial del definidor y el empobrecimiento patrimonial del definidor, de forma que a la atribución se le deban aplicar las normas referentes a la computación e imputación del artículo 48, párrafo séptimo.<sup>4</sup>

La mencionada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei* (p. 60) no profundiza en este tema y se limita a señalar que la prestación del disponente (donación, atribución y compensación) debe interpretarse en sentido amplio.

Por último, la Ley 8/2022 establece unas presunciones que pueden ser discutibles. Así, el artículo 40, segundo párrafo, establece que «[l]os bienes donados no serán colacionables en la partición si el donante no lo hace constar expresamente así». Lo anterior se justifica en la *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei* (p. 64), sobre la base del respeto a la libertad dispositiva *mortis causa*.

No obstante, si la colación *stricto sensu* juega salvo disposición en contra del testador, no se advierte el porqué en el supuesto de que el testador defina a un descendiente, y luego lo declare coheredero o no teste, se deba invertir el juego de la colación; si, no obstante la definición, el ascendiente nombra coheredero al definido o no testa, de ello no se deduce que lo quiera favorecer en relación con los otros hijos.

Consideraciones análogas pueden hacerse en cuanto al artículo 47 con relación a la definición limitada a la legítima, precepto que, en puridad, es reiterativo del artículo 40. Y, en fin, el artículo 50, en relación con la definición amplia, señala que en la herencia intestada sí juega la colación, que, sin embargo, no juega en la testada.

## VI. ¿Qué es la definición amplia?

Quizá la norma más novedosa de la Ley 8/2022 sea su artículo 50, párrafo primero: «En caso de que el donante definidor muera intestado, el descendiente renunciante que otorgó definición no limitada a la legítima, o sus descendientes, serán llamados a heredar de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada».

La citada *Memòria interna explicativa del Projecte de Llei* (pp. 69 a 72) justifica esa norma señalando que con la misma «s'ha solucionat un sense sentit de la regulació de la Compilació que era contrari als principis successoris propis» [en la cual el definido no era llamado a la sucesión intestada, siendo] «socialment inacceptables, avui en dia, per les quals un familiar o parent més llunya tenia més drets intestats que el descendent definit per més de la llegítima, relacionant així, dins l'*imaginari jurídic*

---

<sup>4</sup> Sobre ello, FERRER VANRELL, M.<sup>a</sup> P. *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca, op. cit.*, especialmente, pp. 207 a 213.

*col·lectiu*, el negoci de la definició amb un càstig al definit, que més que beneficiat anticipadament és tractat con un pròdig i exclòs de la successió regida per la llei».

Ahora bien, sucede que este argumentario, aunque pueda ser correcto, olvida algo esencial: que la doctrina jurídica mallorquina relacionaba la definición como figura única con la dote, con la legítima y con la sucesión intestada —que se podía reservar si no había descendientes varones del causante—. <sup>5</sup>

A la vista de la desaparición de la dote y de la regulación del artículo 50 y del actual artículo 38 se distingue, contra lo que acontecía en el desarrollo histórico de la figura, que era única, entre definición circunscrita la legítima y definición por más de la legítima; siendo ello así, lo lógico (inevitable) era entender, como hacía el párrafo tercero del artículo 51, que en la definición por más de la legítima «quien la haya otorgado no será llamado nunca [como heredero a la sucesión intestada]; sí que lo serán los descendientes del descendiente renunciante, excepto que del pacto resulte expresamente lo contrario o existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos».

En consecuencia, si, como sucede, se estima en la reforma actual que la sucesión intestada debe quedar fuera de la definición por más de la legítima, lo que procedía era eliminar la misma.

Al no hacerlo, lo que la norma actual crea con ella es una figura vacía de contenido civil, no especificando qué concretos derechos han sido renunciados, porque no los hay, y cuya única función de ser es conseguir una segunda donación fiscalmente favorable, lo que es una perversión de la figura.

## VII. Conclusión

El nuevo régimen jurídico de la definición contenido en los artículos 38 a 50 de la Ley 8/2022 contiene un concepto de la figura incorrecto, una regulación de la misma confusa y escasamente coordinada, y, sobre todo, la regulación acusa una notable dependencia de las vicisitudes —siempre cambiantes— de la normativa fiscal, normativa a la que se atiende incluso más que a la tradicional función social de la figura, hasta el punto de crear al final, con la definición amplia, «un cuchillo sin hoja ni mango».

---

<sup>5</sup> Sobre ello, FERRER VANRELL, M.<sup>a</sup> P. *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*, op. cit., especialmente, pp. 162 a 172 y 218 a 220.



Sin embargo, en la práctica queda claro el mensaje: los padres pueden hacer dos donaciones con definición a sus hijos y con ello obtendrán todos indudables ventajas fiscales. Como ha señalado críticamente COCA PAYERAS, todo el resto del régimen legal se aplicará poco y su prolijidad contrasta con la parquedad de otras figuras de la Compilación.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> COCA PAYERAS, M. «Cuarenta años sin afianzar un modelo de política legislativa sobre el Derecho civil de las Illes Balears». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 23 (2022), pp. 93 a 114, en especial, pp. 111 y s.



# El dret de retracte en la nova Llei de successió voluntària paccionada o contractual i la seva problemàtica fiscal

**Antoni Bergas Forteza**

Professor ajudant de Dret Financer i Tributari  
Universitat de les Illes Balears

## SUMARI

**I. Breus consideracions sobre el concepte de dret de retracte. II. Fiscalitat del dret de retracte introduït en la Llei 8/2022, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears.** 1. *El dret de retracte i les seves repercussions fiscals en l'impost sobre successions i donacions. Greuge comparatiu respecte de les transmissions oneroses per actes inter vivos.* 2. *Possible resposta normativa respecte de la fiscalitat del nou dret de retracte introduït per la Llei 8/2022.* 3. *Breu consideració de l'exercici del dret de retracte i les seves repercussions en l'IIVTNU.* 4. *Aproximació a la figura de la revocació i la seva fiscalitat.*  
**III. Conclusions, conseqüències i reflexions.**

## I. Breus consideracions sobre el concepte de dret de retracte

El dret de retracte es troba, en primer lloc, en l'article 1521 del Codi Civil, que estableix: «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Igualment, l'article 1522 Cc indica per als casos de cosa comú que: «El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos»; i, l'article 1523 Cc per als casos de terres contigües que: «También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea». Finalment, com bé indica

DE VERDA Y BEAMONTE, «[e]l derecho de retracto se excluye, pues, implícitamente, en los supuestos de enajenación a título gratuito, como es la donación, según observa la STS 25 mayo 2007».<sup>1</sup> Amb tot, la figura del dret de retracte ha estat una figura pròpia dels contractes onerosos com la compravenda.

Arran de la Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, s'ha incorporat la figura del dret de retracte dins les relacions contractuals en matèria successòria balear; en concret, en la successió contractual de les illes de Mallorca i Menorca (títol II). D'aquesta forma, si anteriorment, dintre del dret civil comú en l'àmbit successori, ens trobàvem amb el concepte de dret de reversió (art. 641 Cc), ara, amb la nova Llei 8/2022, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, ens trobem amb un dret de retracte «híbrid» o, gairebé, amb una reversió potestativa. El fonament del dret de retracte dins la successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears és «un legítim i implícit desig del donant de troncalitat».<sup>2</sup> Així, aquest «genuí dret de retracte, personal i intransmissible» cerca —com cerca el dret de retracte exercit pel copropietari de no estendre situacions de comunitat de béns; o, el dret de retracte emprat pel propietari contigu d'evitar la disgregació de la propietat rústica<sup>3</sup>— mantenir la troncalitat del bé i conservar el patrimoni familiar.

Finalment, el desenvolupament normatiu del dret de retracte en la successió contractual balear el trobem en els articles 21 i 22, en el cas de donacions universals de béns presents i futurs:

«Article 21. Dret de retracte

La premerència, sense descendència, del donatari universal al donant no produeix la reversió dels béns donats.

Si el donatari universal premor al donant, sense deixar descendència, aquest podrà exercir el dret de retracte previst en aquest article.

Aquest dret de retracte és personal i intransmissible.

---

<sup>1</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. «Reflexiones sustantivas y procesales de los retractos legales de comuneros y colindantes desde un punto de vista jurisprudencial». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2 (2015), p. 541-550.

<sup>2</sup> *Vid.* Memòria explicativa del projecte de Llei de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears elaborada pel Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears (p. 43).

<sup>3</sup> Sobre aquest tema, resulta interessant MASOT MIQUEL, M. «El dret de retracte de les finques contigües establert per l'article 109 de la Llei agrària i les condicions per al seu exercici». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 23 (2022), p. 201-203.

El donant pot retreure tots o part dels béns immobles i de les participacions socials incloses en la donació universal, sempre que aquells subsisteixin en el patrimoni del donatari o s'hagin transmès per acte a títol gratuït o a títol onerós amb posterioritat a la mort, sense descendents, del donatari, sens perjudici de l'aplicació de les normes de la Llei hipotecària.<sup>4</sup>

L'adquisició per part del donant dels béns retrets s'ha de fer amb les càrregues i els gravàmens imposats pel donatari.

[...].

Article 22. Exercici del dret de retracte

El donant té un termini de caducitat de quatre anys, comptador des del moment de la mort del donatari universal, per atorgar la pertinent escriptura pública en la qual exerciti l'acció de retracte, que ha de notificar de manera fefaent als successors coneguts dels béns afectats.

[...]».

En el cas de la definició, la regulació la trobem en l'article 41 de la Llei 8/2022: «Article 41. Premoriència del definit

La premoriència del definit a l'ascendent, sense deixar descendència, suposarà la ineficàcia sobrevinguda de la definició i, en relació amb els béns transmesos, resultaran aplicables els articles 21 i 22 d'aquesta llei».

---

<sup>4</sup> Al respecte, resulta interessant la STS 37/2020, de 15 de gener. En concret, el seu FJ 3.2.1.ii): «Si, como sucede en el caso, la finca hipotecada se vende, y el comprador se subroga en la deuda con consentimiento del acreedor, el deudor enajenante habrá quedado liberado y el comprador se habrá convertido en nuevo deudor. Si, como es el caso, la finca está arrendada, la sola voluntad del arrendatario de ejercer el retracto “mediante la subrogación en la hipoteca” no puede liberar al comprador retraído de su condición de deudor. Para ello sería preciso el consentimiento del acreedor. Por eso, es evidente que “el derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato” (art. 1521 CC) no implica la facultad unilateral del retrayente a subrogarse en la deuda garantizada por la hipoteca sin el consentimiento del acreedor hipotecario, tal y como exigen los arts. 1205 CC y 118 LH. No está prevista una subrogación “ex lege” en la deuda. Sin el consentimiento del acreedor no hay “subrogación hipotecaria” ni, por tanto, la voluntad del retrayente de “subrogarse en la hipoteca” puede cumplir la función que persigue el reembolso (art. 1518 CC) de dejar indemne al comprador retraído».

De la incorporació de la figura del dret de retracte dintre l'àmbit successori balear resultaran certes conseqüències fiscals a tenir en consideració i que plantegen un seguit de dubtes.

## **II. Fiscalitat del dret de retracte introduït en la Llei 8/2022, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears**

### *1. El dret de retracte i les seves repercussions fiscals en l'impost sobre successions i donacions. Greuge comparatiu respecte de les transmissions oneroses per actes inter vivos*

Com s'ha comentat, la figura del dret de retracte ha estat una figura pròpia dels contractes onerosos com la compravenda. Per aquest motiu, la seva regulació fiscal ha vingut marcada pel Reial decret legislatiu 1/1993, de 24 de setembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats. L'article 7.1 disposa que: «Són transmissions patrimonials subjectes: A) Les transmissions oneroses per actes "inter vivos" de tota classe de béns i drets que integrin el patrimoni de les persones físiques o jurídiques». Així doncs, la primera apreciació que es pot fer és la falta d'una regulació fiscal específica dins l'impost sobre successions i donacions degut a la novetat del dret de retracte en les transmissions lucratives per causa de mort.

En aquest sentit, l'article 3.1 de la Llei 29/1987, de 18 de desembre, de l'impost sobre successions i donacions, estableix que constitueixen el fet imposable de l'impost les adquisicions de béns i drets per herència, llegat o qualsevol altre títol successori, suposant d'aquesta manera la simple subjecció del retracte exercit, per exemple, en la definició i per premoriència del definit a l'impost sobre successions i donacions.

Ara bé, resulta necessari analitzar la regulació fiscal que té el dret de retracte en les transmissions oneroses i l'impost sobre transmissions patrimonials, distingint dos drets de retracte oposats i amb una càrrega tributaria diferent. L'article 45.I.B.2 de la Llei de l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats disposa que: «N'estan exemptes: [...] Les transmissions que es verifiquin en virtut d'un retracte legal, quan l'adquirent contra el qual s'exerceixi aquell ja hagi satisfet l'impost», essent competència per apreciar aquest últim fet —el pagament efectiu de l'import— l'oficina liquidadora de l'impost (*vid.* art. 46.5 del Reial decret 828/1995, de 29 de maig, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats).

En conseqüència, la segona apreciació a realitzar és la que la manca d'una normativa harmonitzada —la civil i la fiscal— provoca que ens trobem amb dos drets de retracte distingits i fiscalment oposats. És a dir, la introducció de la figura del dret de retracte dins la successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, sense el recolzament normatiu de la Llei de l'impost sobre successions i donacions, provoca un injust comparatiu considerable, més encara si es consideren les raons que fonamenten el dret de retracte en la successió paccionada i el fet que origina aquest dret —la premoriència del definit—. Si la normativa de l'impost sobre transmissions oneroses planteja l'exempció de l'impost en els casos de l'exercici del dret de retracte pel seu injust tributari, no hauria d'establir-se mateixa consideració per al retracte exercit en l'impost sobre successions i donacions? Per què no hauria d'estar exempt també el retorn del bé sobre el qual el definit ja va pagar l'impost? O, en el seu cas, si existeix variació quant al seu valor i/o base imposable, no es té en consideració allò ja pagat? D'aquesta forma, tot i lo innovador, just o enriquidor per al dret civil propi de les Illes de la introducció d'aquesta figura —dret de retracte i altres—, si la seva fiscalitat no «acompanya» o la seva càrrega fiscal és major, en la pràctica ens trobarem amb dificultats i una manca del seu ús.

Ara bé, s'ha de tenir en consideració la dificultat de determinar una completa harmonització de l'impost sobre successions i donacions —impost estatal, cedit per complet a les comunitats autònomes,<sup>5</sup> però marcat per la seva regulació estatal— i el dret foral balear. Endemés, el que marca l'article 8.d) de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, respecte de la reserva de llei tributària per a l'establiment d'exempcions, reduccions, bonificacions, deduccions i demés beneficis o incentius fiscals, comporta, encara més, un major obstacle per a l'assoliment d'una consonància fiscal entre ambdós drets de retracte i la seva tributació.

## *2. Possible resposta normativa respecte de la fiscalitat del nou dret de retracte introduït per la Llei 8/2022*

Dins tota aquesta adversitat contemplada, sembla que només una resposta legislativa podria permetre pensar en una fiscalitat anàloga respecte del dret de retracte en l'impost sobre transmissions patrimonials i en l'impost sobre successions. Aleshores, palesa la subjecció a l'impost en existir adquisició a títol successori i

---

<sup>5</sup> Article 1.c) de la Llei 28/2010, de 16 de juliol, del règim de cessió de tributs de l'Estat a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i de fixació de l'abast i les condicions de la cessió.

suposar d'aquesta forma la realització del fet imposable (art. 3.a) de la Llei de l'impost sobre successions i donacions), tres són les opcions que es poden plantejar:

- i) Exempció del dret de retracte en l'impost sobre successions i donacions, essent necessària la seva introducció en la mateixa normativa estatal de l'impost sobre successions i donacions.
- ii) Reducció de la base imposable, ja sigui de forma fixa per raó de l'exercici del dret de retracte per premerència del definit en si; o, variable, un cop es fa efectiu el dret de retracte i depenent de l'import de la base imposable o del valor del bé transmès.
- iii) Deducció o bonificació de la quota ingressada en la primera transmissió successòria voluntària contractual, és a dir, deducció de l'impost ja pagat, per exemple, per part del definit.

Respecte d'aquests dos últims plantejaments, s'hauria d'acudir a la Llei 22/2009, de 18 de desembre, per la qual es regula el sistema de finançament de les comunitats autònomes de règim comú i ciutats amb estatut d'autonomia i es modifiquen determinades normes tributàries, i, en concret, al seu article 48.1. Així, s'exhauriria l'abast de les competències normatives en l'impost sobre successions i donacions, podent la Comunitat Autònoma de les Illes Balears assumir la competència normativa respecte a l'establiment de reduccions sobre la base imposable o la implantació de deduccions i bonificacions de la quota.

En primer lloc, per al cas de l'assumpció de competències normatives sobre la reducció de la base imposable de l'impost sobre successions i donacions, tant per transmissions *inter vivos* com per causa de mort, aquesta s'ha de fonamentar en circumstàncies econòmiques o socials pròpies de la comunitat autònoma. Per tant, sembla que el fet d'establir una reducció fiscal a favor del dret de retracte, exercit en el marc d'una successió voluntària paccionada o contractual pròpia de les Illes Balears, comporta ambdues circumstàncies: a) una raó econòmica, en cercar una equitat fiscal respecte al tracte donat a la mateixa figura en l'impost sobre transmissions patrimonials, i, b) una raó social, en suposar la introducció del dret de retracte dins la successió paccionada de les Illes una resposta o millora del dret foral balear.

Ara bé, s'ha de tenir en consideració també l'asimetria fiscal existent per raó de les possibilitats que l'actual successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears provoca respecte d'altres indrets o territoris espanyols. Així, la raó econòmica toparia tal volta amb aquesta manca d'igualtat. Com destaca VAQUERO GARCÍA: «La figura del pacto sucesorio es controvertida, ya que está prohibida por el



artículo 1271 del Código Civil, pero sin embargo se puede aplicar en aquellas CCAA con Derecho Civil propio: Aragón, Islas Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y el País Vasco. Por lo tanto, se manifiesta una importante asimetría en el tratamiento de las herencias, aunque no consecuencia del proceso de descentralización fiscal, sino por las peculiaridades territoriales del derecho civil».<sup>6</sup> El tractament tributari distingit respecte del dret civil propi de les Illes Balears en relació amb altres comunitats autònomes és fruit de les particularitats històriques, socials i territorials de les Illes i no un benefici fiscal atorgat *per se*. Igualment, aquesta asimetria fiscal no té perquè conduir sempre a una abolició de figures pròpies i tractaments fiscals específics d'un determinat territori, sinó tot lo contrari,<sup>7</sup> la supressió de la prohibició general establerta en el Codi civil.

En segon lloc, en referència a la possibilitat de l'establiment de deduccions o bonificacions de la quota, les deduccions i bonificacions aprovades per la Comunitat Autònoma han de ser compatibles, en tot cas, amb les deduccions i bonificacions establertes en la normativa estatal reguladora de l'impost i no podran suposar una modificació de les mateixes. Llavors, en ser la incorporació del dret de retracte dins les transmissions a títol successori paccionat o contractual un fet innovador i no contemplat per la normativa estatal, no existirà incompatibilitat amb les deduccions i bonificacions ja establertes en la legislació estatal reguladora de l'impost sobre successions i donacions, ni suposaran, en cap cas, la modificació d'aquesta.

Amb tot, resulta que les solucions marcades per les competències normatives de la Comunitat es posicionen com un remei més avantatjós i possible per tal d'evitar l'injust fiscal que existeix entre ambdós drets de retracte —el dret de retracte exercit en l'impost sobre transmissions patrimonials i l'exercit en l'impost sobre

---

<sup>6</sup> VAQUERO GARCÍA, A. «Implicaciones de los pactos sucesorios sobre el Impuesto de Sucesiones y Donaciones: el caso de Galicia». *Crónica Tributaria*, núm. 171 (2019), p. 205.

<sup>7</sup> En aquest sentit, RIBES RIBES, A. «Tal es el caso de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco, en cuyas legislaciones se permiten distintas figuras de sucesión contractual que, en la esfera tributaria, implican relevantes asimetrías en comparación con las restantes CC.AA. del territorio español. De ahí que algunos tributaristas (Merino Jara, 2015-2016, pp. 549 y 559) se hayan mostrado asimismo proclives a la supresión de la prohibición general de sucesión contractual en el CC, en aras a permitir a los contribuyentes de otras CC.AA. el uso de este instrumento de planificación sucesoria», en RIBES RIBES, A. «Pactos sucesorios: ¿legalidad o abuso? Nuevo tratamiento fiscal a la luz de la reciente reforma legislativa». *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, núm. 464 (2021), p. 11.

successions—. En aquests casos, ambdues mesures —reduccions o deduccions— s'hauran de tenir en consideració depenent de la càrrega fiscal que es vulgui rebaixar com a conseqüència de l'exercici d'un dret de retracte i/o la consideració de possibles increments en el valor a gravar sobre el bé transmès i ara retornat. Igualment, s'hauran de tenir en compte els possibles augments de valor sorgits en el bé transmès, fet que condueix necessàriament a l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana (IIVTNU) i la seva aplicació respecte a l'exercici del dret de retracte.

### *3. Breu consideració de l'exercici del dret de retracte i les seves repercussions en l'IIVTNU*

L'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana grava l'increment de valor que experimentin els terrenys de naturalesa urbana i que es posa de manifest com a conseqüència de transmetre'n la propietat per qualsevol títol o de constituir-ne o transmetre'n qualsevol dret real de gaudi limitatiu del domini. D'aquesta forma, sobre l'exercici del dret de retracte de l'article 21 de la Llei 8/2022 naixerà aquesta transmissió gravable per part de l'IIVTNU.

Per altra banda, l'article 108.4 del text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març (TRLRHL), estableix la possibilitat d'establir mitjançant ordenança fiscal bonificacions de fins al 95 % de la quota íntegra de l'impost a favor de transmissions lucratives per causa de mort a favor de descendents i adoptats, cònjuges i ascendents i adoptats.

Finalment, arran de la STC 182/2021, de 26 d'octubre, que declarà la inconstitucionalitat i nul·litat de l'article 107.1, paràgraf segon, 107.2.a) i 107.4 TRLRHL, respecte al mètode de quantificació de la base imposable i que deixà un buit normatiu quant a la determinació de la base imposable que impossibilitava la seva liquidació, comprovació, recaptació i revisió d'aquest tribut local, s'han introduït noves regles sobre la determinació de la base imposable. En concret, el Reial decret llei 26/2021, de 8 de novembre, mitjançant el qual s'adapta el TRLRHL a la jurisprudència del Tribunal Constitucional respecte de l'IIVTNU (sentències 59/2017, d'11 de maig, 126/2019, de 31 d'octubre, i 182/2021, de 26 d'octubre), estableix dos mètodes de càlcul de la base imposable: un mètode objectiu i un mètode real, a més d'establir-se un supòsit de no subjecció per als casos d'inexistència d'increment de valor en l'article 104 TRLRHL.

D'aquesta forma, si el bé transmès mitjançant l'exercici del dret de retracte no ha experimentat increment de valor o el seu valor ha estat ínfim, l'IIVTNU guardarà relació directa amb l'efectiu i real increment de valor. Aquest fet duu, necessàriament,

a la breu consideració que ha de tenir aquesta transmissió en l'impost sobre la renda de les persones físiques; per tant, l'increment patrimonial derivarà de la diferència entre el valor de transmissió i el d'adquisició i el possible augment de valor que hagi experimentat d'igual forma el bé.

Amb tot, no s'està davant una mateixa situació fiscal en referència a l'anterior plantejament —la imposició del dret de retracte respecte de l'impost sobre successions i donacions— palès que el fet imposable que grava l'IIVTNU és l'augment de valor experimentat en els terrenys de naturalesa urbana transmesos i no la transmissió com a tal. D'aquesta forma, en l'IIVTNU es grava una possible actualització o augment de valor, mentre que en l'impost sobre successions i donacions es grava la transmissió en si, sorgida de l'exercici d'un dret de retracte, existint un greuge fiscal comparatiu si la transmissió és onerosa o lucrativa, *inter vivos* o per causa de mort.

#### *4. Aproximació a la figura de la revocació i la seva fiscalitat*

En darrer lloc, té especial importància la consideració dels aspectes fiscals que envolten la figura de la revocació per entendre millor les repercussions tributàries del dret de retracte introduït per la Llei 8/2022. Així, la Llei de successió voluntària paccionada o contractual planteja en l'article 29 unes causes generals de revocació, establint que:

«El donant també pot revocar unilateralment la donació universal:

- 1r En cas d'incórrer el donatari en causa d'indignitat, en els termes prevists en l'article 7 bis de la Compilació.  
Les causes previstes en les lletres a) i b) del punt 1 de l'article 7 bis esmentat suposaran la revocació automàtica de la donació sempre que el donant no faci manifestació expressa en contra. Així mateix, el donant pot perdonar-les en document públic.
- 2n En cas d'incompliment voluntari de les càrregues imposades de manera expressa al donatari, sempre que el donant no hagi optat per exigir-ne el compliment.
- 3r Per ruptura de relacions personals entre donant i donatari sempre que no sigui per causa imputable exclusivament al donant.
- 4t En cas d'incórrer en causa d'ingratitude. En particular, són causes d'ingratitude:
  - a) Haver-li negat indegudament aliments.
  - b) Haver-lo maltractat físicament o psíquicament.
- 5è En cas d'haver incorregut el donant en error excusable sobre qualitats o fets personals del donatari que suposin una pèrdua de confiança sobrevinguda, en

el sentit que si haguessin existit en el moment de l'atorgament de la donació universal, el donant no l'hauria elegit com a hereu.

6è Per una altra causa lícita prevista en la donació universal. En aquest cas, se'n podrà sol·licitar la constància en el Registre de la Propietat».

Seguidament, l'article 30 estableix uns supòsits de revocació específics, els quals contemplen que:

«Es poden revocar les donacions universals atorgades entre cònjuges, a més de per les causes previstes en l'article anterior, per l'incompliment greu o reiterat dels deures conjugals, la nul·litat del matrimoni si el donatari ha obrat de mala fe, i la separació legal o el divorci.

Pel que fa a les parelles estables sotmeses al Dret civil de les Illes Balears, la donació universal es pot revocar en cas de cancel·lació de la seva inscripció en el registre corresponent, llevat que sigui per contreure matrimoni entre si o per la mort de qualsevol d'ells».

De tot plegat, una consideració inicial referida a la figura de la revocació és que és una anul·lació d'un negoci jurídic anterior; conseqüentment, la diferència principal entre la revocació i el retracte és que en la revocació es desfà un negoci jurídic existent, mentre que en el retracte no s'anul·la cap negoci jurídic, sinó que en neix un de nou, l'originat arran del dret a millor posicionament de la persona que posseeix el dret de retracte respecte d'un o d'uns determinats béns.

D'aquesta manera, en la revocació, essent palès que no neix un nou negoci jurídic no hi haurà cap situació capaç de ser gravada, al contrari del que passa amb el retracte legal, que pot originar una nova transmissió subjecta a imposició. Així ho entén, per exemple, la Direcció General de Tributs en les seves consultes vinculants V1521-14, de 10 de juny<sup>8</sup> o V2946-14, de 3 de novembre.<sup>9</sup> En la primera consulta, es planteja el cas d'un pacte successori d'atribució a títol particular regulat en els articles 431.1 i següents del títol III —*La successió contractual i les donacions per causa de mort*—, capítol I —*Els pactes successoris*—, de la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. Així, tot i que en la consulta no s'especifica si es transmetran els béns, la Direcció General de Tributs conclou que: «[...] si el pacto provoca la transmisión de los inmuebles y los productos financieros, el devengo del Impuesto se producirá en dicho momento y la revocación del pacto

---

<sup>8</sup> Disponible en: [https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num\\_consulta=V1521-14](https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V1521-14)

<sup>9</sup> Disponible en: [https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num\\_consulta=V2946-14](https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V2946-14)

provocarà los efectos propios de una revocación de una donación, que no constituye un nuevo acto jurídico, sino la anulación de un negocio jurídico ya realizado y que se deshace, en este caso, conforme a la Ley, por lo que no puede tener la consideración de un nuevo acto sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Y ello, precisamente, porque no es un acto nuevo, sino la revocación de un negocio jurídico ya realizado, cuya eficacia cesa por la revocación».

En aquest mateix sentit, la consulta vinculant V2946-14 estableix que: «La revocación y la reducción (que no es sino una revocación parcial) de una donación no constituye un nuevo negocio jurídico, sino la anulación de un negocio jurídico ya realizado y que se deshace, en estos casos, conforme a la Ley. Esta afirmación se desprende, simplemente, del significado del verbo revocar para definir o describir lo que el donante puede hacer en los supuestos regulados en ellos. Así el diccionario de la Real Academia Española define el verbo revocar como “dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”, se trata de un supuesto de cesación de los efectos, de la eficacia de un negocio jurídico, en este caso de una donación.

De lo anterior, se deduce que la respuesta a la pregunta ha de ser negativa. Es decir, la revocación de una donación no puede tener la consideración de un nuevo acto sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Y ello, precisamente porque no es un acto nuevo, sino la revocación de un negocio jurídico ya realizado, cuya eficacia cesa por la revocación».

D'aquesta manera, el fet de tenir la revocació condició resolutòria provocarà igualment el dret a la devolució de l'import pagat: «[...] Si se calificare como resolutoria, se exigirá el Impuesto, desde luego, sin perjuicio de la devolución que proceda en el caso de cumplirse la condición» (art. 8 del Reial Decret 1629/1991, de 8 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament de l'impost sobre successions i donacions).<sup>10</sup>

En conseqüència, el fet que la revocació no suposi el naixement d'un nou negoci jurídic, sinó l'anul·lació de l'existent, implica la seva no subjecció a l'impost sobre

---

<sup>10</sup> D'igual forma, respecte el tractament fiscal de la revocació en l'impost sobre la renda de les persones físiques, en no existir transmissió jurídica i, per tant, no alteració patrimonial (Direcció General de Tributs, Consulta Vinculant 2236-11), no hi haurà transmissió ni increment de patrimoni subjecte a l'impost. Respecte l'IIVTNU, com passa amb l'impost sobre successions i donacions, existirà un dret de devolució de l'impost ja pagat (art. 109.4 TRLRHL: «[...] Si la condición fuese resolutoria, se exigirá el impuesto desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución según la regla del apartado anterior».

successions i donacions; per altra banda, en el cas del dret de retracte, sí que s'origina un nou negoci jurídic per part de la persona que exerceix aquest dret i, d'aquesta forma, es determina la subjecció a l'anterior impost. Així doncs, a partir d'aquesta distinció, cal retornar a la injustícia fiscal plantejada a l'inici, la subjecció i obligació tributària produïda per la transmissió lucrativa per causa de mort i la seva dissemblança tributària respecte al mateix dret de retracte en les transmissions oneroses *inter vivos* per reflexionar sobre el mateix i establir-ne les seves conclusions.

### III. Conclusions, conseqüències i reflexions

De tot el que s'ha exposat, queda palès l'injust tributari que existeix en l'actual exercici del dret de retracte en la Llei 8/2022, de successió voluntària paccionada o contractual respecte de les transmissions patrimonials oneroses i la seva subjecció i exempció a l'impost sobre transmissions patrimonials.

Considero que la millor opció legislativa aplicable seria la de la deducció o bonificació de la quota ingressada en la primera transmissió successòria voluntària contractual, és a dir, la deducció de l'impost ja pagat, per exemple, per part del definit. Aquesta opció respon als supòsits d'increment de valor del bé des de la primera transmissió —arran de la successió voluntària contractual— fins a la segona transmissió —sorgida com a conseqüència de l'ús del dret de retracte—, suposant una càrrega tributària respecte a l'augment de valor experimentat en el nou negoci jurídic sorgit. Igual supòsit es trobarà en la liquidació de l'IIVTNU o tributació en l'IRPF, podent estar davant un supòsit de no subjecció per als casos d'inexistència d'increment de valor o bé una estimació de la base d'acord amb el mètode real de càlcul —diferència entre el valor de transmissió i el valor d'adquisició del bé—.

Amb tot, l'acció legislativa basada en la deducció de l'import ja pagat respondria a la injustícia de l'actual situació i la discriminació respecte a les transmissions oneroses, comportant, a més, una harmonització normativa entre la regulació civil pròpia de les Illes Balears i la seva conseqüència fiscal. A més, tal liquidació en l'impost sobre successions i donacions, a partir de la deducció practicada, s'assimilaria a l'actual estimació de la base de l'IIVTNU i el seu mètode real —juntament amb la seva tributació en l'IRPF—, comportant en el seu conjunt una imposició basada exclusivament en possibles increments de valor del bé transmès, resultant una imposició justa i igualitària respecte d'altres negocis jurídics subjectes a altres impostos.

Finalment, a mode de reflexió final, cal tenir en consideració els dubtes tributaris que la Llei 8/2022, d'11 de novembre, plantejarà. Així, com succeeix i estableixen els

*El dret de retracte en la nova Llei de successió voluntària...*

articles 88 i 89 de la Llei general tributària, comunitats autònomes amb similar regulació pròpia de la successió contractual disposen de centres dedicats a la contestació de consultes tributàries sobre tributs cedits i tributs propis, resultant una eina de gran valor i d'unificació de criteri.





# COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

***Vicente Juan Calafell Ferrá***

Doctor en Dret

***Eduardo Calderón Susín***

Doctor en Dret. Magistrat jubilat

***Carlos Gómez Martínez***

President del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

***Ferran Gomila Mercadal***

Advocat

***Miquel Masot Miquel***

Acadèmic de Número de la Reial Acadèmia  
de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears

***Fernando Socías Fuster***

Magistrat del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

## Los derechos y deberes lingüísticos en la actividad comercial

*Sentencia del Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad) núm. 117/2022, de 29 de septiembre (Pleno) (ponente: Sra. Balaguer Callejón).*

### **El objeto del recurso de inconstitucionalidad**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2022, de 29 de septiembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad 5332-2017, interpuesto por el presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias. En el recurso de inconstitucionalidad se impugnaba la ordenación de diferentes aspectos de la actividad comercial. En concreto, eran objeto de controversia las ventas promocionales o en rebajas, los horarios (con especial atención a los municipios turísticos), los plazos de prescripción de las infracciones y de las sanciones y el régimen lingüístico.

Para el recurrente, la regulación de la Ley 18/2017 sobre las rebajas, los horarios y la prescripción de infracciones y sanciones incurría en una inconstitucionalidad mediata o indirecta, porque no se ajustaba a la legislación básica en la materia (la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales), aprobada por el Estado al amparo del artículo 149.1.13 de la Constitución.

En cuanto al régimen lingüístico, se cuestionaba el artículo 8.3 de la Ley 18/2017. Este precepto imponía a quienes accedieran a la actividad comercial y a la prestación de servicios (incluso en calidad de trabajadores asalariados) la obligación de «estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña». A juicio del recurrente, dicha exigencia —cuyo incumplimiento suponía una infracción leve, según el artículo 72.1.b) de la misma ley, que también se impugnaba por conexión con el artículo 8.3— era inconstitucional por contradecir la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el deber de disponibilidad lingüística en las relaciones entre sujetos privados.

El presidente del Gobierno invocó, en su recurso, los artículos 161.2 de la Constitución y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo que comportó la suspensión de la vigencia de las disposiciones impugnadas. No obstante, mediante Auto de 21 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional levantó la suspensión de la mayor parte de los preceptos, incluidos los relativos al régimen lingüístico.

El Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso y, por consiguiente, declaró inconstitucionales y nulas las disposiciones referentes a los horarios comerciales y a los plazos de prescripción de infracciones y sanciones. Por el contrario, haciendo uso de la técnica de la interpretación conforme, consideró que los preceptos sobre las ventas en rebajas y el régimen lingüístico no eran contrarios a la Constitución, si se entendían en los términos fijados en los fundamentos jurídicos correspondientes.

### **Los pronunciamientos sobre el régimen lingüístico en la actividad comercial: su interés para las Illes Balears**

Una de las cuestiones tratadas en la Sentencia 117/2022 que tiene especial interés para las Illes Balears es la del régimen lingüístico en la actividad comercial. Como parece evidente, la regulación de esta materia en un sector económico tan importante adquiere particular relevancia en las comunidades autónomas con cooficialidad lingüística. Se trata, además, de un tema presente en la actualidad política de las Illes Balears, como lo demuestran varias propuestas legislativas planteadas durante la legislatura autonómica (2019-2023).

Una de dichas iniciativas legislativas fue la Proposición de ley núm. 14927/2020, presentada por el Grupo Mixto del Parlamento de las Illes Balears para modificar la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de comercio de las Illes Balears, con el fin de regular los derechos lingüísticos de los consumidores en la actividad comercial. Otra propuesta —elaborada por la Administración de la Comunidad Autónoma— fue el Anteproyecto de ley de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears. Este texto comprendía un capítulo sobre los derechos lingüísticos, en el que se establecía, con carácter general, su derecho a ser atendidas en alguna de las lenguas oficiales de las Illes Balears, sin ser discriminadas o atendidas incorrectamente por razón de la lengua oficial utilizada.

Aunque ninguna de estas dos iniciativas fue finalmente objeto de tramitación parlamentaria, ambas sirven para poner de relieve la importancia de regular adecuadamente los derechos y deberes lingüísticos en la ley de comercio y —desde una perspectiva más amplia— en la legislación de consumo de las Illes Balears. Cuando se lleve a cabo esta tarea legislativa, será imprescindible tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el régimen lingüístico en la actividad comercial. Por ello, parece justificado analizar con detenimiento los pronunciamientos de la Sentencia 117/2022 al respecto, que se encuentran en el fundamento jurídico sexto.

El núcleo de la controversia sobre el régimen lingüístico en la Ley de comercio, servicios y ferias de Cataluña, radicaba en su artículo 8.3. Según el recurso de inconstitucionalidad, el deber de «estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña» incumplía la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el deber de disponibilidad lingüística. De acuerdo con esta jurisprudencia, este deber —para garantizar el derecho de todas las personas a ser atendidas oralmente o por escrito en la lengua oficial que elijan— solo es exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, pero no en las relaciones entre privados.

En la Sentencia objeto de comentario, el Tribunal Constitucional abordó esta cuestión recordando su doctrina sobre el deber de disponibilidad lingüística, dictada a propósito del artículo 34 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 22) y reafirmada posteriormente en relación con el Código de Consumo de Cataluña (STC 88/2017, de 4 de julio, FJ 3 y 4). Según el Tribunal, dicho deber no puede significar, en efecto, la imposición a entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público —ni a su titular o a su personal— de obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo. El derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas solo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, pero no puede extenderse indiscriminadamente a las relaciones privadas. Por lo tanto, para determinar si tiene justificación suficientemente en estas últimas, habrá que analizar la normativa aplicable en cada caso.

El Tribunal Constitucional examinó, así, el artículo 8.3 de la Ley 18/2017 a la luz de su doctrina sobre el deber de disponibilidad lingüística. Tras dicho análisis, concluyó que el precepto no imponía, en el ámbito de las relaciones entre privados, obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo para unos sujetos concretos (el titular de la actividad o el empleado del establecimiento). Según la Sentencia, la disposición impugnada no debía verse, pues, como la exigencia de emplear una determinada lengua oficial, sino como una garantía de respeto a la opción lingüística ejercida por el ciudadano. Interpretada de esta manera, se trataría de una regla (similar a la establecida en el Código de Consumo de Cataluña) que asegura —en defensa del derecho general de los consumidores y usuarios a ser atendidos en la lengua oficial que escojan— un trato respetuoso y no discriminatorio del cliente que usa libremente cualquiera de las lenguas oficiales, pero sin imponer el necesario conocimiento de una de ellas al establecimiento ni a sus titulares o empleados.

En definitiva, el Tribunal Constitucional resolvió que el artículo 8.3 de la Ley 18/2017, entendido en los términos expuestos, debía ser considerado constitucional. Asimismo, extendió esta conclusión al artículo 72.1.b), porque este precepto se limitaba a tipificar como infracción leve —en general— el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 8 para el ejercicio de cualquier actividad comercial o de prestación de servicios en Cataluña, pero no identificaba expresamente ninguna conducta contraria a un deber de conocimiento lingüístico.

Vicente Juan Calafell Ferrá

## Los derechos de adquisición preferente de la Administración para incrementar la vivienda pública

*Sentencia del Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad) núm. 8/2023, de 22 de febrero (Pleno) (ponente: Sra. Balaguer Callejón).*

### **El objeto del recurso de inconstitucionalidad**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2023, de 22 de febrero, resolvió el recurso de inconstitucionalidad 4291-2020, interpuesto por cincuenta y tres senadores del Grupo Parlamentario Popular contra el Decreto-ley del Consell de la Generalitat 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto.

El recurso se basaba en varios motivos de inconstitucionalidad. Por un lado, se denunciaba la falta del presupuesto de hecho habilitante para dictar el Decreto-ley. Por otro, se alegaba la invasión de diversas materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva (legislación civil, procesal, mercantil e hipotecaria; expropiación forzosa y fijación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos constitucionales). Finalmente, se señalaba la vulneración del derecho de propiedad, en su manifestación de garantía patrimonial por la privación de bienes o derechos mediante decisión administrativa.

El Tribunal Constitucional no apreció la concurrencia de ninguno de dichos vicios de inconstitucionalidad y, por lo tanto, desestimó el recurso. La decisión tuvo los votos particulares de dos magistradas (uno discrepante y otro concurrente). El primer voto particular consideraba que debería haberse estimado el recurso por infracción del artículo 86 de la Constitución y del artículo 44.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, al no darse el presupuesto habilitante para aprobar un decreto-ley. El segundo voto particular, si bien compartía el sentido del fallo, disintió del parecer mayoritario en determinados aspectos de la fundamentación jurídica.

La primera causa de inconstitucionalidad planteada fue la ausencia del presupuesto habilitante para el ejercicio de la potestad legislativa por parte del poder ejecutivo mediante un decreto-ley. Para los recurrentes, la disposición impugnada no obedecía realmente a una necesidad extraordinaria y urgente, porque la dificultad de acceso a la vivienda expresada por el Consell de la Generalitat Valenciana para justificar su aprobación era una situación estructural y preexistente; y tampoco existía la obligada

conexión de sentido o relación de adecuación entre el presupuesto de hecho invocado y las medidas normativas adoptadas, porque estas no suponían un aumento inmediato del parque público de vivienda. El Tribunal Constitucional no aceptó este planteamiento. Por el contrario, apreció que el Gobierno de la Comunitat Valenciana había expuesto de manera explícita y razonada —tanto en el preámbulo del decreto-ley como en el debate parlamentario para su convalidación— que la norma se dirigía a dar una respuesta rápida y adecuada a los problemas de acceso a la vivienda de las personas en posición más precaria y vulnerable (que se habían agravado en los últimos tiempos por diversos factores, como la pandemia de COVID-19).

La segunda razón de inconstitucionalidad tenía carácter competencial. Los recurrentes aducían que la regulación de los derechos de adquisición preferente contenida en el Decreto-ley infringía diversas competencias exclusivas del Estado, entre las que cabe destacar la legislación civil. Estos argumentos también fueron desestimados. El Tribunal Constitucional confirmó que, en efecto, la determinación del régimen jurídico del tanteo y del retracto, en cuanto instituciones de Derecho Civil, corresponde en exclusiva al Estado. Sin embargo, también recordó que —según su propia doctrina sobre la previsión de derechos de adquisición preferente en leyes de las comunidades autónomas— la naturaleza civil del tanteo y del retracto no impide que tales derechos puedan constituirse a favor de la Administración (incluida la autonómica) para atender finalidades públicas y, en ese caso, que sean regulados por la legislación administrativa correspondiente a la materia en que se incardinan. Esto era, justamente, lo que hacía el Decreto-ley recurrido, al establecer esos derechos en una norma dictada en ejercicio de las atribuciones autonómicas sobre vivienda. No había, pues, invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil.

El tercer motivo de inconstitucionalidad se basaba en la vulneración del derecho de propiedad, en su vertiente de garantía patrimonial —mediante la correspondiente indemnización— por la privación de un bien o derecho mediante decisión administrativa (art. 33.3 CE). A juicio de los recurrentes, el pago del precio del bien por el ejercicio de los derechos de adquisición preferente previstos en el Decreto-ley no cubría todos los posibles costes causados al particular afectado, que sufriría así una pérdida patrimonial. El Tribunal, de entrada, precisó que los derechos de adquisición preferente no suponen una privación del derecho de propiedad, sino una delimitación de su contenido normal de acuerdo con su función social, que no es indemnizable; por lo tanto, su ejercicio obliga al pago del precio del bien, no a una indemnización. Sin embargo, puntualizó que el retracto, al llevarse a cabo cuando la transmisión ya se ha producido, sí comporta una privación del derecho de propiedad

del afectado —el adquirente retraído— y da lugar, pues, a la correspondiente indemnización (que debe cubrir el precio del bien y los demás gastos que le haya causado la transacción). El Tribunal Constitucional indicó que, en tal caso, debe acudirse a la normativa estatal, porque la regulación sustantiva de esta materia corresponde a la legislación civil. Con esta interpretación sistemática de las normas, la Sentencia descartó que los derechos de adquisición preferente regulados en el Decreto-ley ocasionaran una pérdida patrimonial en cuanto a los gastos de la transacción distintos del precio, porque la obligación de pagarlos (establecida en el Código Civil) quedaba reflejada en la disposición impugnada. Por consiguiente, estimó que el Decreto-ley, así interpretado, no vulneraba la garantía patrimonial reconocida en el artículo 33.3 de la Constitución.

#### **El interés de la Sentencia: la reafirmación de potestades autonómicas de intervención rápida en materia de vivienda**

El deslinde de atribuciones en materia de vivienda —y, sobre todo, la concreción de los ámbitos en que las comunidades autónomas pueden intervenir por vía legislativa— es un tema ciertamente controvertido. Las comunidades autónomas, en general, tienen reconocida estatutariamente la competencia sobre vivienda. Sin embargo, sus posibilidades de actuación están condicionadas, en gran medida, por determinadas competencias del Estado, que a menudo son interpretadas y aplicadas expansivamente. Se trata, en suma, de un ámbito en el que hay una interrelación muy intensa de potestades estatales y autonómicas, con una fuerte primacía de las primeras.

La vivienda se ha convertido, en los últimos años, en uno de los principales problemas sociales. Ante la creciente dificultad de acceso a la vivienda por parte de sectores cada vez más amplios de la población, las comunidades autónomas han ido aprobando y aplicando medidas de diferente índole. Algunas de ellas se han dirigido a tratar de dotar de más facultades a la Administración para aumentar el parque público de vivienda con la máxima rapidez y agilidad. Este incremento de la vivienda pública se ha intentado conseguir, entre otras vías, mediante la previsión de derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) a favor de la Administración en una amplia variedad de transmisiones de inmuebles.

En el ordenamiento de las Illes Balears se puede encontrar alguna muestra de esta política legislativa autonómica. Un ejemplo —muy próximo en el tiempo al Decreto-ley objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional que aquí se comenta— fue el Decreto-ley 3/2020, de 28 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda. En relación con los derechos de adquisición preferente, esta norma decía



en su preámbulo que «para garantizar además el cumplimiento de la función social de la vivienda protegida y de la vivienda en general, el presente Decreto-ley regula y amplía los derechos de tanteo y retracto de los que dispone ahora la Administración».

La regulación de algún aspecto de esos derechos de adquisición preferente en el Decreto-ley 3/2020 también suscitó, por cierto, controversia constitucional entre el Estado y las Illes Balears. En concreto, el Estado cuestionó —entre otras disposiciones— la previsión de la posible fijación, por parte de la Administración, del precio y las condiciones de adquisición del inmueble. Este conflicto no llegó a materializarse en un recurso de inconstitucionalidad, ya que fue resuelto por la vía extraprocesal del artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, tras las negociaciones correspondientes en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación, se adoptó un acuerdo (publicado simultáneamente en el *Boletín Oficial del Estado* y el *Boletín Oficial de las Illes Balears* de 8 de abril de 2021) que incluía, entre sus estipulaciones, el compromiso de la Comunidad Autónoma de promover la modificación del precepto discutido sobre los derechos de adquisición preferente.

Pues bien, en vista de este complejo panorama competencial en materia de vivienda, el interés de la STC 8/2023 reside, sobre todo, en la reafirmación de determinadas potestades de las comunidades autónomas —como el uso del decreto-ley o el establecimiento de derechos de adquisición preferente a favor de la Administración— que parecen especialmente aptas para llevar a cabo políticas y actuaciones de intervención rápida en este ámbito.

Vicente Juan Calafell Ferrá

## La computació de les donacions fetes pel causant dins l'inventari de l'herència i els pactes successoris d'atribució particular a les Pitiüses

*Sentència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 3/2022, de 29 de setembre (ponent: Sr. Capó Delgado).*

La Sentència fa referència a dues institucions jurídiques d'indubtable interès, com són la computació de les donacions col·locacionables i els pactes successoris d'atribució particular o d'ordenació de llegat.

### **Els fets del litigi**

El senyor A, de procedència peninsular però de veïnatge civil a les Pitiüses, va ordenar la seva successió de la manera següent. El 28 de març de 2005, a l'edat de 78 anys, va atorgar testament obert notarial en què va instituir hereus els seus tres fills —senyor B y senyores C i D— per parts iguals, amb les corresponents substitucions pels casos de premoriència o incapacitat. D'acord amb aquesta declaració —segueix dient— els tres hereus disposaran per parts iguals de 64'89 % del capital social de la mercantil CF, SA i del contingut de la caixa de seguretat arrendada a la Caja de Ahorros; pel que fa a les cases ubicades a Eivissa, de la seva exclusiva propietat, disposa que si els fills no arriben a un acord sobre el seu manteniment procedeixin a la venda; diu que se repartiran també els tres fills per parts iguals tots els altres béns del testador, com ara cotxes, mobles i efectiu en comptes corrents, així com els deutes que pugui deixar. Declara finalment que en la redacció del testament ha cregut ser absolutament imparcial amb els seus tres fills.

Vuit anys després del testament, el 9 de juliol de 2013, va atorgar amb els seus tres fills «pacto sucesorio de atribución particular para después de su muerte del inmueble de constante referencia (l'immoble d'Eivissa) por terceras partes indivisas entre ellos y para que se tenga la certeza de que así será», fent costar que el pare es reserva la plena propietat de l'immoble amb obligació de no gravar-lo ni disposar de ell de cap manera i que en cas de transmissió els tres fills han de donar el consentiment.

El pacte successori en qüestió va venir motivat, segons ens diu la Sentència, pel fet que el pare, senyor A, volia demanar un préstec hipotecari sobre la finca i el Banc no hi accedia donada la seva ja molt avançada edat. Per això, i a través del pacte

successori s'introduïen els tres fills també com a prestataris. Però el Registre no va donar lloc a la inscripció pel fet de no tenir una de les filles —la senyora C— el veïnatge civil a les Pitiüses, raó per la qual es va atorgar una nova escriptura —el 23 de juliol de 2015— de rectificació de l'anterior pacte successori, en la qual es mantenia l'atribució a títol particular i, per a després de la mort del pare, de 1/3 part de la casa d'Eivissa per a cada un dels dos fills que tenien el veïnatge civil a les Pitiüses, o sigui el senyor B i la senyora D, mentre que la tercera part restant la mantenia el pare en plena propietat.

El litigi ha consistit en un procés de divisió d'herència promogut per la senyora D, demanant que en l'inventari s'ha d'incloure aquesta part, atribuïda anteriorment a la filla senyora C, i considerar-la propietat exclusiva del pare a repartir entre els tres fills per parts iguals. A més, considera que s'han de incloure en l'inventari els béns que varen ser objecte de donació al fill, senyor B, que consistien en 760 accions de la societat FS, S.A. i la quantitat que es va obtenir per la venda d'un immoble, que ascendia a 150.253,02 €.

Fins aquí l'exposició dels fets, segons es desprèn de la Sentència, dels quals el que sorprèn més és la negativa de la inscripció del primer dels dos pactes successoris atorgats per no tenir una de les filles veïnatge civil a les Pitiüses, quan creiem que bastaria que en tingués el pare disponent del pacte, donat que el pacte successori tindrà efecte dins la seva successió i d'acord amb el que disposen els articles 9.8 i 16 Cc.

Queden clares, per tant, les dues institucions contemplades per la sentència, com són la computació de les donacions fetes pel causant i els pactes successoris d'atribució particular.

### **La computació de les liberalitats fetes en vida pel causant**

Sabut és que, en el dret pitiús, l'article 70 de la Compilació del dret civil de les Illes Balears assenyala que tot allò que es refereix a la successió testamentària es regirà pel Codi civil, amb les excepcions contingudes en el Llibre III. Com sigui que no existeix en aquest Llibre precepte indicatiu de la forma com s'ha de realitzar el càlcul del cabal hereditari —a diferència de l'art. 47, paràgraf 3é, per a Mallorca i Menorca— això ens remet als articles 818 i 1035 Cc, dedicat aquest darrer a la col·lació.

I sabut és també que aquest darrer precepte ha estat objecte de grans controvèrsies —les quals es poden veure resumides en el comentari publicat en el núm. 19 d'aquesta Revista, a la Sentència de la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de les Illes Balears núm. 80/2019, de 14 de març—, ja que baix el títol genèric de «La col·lació» inclou, d'una part, la *computació* de les liberalitats fetes en

vida pel causant per al degut càlcul de la llegítima (*relictum + donatum*), i, per altra banda, la necessitat de dur als comptes corresponents a la partió entre els hereus forçosos aquelles liberalitats, ja que el legitimari donatari prendrà de menys de la massa hereditària el que ja hagués percebut, segons ens diu l'article 1047 Cc (la *col·lació* pròpiament dita).

La Sentència contra la que es va interposar el recurs de cassació —que era la Sentència de la Secció Tercera de 28 de setembre de 2021— havia considerat que els béns objecte de les donacions abans indicades no es podien incloure dins l'inventari sinó que precisaven d'un judici ordinari previ, al·legant diversa doctrina jurisprudencial. Però la Sentència del TSJ que es comenta va considerar que això no era en absolut necessari ja que en realitat ens trobàvem a la fase inicial de la partió judicial de l'herència, per la qual cosa estima el recurs, per infracció de l'article 1035 Cc. D'aquesta manera es dona així compliment al que disposa l'article 11.3 LOPJ quan diu que els jutjats i tribunals han de tractar de resoldre sempre sobre les qüestions plantejades, podent just rebutjar-les quan hi hagi defectes no reparables o s'ha causat indefensió. En efecte, no té sentit enviar les parts a un nou judici per resoldre aquest punt quan ja n'hi ha hagut un amb les seves corresponents dues instàncies i cassació.

I això, fent, a més, una important precisió. A la donació que el senyor A va fer al fill, senyor B, de les 760 accions de la societat CF, SA es diu que la donació es fa en agraïment i consideració a l'immens treball fet pel fill durant els darrers anys dins la societat, que ha donat lloc a millores i a una positiva avaluació de la mateixa. Això fa que la donació s'hagi de considerar remuneratòria. Amb la conseqüència que tan sols es considerarà donació pura i, per tant, objecte de computació —i després de col·lació dins de la partió que facin els tres fills entre ells— la part en què el valor del que s'hagi donat superi el valor del que es remuneri, o sigui, dels treballs i aportacions que va fer el fill donatari a la societat, segons disposa l'article 622 Cc.

És fàcil imaginar que aquesta operació, que s'haurà de realitzar pel Jutjat de Primera Instància en execució de sentència, no serà precisament fàcil, ja que s'haurà de fer una estimació econòmica, d'una part, del valor de les aportacions fetes durant els anys anteriors a la donació pel fill donatari a la societat CF, SA, i, d'altra part, el de les accions rebudes, valoració que s'ha de referir a la data en què tenguí lloc l'avaluació dels béns hereditaris, segons imposa l'article 1045 Cc. I només la diferència entre les dues quantitats es podrà considerar com a donació pura, tenint lloc tan sols respecte d'ella les corresponents computació i col·lació.

### **Els pactes d'atribució particular. Una important innovació del Dret pitiús**

Indubtablement, els pactes successoris, i en particular els heretaments atorgats en espolits, tenen a les Pitiüses una riquíssima tradició. CERDÀ GIMENO ens diu que

no és segur l'origen català de la figura encara que sí és probable com una alternativa històrica; i, a més, segueix dient, no es poden deixar de tenir en compte l'existència de «inveteradas prácticas consuetudinarias de origen romano-vulgar combinados con los usos al modo catalán de contener en los capítulos matrimoniales las viejas donaciones universales».

En tot cas, el que sí ha estat constant al llarg de les diverses èpoques històriques és la relació dels pactes successoris amb el matrimoni, donada la seva constant aparició en els capítols matrimoniales, que reben a les Pitiüses la tradicional denominació d'espòlits. Els espòlits constituïen, en definitiva, la reglamentació de l'ordenació matrimonial i successòria de la família, en especial de les famílies camperoles, ja que està històricament comprovat que l'atorgament dels espòlits tenia lloc quasi exclusivament entre la població rural.

Aquesta rica tradició històrica no es va reflectir de cap manera en la Compilació de 1961, que es limitava a nominar els espòlits, sense regular-los, i tractava tan sols dels «heredamientos», que just són una de les varietats dels pactes successoris, sense contemplar els pactes de renúncia, d'important tradició històrica a les Pitiüses.

Va ser mèrit de la Compilació de 1990 emprendre una amplíssima reforma del text compilat de 1961, assenyalant, en l'article 72.2, que els pactes successoris podran contenir qualsevol disposició *mortis causa*, tant a títol universal com singular, amb les substitucions, modalitats, reserves, renunciacions, clàusules de reversió, càrregues i obligacions que els atorgants hi estableixin, per passar a regular després, de manera separada, els pactes d'institució i els de renúncia.

És clar que aquesta referència als pactes successoris a títol singular permet acollir les disposicions *mortis causa* d'atribució particular; i, d'aquesta manera, s'ha introduït, dins del dret pitius, una important i nova institució, que, a més, avui en dia va adquirint gran importància a conseqüència de la problemàtica plantejada per la successió de les empreses familiars o petites empreses, havent fet acte de presència, dins la vida jurídica, els protocols familiars, que varen ser objecte de regulació per part del Reial decret 171/2007, de 9 de febrer, en allò que fa referència a la seva publicitat. En el preàmbul d'aquest Reial decret es preconitza la necessitat de remoure obstacles i dotar els operadors jurídics dels instruments necessaris per afrontar la problemàtica d'aquelles. És certament indicatiu que en el Dret civil de Catalunya s'hagi procedit també a una radical transformació dels clàssics heretaments, per poder incloure també les disposicions *mortis causa* a títol particular.

Però, curiosament, aquesta referència que fa la Compilació de 1990 a aquestes especials disposicions *mortis causa* no va seguida d'una regulació específica sinó que, simplement, són d'aplicació a les mateixes, *mutatis mutandi*, les normes generals

sobre els pactes d'institució d'hereu. Estàvem així al davant d'una institució que s'integrava en el grup de nominades però no regulades per l'ordenament jurídic.

Per això ha estat mèrit de la Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual, afrontar aquesta regulació —dedicant-li la secció 3a del capítol II del títol III— dels preceptes reguladors dels pactes d'institució. I així, en els articles 70 a 73, inclosos ambdós, es tracta el concepte, la capacitat per atorgar aquests pactes i les seves dues varietats, com són els pactes amb transmissió actual de béns i els pactes sense tal transmissió.

Dins de la regulació d'aquests segons, s'estableix la prohibició de disposar dels béns llegats per part de l'instituent, encara que conservarà en vida la seva propietat; i s'assenyala que queden sense efecte per premoriència de la persona física o extinció de la persona jurídica instituïda, ja que —diu també l'art. 73— el pacte confereix a l'instituït la qualitat de legatari contractual amb caràcter personalíssim. La qual cosa contrasta amb el que disposa l'article 72 per als pactes d'atribució particular amb transmissió actual de béns, que no estableix per aquests casos la ineficàcia del pacte; tal vegada per la seva major entitat, donada la existència de tal transmissió. Certament el mateix efecte es produeix en els pactes d'institució d'hereu sense transmissió actual de béns en els casos de premoriència de l'instituït, segons l'article 69 de la nova Llei i l'article 75 de la Compilació; i és que, en tots aquests supòsits, com diu CARDONA GUASCH, l'instituït té una posició jurídica dèbil i tan sols adquireix, en pactar-se la institució, una expectativa.

Probablement no hagués estat inútil contemplar alguna altra situació que es podria donar en el desenvolupament d'aquesta figura jurídica, com seria el cas de pèrdua o deterioració del bé llegat, encara que en la Memòria interna explicativa de la nova Llei dels pactes successoris s'addueix la possible entrada en joc del Codi civil per donar solució al tema amb aplicació de l'article 869.3 Cc. I és que, com s'ha dit abans, la successió testada es regeix a les Pitiüses pel Codi civil, amb les excepcions contingudes en el Llibre III, per disposició expressa de l'article 70 de la Compilació.

### **La indagació de la voluntat del causant de la successió**

Com s'ha vist, a la successió del senyor A concorren tres elements: el testament atorgat el 28 de març de 2005, el pacte successori que es va signar el 9 de juliol de 2013 i la seva rectificació que havia tingut lloc el 23 de juliol de 2015. Quin és el joc d'aquests tres elements dins de la successió del senyor A?

D'entrada, assenyala la Sentència, en el testament s'expressa la seva voluntat d'igualar als seus tres fills, ja que aquest propòsit d'igualació es troba diverses

vegades indicat en el testament, en què es parla, a més, de l'«inmenso cariño» que té per tots ells.

I pel que fa als pactes successoris, és evident que el primer dels dos pactes està en total harmonia amb la voluntat expressada en el testament d'igualar els tres fills. Destaca la Sentència que el primer dels dos pactes contenia una clàusula indicativa de sol·licitar la inscripció del pacte en el Registre de la Propietat; i això —diu la Sentència— no era una simple clàusula d'estil, sinó que demostra que la motivació de la rectificació no era sinó aconseguir la inscripció de l'escriptura, com a requisit per a l'atorgament del préstec hipotecari que s'havia demanat al Banc, com es diu expressament en l'expositiu quart de l'escriptura de rectificació, la qual va tenir lloc deixant sense efecte l'atribució que, per a després de la mort del pare, s'havia fet per a la filla, senyora C, que no tenia veïnatge civil a les Pitiüses.

Tot això dur la Sentència a concloure que, donats aquests precedents, no hi ha cap motiu per considerar que, mitjançant l'escriptura de rectificació, el senyor A va voler modificar el seu propòsit que els fills fossin hereus per parts iguals. I, a més, resulta impensable que la filla, senyora C, hagués signat l'escriptura de rectificació —en què consentia deixar sense efecte l'atribució feta en el primer pacte successori d'una tercera part de la casa d'Eivissa— si hagués pogut pensar que, d'aquesta manera, el seu pare rompia el propòsit expressat en el testament d'igualar els seus tres fills.

Finalment, i com sigui que en el recurs es feien al·legacions sobre la interpretació del testament i dels pactes successoris, la Sentència fa encertades consideracions sobre la interpretació d'uns i d'altres, sobre la base que, pel que fa als testaments, és essencial tenir en compte la voluntat del difunt, mentre que en els pactes successoris la interpretació s'ha de fer tractant d'indagar la voluntat comú de les parts; i, en definitiva —diu la Sentència— no es pot admetre que, pel simple fet de ser la rectificació del pacte successori —d'atribució particular, recordem-ho— posterior al testament i primer pacte successori en els quals s'igualava els tres fills, s'ha de deduir que no va ser aquesta la voluntat del causant.

És llàstima que una qualificació registral del primer pacte successori certament discutible —com és la negativa a la seva inscripció per no tenir un dels instituïts veïnatge civil a les Pitiüses, encara que sí la tenia, i això és lo essencial, l'instituït— hagi portat tants de problemes i entrebancs.

Miquel Masot Miquel

## La revocació de la donació que forma part d'un pacte de definició

*Sentència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 1/2023, de 13 de gener (ponent: Sr. Terrasa García).*

### **Antecedents: la Sentència 121/2022 de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Balears**

Aquesta Sentència és la recorreguda en el recurs de cassació que ha donat lloc a la Sentència que és objecte d'aquest comentari.

En apel·lació, la Sentència de l'Audiència Provincial va decidir desestimar la demanda de revocació per ingratitud d'una escriptura de definició en què la filla havia renunciat a la llegítima que li corresponia a l'herència del seu pare a canvi de rebre d'ell una donació de la nua propietat d'una meitat indivisa d'uns immobles; assumia també la filla uns compromisos de pagament d'unes determinades quantitats a altres dos fills del donant. La causa de la revocació era la ingratitud, pel fet d'haver estat la donatària condemnada com a autora d'un delictes lleu de coaccions de l'article 172.3 CP.

Aquesta Sentència va ser objecte d'un molt extens comentari en el núm. 22 d'aquesta Revista, extensió que era deguda a les circumstàncies següents:

- La importància que avui en dia té el pacte successori de definició, donada la freqüència actual del seu atorgament, ja que, apart d'altres possibles consideracions, hi ha una motivació fiscal reconeguda.
- La complexitat d'aquest pacte successori, en quant suposa la juxtaposició de dos negocis jurídics distints, ambdós de caràcter unilateral, com són, d'una part, la renúncia a la llegítima —o també als restants drets successoris—, i, d'altra part, la donació o atribució que, a la vista d'aquesta renúncia, rep el renunciant. Fins al punt que s'ha convertit —com es deia en el comentari i per emprar una frase feta— en «la joguina que la bona fada del nostre Dret ha posat en mans dels seus estudiosos».
- El fet que, en la Sentència que es comentava, es feien interessants consideracions sobre les altres conseqüències que es podien derivar d'aquesta complexitat de la definició, com eren les relatives a la necessitat de computar les donacions que formen part de la mateixa per determinar si són o no inofioses, la pèrdua del bé donat per evicció, la concurrència de la definició



àmplia —amb renúncia a tots els drets hereditaris— sobre altres disposicions *mortis causa* en favor del definit, i, en especial, les conseqüències de la premoriència del definit respecte de l'ascendent donant, tant si deixava descendents —cas en què es plantejava la qüestió de si aquests descendents tindrien també dret a llegítima dins l'herència del seu padrí—, com si no en deixava; supòsit aquest darrer que ha plantejat la qüestió de la possible reversió de l'article 812 Cc, que va donar lloc a la cèlebre Sentència 1/1992, de 28 de maig, de la Sala Civil i Penal, la qual es recorda perquè, en el recorregut del seu corresponent procediment judicial, trobam vots particulars i sala de discòrdia.

### **La realitat social contemplada pel pacte successori de definició**

En el recurs de cassació s'argumenta que el pacte de definició no s'ha d'interpretar d'acord amb la realitat històrica, que era la de preservar per a l'hereu la part més important del patrimoni familiar, fent donacions als altres fills a canvi de la renúncia a la llegítima; sinó que s'ha d'interpretar de conformitat amb la realitat actual, que ens mostra, segons el recurs, que s'ha alterat totalment la raó de ser del pacte, que, en puritat, s'ha convertit en l'instrument adequat per transmetre en vida als descendents els béns de l'herència, a un baix cost fiscal. Per això, argumenta, la definició s'ha d'interpretar en clau de donació i no de contracte oneros, per la qual cosa seria admissible la revocació per ingratitud de la mateixa.

En contestació a aquest raonament, la Sentència que ara comentam recorda que ja la Sentència 1/1992, de 28 de maig, va tenir en compte, dins l'evolució històrica de la definició, la superació de l'interès de preservar per a l'hereu la part més important del patrimoni familiar, finalitat que, després, apareix substituïda per la recerca de seguretat dins la successió, evitant futures situacions conflictives, i per a l'obtenció d'una distribució global del patrimoni dels progenitors entre tots els fills de manera equilibrada.

És possible —segueix dient la Sentència— que la legislació fiscal actualment vigent hagi determinat un atorgament més freqüent de les definicions, però això no suposa que la causa de la definició, com a negoci jurídic, s'hagi convertit en una donació pura i simple, ja que la causa contractual derivaria de la juxtaposició de la voluntat de l'ascendent de fer desaparèixer una limitació que pot afectar la seva successió, com és la llegítima del descendent, i la donació o atribució que en compensació aquest rep. I, pel que fa a la incidència de la legislació fiscal favorable a la definició, podrà ser un dels *motius* que tenen les parts per contractar, però de cap

manera serà la *causa* del contracte, que ve donada pel joc conjunt de les dues voluntats que han quedat expressades. És un dogma dins el dret civil que els motius personals per contractar no es poden convertir en la causa del contracte, llevat que formin part del seu contingut donant-los aquest caràcter.

**La conformitat de la Sentència objecte del recurs amb la doctrina establerta per la Sentència de la Sala Civil i Penal del TSJIB núm. 1/1992, de 28 de maig**

En el recurs de cassació es diu que la Sentència de l'Audiència Provincial objecte del mateix, en derivar la irrevocabilitat de la donació del fet de formar part d'una definició i ser aquesta un pacte oneros, s'allunya de la doctrina que va establir la Sentència 1/1992, de 28 de maig, de la Sala Civil i Penal del TSJIB, que, segons el recurs, no va donar lloc a la reversió de l'article 812 Cc pel fet de formar part la donació d'un pacte oneros de definició, sinó per la circumstància que el pacte de definició l'havien atorgat els pares amb tots els seus fills; i això encara que el fill que va rebre, mitjançant la donació feta a un pacte de definició, la casa de la seva mare, objecte de la reversió, li va premorir —amb la qual cosa no va consolidar el seu dret a llegítima—, però sí que tenia encara unes expectatives de llegítima dins l'herència del pare.

La Sentència que es comenta dona complida resposta a aquesta al·legació. I ho fa partint de la base que la Sentència 1/1992 estableix clarament l'onerositat de la definició, ja que cada una de les parts obté millores una de l'altra, de la qual cosa derivaria, com a regla general, la validesa de la definició i conseqüent impossibilitat de reversió. El que passa és que la Sentència 1/1992 dona especial importància al fet que el fill donatari va premorir a la mare donant de la casa, amb la conseqüència que així no acreditava llegítima a la seva herència i, per tant, la renúncia va quedar sense objecte. Però aquest fill va morir després del pare, i per tant va acreditar llegítima a la seva successió, i com sigui que, en la definició, els fills havien renunciat a la llegítima d'ambdós progenitors, va considerar la Sentència que la renúncia que havia feta no havia quedat sense objecte i era vàlid el pacte de definició. En els dos vots particulars que acompanyaren la Sentència es deia que ni tan sols aquesta circumstància de la premoriència s'havia de tenir en compte i es decantaven obertament per la impossibilitat de reversió dins la definició, a conseqüència precisament de la seva onerositat; doctrina amb la qual estic substancialment d'acord com deia en el comentari fet en el núm. 22 d'aquesta Revista, fonamentat en el caràcter aleatori de la definició.

En contra del que es diu en el recurs, la Sentència 1/1992 va proclamar clarament l'onerositat i la irrevocabilitat de la definició, una vegada superat l'indicat obstacle de la premoriència del fill a la mare donant de la casa.

### **La complexitat de la definició**

Sortint al pas de diferents alegacions del recurs, en la Sentència es fan consideracions molt encertades sobre la complexitat de la definició, començant per dir que aquesta s'amaga baix la capa d'una senzillesa estructural desconcertant, que no ha contribuït a desvelar la seva parquedat reguladora.

La complexitat, derivada de la condicionalitat entre les prestacions d'ascendent i descendent, quedà establerta legalment per l'article 50 CDCIB, avui derogat, però, com veurem, aplicable al cas. I, segueix raonant la Sentència, les vertaderes dificultats interpretatives del precepte no deriven d'aquesta mútua condicionalitat, sinó del fet de formar part de la definició dos elements unilaterals (la donació i la renúncia). Quan la renúncia s'atorga en la mateixa escriptura pública de definició, aquest caràcter gratuït de les prestacions de cada una de les parts contractants entra en crisi manifesta, com és el cas litigiós, ja que la unitat d'acte alimenta una percepció de bilateralitat que delata el caràcter onerós del negoci jurídic resultant. Però, inclús quan no hi ha simultaneïtat, les dues prestacions es combinen per produir el pacte de definició. I és que, com va dir la Sentència del mateix Tribunal 3/2001, de 30 de desembre, el pacte es converteix en onerós encara que és gratuïta la causa de la donació, per una part, i, la de la renúncia per altra.

### **El fet que les donacions fetes dins la definició siguin computables per calcular la llegítima és compatible amb el seu caràcter onerós**

És cert que l'article 47 CDCIB, en el seu paràgraf tercer, fa referència a les liberalitats computables, assenyalant que les mateixes s'han de tenir en compte per al càlcul de la llegítima; com ho es també que en el darrer paràgraf del derogat article 50 CDCIB es proclamava l'aplicació d'aquell precepte en morir el causant. Però de cap manera es pot deduir d'això que queda desvirtuat el caràcter onerós que es propi de la definició.

La Sentència diu que s'assenyala clarament en l'article 50 que el precepte opera simplement «a efectes de fixació de la llegítima», sense comprometre el caràcter onerós de la definició que ha proclamat prèviament en el paràgraf primer. A més hi ha el fet que la computació d'aquestes liberalitats no és sinó el mètode per establir el valor de la llegítima, especialment pel que fa als altres legitimaris no definits, que així podran conèixer aquest valor per a una possible reclamació en el seu cas.

Certament sempre s'ha considerat per part de la doctrina que les donacions fetes dins la definició han de ser objecte de la corresponent computació; de no ser així, és clar que es podria burlar el principi d'intangibilitat de la llegítima, en perjudici dels

legitimaris no definits, simplement fent al definit donacions de considerable valor que deixassin reduït a mínims el cabal hereditari.

### **Dues consideracions més: la impossibilitat de demanar l'anul·lació parcial d'un contracte i el transfons ètic del litigi**

Curiosament, en la demanda es postulava la revocació de la donació feta dins la definició, al mateix temps que es demanava la subsistència de la renúncia a la llegítima i també de la obligació imposada a la filla definida de donar certes quantitats de diners als seus germans.

La Sentència que es comenta diu, en la part final, que la petició cau dins el camp de la impossibilitat jurídica, ja que, en el cas que es revocàs la donació mantenint la renúncia i les obligacions imposades a la definida, es vulneraria la voluntat negocial que ha donat lloc al pacte successori. Així resulta, diu la Sentència, d'una línia jurisprudencial expressiva que la nul·litat parcial tan sols seria possible quan recaigués en un element accessori del contracte o que no tocàs l'essència contractual; doncs, de no ser així, s'arribaria a conclusions contràries de les resultants de l'ànim i de la voluntat de cada una de les parts contractants (STS d'1 de novembre de 1987 i de 9 de maig de 2013, entre d'altres).

Pel que fa al transfons ètic del litigi —la possible ingratitude de la filla definida en haver estat condemnada per un delictes de coaccions lleus contra la persona del pare— la Sentència que es comenta assenyala que la Sala no mostra indiferència respecte de les circumstàncies del cas, reveladores del retret que es pot fer a la conducta de la donatària. Però el caràcter irrevocable del pacte successori de definició no es pot ignorar, a falta d'una previsió legislativa que ho autoritzi i sigui d'aplicació al cas. També la Sentència de l'Audiència Provincial que va ser objecte del recurs feia unes consideracions sobre el transfons ètic del litigi, assenyalant que quedava a la potestat del donant fer, a través de testament, allò que lliurement trobi respecte d'una causa d'ingratitude invocada, inclús considerant que pot ser, en el seu cas, causa d'indignitat per succeir.

### **La incidència de la nova Llei de successió voluntària paccionada o contractual en la doctrina de la Sentència comentada**

Ha estat un vertader esdeveniment dins del nostre món jurídic l'aparició de la Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària contractual o paccionada. En primer lloc, per donar una regulació molt més àmplia i detallada de la continguda en la Compilació de 1990 i, especialment, per introduir noves figures que, dins de

l'estructura d'aquesta regulació, eren impensables. A més, ha estat la primera llei sectorial que s'ha dictat a les nostres illes sobre unes de les institucions del nostre Dret, rompent així l'absurd dogma que la Compilació no es podia tocar de cap manera, perquè això atemptaria contra l'essència del Dret de les Pitiüses, que es resumia en la dedicació al mateix d'un llibre —el Llibre III de la Compilació— separat dels altres.

La nova Llei amplia en gran mesura la regulació de la Compilació, essent una de les novetats introduïdes la possibilitat de revocació per part de l'ascendent donant de la definició, assenyalant les causes que poden donar lloc a la mateixa i el procediment a seguir. Això fa que es pugui pensar que la doctrina establerta per la Sentència que s'ha comentat tenguí en el futur molt poc recorregut, però tal cosa no passaria de ser una conclusió equivocada. I és així perquè la disposició transitòria única de la Llei, sota el títol «Irretroactivitat i retroactivitat voluntària», assenyalava que la mateixa serà aplicable als pactes que es formalitzin a partir de la seva entrada en vigor —que va tenir lloc el 17 de gener de 2023—, sense perjudici de la possibilitat que els pactes successoris abans atorgats s'hi poden sotmetre per voluntat expressa de ambdues parts contractants. D'això resulta, en una interpretació *a contrario*, que la Llei no és aplicable als pactes successoris atorgats abans de la seva entrada en vigor.

D'acord amb aquesta disposició, no queda ja cap dubte que el marc normatiu, d'acord amb el que s'havia de dictar la sentència en el cas contemplat, ve donat pels articles 50 i 51 CDCIB, malgrat la derogació expressa de què són objecte en la disposició derogatòria única de la Llei 8/2022. A més de concórrer en aquest cas la circumstància que la demanda es va presentar baix la vigència d'aquests preceptes. En definitiva, tots els litigis que en el futur es puguin presentar en relació amb els pactes successoris atorgats abans del 17 de gener de 2023 s'hauran de decidir segons els preceptes, avui derogats, de la Compilació de 1990. Sense cap dubte és un encert de la nova Llei disposar-ho d'aquesta manera, ja que seria un contrasentit i una vertadera injustícia que s'imposés als que amb anterioritat havien atorgat definicions unes normes que no podien ni imaginar quan varen signar el pacte.

La Compilació de 1990 no feia cap referència a la irrevocabilitat de la definició, ni tampoc a possibles causes de revocació de la mateixa. Malgrat això s'entenia que, per aplicació del principi general de l'article 1256 Cc, no podia quedar l'eficàcia del contracte a disposició d'una sola de les parts contractants. En canvi, la Llei sí que regula la possibilitat revocatòria en els articles 43 i 44.

Estableix com a causes revocatòries: les d'indignitat per succeir de l'article 7 bis CDCIB; l'incompliment per part del donatari de les càrregues imposades a la definició; la ruptura de relacions personals entre ascendent i descendent, sempre que no sigui per causa exclusivament imputable al primer, i per causa d'ingratitude que, en

particular, es consideraria tal, segons la Llei, la negació indeguda dels aliments i el maltractament físic o psíquic. El fet que s'empri l'expressió «en particular» és indicatiu que hi pot haver altres causes d'ingritud. Com veiem, una regulació molt àmplia, amb la concurrència d'una pluralitat de causes, entre les quals pot donar molt de joc la ruptura de les relacions personals entre ascendent i descendent, respecte de la qual, en el cas de litigi, no serà en moltes ocasions fàcil d'esbrinar qui ha tingut la culpa d'aquesta ruptura. És el que passava a les antigues separacions matrimonials en què sempre hi devia haver un cònjuge culpable causant de la separació, ja que no estava admès el divorci consensuat.

Pel que fa als efectes de la revocació respecte dels béns que varen ser objecte de donació dins del pacte de definició, la Llei 8/2022 no té, en seu de definició, cap disposició que reguli la matèria ni tan sols mitjançant remissió a altres preceptes. Però possiblement es pot considerar aplicable el precepte que regula aquesta matèria dins la donació universal —l'art. 35— del qual resultaria que els béns donats que es conservin dins del patrimoni del donatari o que hagi disposat d'ells a títol gratuït tornin al patrimoni del donant, amb subsistència de les càrregues que el donatari hagi imposat sobre els béns amb anterioritat a l'anotació de la pretensió de revocació en el Registre de la Propietat.

El que sí es regula en la Llei 8/2022 és la qüestió de si, en cas de revocació, el donatari recobra o no el dret a llegítima; així, assenyala la possibilitat de recobrar-la si la revocació és deguda a l'incompliment de càrregues o la ruptura de les relacions personals, ja que la concurrència de les altres causes de revocació determinaran la pèrdua definitiva de la llegítima.

És també una novetat el procediment de revocació establert en la Llei, que és un procediment notarial en què el definidor manifesta davant el notari la pretensió revocatòria perquè aquest la notifiqui de manera fefaent al descendent definit, podent aquest oposar-se a la revocació també per via notarial. Indubtablement donar aquesta sortida per fer valer la revocació respon al corrent de desjudicialització que hi ha avui en dia. Encara que aquest propòsit de sostreure la qüestió de la jurisdicció ordinària no donarà resultat en moltes ocasions, ja que es donaran pocs casos en què l'ascendent revocant es conformi amb la mera escriptura de revocació, sinó que el que resultarà normal és que vulgui recuperar la possessió dels béns donats; i per això no tindrà més remei que acudir als tribunals. I és que, en realitat, en el procediment notarial previst en la nova Llei no s'exercita cap acció sinó que simplement s'emeta una declaració de voluntat en presència del notari.

Miquel Masot Miquel

## Els interessos usuraris en els crèdits «revolving»

*Sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem núm. 442/2023, de 15 de febrer (ponent: Sr. Sancho Gargallo).*

La crisi financera de 2008 va canviar moltes coses, entre elles, el paper del jutge en el procés civil quan la part demandada és un consumidor.

Com és ben sabut, la crisi va tenir el seu origen en les hipoteques anomenades *subprime* o «basura»: aquelles hipoteques habitualment utilitzades per a l'adquisició de l'habitatge que presentaven un alt risc, ja fos perquè el prestatari, en no tenir feina o ingressos estables, no oferia garanties suficients de pagament, o ja fos perquè l'habitatge hipotecat estava sobrevalorat de manera que el préstec era, de fet, superior al valor de l'immoble.

A més a més, la hipoteca era «titulizada», és a dir, venuda a un tercer, però no mitjançant una cessió de crèdit clàssica sinó que, abans, es confeccionaven paquets d'hipoteques conjuntament amb préstecs de diferents tipus de riscos; i aquests paquets es trocejaven en títols que després es posaven en circulació com a productes financers catalogats amb un *rating* enganyosament elevat. Els inversos varen comprar aquests productes confiats amb la seva bona qualificació creditícia quan, en realitat, el risc era molt gran perquè incloïen «bocinets» d'hipoteques *subprime* o «basura».

Quan els deutors hipotecaris no varen poder pagar, es va produir un allau de processos hipotecaris que, per afegitó, tenien un resultat antieconòmic i especialment onerosos per al deutor, ja que el valor del bé hipotecat (amb una valoració prèvia falsejada i un mercat immobiliari posteriorment enfonsat) en molts de casos ni tan sols resultava suficient per cobrir l'import del crèdit i, després de veure's privat de casa, el deutor quedava encara carregat amb la motxilla d'un deute personal que havia d'acabar de pagar.

El jutge, mentrestant, continuava despatxant processos hipotecaris confiant en les garanties formals que oferia el títol (escriptura davant notari i inscripció en el Registre de la Propietat) i empès pel caràcter expeditiu, amb la limitació de les causes d'oposició del procés d'execució hipotecària en la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil.

El toc d'alarma va arribar del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. En la seva Sentència de 14 de juny de 2012 va deixar clar, amb un abast general, que la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules abusives en els contractes subscrits amb

consumidors, no permet que la legislació d'un Estat membre impedeixi al jutge nacional examinar el caràcter abusiu d'una clàusula contractual. Més específicament per als processos hipotecaris, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 va declarar contrari al dret de la Unió que la legislació interna d'un Estat membre no permetés, en un procediment d'execució hipotecària, que el consumidor es pogués oposar al·legant el possible caràcter abusiu de les clàusules del contracte de préstec hipotecari i que tampoc no permetés acordar la suspensió de l'execució.

A partir d'aquestes sentències el jutge va haver d'abandonar la seva passivitat i va haver d'examinar d'ofici l'eventual caràcter abusiu d'una clàusula contractual quan una de les parts és un consumidor. I quan i com s'ha de produir aquest control d'ofici? Sense formalismes: quan en el procés hi hagi suficients elements de fet i de dret.

Així es va posar en marxa el control d'ofici de les clàusules abusives per part del jutge, però amb un límit important: aquest control no es podia estendre a les clàusules que defineixen l'objecte del contracte, ja que la Directiva 93/13/CEE va renunciar, seguint el model alemany, que el seu àmbit d'aplicació material inclogués les clàusules principals o essencials del contracte. Conseqüentment, el preu quedava fora del control d'abusivitat o transparència. Idò bé, en un contracte de préstec el preu és, precisament, l'interès remuneratori que, per tant, queda fora del control d'abusivitat.

Però el control judicial no es va aturar aquí. La dinàmica que va posar en marxa el TJUE va fer «ressuscitar» l'antiga Llei d'usura de 1908, especialment en relació amb els anomenats «crèdits revolving» o «de recàrrega», que són els habituals en les targetes de crèdit.

Com és ben sabut, la Llei d'usura, Llei Azcárate, es va promulgar amb la finalitat de reprimir els préstecs usuraris i s'inspirà en el principi d'ètica social, al qual varen respondre en el dret històric les lleis que varen limitar l'interès dels doblers imposant sancions als infractors. L'article 1 de la Llei esmentada disposa que: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Com que la sanció és la nul·litat absoluta del contracte i no la mera anul·labilitat, tradicionalment, s'ha vingut considerant que la usura és apreciable d'ofici.



### La posició del Tribunal Suprem

Doncs bé, la Sentència que comentem tracta el tema dels paràmetres que s'han de complir per considerar que estam davant un «interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», ja que és jurisprudència tradicional que és suficient que es doni aquest primer requisit perquè el préstec es consideri usurari, sense que sigui necessari que, acumuladament, es doni el segon dels requisits esmentats en el precepte, això és «que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

La Sentència parteix d'un recordatori de la seva jurisprudència en dos aspectes: en primer lloc, duu a col·lació la jurisprudència tradicional segons la qual, per determinar quin és l'interès normal dels doblers, no s'ha d'acudir a l'interès legal dels doblers sinó a l'«interés normal» per al qual «puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España», i, en segon lloc, la Sentència recull la jurisprudència ja més recent, en què s'estableix que, per determinar quin és «l'interés normal», no s'ha de tenir en compte un índex general, sinó el mateix del sector al qual correspon el crèdit en qüestió. Així, citant la seva Sentència 149/2020, de 4 de març, el Tribunal Suprem assenyala que «[...] el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda».

Per tant, tractant-se d'un crèdit «revolving», el Tribunal Suprem, com ja ho havia fet en la Sentència 643/2022, de 4 d'octubre, entén que la comparació no s'ha de fer en relació amb tots els crèdits al consum sinó, concretament, amb els crèdits del mateix tipus, els «revolving».

La novetat que aporta la Sentència que comentam és que, finalment, determina un percentatge, el 6 %, de diferència entre l'interès convingut i el normal en el sector dels crèdits «revolving», com a mida per determinar que el préstec ha estat usurari (FJ 4.4, *in fine*), i ho fa en els següents termes: «En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15 %, por lo argumentado en la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo, consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales».

L'aspecte negatiu de la Sentència és que, una vegada més en matèria de consum, el Tribunal Suprem dicta una norma que té un abast general: si la diferència entre l'interès pactat i l'interès normal dels doblers en el sector dels crèdits «revolving» és superior al 6 %, es considerarà usurari, i aquesta generalitat del pronunciament no pareix compatible amb l'exercici de la jurisdicció caracteritzada per un tractament cas a cas dels conflictes que ha de resoldre.

L'aspecte positiu és que pronunciaments com aquest aporten seguretat jurídica a un àmbit que està ben necessitat d'aquest principi (art. 9.3 CE).

Carlos Gómez Martínez

## Sobre los delitos contra la libertad sexual

*Autos de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears núm. 6/2023, de 3 de febrero, y núm. 16/2023, de 30 de marzo (ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado).*

### **La Audiencia Provincial ante las revisiones de sentencias con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre**

Durante meses los medios han venido haciéndose eco de las revisiones de sentencias a raíz de la promulgación de la conocida como Ley del «solo sí es sí», con diversos, y divergentes, planteamientos, en tanto que las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala Segunda del Tribunal Supremo han abordado el estudio y solución de los problemas que una aplicación retroactiva más favorable de la Ley ha planteado.

Como curiosidad, en uno de los casos de los que dio cuenta la prensa local, me llamó la atención que una condena a dos penas de seis años y seis meses de prisión impuestas al autor de sendos delitos de agresión sexual, la Audiencia redujera cada una de esas penas a la de cuatro años y cuatro meses y ordenara la inmediata puesta en libertad del penado; llamativa rebaja de una condena (de un total de trece años, pasaba a ser de ocho años y ocho meses) que vagamente recordaba; y en efecto, rastreando el caso, el Auto revisor era de fecha 16 de enero de 2023 de la Sección Segunda y revisaba una Sentencia de fecha 16 de enero de 2010 cuya ponencia fue de quien esto suscribe.

Ese Auto de 16 de enero de 2023 era directamente recurrible en casación ya que, por la fecha de incoación del procedimiento del que traía causa (el 2004), no era aplicable la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que generalizó la segunda instancia penal dando vía a la apelación, ante el Tribunal Superior de Justicia, contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales.

Tal Auto de la Sección Segunda fue recurrido directamente en casación por la Fiscalía; comparaba las horquillas penológicas del Código anterior (de 6 años a 12 años de prisión) con las de la regulación actual (de 4 a 12 años) y aludía al principio de proporcionalidad («atendiendo a los hechos y a las circunstancias expuestas en la Sentencia dictada»), así como al acuerdo no jurisdiccional de esta Audiencia Provincial.

Dicho acuerdo, de 14 de diciembre de 2022, que dejó amplia libertad interpretativa y aplicativa, contiene reglas de procedimiento y la única taxativa de fondo era la primera conclusión («ante la ausencia de norma transitoria en la Ley Orgánica 10/2022 la Junta considera que no procede la aplicación extensiva de una norma transitoria prevista en otra Ley, por lo que la revisión de sentencias firmes se realizará caso por caso aplicando el artículo 2.2 del Código Penal»).

### **La postura del Tribunal Superior de Justicia**

Como quiera que la Fiscalía había empezado a recurrir sistemáticamente las rebajas de las penas en los procedimientos incoados a partir de la entrada en vigor de la doble instancia penal (a finales de 2015), esos recursos eran de apelación ante la Sala Civil y Penal del TSJ y así reparé en el Auto núm. 6/2023, de 3 de febrero.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Baleares había condenado al acusado a la pena de nueve años de prisión en Sentencia de 27 de mayo de 2021, que ganó firmeza al haber sido desestimado el recurso de apelación interpuesto por la legal representación del condenado, que solicitó la revisión con motivo de la reforma del Código por la Ley Orgánica 10/2022; el 12 de diciembre de 2022, esa Sección asumió la petición de la defensa y, revisando la pena de nueve años impuesta, la fijó en ocho años de duración.

Contra esa resolución el Ministerio Fiscal, que ya se había opuesto a la revisión, formuló recurso ante la Sala Civil y Penal del TSJIB, que lo desestimó en ese Auto 6/2023; resolución que sale al paso del Decreto de la Fiscalía General del Estado de 21 de noviembre de 2022 que en esencia postula la aplicación analógica de la Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal; y sale al paso de forma extensa y con sólida, y a mi entender acertada e irrefutable, argumentación.

Descendiendo luego al detalle, el Auto, tras afirmar que el Legislador ha decidido minusvalorar el reproche penal del delito de violación, y que por ello la norma actual resulta más beneficiosa, muestra su acuerdo con la Audiencia al haber acudido a un criterio de proporción, que no de proporcionalidad (que «se verifica sobre el hecho enjuiciado»); proporción aritmética huyendo del arbitrio judicial; y se extiende en otras consideraciones a mayor abundamiento.

Este era el Auto que me proponía analizar; ocurre sin embargo que la Sala Penal del TSJIB ha profundizado aún más en el estudio de la cuestión y matizado lo dicho en resoluciones anteriores; por ello he añadido la referencia al Auto núm. 16/2023, de 30 de marzo, que incluye ya doctrina esbozada en el Auto núm. 9/2023, de 23 de febrero (con ponencia del Sr. Gómez Martínez).

El Auto núm. 16/2023 contempla la reducción que llevó a cabo la Audiencia de una pena conformada de seis años de prisión (en Sentencia de 4 de mayo de 2022, como autor de un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años y de otro delito de abusos sexuales sobre el mismo menor con introducción de un miembro corporal, y con la atenuante muy cualificada de reparación del daño) a la de cuatro años y seis meses; la Sala acaba por estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal y fija la cuantía de la pena impuesta en la Sentencia objeto de revisión en cinco años de duración (en vez de los cuatro años y seis meses que había fijado la Audiencia).

Si el Auto núm. 6/2023 era de relativamente fácil lectura (y viene en parte a reproducirse), lo que ahora se introduce como novedoso no lo es tanto y, no siendo sencillo resumirlo, sí que queda claro que lo que se pretende es introducir criterios que el Tribunal Supremo ha venido utilizando en precedentes reformas del Código Penal (las no acompañadas de específicas normas transitorias como las del texto de 1995, y otras) en el sentido de que, aunque la nueva regulación en determinadas situaciones prevea pena más favorable, no siempre y en todo caso procede rebajar la pena fijada en la sentencia, manejando conceptos de pena concreta (en tanto que individualizada conforme a las normas aplicables para su determinación, en función de las circunstancias concurrentes y el grado de ejecución) y la de pena proporcional.

Con ese frontispicio distingue los supuestos en que la sentencia a revisar contenga una «fundamentación suficientemente atendible» en la determinación de la pena (supuestos en los que a la vista de esa fundamentación, aunque quepa revisar la pena, ello no comporte que tenga que establecerse en el mínimo imponible; el resultado llegará de la formulación de un juicio hipotético que puede llevar a la conservación de la pena o a un juicio de proporcionalidad) de aquellos otros en los que la elección de la pena se hubiere llevado a cabo ajena a cualquier motivación o surgiera de un pacto de conformidad.

En estos últimos supuestos, si se optó por la mínima ello comportará que deba revisarse en ese término de la nueva norma; y si la pena se hubiere puesto fruto de un pacto de conformidad, ello no puede ser obstáculo para revisarla, porque el penado que se conforma no puede ser de peor condición del que no se hubiera conformado.

Sigue el TSJ entendiendo que en caso de duda sobre la interpretación sobre si debe revisarse, y cómo, ha de adoptarse la más beneficiosa para el condenado.

En el caso sometido a su consideración, viniéndose de una sentencia de conformidad, como quiera que la pena se había impuesto un año por encima del mínimo posible, considera el TSJ que al revisarlo la Audiencia acudiendo al mínimo no fue coherente con lo acordado en la conformidad, y por ello la rebaja se fija en cinco años (y no en el mínimo resultante de la nueva norma).

### **Evolución de la política legislativa en relación con las agresiones sexuales**

De lo mucho que se ha hablado y escrito sobre la reforma penal contenida en la Ley Orgánica 10/2022 no se me alcanza que nadie se haya ocupado de recordar, más allá de expresiones peyorativas, la evolución legislativa en esta materia, y tal vez no esté de más, por lo que de revelador pueda tener, hacer un resumen (el espacio de este comentario no permite extenderse en demasía) de cómo ha ido modulándose la política criminal o legislativa en torno a los delitos sexuales y, en especial, a las agresiones sexuales.

Cuando en 1966, cursando el tercer año de la carrera, empecé a estudiar el delito de violación, el artículo 429 del entonces vigente Código Penal, encuadrado en los delitos contra la honestidad, castigaba la violación con la pena de reclusión menor (de doce años y un día a veinte años), la misma que para el delito de homicidio doloso.

La violación se circunscribía al hecho de yacer con una mujer, consistiendo el yacimiento en el acceso carnal por vía vaginal, enunciando y diferenciando tres supuestos, el más genuino y usual era el de «cuando se usare fuerza o intimidación», consistiendo los otros dos, uno «cuando la mujer se hallara privada de razón o de sentido por cualquier causa», y el otro «cuando fuera menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en ninguno de los dos números anteriores».

Tres modalidades comisivas, que fuera de los casos de yacimiento con mujer, se castigaban como abusos deshonestos (con la pena de prisión menor, de seis meses y un día a seis años); por supuesto se incluía como delitos contra la honestidad los de escándalo público, los de estupro y el de raptó, amén todavía de los de incesto.

La dicotomía violación-abusos deshonestos, con las mismas descripciones típicas y penas, e idéntica cobertura de delitos contra la honestidad, procedía ya del lejano Código Penal de 1848, se mantuvo en el de 1870 (hubo alguna modificación, básicamente para rebajar las penas, en el de 1928, de efímera vigencia), en el de 1932, en el llamado texto refundido de 1944 y en el del texto revisado.

La regulación precedente de 1848 no sufriría modificación sustancial hasta la reforma del año 1989; fueron pues más de 140 años en los que (con el indicado breve paréntesis de la vigencia del Código Penal de 1928, que no cambió la esencia y descripción típicas) no mereció cambio la política criminal, lo que demuestra que no sufrió los embates de diferentes tendencias político criminales pese a la persistencia de la rúbrica de delitos contra la honestidad y algunas críticas sobre la severidad de la pena.

El título de delitos contra la honestidad demostraba que no siempre las rúbricas legales ayudan a descubrir y fijar el bien jurídico que tutela determinada figura

delictiva; no se consideró necesario a lo largo de muchos años abandonar ese rótulo sin duda porque la jurisprudencia entendió que lo que se protegía en la violación era la libertad sexual básicamente de la mujer, saliendo al paso de quienes sostenían que las prostitutas no podían ser víctimas de este delito (como curiosidad anotar que el Código Penal de 1928 establecía una pena atenuada «si la mujer violada se dedicaba habitualmente a la prostitución»).

El delito de abusos deshonestos cubría la protección penal de los supuestos que no encajaban en los de la violación; sin duda el caso de violación más frecuente o usual era, y sigue siendo, el de la violación de la mujer por el varón que se vale de la fuerza o de la intimidación para vencer la oposición de aquella.

No será hasta la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, cuando se cambia la rúbrica de delitos contra la honestidad por la de delitos contra la libertad sexual (lo que ya había sido preconizado en el proyecto de Código Penal de 1980 y en la propuesta de anteproyecto de reforma del nuevo Código Penal, de 1983).

Se mantenían sin variación la dura pena y las tres modalidades de violación pero extendiéndose esta al «acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal»; desaparecía en el artículo 430 la mención al que abusare deshonestamente, refiriendo la tipicidad a «[c]ualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas», y configuraba un tipo agravado (que tributaba con la pena de prisión mayor, de seis años y un día a doce años) «si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciere uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios».

### **El Código Penal de 1995 y sus reformas**

El llamado Código Penal de la democracia, que había demorado su llegada (desde su inicial y fallido proyecto de 1980), llegó con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

La novedad más llamativa fue la de distinguir, bajo el título de delitos contra la libertad sexual, entre agresiones y abusos sexuales; las agresiones se perfilaban como atentado contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, castigándose mucho más severamente el acceso carnal, la introducción de objetos o la penetración bucal o anal, y añadiéndose una serie de tipos cualificados; los abusos comprendían los no consentidos (los que se ejecuten sobre menores de doce años o sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental)

y los de la obtención del consentimiento «prevaleciendo el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima»; con penalidad agravada para los casos en que «el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal». Se incluía también el tipo de los abusos sexuales mediante engaño.

Había pasado más de un siglo sin reformas en esta materia, pero desde la de 1989 y el nuevo Código Penal la política legislativa ha ido acumulándolas. Así, se ha reformado el Código en esta materia en 1999, 2003, 2012, 2015 y 2022; y cuando este comentario se redactaba estaba en curso una Proposición de Ley (del grupo socialista del Congreso, y no proyecto dadas las discrepancias con Unidas Podemos), cuyo inicio de trámite fue aprobado por el Congreso de los Diputados el día 7 de marzo para su tramitación por la vía de urgencia.

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, empezó por variar el rótulo del título VIII del Libro II, que pasó a llevar el de «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», para, con la referencia a la indemnidad, según su exposición de motivos, tener en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la libertad sexual, «ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos»; en desarrollo de estas ideas lo que hizo el legislador fue extender la protección penal a todo menor de trece años, reintrodujo el delito de corrupción de menores y estableció el inicio del cómputo de la prescripción a la llegada a la mayoría de edad de la víctima.

Se recuperaba el término violación para cuando la agresión consistiera en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de esas dos primeras vías.

Si la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, fue ambiciosa y extensa para tratar de salir al paso de los problemas detectados en la aplicación del Código de 1995, en esta esfera de delitos se circunscribió a una muy concreta modificación que, según su exposición de motivos, lo era para salir al paso de interpretaciones que impedían penar determinadas conductas de una especial gravedad; al efecto se añadió la introducción de miembros corporales a la de objetos.

En la siguiente legislatura (2004-2008) solo hubo una modificación del Código Penal, a finales de 2007, limitada a una notable y notoria agravación en sede de delitos contra la seguridad vial.



La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, supuso un repaso importante del Código Penal (ocupaba 73 páginas del BOE), y en el ámbito de los delitos sexuales destaca el incremento de la protección penal de los menores hasta el punto de que incluso se incorpora un capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años».

Si esta última Ley fue auspiciada por un gobierno socialista, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, fue fruto de una mayoría parlamentaria del Partido Popular, y no le fue a la zaga en cuanto a extensión (ocupaba 116 páginas del BOE); si la edad de trece años era la idea rectora de la Ley Orgánica 5/2010, y ello con base a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, lo que pretendió e hizo la reforma de 2015 fue elevar, a efectos de protección penal más intensa, esa edad a dieciséis años, basándose en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, que sustituyó aquella Decisión Marco y obligaba a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil.

#### **La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre**

Y se ha llegado a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; extensa Ley que ocupó 71 páginas del BOE, de las que apenas 7, incluyendo en ellas la dedicada a la reforma del Código Penal Militar, se dedican a la parte penal.

Las referidas leyes de 2010 y 2015, quizás por la extensión de las reformas y para facilitar así las posibles revisiones de sentencias, incluían extensas disposiciones transitorias, inspiradas en las establecidas en la Ley Orgánica 10/1995; en la Ley de 2015, las tres primeras transitorias copiaban las del 2010 y se añadía una cuarta para los juicios de faltas en tramitación; sin embargo, la Ley Orgánica 10/2022 contiene una sola y escueta transitoria para que juzgados o tribunales en los procesos en tramitación puedan adoptar las medidas previstas en el Capítulo II del Título VI (que se refieren a la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas).

Esta Ley de 2022 no explica la razón por la que en el rótulo que encabeza el título se haya suprimido la mención a la indemnidad; lo más trascendente de la reforma ha sido, de una parte, la referencia al consentimiento, y, de otra, la consideración de que lo que antes era abuso sexual pasaba a ser agresión sexual; y ello fundado en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado en 2014 por España.

Se castiga así cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, explicándose en el artículo 178 que «[s]ólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona»; si con esta expresión, que gráficamente se traduce como «solo el sí es sí», lo que se pretende es invertir la carga de la prueba, una interpretación en ese sentido sería anticonstitucional; creo que sería acorde con la Constitución si se entiende como un desahogo legislativo para ofrecer un criterio que guíe a los jueces en su labor de valoración de la prueba, a modo de advertencia de que en principio se debe creer a la mujer y para tratar de erradicar algunas posturas jurisprudenciales sobre la resistencia que debiera oponer la víctima.

Incluir los abusos en las agresiones sexuales no deja de ser una cuestión de etiquetas; lo problemático ha sido fijar los mismos marcos penales sin mayor distinción de la de que haya habido penetración; ello da lugar a una enorme amplitud de esos marcos, lo que puede implicar una infracción de las exigencias de precisión derivadas del principio de legalidad, y también de la proporcionalidad; si además esos marcos penales se recortan en sus límites máximos y se rebajaban en los mínimos, estaba servida la problemática de una posible aplicación retroactiva más favorable de esa polémica reforma de septiembre de 2022.

#### **La Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril**

Tramitada la aludida Proposición de Ley durante los meses de marzo y de abril, el BOE del día 28 de abril publicó la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, con una larga titulación («para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores»).

Obviamente, y así se advierte en el Preámbulo («esta reforma solo puede ser de futuro»), únicamente será aplicable a los hechos cometidos a partir de su entrada en vigor, que lo ha sido al día siguiente a su publicación.

También advierte el Preámbulo, tras referirse a la regulación de la Ley Orgánica 10/2022, que lo que se pretende es «evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición

del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual».

Además de ciertos retoques concretos, alguno de los cuales se arbitran como mejoras técnicas, lo más destacado, y la razón de ser de la reforma, consiste en articular tipos agravados para los supuestos en que la agresión lo sea mediante violencia o intimidación, y se aprovecha para extender la agravación a los casos en que se actúe sobre una víctima con la voluntad anulada; lo justifica el Preámbulo de la siguiente manera: «Al igual que ocurre en otros ordenamientos penales europeos y en la vigente regulación de las agresiones sexuales a menores de dieciséis años de edad en nuestro Código Penal, se deben establecer unas penas distintas y más graves para las agresiones sexuales a mayores de esa edad cuando se realizan con violencia o intimidación o sobre una víctima con la voluntad anulada, lo que encierra una gravedad equiparable al empleo de violencia o intimidación. En estos casos, no estamos ante meras circunstancias agravantes que rodean el delito, sino ante elementos que están en la conducta misma y que evidencian una mayor antijuridicidad, lo que precisa de una respuesta normativa diferenciada. Por ello, se castigan con unas penas más graves y se excluyen del tipo atenuado del artículo 178.4 del Código Penal».

Curiosamente, si desde 2010 se había dotado de especial protección a la sexualidad de los menores (entonces de trece años, y en 2015 de dieciséis) y si se asimila ahora la pena de la agresión sexual mediante violencia o intimidación (la más genuina violación) a la de la agresión a la víctima con voluntad anulada, salvando las distancias (sobre el sujeto pasivo y los tipos de penetración), se habría vuelto a las tres modalidades tradicionales de violación de nuestros históricos códigos penales.

Y ello entendiendo que, como no parece que pueda ser de otra manera, cuando ahora los artículos 178.3 y 179.2 aluden a *cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad*, se refieren a los actos de contenido sexual que, según el artículo 178.2, se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (inciso este que cabe considerarlo redundante respecto del anterior, y que tiene sentido como agravación específica — la séptima del art. 180.1—).

Eduardo Calderón Susín

## La validesa d'una notificació electrònica amb remissió de l'avís a una adreça de correu electrònic equivocada. És això un exemple de la «bona administració»?

*Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 70/2023, de 31 de gener (ponent: Sr. Delfont Maza).*

### Plantejament introductor

L'imparable procés de transició de les notificacions en paper a les notificacions electròniques altera l'equilibri de la responsabilitat dels emissors i receptors d'aquestes. Amb el sistema de notificacions en paper, el ciutadà adoptava una posició passiva, sent responsabilitat de l'administració assegurar-se de la correcció de tot el procés de notificació i responsabilitzant-se de les errades que afectaven la seva validesa si tals disfuncions ocasionaven indefensió al destinatari.

Amb les notificacions electròniques l'interessat deixa d'ocupar una posició passiva i, al contrari, ha d'estar atent i en constant vigilància davant la possible arribada d'una notificació a la seva adreça electrònica habilitada. La responsabilitat es desplaça així al destinatari. A això s'afegeix que, progressivament, s'incrementa la tipologia d'interessats que esdevenen obligats a rebre les notificacions per via electrònica, igual que s'estenen els procediments que únicament poden iniciar-se i tramitar-se mitjançant sol·licituds realitzades per mitjans telemàtics.

El Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional adverteixen que la implantació de les notificacions electròniques no pot suposar una minva de garanties, però com veurem, aquesta alteració en la càrrega de responsabilitats sí que està afectant els drets del ciutadà.

### El cas de la Sentència

En un procediment de concessió de subvencions, una empresa obligada a rebre les notificacions en la seva adreça electrònica habilitada (DEH) va sol·licitar una ajuda. En la relació de les seves dades degué assenyalar una adreça de correu electrònic.

Advertits defectes en la sol·licitud se li va enviar un requeriment d'esmena a la seva DEH acompanyada d'un correu electrònic amb l'avís que se li havia dipositat

l'anterior notificació. Això responia al compliment del que es preveu en l'article 41.6 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP) segons el qual: «Independentment del fet que la notificació es faci en paper o per mitjans electrònics, les administracions públiques han d'enviar un avís al dispositiu electrònic i/o a l'adreça de correu electrònic de l'interessat que aquest hagi comunicat, per informar-lo de la posada a disposició d'una notificació a la seu electrònica de l'Administració o organisme corresponent o a l'adreça electrònica habilitada única».

No obstant això, va succeir que el funcionari es va equivocar en la redacció de l'adreça de correu electrònic assenyalada per l'interessat, per la qual cosa l'avís previst en l'article esmentat mai va arribar al sol·licitant de la subvenció. I com que va transcórrer el termini de què disposava l'interessat per accedir a la notificació dipositada en la seva DEH, li va caducar el tràmit d'esmena i la subvenció li va ser denegada.

Interposat recurs de reposició invocant que la notificació del requeriment era defectuosa perquè ho era l'enviament de l'avís previst en l'article 41.6 LPACAP, l'Administració el va desestimar acollint-se a l'últim incís d'aquest precepte: «La falta de pràctica d'aquest avís no impedeix que es consideri plenament vàlida la notificació». És a dir, tant si no s'envia l'avís com si s'envia a adreça diferent de la indicada per l'interessat, la conseqüència és la mateixa: la notificació manté la seva validesa i eficàcia.

### **El criteri del Tribunal**

La Sentència ja adverteix que la controvèrsia no és molt clara i reconeix que en un cas anterior sobre una qüestió similar es va dictar Sentència —la núm. 266/2020; ECLI:ES:TSJBAI:2020:434— desestimant el recurs i atorgant validesa a la notificació. No obstant això, es canvia el criteri en advertir que: «El incumplimiento de la obligación de remitir un aviso electrónico que impone el art. 41.6 de la LPAC supone apartarse de la recta aplicación del principio de buena administración y puede ser causante de experiencia de indefensión si la ausencia de dicha comunicación revierte en desconocimiento del acto».

La Sentència coneix que el TC en la Sentència núm. 6/2019 va declarar constitucional un precepte similar (art. 152.2 LEC) i que el TS, en la Sentència núm. 610/2022, de 25 de maig (ECLI:ES:TS:2022:2286), va declarar la legalitat del Reial Decret 203/2021, de 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament d'actuació i

funcionament del sector públic per mitjans electrònics i que recull el mateix criteri de l'article 41.6 LPACAP.

No obstant això, en l'aplicació al cas concret adverteix que la remissió d'un correu electrònic amb l'«avis de cortesia» a una adreça equivocada no pot quedar sense cap conseqüència jurídica. Per a això s'acull a la Llei 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears, que reconeix el dret de la ciutadania a relacionar-se amb l'Administració de la Comunitat Autònoma per mitjans electrònics, però també que aquesta Administració està obligada a una conducta prou diligent com per evitar possibles disfuncions derivades de la seva actuació. I si, com en el cas, un error humà del servei públic provoca que un avís —que l'Administració està obligada a remetre— no arriba al seu destinatari, el principi de bona administració exigeix que es corregeixi l'equivocació per qui està en disposició de fer-lo. Com indica la STS núm. 1909/2017, de 5 de desembre (ECLI:ES: TS:2017:4499), aquest principi «no se detiene en la mera observancia estricta de procedimiento y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente».

La Sentència recorda que el Tribunal Constitucional ja adverteix que una notificació correctament practicada en el plànol formal no suposa que compleixi amb la finalitat que li és pròpia, és a dir, que respecti les garanties constitucionals (STC 126/1991; 290/1993; 149/1998; y 78/1999).

### **La força del principi de bona administració**

L'últim incís de l'article 41.6 LPACAP —la falta de pràctica d'aquest avís no impedirà que la notificació sigui considerada plenament vàlida— deixa poc marge per a interpretacions, però si l'Administració es va equivocar enviant el correu a una adreça que no era, el que s'imposa és corregir aquesta errada. L'Administració no pot emparar-se en l'aspecte formal per amagar la responsabilitat de la seva equivocació.

Això és el que imposen els principis de la bona administració que li exigeixen un deure de diligència que no s'atura en la sola observança del procediment, sinó que ha de realitzar les actuacions que siguin més adients per salvaguardar els drets i garanties dels interessats. Encara que l'altra actuació, sigui formalment i procedimentalment correcta. Aquets principis, pel que va succeït en el cas que ens ocupa, no passen de ser un catàleg de bones intencions perquè quan finalment s'arriba a la controvèrsia del cas concret, es deixen aparcats i s'imposen els de la clàssica administració; això és, els duen a entendre que, si no és obligat corregir els

errors propis —perquè amb tot l'actuació no és il·legal— no han de corregir-se, encara que això reverteixi en perjudici del ciutadà.

El Tribunal Suprem (Sentència núm. 1853/2019, de 18 de desembre) assenyala que el dret a una bona administració no es tracta «de una mera fórmula vacia de contenido» sinó que «se impone a las Administraciones públicas de suerte que a dichos derechos sigue un correlativo elenco de deberes a estas exigibles, entre los que se encuentran, desde luego, el derecho a la tutela administrativa efectiva».

Una administració que vetlli pels drets i interessos dels seus ciutadans exigeix que, en advertir-se una errada d'aquesta que suposi un perjudici a l'interessat, l'ha de corregir. En el cas comentat, retornant les actuacions i repetint l'avís a l'adreça de correu electrònic correcta.

En determinats i singulars supòsits —error en l'enviament del correu electrònic, ruptura del principi de confiança legítima quan totes les notificacions s'havien avisat menys una (STSJ de Catalunya núm. 578/2018, de 15 de juny) —, la previsió de l'últim incís de l'article 41.6 ha de cedir davant drets com el dret a una bona administració. Drets que ja han accedit als textos legals, però que no aconsegueixen passar de l'enunciat a l'aplicació pràctica. Es queden en fórmules buides si, com en el cas examinat, no se'ls dota de contingut.

En haver-se interposat recurs de cassació contra la Sentència aquí comentada, esperem que la seva admissió ens condueixi a definir quin plat de la balança pesarà més. L'aplicació literal —i correcta— de l'article 41.6 LPACAP o els proclamats principis de la «bona administració».

Fernando Socías Fuster

## El curiós cas de responsabilitat patrimonial d'un consell insular que va actuar per subrogació davant la inactivitat municipal

*Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 127/2023, de 22 de febrer (ponent: Sr. Socías Fuster).*

### **Els fets**

Sol·licitada una llicència urbanística a un ajuntament, aquest va deixar transcórrer els terminis sense concedir-la o denegar-la. En aquelles dates la legislació aplicable contemplava la «denúncia de mora» i, de mantenir-se la inactivitat, imposava que el consell insular substituís el municipi en l'exercici de la competència. I així va ocórrer. Davant la inactivitat municipal, el consell insular obligat a actuar per subrogació va resoldre expressament denegant aquella llicència en considerar que el projecte incomplia determinats paràmetres urbanístics, com el referit a l'altura màxima. El sol·licitant de la llicència va interposar recurs contenciós administratiu contra la denegació de la llicència i, després d'una llarga tramitació, finalment es va dictar Sentència anul·lant l'acord del consell insular i reconeixent el dret a l'obtenció d'aquella llicència. Però, entretant, diversos canvis legislatius i de planejament van impedir materialitzar aquell projecte.

Amb independència de la reclamació de responsabilitat patrimonial per la reducció o supressió d'aprofitaments per causa de la posterior modificació o revisió del planejament (art. 41.1 LRSyV), la Sentència va reconèixer el dret d'aquell sol·licitant de la llicència a rebre una indemnització pels danys i perjudicis derivats de la improcedent denegació de la llicència i va assenyalar que la indemnització havia de ser abonada, en primer terme, pel consell insular que va denegar indegudament la llicència. Però, a continuació, assenyala que això ho era «sin perjuicio de que dicha administración insular, tras los trámites de ejecución de sentencia que se indican en la apelada, podrá repetir contra el Ayuntamiento si a su derecho conviene en reclamación de aquellas cantidades que considere que su pago corresponde a dicha administración local. Como significativamente, las tasas e impuestos ingresados por dicho Ayuntamiento».



En execució de sentència es va fixar una indemnització de 116.880,52 € a favor d'aquell sol·licitant de llicència i a càrrec del consell insular, per honoraris de l'arquitecte redactor del projecte amb els seus interessos. Una vegada pagada la quantitat pel consell, aquest va dirigir un requeriment a l'ajuntament perquè en termini de tres mesos procedís a reintegrar-li aquesta quantitat, en considerar que era el responsable originari de la indeguda denegació de llicència.

I com l'ajuntament no va contestar el requeriment, el Consell va interposar recurs contenciós administratiu contra la desestimació presumpta de la seva pretensió de reintegrament. Va argumentar que les possibles indemnitzacions que derivassin de la indeguda denegació de llicència havien de recaure en el titular originari de la competència, que era l'ajuntament. I que va ser la seva falta de resolució expressa en termini i la seva escassa diligència al temps de tramitar la sol·licitud de llicència el que va obligar el consell a exercir les competències per subrogació.

L'ajuntament es va oposar al·legant que els danys i perjudicis derivats de la denegació de la llicència havien de recaure en qui va resoldre indegudament.

### **La solució de la Sentència: la importància de com s'exercita la competència per subrogació**

La Sentència parteix de la premissa que no s'està discutint quina administració — la insular o la municipal— és la responsable enfront del sol·licitant de la llicència, perquè la regla de la solidaritat garanteix la posició del particular. La discrepància està en determinar les regles internes de distribució entre les dues administracions implicades: la que va incomplir la seva obligació de resoldre o la que va venir forçada a intervenir però que es va equivocar en la denegació de la llicència.

Els arguments del consell insular s'emparaven en l'article 140 de la llavors vigent Llei 30/1992, de 26 de novembre, que assenyalava que «[e]n altres supòsits de concurrència de diverses administracions en la producció del dany, la responsabilitat es fixa per a cada administració atenent els criteris de competència, interès públic tutelat i intensitat de la intervenció», per a després argumentar que la competència originària per concedir/denegar llicència és municipal, per la qual cosa aquesta administració ha de ser la responsable, encara que sigui una altra la que actuï en el seu lloc.

La Sentència comentada rebutja els arguments del consell insular en interpretar que «el hecho causante del daño no deriva de la titularidad de la competencia sino del modo en que se ejercitó la competencia. Y la competencia la ejercitó el Consell Insular». A continuació, analitza que la denegació de la llicència per l'administració

insular es va fonamentar en l'erroni informe emès pels seus tècnics i que va ser aquest error el que ha generat els danys i perjudicis indemnitzats. Assenyala que és el criteri de la imputació i d'«intensitat de la intervenció» el que ha de decantar l'atribució de responsabilitat al consell insular i no a l'ajuntament. I que una altra resposta es donaria si l'informe tècnic desfavorable procedís de l'administració municipal. Finalment afegeix: «Es el ejercicio de la competencia y no la titularidad originaria de la misma, lo que ha propiciado el hecho causante del daño. El nexo causal se conecta así con el erróneo ejercicio de la competencia por subrogación y no con la titularidad de la misma».

Malgrat que la intervenció dels consells insulars en subrogació de les competències municipals davant la seva inactivitat en el procediment d'atorgament de llicència ja ha desaparegut des de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, continuen subsistint supòsits de subrogació. Així, la Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears (LUIB), preveu que els consells insulars, «en els supòsits d'inactivitat o d'incompliment manifest, s'han de subrogar en l'exercici de la competència urbanística municipal corresponent, en els termes que preveu aquesta llei» (art. 17.3). I aquesta llei ho contempla davant l'incompliment dels terminis en la formulació del planejament (art. 53) o en matèria de disciplina urbanística (art. 166.4).

La LUIB, seguint el criteri de l'article 60 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, estableix la previsió que el cost de les actuacions que desenvolupi el consell insular en substitució de l'ajuntament, aniran a càrrec d'aquest. Però res disposa sobre l'atribució de responsabilitat enfront de tercers pels possibles danys i perjudicis derivats d'actuació realitzada per substitució de l'administració incomplidora. Per tant, encara que la Sentència comentada es refereix a un supòsit que no es pot repetir perquè ha desaparegut, la subrogació en l'atorgament de llicències, res impedeix que en qualsevol moment es reobri el debat en aquests altres supòsits de substitució. Això també afecta les agències i els consorcis supramunicipals que s'hagin subrogat en competències municipals, així com a l'execució subsidiària per a les ordres de demolició. No obstant això, igual que en el supòsit de la Sentència, s'haurà d'analitzar cas per cas, conformement al criteri de la imputació de la responsabilitat.

Fernando Socías Fuster

## La ceguesa, als efectes de delimitar la gran invalidesa, s'ha d'avaluar amb perspectiva subjectiva, considerant l'impacte real i personal de la pèrdua de visió

*Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem (recurs de cassació per a la unificació de la doctrina núm. 1776/2020) núm. 200/2023, de 16 de març (ponent: Sr. Molins García-Atance).*

### **Un canvi de criteri copernicà per a l'aplicació del complement de pensió degut a la situació de gran invalidesa**

La qüestió pràctica que afronta el present comentari posa de relleu la multiplicitat de factors personals i socials que envolten la ceguesa en el seu grau més significatiu, com susceptible de «gran invalidesa». Aquests factors situen l'ordre de qualificació del grau de ceguesa en les quatre escales convergents de: (1) la «capacitat de treball» genèrica; (2) la «capacitat específica» de treball per compte dels centres especials d'ocupació; (3) «l'aptitud locativa» en el mateix domicili, adaptat o no, per gestionar el seu espai, i (4) les «aptituds socials» genèriques per interactuar en els contextos socials, urbans, que pel seu compte també poden encobrir — o no— dispositius comuns contra les «barreres arquitectòniques» i d'altres. Tota aquesta combinatòria conviu igualment amb el fet que hi ha treballs específics per a les persones cegues, instituïts o administrats per entitats que voregen l'assistència social, com és el cas per definició de l'Organització Nacional de Cecs Espanyols (ONCE), i al seu torn també conviu amb un tret diferencial significat pel fet que la persona cega ho sigui de naixement, o per causa de malaltia evolutiva, o tal volta per un malfraig traumàtic, passant d'una visió completa o satisfactòria a una visió tan empobrida que es pot qualificar definidora d'una situació de gran invalidesa. Això es completa per la multiplicitat de recursos o estratègies socials que en totes les societats han ajudat les persones cegues, estratègies que en la societat temporània occidental comprenen: prestacions de la Seguretat Social, contributives i no contributives, prestacions institucionals i socials compatibles o no amb la pura pensió obtinguda de la Seguretat Social, mecanismes d'integració en societats mútues per a persones invidents, tant se val si per assolir un «treball» tan singular com el de repartir cupons de l'ONCE, com si per obtenir ajuts en forma d'assistències personals o tal volta bonificacions de qualsevol índole, etc. El llistat seria molt llarg.

Un altre aspecte, evolutivament dotat de concepcions legals i jurisprudencials alternatives i mutants, reposa a la catalogació de les prestacions de la Seguretat Social de gran invalidesa, bé com l'últim i suprem grau de l'escala (com és la concepció vigent), bé com una «pluspensió» (50 % d'increment, de la prestació que sigui, sobre la base reguladora) compatible amb qualsevol grau «clàssic», per antologia amb el grau d'incapacitat absoluta, però també amb el d'incapacitat total per a la professió habitual, i fins i tot compatible amb una incapacitat tan sols parcial per a la professió habitual (com històricament ha defensat i ha vist reconegut l'autor d'aquest comentari, solució que avui se'ns mostra impossible si es convalida que la gran invalidesa és, per definició i fora cap altra consideració, l'últim grau de l'escala d'incapacitat, ni més ni pus).

El comentari d'aquesta Sentència del Tribunal Suprem se centra en l'anàlisi relativa a la interpenetració de les quatre escales convergents (1), (2), (3) i (4), esmentades en el primer paràgraf. Dit d'una manera molt immediata, entrant en olivetes, està clar que batallen dues concepcions teòriques arran de la qualificació de la gran invalidesa: la perspectiva «objectiva» i la perspectiva «subjectiva». Des del punt de vista «objectiu» allò que s'examina per damunt de tot és el grau «material» i «fred» (però amb correcció òptica si és avinent per millorar la visió) de la disminució visual, atesa la presència dominant i omnipotent del valor 0,1 en una escala de 0,1 a 1, essent 1 com és lògic el camp visual ordinari i satisfactori d'una persona amb visió sana. Amb aquesta tècnica aplicativa, la mera consideració de tenir una visió inferior a 0,1 —però no igual a 0,1— comportava el reconeixement de la gran invalidesa, prescindint d'altres consideracions, i per damunt de tot al marge de dues distincions elementals: la primera, conduent a distingir l'invident de naixement o l'invident de condició adquirida; la segona, per distingir si el valetudinari gaudeix d'un ambient personal, familiar, habitacional i social «adaptat» o bé si viu en la més declarada misèria o penúria de les possibles estratègies adaptatives, és a dir, si viu sol o envoltat de parents, si habita a una casa solitària i perduda o a un casal perfeccionat amb multitud d'eines adaptatives, etc. Cal dir que aquesta maximització absolutista del valor 0,1 procedeix de fet col·lateral de les exigències d'afiliació a l'ONCE, que reclama per fruir del seu socors una agudesa de visió, en els dos ulls, igual o inferior a 0,1.

### **Es posa de cap per avall la concepció «objectiva» anterior i de cap per amunt la valoració «subjectiva» de la posició real de la persona invident**

Les raons aportades per la Sala Quarta del Tribunal Suprem per justificar el canvi radical del model interpretatiu són, a criteri del comentarista, poderoses i convincents.

En primer lloc, la justipreciació absolutista del 0,1 proporcionava resultats sorprenents: si abans de l'afiliació al sistema de la Seguretat Social l'agudesa visual era inferior a 0,1, encara que la situació empitjorés del tot fins a la visió 0, no s'acreditava la gran invalidesa, encara que amb els límits originaris del 0,1 no fos necessària l'assistència de tercera persona, que en canvi era de necessitat quan l'agudesa visual passava a ser absolutament nul·la; per contra, si en el moment de l'afiliació l'agudesa visual era 0,1 —i no inferior a 0,1— no calia entendre (amb una percepció absolutament teoríca) que ja llavors necessitava assistència de tercera persona, però que sí passaria a necessitar-la només pel fet quasi irrisori en termes comparatius d'ocórrer una centèsima o poques d'empitjorament. Això conduïa a contrasentits notoris, pel fet afegit que no jugava cap consideració la situació circumstancial que verament importa, és a dir, la cobertura familiar, instrumental i social de la que participava l'invident.

La doctrina de rectificació, derivant el segell d'interpretació cap a una consideració «subjectiva» de cada cas individual, apunta a la finalitat consistent en el fet que els afectats de ceguesa severa gaudeixin del màxim nivell de benestar, valorant fonamentalment la seva autonomia de vida i de relació. El Tribunal entén ara que aquesta simplificació en torn del 0,1 d'escala pot conduir a resultats erronis. Per exemple, individus amb una agudesa visual de 0,1 o superior tan sols per centèsimes podrien incórrer en circumstàncies tan variades com presentar addicionalment facultats intel·lectuals o volitives limitades, o haver sofert la pèrdua visual en una edat avançada, que impossibilitaria valer-se realment de les estratègies de superació individuals i/o socials, o trobar-se mancats per limitacions d'altres sentits corporals, la oïda sobretot. També es podria presentar el cas contrari d'individus amb agudesa visual bilateral de 0,09 totalment adaptats o millorats en virtut de condicions de superació molt habilitadores (sempre s'ha dit: que no impliquin un heroisme inexigible), com pot succeir més freqüentment en els cecs de naixement i en aquells que disposin d'estratègies personals, vivencials i socials que realment no demanin l'assistència permanent ni ocasional de tercera persona per realitzar els que la Llei qualifica com «actes més essencials de la vida quotidiana», vol dir que aquesta conceptualització integra tant el *nomen iuris* com el fonament nuclear de la pluspensió del 50 %, vocada a facilitar o eixugar la contrapartida de l'assistència a càrrec d'un tercer, familiar o no. El complement de pensió, segons la Llei (art. 196.4 LGSS) està destinat que «l'invàlid pugui remunerar a la persona que l'atengui».

Per consegüent, la doctrina de rectificació, «subjectiva», tendirà a valorar la pluralitat de totes les circumstàncies que el Tribunal exemplifica en *numerus apertus*: no és el mateix la pèrdua del camp visual central que la del camp visual perifèric; serà

preceptiu tenir en compte les condicions intel·lectuals i volitives del sol·licitant de gran invalidesa que puguin facilitar, o bé reduir i dificultar, l'adaptació personal a la pèrdua de condicions visuals; sempre serà important l'edat en què es pateix la pèrdua d'agudes visual, pel fet que la capacitat d'adaptació es troba en relació inversa a l'edat del subjecte, i també caldrà prendre en consideració la presència d'altres limitacions perceptives i, en general, de malalties greus concurrents en la persona concreta.

La Sentència recapitula, finalment, que no hi ha raons que justifiquin que el mòdul interpretatiu de la pensió de gran invalidesa adopti un tractament jurídic diferent que la resta de pensions d'incapacitat permanent, totes elles individuatives. La doctrina «objectiva», que s'abandona, és cert que proporcionava una notòria seguretat jurídica, però podia conduir a denegar la pluspensió en casos reals de necessitat de l'assistència de tercera persona, i també a l'inrevés.

Ferran Gomila Mercadal

## L'acomiadament disciplinari de la persona treballadora sense conferir-li audiència prèvia i l'article 7 del Conveni 158 de l'Organització Internacional del Treball

*Sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (recurs de suplicació núm. 454/2022) núm. 68/2023, de 13 de febrer (ponent: Sr. Agustí Maragall).*

### **Un sentència revolucionària o més aviat una pretèrita indolència descurada en l'aplicació de les normes de Dret internacional**

La resolució que passem a comentar ha causat un extraordinari enrenou en l'àmbit dels especialistes de Dret laboral que s'han fixat en aquesta Sentència capital. En essència, aquesta preconitza que —al menys en segons quines situacions— el comiat d'un treballador exigeix que, amb anterioritat, se l'hagi escoltat sobre la concurrència de la causa. Els gabinets d'estudi «patronalistes» posen, educadament, un crit en el cel. És que ara, per tal d'acomiar un treballador, serà imprescindible donar-li «audiència prèvia»? I com serà això? Com és possible l'aplicació, sobtadament, d'una norma «dormida» en què ningú no reparava d'ençà de la seva subscripció i ratificació per part de l'Estat espanyol, i d'això fa la tracalada de 38 anys?

Anem per pams, que l'assumpte té molta molla, i ja es veurà que les alarmes expressades estan mancades de rigor. És cert que fa 38 anys que «dormia» la posada en joc d'una norma tan clara aparentment com la definida en l'article 7 del Conveni núm. 158 de l'Organització Internacional del Treball: «No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

L'incís d'avertiment o d'excepció del final (a menos que no pueda pedirse razonablemente) serà, si prospera i se solidifica la tesi de la Sentència de la Sala, la clau més important del dilema. I això s'entén perfectament quan esbrinem que la doctrina és aplicada, i així ho diu i rebla repetidament la Sentència en el seu discurs, en un cas clamorós d'indefensió del treballador; un cas en què havia pugat obstinadament —essent ell un empleat del sector públic— per la procedència d'un

expedient previ aclaridor, de la faïçó com són instruïts expedients esbrinadors als empleats públics o als càrrecs representatius, en el qual pogués intervenir i aportar les seves explicacions; un cas en el qual —a banda de ser certa o equívoca la conducta imputada— el dret a l'honor personal del treballador quedarà malferit per l'essència d'una acusació obertament deshonorosa, una acusació d'abús de posició d'un ensenyant respecte dels seus alumnes, amb rivets d'assetjament sexual. No són bromes. El treballador es queixa del fet que repetides institucions i autoritats, sense escoltar-lo mai, l'haguessin condemnat amb apriorisme abassegador, sense donar-li la més mínima oportunitat de defensa.

Tots ens preguntem: si, per imperatiu de l'article 1.5 del Codi civil, és vinculant per als tribunals de justícia que les normes jurídiques contingudes en els tractats internacionals, vàlidament celebrats i publicats oficialment, prevalguin per damunt de qualsevol altra norma de l'ordenament intern en cas de conflicte entre elles, tret de les normes de categoria constitucional, perquè estava adormida aquesta regla de conducta tan clara, tan directa? El comentarista li troba una explicació: perquè tots els operadors jurídics implícitament teníem interioritzat, sense anàlisi rigorosa, que «no es podia demanar raonablement» a l'empresari realitzar una mínima afinació dels fets que imputaria, com a causa disciplinària, presentar una exposició de càrrec al treballador i demanar-li si hi hauria raons o explicacions de veritat de la conducta qüestionada o de justificació solvent. Així es dona satisfacció al precepte convencional. I no s'ha de descurar que la nostra Sala de Suplicació ja havia dictar alguna sentència relativa a l'aplicació de l'anomenat «control de convencionalitat», que no és una opció hermenèutica; al contrari, és un deure obligat o compromís d'activitat del jutge laboral. Estàvem advertits. Algun comentarista precoç de la Sentència, que manté un blog molt visitat, també reconeix la seva sorpresa en el sentit que una qüestió tan rellevant hagués passat desapercibuda tant de temps, a ell també. Tal volta, comenta, serà degut a la presumpció, massa agosarada pel que fa a la incidència separada i autònoma d'aquesta clàusula, que el nostre marc normatiu es troba molt per damunt de l'estàndard mínim que defineix el sòl bàsic del Conveni 158, tot pensant que les regles comunes del Conveni estan pensades per a ordenaments més grenyals o menys sofisticats que el nostre. Algunes sentències de la Sala Social del Tribunal Suprem també apunten a aquesta ideació: com que tenim un estàndard superior, com que som «molt millors», cal adoptar el nostre sistema regulador en el seu conjunt i sense clivells, cosa que malmetria l'aplicació autònoma i estricta de l'article 7, però no em pareix que la tesi del *conglobamento* desvirtuador sigui compatible amb una regla jurídica que s'aposeneta amb una lletra tan definida com junyida del «dret necessari» per imperatiu de l'article 1.5 Cc.



### Casos que exigeixen l'audiència

S'ha dit abans «una mínima afinació»: amb aquests termes vull dir que la nova doctrina és digna d'aplicació a situacions concretes, que reclamen un esbrinament mínim de fets o conductes complexes. En realitat, no seran els casos dominants ni tal volta més assidus. Naturalment, això està relacionat amb l'atenuació o apocament de la norma «quan no sigui raonament exigible». El treballador pot incórrer en contravencions brutals, flagrants o d'escàndol que no reclamaran la intervenció prèvia. Si aquell li cala foc a la seva empresa no demanarà que li sigui formulat un càrrec previ, ni el que sovint arriba tard o mai, amb advertiments anteriors, ni l'ofensor de paraula o d'obra. Seran les conductes covades, sinuoses o inapreciables a cop directe les indicades per oferir explicació prèvia a l'acomiadament. Més clar: les conductes que podem dir «indisciplinades», d'insubordinació o d'enfrontament palès no precisen de ser «afinades». Allà on es pot predicar que l'esbrinament previ és indispensable serà justament en els amagatalls de la infidelitat, de la transgressió de la bona fe amb maniobres de lucre personal o descrèdit reputacional de l'empresa, i singularment en els enredats casos de suposició d'assetjament, i encara més particularment d'assetjament sexual, com és el cas de la Sentència comentada. I per què més particularment? Molt senzill: pel fet que els protocols previs de definició, prevenció i correcció de l'assetjament han passat a ser no una praxis recomanable, sinó un progressiu manament jurídic que ha transitat del *soft law* a la norma positivada en infinitat de convencions sobre l'assetjament. En aquest sentit, la Sentència ressenya que resulta de difícil comprensió que una entitat docent integrada en el sector públic i adreçada a la docència de les arts escèniques, d'obligat estret contacte físic entre docents i alumnes, no disposés a la data de l'acomiadament estudiat d'un protocol d'actuació per a casos d'assetjament sexual. No sols ho recomana el més elemental sentit comú i l'Acord marc de la Unió Europea en matèria d'assetjament i violència en el treball de 26 de abril 2007, en el seu apartat 4. Ara també ho estableixen així els articles 48 i 62 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, i l'article 46 de la Llei 11/2016, de 28 de juliol, d'igualtat de dones i homes, del Parlament balear.

El deure de compromís amb l'honorabilitat de tots els intervinents, també de l'imputat —amb raó o sense—, reclama que aquesta mena de decisions disciplinàries no es prenguin a la lleugera, sinó amb el més pulcre respecte cap al dret de la defensa de l'acusat, que en els contorns de l'article 7 del Conveni 158 de la OIT proscriu una conducta patronal adoptada amb la manca d'imparcialitat exigible en la investigació dels comportaments de relleu sexual o de violència en el treball. Aquest aplec de circumstàncies, en un cas tan significatiu per la seva afectació a les àrees sensibles

de la personalitat, unida a l'evidència d'una cristallització pública, és el que determina que la Sala declari la «improcedència», no la «nul·litat», tot advertint que la doctrina que involucra «audiència prèvia» no s'aplicarà amb caràcter totalitari, sinó selectiu, és a dir, quan racionalment se li hagi d'exigir a l'empresari que respecti de cara al treballador la possibilitat *a priori* de conèixer la imputació i d'oposar-se a una decisió precipitada amb raons atenedibles. Això vol dir ésser escoltat prèviament.

És molt important constatar que la Sentència reconeix a l'empresa, com no podria ser altrament quan la demanda prospera per una formalitat tan subtil, que si opta per l'opció de readmissió al treball podria exercir novament la facultat disciplinària, en els termes temporals reconeguts en tals situacions, una volta perfeccionada l'audiència del demandant.

### **La comunicació prèvia al treballador**

Dues qüestions de segon ordre, però que s'hauran d'esmolat, són plantejades per professionals competents en intervencions orals suscitées per la Sentència. Primera: quin mecanisme o fórmula (ritual) haurà de revestir aquesta audiència prèvia quan, per pura precaució, l'empresari la posi en pràctica sense excepcions i a tota ocasió per guardar-se de tot perill? La resposta més senzilla és la d'equiparar la comunicació prèvia a les acostumades en situacions similars: un escrit pla i modest, amb expressió succinta de la matèria, sense haver de lligar-se posteriorment, en una futura carta d'acomiadament, a una descripció prou elemental, que haurà de ser suficient per donar a entendre el nucli pregó dels fets, sense cap qualificació jurídica ni determinant ni preclusiva.

La segona qüestió: l'observança de la comunicació prèvia, amb invitació a donar explicacions, ha de respectar una garantia, un marge o un ritual mínim per al «moment i forma de resposta» si el treballador opta per aportar un criteri explicatiu? Seran bastants 48 hores d'interludi, per posar un exemple, o caldrà un temps més dilatat? En correspondència, aquest parèntesi paraitzará i suspèndrà el curs de la prescripció de la falta, en detriment de la facultat disciplinària? Les respostes més coherents militen per una manca de rigor com a senyal d'identitat, a una expressió de fet significativa però esquemàtica, a un termini de resposta tan curt com la situació aconselli (per urgències o extralimitacions molt torbadores de cara al sistema productiu) i també a una suspensió equitativa del curs de la prescripció de la possible transgressió.

La Sentència no és ferma. S'ha interposat per part de l'entitat demandada el recurs de cassació per a unificació de doctrina.

# ACTIVITAT NORMATIVA

***Lluís Isern Estela***

Lletrat del Parlament de les Illes Balears

## Crònica de la legislació autonòmica més rellevant (novembre 2022-abril 2023)

### I. Lleis i normes amb rang de llei

Els darrers mesos de la X Legislatura del Parlament de les Illes Balears, de novembre de 2022 fins a març de 2023, s'han caracteritzat per intensa activitat normativa, en què la cambra autonòmica ha recuperat, enfront del Govern de la Comunitat Autònoma, el seu protagonisme com a font primària de l'ordenament jurídic balear. Efectivament, ja superada i, podríem dir que arraconada en la memòria, l'etapa que, per mor de la situació sanitària excepcional causada per la pandèmia de la COVID-19, la legislació d'urgència del Govern fou prevalent, s'han aprovat catorze lleis per només cinc decrets llei. En tot cas, és ben cridaner el nombre de normes que s'han aprovat en aquest breu període de temps.

Pel que fa al seu contingut, aquestes normes regulen matèries que incideixen sobre aspectes molt dispersos de la realitat balear i, en alguns casos, ho fan per primera vegada. Altres normes, al contrari, que ja compten amb una regulació precedent sobre la matèria de què es tracta, duen a terme una actualització de la legislació als temps actuals.

### Noves regulacions

La **Llei 3/2023, de 17 de febrer, de Menorca Reserva de Biosfera** (BOIB núm. 22), és el primer instrument normatiu propi i específic que s'ha aprovat d'ençà de la declaració de Menorca com a reserva de biosfera feta pel Consell Internacional de Coordinació del Programa MaB de la UNESCO el dia 7 d'octubre de 1993.

Aquesta norma, nascuda de la iniciativa legislativa del Consell Insular de Menorca, té per objecte l'establiment del règim jurídic de protecció, ordenació i gestió específic de Menorca en tant que reserva de biosfera, i té per finalitat consolidar, aprofundir i fer perdurar el model d'ordenació, gestió i desenvolupament sostenible i harmònic de Menorca, protegir-ne el patrimoni natural, paisatgístic, històric, lingüístic i cultural, material i immaterial, i perseguir el benestar i la prosperitat de la ciutadania. A aquests efectes, la Llei estableix una ordenació espacial integrada per una zonificació que distingeix entre les zones nucli, les zones d'esmoreïment i les zones de transició, d'una banda. D'una altra, també estableix un conjunt de disposicions que enforteixen

la capacitat d'intervenció i de decisió del Consell de Menorca en la gestió de matèries que puguin afectar la reserva de biosfera (forests, aigües, espais naturals, biodiversitat i medi marí) i encomanen al Consell de Menorca funcions específiques sobre l'ordenació del litoral. Així mateix, la Llei conté un altre conjunt de disposicions que ha de fer possible una gestió específica i diferenciada de la sostenibilitat a propòsit de la protecció del paisatge, la biodiversitat i el patrimoni, la preservació del model turístic de Menorca, la descarbonització de l'illa, la gestió eficient del cicle integral de l'aigua, l'ordenació de la costa i del litoral, la millora de la qualitat de l'aire i residus, entre d'altres. Un tercer conjunt de disposicions estableix mesures de foment del sector primari, de les indústries de transformació agroalimentària, del consum de productes locals, etc. Per últim, s'ha de subratllar que la norma crea l'Autoritat Consultiva per a la bona administració de Menorca com un òrgan de consulta i assessorament permanent al Consell de Menorca.

**La Llei 6/2023, de 16 de març, d'àrees municipals d'impuls comercial de les Illes Balears** (BOIB núm. 36), suposa també una novetat al nostre ordenament jurídic. La figura de les àrees municipals d'impuls comercial (AMIC), inspirada en la figura canadenca coneguda com a *Business Improvement Districts* (BID), és la d'una organització dirigida i gestionada pels seus socis privats i autoritzada pel poder públic municipal, amb el propòsit de prestar serveis complementaris dins una zona geogràfica, el perímetre de la qual es fixa prèviament sobre plànol, amb càrrec a un pressupost d'ingressos nodrit fonamentalment per contribucions obligatòries efectuades cada any pels propietaris o pel col·lectiu empresarial i els agents explotadors dels de locals de negoci amb accés públic presents en aquesta zona. La regulació de la Llei sobre les AMIC abasta el procediment per a la seva constitució — que és sempre voluntari, mai imposat pel poder públic—, l'autorització del municipi respectiu per a la seva constitució i l'obligatorietat de formalitzar amb aquest un conveni de col·laboració; abasta també l'organització de les AMIC (assemblea general, junta directiva, presidència, secretaria, etc.), el seu finançament i la seva durada i extinció.

**La Llei 10/2023, de 5 d'abril, de benestar per a les generacions presents i futures de les Illes Balears** (BOIB núm. 47), és innovadora des de dos punts de vista. En primer lloc, perquè és la primera Llei d'iniciativa popular aprovada al Parlament de les Illes Balears des de la ja llunyana data de 13 de març de 1991 en què fou promulgada la Llei 4/1991, reguladora de la iniciativa legislativa popular. I, en segon lloc, perquè introdueix un concepte nou al nostre ordenament legal: la justícia intergeneracional. Segons sintetitza l'exposició de motius d'aquest text legal, el benestar de les generacions presents i futures només serà possible si es garanteix

que els organismes públics i qualsevol actor privat tinguin en compte, en termes de benestar ambiental, social, econòmic i cultural, les externalitats negatives de totes les seves actuacions i planificacions estratègiques i l'impacte de les seves actuacions sobre les generacions futures per assegurar el dret a viure en un context ecològic i territorial òptim en una societat econòmicament i socialment justa.

En aquest sentit, la Llei fixa els principis següents: el de desenvolupament sostenible, el de participació ciutadana i transparència, el de precaució, el de prevenció, el de dignitat de la vida, el de diversificació, el del bé comú, el de no regressió i els d'ecodependència i interdependència. I, així mateix, concreta els objectius de benestar a assolir, ara i per a les generacions futures: prosperitat social col·lectiva, la resiliència, la salut, la igualtat, la cohesió, la cultura i la responsabilitat. Els dits principis i objectius vinculen l'activitat de l'Administració de la Comunitat Autònoma, els consells insulars i les administracions locals de les Illes Balears. Aquestes administracions queden obligades a incorporar, en els procediments d'elaboració normativa i dels plans territorials i dels plans directors sectorials, un informe d'avaluació d'impacte sobre el benestar de les generacions presents i futures, el qual s'ha de trametre a la Comissió per al benestar de les generacions presents i futures de les Illes Balears i n'han de recaptar el seu parer. D'altra banda, les esmentades administracions públiques també han de lliurar a la dita Comissió els contractes d'obres per una quantia igual o superior a 5.000.000 d'euros, els plans estratègics de subvencions i els projectes que siguin declarats d'utilitat pública o d'interès general, el projecte industrial estratègic o aquells d'interès autonòmic, a fi que la Comissió elabori anualment un informe que analitzi el grau de compliment dels principis i objectius de la Llei. La Comissió esmentada està integrada pels membres que designa el Parlament de les Illes Balears.

### Remissions

La **Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears** (BOIB núm. 148), malgrat la seva complexitat tècnica i la seva extensió, fou aprovada pel Parlament de les Illes Balears mitjançant el procediment de tramitació directa i en lectura única, atès que el projecte de llei presentat pel Govern no generà cap controvèrsia entre els grups parlamentaris de la Cambra. Pel que fa al seu contingut, ens remetem al magnífic comentari de la catedràtica de Dret Civil de la UIB, Antonia PANIZA FULLANA: «Una primera aproximación a la Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears», que es pot consultar en el núm. 23 d'aquesta Revista.

Pel que fa a la **Llei 4/2023, de 27 de febrer, de prestacions socials de caràcter econòmic de les Illes Balears** (BOIB núm. 29), s'ha de dir que aquesta norma dimana del Decret Llei 7/2022, d'11 de juliol, el qual, un cop validat, fou tramitat com a projecte de llei pel procediment d'urgència, conforme autoritza el paràgraf segon de l'article 49.2 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears. Atès que les modificacions incorporades durant la seva tramitació com a projecte de llei són escasses i poc rellevants, ens remetem, en nom de la brevetat, al comentari que es pot consultar en el núm. 23 d'aquesta Revista a propòsit del dit Decret Llei.

### **Revisions normatives**

Com ja hem dit, algunes de les normes de què dona notícia aquesta crònica tenen com a finalitat dur a terme una revisió general i en profunditat de determinades lleis de l'ordenament jurídic balear, atès el temps transcorregut des de la seva promulgació i la necessitat d'adaptar-les a les noves realitats econòmiques i socials del temps actual, com també a les transformacions operades en l'ordenament jurídic. Aquest és el cas de la **Llei 10/2022, de 23 de desembre, de lleure educatiu per a infants i joves de les Illes Balears** (BOIB núm. 169). Aquesta llei té com a antecedent la reglamentació que d'aquesta matèria es feia en alguns dels títols de la Llei 10/2006, de 26 de juliol, integral de la joventut. Ara, en canvi, es considera que la realitat del lleure educatiu a les Illes Balears demostra que abasta molt més que la població jove, raó per la qual cal separar la regulació del lleure que es fa amb menors d'edat de la regulació de les polítiques de joventut, les quals s'orienten principalment a facilitar l'emancipació de les persones joves. A més, s'ha considerat necessari aprovar una nova llei per tal de: regular específicament el lleure d'infants i joves per tal de garantir el seu accés en condicions d'equitat, amb independència de les seves circumstàncies personals o familiars; regular l'accessibilitat en la matèria, adaptant-la a les previsions de la Llei 8/2017, de 3 d'agost, d'accessibilitat universal de les Illes Balears; delimitar l'àmbit competencial del Govern de les Illes Balears i dels consells insulars, una vegada que ja s'ha produït la descentralització total de les polítiques de lleure a les institucions insulars; actualitzar els elements que garanteixin la seguretat i la qualitat de les activitats i l'adequada formació dels responsables en aquesta matèria i, finalment, actualitzar el règim sancionador en matèria de lleure previst en la Llei 10/2006.

També és el cas de la **Llei 9/2022, de 23 de novembre, de règim jurídic i de procediment de les activitats subjectes a autorització ambiental integrada** (BOIB núm. 155; correcció d'errades BOIB núm. 165). Aquesta llei té per objecte l'adequació de la normativa balear en matèria d'autoritzacions ambientals integrades, continguda

fins aleshores en la Llei 7/2013, de 26 de novembre, de règim jurídic d'instal·lació, accés i exercici d'activitats a les Illes Balears, a la legislació bàsica estatal sobrevinguda (Reial decret legislatiu 1/2016, de 16 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de prevenció i control integrats de la contaminació).

En el mateix sentit, la **Llei 2/2023, de 7 de febrer, de l'activitat física i l'esport de les Illes Balears** (BOIB núm. 19), duu a terme una revisió general i en profunditat de la Llei 14/2006, de 17 d'octubre, de l'esport de les Illes Balears, la qual, atès el temps transcorregut des de la seva publicació, s'havia convertit en insuficient per atendre les noves realitats esportives que han anat sorgint, així com per afrontar els reptes i les necessitats que es plantegen avui dia, perquè hi ha conceptes, situacions i fets que no s'havien previst, i d'altres que havien quedat antiquats i havien de ser objecte d'actualització (definicions, objectius, disposicions, entitats, òrgans, infraccions, sancions, activitats, obligacions i deures, funcions, procediments, etc.). La nova Llei es configura com una regulació completa del sistema de l'activitat física i l'esport, al llarg dels seus catorze títols i 203 articles. A més de la inclusió de tot un conjunt de mesures que afavoreixen la igualtat i la plena incorporació de la dona a l'esport en tots els nivells, s'ha de cridar l'atenció sobre les novetats que la norma estableix pel que fa a: la regulació de l'esport d'alt nivell i d'alt rendiment; la introducció de les seleccions de les Illes Balears; la regulació de les llicències esportives; els drets dels membres associats a les entitats esportives; les normes de bon govern i transparència en les federacions esportives; la regulació de l'exercici professional de l'activitat física i l'esport, i de l'accés a la pràctica esportiva per part de la ciutadania sense necessitat d'estar federat.

La **Llei 5/2023, de 8 de març, de societats cooperatives de les Illes Balears** (BOIB núm. 32), recull l'experiència legislativa que, en matèria de societats cooperatives, s'ha anat generant a les Illes Balears des de la publicació de la Llei 1/2003, de 20 de març, de la mateixa denominació. I, així, a més d'adaptar la legislació als canvis socials, econòmics, tecnològics i, fins i tot, dels que són conseqüència de la pandèmia de la COVID-19, operats els darrers vint anys, la nova Llei aglutina en un sol text les distintes modificacions legals que ha sofert la Llei de 2003 i la regulació de les microcooperatives de les Illes Balears establerta en la Llei 4/2019, de 31 de gener. El nou text legal és, com el precedent, molt extens (173 articles), segueix una estructura similar i regula exhaustivament la matèria. Són objecte de regulació per la Llei: la definició de la societat cooperativa, el seu procediment constitutiu, el Registre de Cooperatives, les persones sòcies i els seus drets i obligacions, els òrgans socials, el règim econòmic, la documentació social i la



comptabilitat, la modificació dels estatuts socials, la fusió, l'escissió, la transformació, la dissolució i la liquidació de les cooperatives, els diferents tipus de cooperatives, les particularitats de les cooperatives de segon grau i els grups cooperatius, les microcooperatives, l'associacionisme de les societats cooperatives, el foment de cooperativisme i el règim sancionador.

La **Llei 7/2023, de 22 de març, de comunitats balears o illenques fora del territori balear** (BOIB núm. 39), duu a terme una revisió en profunditat de la Llei 3/1992, de 15 de juliol, de comunitats balears assentades fora del territori de la comunitat autònoma. La nova Llei precisa el concepte i definició de la ciutadania balear a l'exterior, a l'efecte de reconèixer aquestes persones com a subjectes de drets i deures en els àmbits en què la Comunitat Autònoma té competències, i així, a més de definir el que s'entén per població illenca fora del territori balear, s'estableix el règim de les persones amb lligams d'origen i les persones amb vincles indelebles amb les Illes Balears. Les qüestions que regula la Llei fan referència: a les comunitats illenques fora del territori balear i el procediment per al seu reconeixement oficial; a les mesures de suport institucionals a la població illenca fora del territori balear i a les persones amb els esmentats lligams d'origen o amb vincles indelebles; als òrgans de relació amb les comunitats balears o illenques a l'exterior, i, finalment, a la participació de les dites comunitats en les efemèrides i els grans esdeveniments de les Illes Balears.

La **Llei 8/2023, de 27 de març, de cooperació per a la transformació global** (BOIB núm. 40), substitueix i deroga la Llei 9/2005, de 21 de juny, de cooperació al desenvolupament. Indubtablement, les matèries regulades en la nova Llei són coincidents amb els de la Llei anterior, però es dona un nou enfocament a la cooperació internacional, ja que si, en la llei de 2005 es focalitzava sobre el desenvolupament dels països empobrits, la nova normativa incideix en la cooperació per a la transformació amb una perspectiva global i local, actualitza termes i conceptes que havien quedat desfasats, s'adapta a l'Agenda 2030 de l'ONU i té en compte nous reptes com el canvi climàtic, les rutes migratòries al Mediterrani, la sobirania energètica i alimentària i la cooperació amb un enfocament feminista. La Llei s'estructura en quatre títols relatius a: disposicions generals; la planificació, les modalitats, els instruments i l'organització de la política de cooperació per a la transformació global; els recursos disponibles i els subjectes de la política de cooperació per a la transformació global, i, per últim, el Registre d'organitzacions no governamentals per al desenvolupament de les Illes Balears.

La **Llei 9/2023, de 3 d'abril, de modificació de la Llei 8/2014, d'1 d'agost, del joc i les apostes de les Illes Balears** (BOIB núm. 44), atenent la proliferació d'establiments de jocs i apostes en la nostra comunitat autònoma, així com de les

opcions de joc en línia, estableix un conjunt de disposicions per contenir l'esmentada proliferació i protegir millor els menors d'edat i els grups de població especialment vulnerables i, en definitiva, mitigar les externalitats negatives que es deriven del negoci dels jocs d'atzar. En aquest sentit, la nova Llei: limita la concessió de noves autoritzacions de salons de jocs i apostes; amplia les distàncies entre els salons esmentats i certs centres o espais essencialment dedicats a l'educació i l'esbarjo de les persones menors o vulnerables; prohibeix la publicitat i els actes de promoció de l'activitat del joc i les apostes; estableix un control electrònic d'edat en pantalla per a l'ús de les màquines recreatives de tipus B presents en bars i restaurants, i, finalment, reorganitza els tipus d'infraccions molt greus, greus o lleus en la matèria.

### **Medi ambient i territori**

Dues són les disposicions legals que s'han publicat al respecte. El **Decret llei 10/2022, de 27 de desembre, de mesures urgents en matèria urbanística** (BOIB núm. 169; validació BOIB núm. 14 de 2023), té un quàdruple objecte. Primer, amb relació als anomenats «falsos urbans», el Decret llei classifica com a sòl rústic, amb la categoria de sòl rústic comú, els solars urbans sense consolidar, en el cas que el consell insular respectiu no s'hagués subrogat d'acord amb allò previst en el Decret llei 9/2020, de 25 de maig, de mesures urgents de protecció del territori de les Illes Balears. En segon lloc, com a contribució a la solució del greu problema ocasionat a Eivissa amb els apartaments Don Pepe, classifica com a sòl urbanitzable directament ordenat determinats terrenys del terme municipal de Sant Josep de sa Talaia, per tal de destinar-los a acollir habitatges protegits de promoció pública. Amb tercer lloc, modifica la Llei d'urbanisme de les Illes Balears amb la finalitat de contenir el creixement de nova urbanització. Per últim, estableix mesures de caràcter mediambiental, com ara mesures per a la reducció del consum d'aigua o l'ampliació d'alguns àmbits de les àrees d'especial protecció.

La **Llei 1/2023, de 7 de febrer, per la qual es modifica la Llei 5/2005, de 26 de maig, per a la conservació dels espais de rellevància ambiental (LECO)** (BOIB núm. 18), duu a terme aquesta reforma des d'una doble vessant. Per una banda, es tracta d'una reforma eminentment tècnica que es concreta bàsicament en la modificació dels procediments d'elaboració i aprovació dels diferents instruments de planejament ambiental (plans d'ordenació de recursos naturals, plans rectors d'ús i gestió, etc.), així com del procediment de declaració dels espais naturals protegits, amb la finalitat d'unificar, harmonitzar i simplificar el règim jurídic aplicable a aquests tipus de procediments, tot incorporant els principis i les directrius de la normativa

d'accés a la informació i la participació pública en matèria de medi ambient. Per una altra banda, la reforma introdueix tota una sèrie de mecanismes de diferent naturalesa, tals com la creació del Catàleg d'espècies exòtiques invasores de les Illes Balears, la creació d'un règim de protecció preventiva, l'impuls de la restauració ambiental, la creació d'un protocol en matèria de bioseguretat, etc.

### **Normes que estableixen mesures que incideixen sobre àmbits o situacions concrets**

Finalment, hem de deixar apuntada l'aprovació de diversos decrets llei que atenen a la solució de problemes molt particulars o de caràcter contingent i que ho fan mitjançant unes disposicions específiques. És el cas del **Decret llei 1/2023, de 30 de gener, de mesures extraordinàries i urgents per a la protecció de la sargantana pitiüsa (*Podarcis pityusensis*) i la sargantana balear (*Podarcis lilfordi*) i per a la prevenció i lluita contra les espècies de la família *Colubridae sensu lato*** (BOIB núm. 15; validació BOIB núm. 26); del **Decret llei 2/2023, de 6 de març, de mesures urgents en matèria de servei públic discrecional del transport de persones viatgeres i en altres matèries vinculades a sectors econòmics** (BOIB núm. 30; validació BOIB núm. 39), i del **Decret llei 3/2023, de 13 de març, pel qual s'estableixen ajuts i altres mesures urgents per reparar les pèrdues i els danys produïts per la borrasca Juliette a la serra de Tramuntana i altres indrets de l'illa de Mallorca** (BOIB ext. núm. 33; validació BOIB núm. 41).

Entre aquest conjunt de normes, s'hi pot incloure igualment el **Decret llei 9/2022, de 7 de novembre, de mesures urgents per a compensar la inflació a les Illes Balears** (BOIB núm. 144; correcció d'errades BOIB ext. núm. 151; validació BOIB núm. 155), en què s'hi estableixen mesures en matèria d'habitatge, en matèria social i en l'àmbit educatiu.

## **II. Activitat reglamentària**

D'entre tots els decrets aprovats pel Govern de les Illes Balears, hem de destacar-ne els següents: el Decret 1/2023, de 23 de gener, de regulació de l'**accessibilitat universal** en els **espais d'ús públic** de les Illes Balears (BOIB núm. 11), dictat en desenvolupament de la Llei 8/2017, de 3 d'agost, d'accessibilitat universal de les Illes Balears; el Decret 3/2023, de 6 de febrer, pel qual es regula la modalitat de prestació de serveis mitjançant **teletreball** a l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 17), en matèria de funció pública; el Decret 18/2023, de 27

de març, pel qual es designen les zones vulnerables per la contaminació de **nitrats procedents de fonts agràries** de les Illes Balears i s'aprova el Programa de seguiment i control del domini públic hidràulic (BOIB núm. 39), i, finalment, en matèria educativa, el Decret 4/2023, de 13 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament orgànic dels **centres docents públics** no universitaris de les Illes Balears (BOIB núm. 21).

Lluís Isern Estela

# LLIBRES

***Jaume Munar Fullana***

Doctor en Dret Públic

***Sonia Inés Blanco Riera***

Cap de servei de l'Institut d'Estudis Autònoms

**Autonomia, costes i litoral.** TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. (coord.).  
Barcelona - Palma. Institut d'Estudis de l'Autogovern de la Generalitat  
de Catalunya - Institut d'Estudis Autònoms del Govern  
de les Illes Balears, 2023.

## I

Els directors dels respectius instituts públics editors destaquen en la presentació de l'obra que esdevé fruit d'unes jornades sobre costes i litoral que es desenvoluparen al llarg de l'any 2022 a Palma i a Girona, estructurades en distints eixos d'actualitat sobre la matèria, tot incidint de manera central en el debat de la distribució de les competències en aquest àmbit, arran de la vigència dels estatuts d'autonomia de segona generació i de l'atribució de competències sobre ordenació del litoral i gestió del domini públic que contenen.

Altres factors, com han estat, en particular, l'aprovació de la recent legislació autònoma sobre protecció i ordenació del litoral, l'aprovació de distints plans directors, i també l'efectivitat dels traspassos estatals en matèria de costes i de gestió del litoral, varen propiciar en el seu moment la realització de les referides jornades amb especialistes que varen ser seleccionats per la seva experiència professional o activitat acadèmica especialitzada, les aportacions dels quals s'han reflectit, finalment, en l'edició d'aquesta obra que recull el text ampliat de les seves ponències respectives.

## II

L'obra comença amb una primera i breu aproximació esquemàtica a la complexitat esmentada del règim de distribució de competències sobre la matèria, a cura de TRAYTER JIMÉNEZ, la qual es pot dir que serà àmpliament desenvolupada amb molt de detall, pel que fa a l'aspecte de la interacció entre la competència estatal i l'autònoma, per part de BLASCO ESTEVE, PARÍS DOMÈNECH i GARCÍA PÉREZ, en els seus apartats respectius en què, òbviament amb distints plantejaments de fons sobre el desenvolupament de la qüestió, podem trobar unes coincidències crítiques que comparteixen.

Singularment, hi trobarem present la crítica recurrent al fonament consolidat de la legislació estatal de costes de l'any 1988, que va ser ratificat per la doctrina del Tribunal Constitucional, en allò que es refereix als títols atributius de les competències estatals. Fonament basat essencialment en la titularitat del domini públic

maritimoterrestre i que ha permès a l'Estat una regulació exhaustiva i gairebé exhauridora de la matèria. És així un tret coincident en la percepció dels autors que l'abast i l'efecte de la declaració de demanialitat estatal que conté l'article 132.2 CE no havia d'assolir una funció constitucional pròpia de la delimitació de competències amb les comunitats autònomes, com la que contenen els preceptes específics dedicats a aquestes finalitats.

Coincideixen els autors en el fet que caldria, de *lege ferenda* i per corregir aquesta anomalia, que la legislació estatal conferís més espai normatiu i moltes més competències de gestió a les comunitats autònomes costaneres que, justament per aconseguir-les, han hagut d'explorar la via de les incorporacions en les reformes dels estatuts d'autonomia de segona generació, i que almenys han permès matisar les regulacions de la Llei de costes de l'any 1988, atorgant més gestió autonòmica en matèria de domini públic costaner.

També hi ha pràctica coincidència en el fet que els conflictes competencials entre l'Estat i les comunitats autònomes sempre han estat presents quant a l'exercici del títol autonòmic sobre ordenació del litoral, ja que, es vulgui o no, ha incidit directament en la zona maritimoterrestre i en especial sobre les platges. Cal per això, segons el criteri dels autors, una clarificació necessària del marc normatiu que eviti el conflicte permanent, a la qual potser també hi podrien haver contribuït uns processos de traspàs de funcions estatals més adequats que els fins ara duts a terme.

### III

En el llibre s'hi incorporen sengles ponències referides a les experiències catalana i canària dels traspàs de funcions i serveis en aquestes dues comunitats autònomes en matèria de costes i de gestió del domini públic maritimoterrestre, a càrrec de BERGA VAYREDA i LOBO RODRIGO.

Tanmateix, i com s'ha dit, es pot retreure que aquests processos de traspàs tampoc no han permès a les comunitats o als municipis aconseguir un disseny efectiu de polítiques pròpies i singularitzades en aquest àmbit, ja sigui en la zona de domini públic o en la de servitud de protecció, advocant —com hem avançat ho fan igualment la resta d'autors de l'obra— per una necessària modificació de la legislació estatal que confereixi un marge més ampli de decisió a les administracions no estatals.

Com a proposta recurrent al llarg de l'obra es postula per això la necessària potenciació de la competència autonòmica sobre ordenació del litoral, la qual també es pot desenvolupar i desplegar efectes sobre el demani maritimoterrestre i, per tant, per corregir alguns aspectes com l'excessiva discrecionalitat en l'atorgament de concessions.

Així, els instruments d'ordenació litoral haurien de ser una fórmula idònia perquè es puguin superar els problemes de repartiment competencial, que fins ara han impedit una gestió integral i completa de les zones costaneres. És justament el concepte d'integració el que serveix a SANZ LARRUGA per plantejar la incidència innovadora que podrà tenir la planificació espacial marina i l'aparició del component d'interacció terra-mar com a futur element clau en la gestió del litoral.

#### IV

Possiblement, el títol de l'obra, «Autonomia, costes i litoral», reflecteix allò que es constitueix, voluntàriament o involuntàriament, en el seu punt de reivindicació central, com és la idea de la ineludible gestió integrada d'aquest àmbit físic com a element fonamental de totes les polítiques públiques de les diferents administracions implicades i concurrents, entre les quals ha de destacar i assolir el protagonisme que li correspon la que dugui a terme la comunitat autònoma.

En aquest sentit destaca l'aportació de AGUIRRE I FONT, tot remarcant com aquesta gestió integrada serà essencial per evitar la segmentació que tradicionalment ha derivat de la complexa distribució competencial, situant la idea d'integració com a inevitable, en el context i en la reglamentació de la Unió Europea. Comparteix també la ineludible adequació a aquest principi del marc normatiu estatal vigent, per tal de donar una oportunitat per possibilitar i implementar les experiències de regulació autònoma més recents sobre protecció i ordenació del litoral.

Completa l'obra un apartat específic que sistematitza el complex sistema de titularitat de competències i atribucions en aquestes matèries que regeix en la nostra comunitat autònoma, que duu a terme POUSA GARCÍA. S'hi exposa la nombrosa normativa pròpia autònoma de distint rang legal, reglamentari o de planificació d'ordenació territorial, amb incidència en l'àmbit litoral i fent referència també a la legislació i regulació dels espais portuaris. Destaca igualment l'exhaustivitat en la sistematització dels diferents procediments administratius des del vessant d'una quàdruple intervenció d'organismes estatals, autònoms, insulars i municipals.

En definitiva, i sumant-nos a les consideracions que es fan per part dels directors dels instituts editors de l'obra, pensam que és indubtable que ens trobam davant una obra que pot ser de referència a diferents nivells, ja sigui directament per als operadors en la matèria o per a aquelles persones que els interessi una aproximació inicial en la qüestió de la complexa distribució competencial de les polítiques públiques que es duen a terme en el nostre litoral.

Jaume Munar Fullana



**Insularity in the European Union / La insularitat a la Unió Europea / La insularidad en la Unión Europea.** A. VICENS i VICENS; C. MANERA ERBINA; F. NAVINÉS BADAL; J. VALERO GONZÁLEZ; P. DUEÑAS JOLLARD. Palma: Institut d'Estudis Autonòmics - Direcció General de Relacions Exteriors (Govern de les Illes Balears), 2023.

I

La insularitat, també la plurinsularitat, no és únicament un fet físic, també és un fet idiosincràtic i cultural. Els límits geogràfics s'uneixen als límits sobre la disponibilitat dels recursos sobre els quals se sostenen els models econòmics continentals, generant-se greuges comparatius en relació amb el territori continental.

L'important Dictamen del Comitè Europeu de les Regions *Cap a un ús sostenible dels recursos naturals en el context insular mediterrani*, en què s'analitzen els reptes específics de les illes mediterrànies, ha proporcionat l'oportunitat d'exposar diverses anàlisis sobre aquesta qüestió en el llibre que comentam, una obra on s'examinen la situació actual i les perspectives pel que fa al tractament de la insularitat a la Unió Europea.

La discontinuïtat obstaculitza el lliure flux de persones, mà d'obra, béns i serveis, inclosos els essencials com l'educació, la salut, l'aigua, l'energia i les deixalles. Les economies insulars solen dependre d'un nombre limitat de sectors, sovint amb una alta estacionalitat, la qual requereix més despesa per inversió en els sectors per fer front a la demanda flotant de la població. Depenen del transport marítim i aeri, amb costos addicionals de consums, béns de capital i mercaderies. L'accés limitat a les tecnologies de la informació i la comunicació també dificulta l'avenç cap a un desenvolupament inclusiu.

Doncs bé, les iniciatives de la Unió Europea produeixen, de vegades, efectes contradictoris en aplicar-se a les illes a causa dels desavantatges geogràfics. El volum *Insularity in the European Union* aborda aquesta combinació de factors que mostren la necessitat de sensibilització de les institucions de la UE i dels Estats membres per tal d'avançar cap a unes illes més sostenibles i una economia al servei de la ciutadania.

II

L'obra s'estructura en quatre capítols i cinc annexes on s'aborda, des de diverses perspectives, el fet insular en tres idiomes: anglès, català i castellà.

En el capítol primer, «El llarg camí cap a un reconeixement del fet insular a la Unió Europea», VICENS i VICENS analitza la condició insular en la UE marcada per la manca d'atenció a la discontinuïtat territorial de manera global amb el continent europeu i la confecció primigènica de les estratègies i polítiques europees centrades en la realitat territorial continental d'Europa. Proposa iniciatives per avançar en l'objectiu final per al complet reconeixement dels territoris insulars, des de les feines de la Comissió de les Illes de la Conferència de Regions Perifèriques Marítimes (CRPM) fins a l'impuls per part del Govern de les Illes Balears d'un nou espai de cooperació anomenat *Illes de la Mediterrània* i la plataforma *Medinsulae*, que suposen la consolidació del treball mancomanat insular a la Mediterrània i una passa fonamental per avançar en la estratègia unitària que s'ha dut a terme en els darrers tres anys. En el capítol segon «Un intent de caracterització de les illes: una anàlisi per a la Mediterrània occidental», MANERA ERBINA analitza el cost de ser illes, en concret, les de l'àrea mediterrània en clau demogràfica, així com en el context d'una economia de turisme de masses enfocada a una economia de serveis, on queda palesa la manca de desenvolupament del sector industrial per falta de matèries primeres i els elevats costos de producció. Són característiques comunes: l'alta especialització en un sector, el baix nivell de capacitació, els límits del sector públic (sanitat, educació) i l'absència de reconeixement dels costos d'insularitat per part de les polítiques europees. Així mateix, cal tenir en compte els condicionaments ecològics (la població flotant, el canvi climàtic, la pressió turística). Es proposen millores per fer més sostenible l'economia de serveis i la capacitat de càrrega que poden assolir els territoris insulars tenint en compte que no existeix una pauta comuna de creixement insular a la Mediterrània.

En el capítol tercer, «La insularitat i la societat civil: la visió dels consells econòmics i socials», de NAVINÉS BADAL i VALERO GONZÁLEZ, s'analitzen les aportacions del Comitè Econòmic i Social Europeu (CESE) i el Consell Econòmic i Social de les Illes Balears (CES) sobre les problemàtiques de les illes i sobre els costos d'insularitat, des de les primeres conferències econòmiques de la Mediterrània nord-occidental en els anys 1985 i 2011, fins a l'organització de les dues Jornades sobre l'Euroregió a Palma l'any 2005.

Es posa de relleu la importància de les memòries del CES sobre l'economia, el treball i la societat de les Illes Balears com la font d'informació més exhaustiva disponible a les Illes Balears en aquests tres àmbits per als períodes 2001-2011 i 2017-2021.

Així mateix, s'analitza el paper del CES de les Illes Balears en la construcció de la governança multinivell, recuperant la xarxa dels consells econòmics i socials de l'Euroregió, formada pels d'Occitània, el de Catalunya i el de les Illes Balears, juntament amb accions conjuntes dels organismes homònims d'altres comunitats autònomes, Occitània, Regió PACA (Provença, Alps, Côte Azur) i Còrsega. Se subratlla la vocació proactiva d'intervenció en el marc europeu i l'estratègia internacional. D'altra banda, s'analitza l'actuació del CESE juntament amb el Comitè Europeu de les Regions com a òrgans consultius en la defensa de les estratègies macroregionals i la Mediterrània. Així mateix, el CESE s'ha pronunciat en diversos dictàmens sobre la problemàtica de la insularitat a la Unió Europea, destacant l'aplicació d'un enfocament holístic amb la finalitat de posar en pràctica els conceptes d'illes de qualitat, illes ecològiques i illes amb igualtat d'oportunitats. Per la seva banda, el CES de les Illes Balears posa de manifest la importància d'identificar els costos d'insularitat i de reclamar a la Unió Europea i a l'Estat espanyol els ajuts necessaris, així com la idea que les societats insulars necessiten la modulació d'unes regles de joc que són pensades per unes altres realitats continentals, sense que això suposi cap privilegi.

En el capítol IV, «Les illes en el dret de la Unió Europea», DUEÑAS JOLLARD analitza l'evolució del dret de la Unió Europea en relació amb el tractament que atorga a les illes en tres etapes: la primera des de l'any 1997, en què es reconeix formalment la insularitat per la UE; la segona a partir de l'any 2009, amb la idea de cohesió territorial com a objectiu de la UE, i, finalment, la tercera a partir de l'any 2020, amb la crisi sanitària. De l'anàlisi del marc jurídic europeu dels darrers vint anys es veu una evolució favorable pel que fa al reconeixement de la problemàtica específica que pateixen els territoris insulars, reflectida en el Tractat d'Amsterdam de 1997, amb la introducció de la paraula «illes» en l'article 158 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, i en el Tractat de Lisboa de 2009, que introdueix com a objectiu de la UE la necessitat de prestar especial atenció a les regions insulars en l'article 174 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea.

### III

Aquesta obra analitza la situació del fet insular a la Unió Europea des de punts de vista econòmics i jurídics, la qual cosa fa que pugui ser de gran interès per a qualsevol persona sensible a l'especial situació dels territoris insulars de la Unió Europea; uns territoris que, malgrat les seves diferències, comparteixen desavantatges estructurals i desafiaments.

El llibre exposa una panoràmica molt completa sobre la matèria, obre camins i planteja propostes a la Unió Europea per tal que es reflexioni sobre la seva política de futur per a les regions insulars. Després de repassar el camí seguit, no sense dificultat, per part dels territoris que pateixen una discontinuïtat territorial amb el continent europeu, els autors dels diversos capítols suggereixen com aconseguir una vertadera estratègia per a les illes en el si de la Unió Europea, que tengui en compte la realitat d'aquests territoris de manera transversal en tot el procés legislatiu europeu.

La publicació del llibre coincideix amb l'any en què Espanya assumirà per sis mesos la presidència al Consell de la UE, fita que es veu com una finestra d'oportunitat per assolir un *Pacte d'Illes de la Unió Europea* que desplegui una futura *Agenda d'illes de la Unió Europea*.

Sonia Inés Blanco Riera



