



# IUS ET SCIENTIA

Número extraordinario 2024  
MONOGRÁFICO  
«Medio Ambiente, Seguridad y Salud»

María Isabel Torres Cazorla  
(COORD.)

ISSN 2444-8478

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>

© Editorial Universidad de Sevilla 2024

 CC BY-NC-SA 4.0



## EQUIPO EDITORIAL

### DIRECTORES

- Dr. Daniel García San José, Universidad de Sevilla  
Dr. Fernando Llano Alonso, Universidad de Sevilla / Grupo de Investigación SEJ-504, España  
Dr. César Villegas Delgado, Universidad de Sevilla / Grupo de Investigación SEJ-112, España

### VOCALES

- Dr. Miguel Álvarez Ortega, Universidad de Sevilla, España  
Dr. Andrés Bautista Hernández, Universidad de Málaga, España  
Dr. Justo Corti Varela, Universidad CEU San Pablo  
Dra. Yolanda García Ruiz, Universidad de Valencia, España  
Dra. Laura Gómez Abeja, Universidad de Sevilla, España  
Dra. Nicole Kerschen, Université Paris Ouest, Francia  
Dra. Itziar de Lecuona Ramírez, Universidad de Barcelona, España  
Dr. Luis Lloredo Alix, Universidad Autónoma de Chile, Chile  
Dra. Pilar Martín Ríos, Universidad de Sevilla, España  
Dr. Enrique César Pérez-Luño Robledo, Universidad de Sevilla, España  
Dr. Riccardo Perona, Universidad de Cartagena, Colombia  
Dr. Rafael Vale e Reis, Universidad de Coimbra, Portugal  
Dr. Michele Beniamino Zezza, Universidad de Pisa

### COMITÉ ASESOR

- Dra. María Isabel Torres Cazorla, Universidad de Málaga, España  
Dra. Ana María Marcos del Cano, UNED  
Dr. José Manuel Sánchez Patrón, Universidad de Valencia, España  
Dr. Xavier Pons Rafols, Universitat de Barcelona, España  
Dra. Anna M. Badia Martí, Universitat de Barcelona, España  
Dr. Simone Penasa, Universidad de Trento, Italia

### CONSEJO CIENTÍFICO

- Dr. Manuel Becerra Ramírez, Universidad Nacional Autónoma de México, México  
Dra. María Casado González, Universitat de Barcelona  
Dr. Alfonso Castro Sáenz, Universidad de Sevilla, España  
Dr. Óscar Duque Sandoval, Universidad Autónoma de Occidente, Santiago de Cali, Colombia  
Dra. Nuria González Martín, Universidad Nacional Autónoma de México, México  
Dr. Mario Giuseppe Losano, Universidad del Piamonte Oriental, Italia  
Dr. Francisco Javier Gutierrez Suárez, Universidad Autónoma de Occidente, Santiago de Cali, Colombia  
Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Universidad de Sevilla, España  
Dr. José Antonio Seoane, Universidad de A Coruña, España  
Dr. João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, Universidad de Coimbra, Portugal  
Dra. Viktorija Žnidaršič Skubic, Universidad de Ljubijana, Eslovenia  
Dr. Manuel Gómez Valdéz, Florida International University, Estados Unidos de América

### CONSEJO DE REVISIÓN

- Dr. José Jesús Albert Márquez, Universidad de Córdoba, España  
Dr. Angelo Anzalone, Universidad de Córdoba, España  
Dr. Juan José Bonilla Sánchez, Universidad de Sevilla, España  
Dr. Ignacio Campoy Cervera, Universidad Carlos III de Madrid, España  
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá, España  
Dr. Luis Ernesto Orozco Torres, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México  
Dr. José Luis Pérez Triviño, Universidad Pompeu Fabra, España  
Dr. Ramón Ruiz Ruiz, Universidad de Jaén, España  
Dr. Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo, Universidad de Córdoba, España  
Dr. Javier Zamora Bonilla, Universidad Complutense de Madrid, España



# IUS ET SCIENTIA

Número extraordinario. Monográfico: «Medio Ambiente, seguridad y salud»

ISSN 2444-8478 • <https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA> • © Editorial Universidad de Sevilla 2024



CC BY-NC-SA 4.0

*IUS ET SCIENTIA. Número extraordinario. Monográfico: «Medio Ambiente, seguridad y salud» (2024)*

**Edita:** Editorial de la Universidad de Sevilla.

© Editorial Universidad de Sevilla 2024

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://institucional.us.es/iusetscientia/index.php/ies/index>

**Financiación:** Revista financiada por la Universidad de Sevilla dentro de las ayudas del VII PPIT-US

**Periodicidad Bianual (Junio, diciembre)**

**ISSN:** 2444-8478

**DOI:** <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon>

**Maquetación:** Referencias Cruzadas - [referencias.maquetacion@gmail.com](mailto:referencias.maquetacion@gmail.com)

Licence Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)



## Índice

### Carta de la editora invitada / Guest Editor's Letter

María Isabel Torres Cazorla ..... 6-8

### Artículos

La Unión Europea y el nuevo paradigma energético en la transición hacia la neutralidad climática / *The European Union and the New Energy Paradigm in the Transition Towards Climate Neutrality*

Beatriz Pérez de las Heras

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon.01> ..... 10-31

Los niños y jóvenes como litigantes climáticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso Duarte Agostinho / *Children and Young People as Climate Litigants Before the European Court of Human Rights: the Duarte Agostinho Case*

Laura García Martín

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon.02> ..... 32-51

La tutela del Derecho al Medioambiente frente a la responsabilidad empresarial de los grupos de sociedades / *The Protection of the Right to the Environment With Regard to the Corporate Liability of Groups of Companies*

Noemí Jiménez Cardona

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon.03> ..... 52-79

El derecho a la salud de colectivos especialmente vulnerables / *The Right to Health of Particularly Vulnerable Groups*

Alicia María Pastor García

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon.04> ..... 80-105

La protección jurídica de las personas desaparecidas y sus familias: perspectivas actuales y desafíos del siglo XXI / *The Legal Protection of Missing Persons and their Families: Current Perspectives and Challenges of the 21st Century*

Pedro Llorens Sellés

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon.05> ..... 106-138

Propuesta de *lege ferenda* desde el Derecho civil a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental / *The Spanish Environmental Responsibility Law: a Proposal from Private Law for Legislative Reforms*

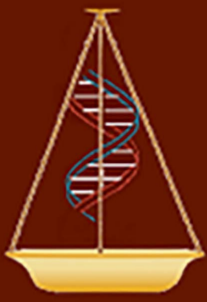
Luis Corpas Pastor

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2024.mon.06> ..... 139-164

Los biobancos, las nuevas tecnologías, y los desafíos del presente y del futuro / *Biobanks, new technologies and the challenges of the present and the future*  
 Simona Fanni  
<https://dx.doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2024.mon.07> ..... 165-186

La acción popular en materia de medio ambiente. Propuestas de mejora / *Popular Action on the Environment. Improvement Proposals*  
 Alberto Berrocal Acedo  
<https://dx.doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2024.mon.08> ..... 187-196

An Analysis of the Sources of International Responsibility of States in the Face of Climate Change: a Customary Rule in the Making? / *Un análisis sobre las fuentes de la responsabilidad internacional de los Estados ante el cambio climático: ¿una norma consuetudinaria en formación?*  
 Gustavo de la Orden Bosch  
<https://dx.doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2024.mon.09> ..... 197-209



## Carta de la editora invitada

### GUEST EDITOR'S LETTER

**María Isabel Torres Cazorla**

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Málaga

[mtorres@uma.es](mailto:mtorres@uma.es)

Realizar esta carta de introducción a los nueve capítulos que constituyen el presente volumen monográfico de la revista *Ius et Scientia* tiene un carácter ambivalente para la persona que redacta estas líneas. En primer lugar, significa un paso más – como muestra de la transferencia necesaria que los proyectos de investigación deben brindar a la sociedad- de una andadura comenzada hace ya casi dos años. La base de todo ello la constituye el Proyecto de Investigación “Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI (MESESA)”, del Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2021-122143NB-I00), que coordino y que entre otras muchas actividades dio pie a la celebración de un Congreso Internacional en octubre de 2023, sobre las tres áreas temáticas respecto a las que gira dicho proyecto. El segundo aspecto de dicha ambivalencia lo constituye la respuesta ofrecida por un buen número de autores que colaboran en este monográfico, superando todas las expectativas inicialmente depositadas en el mismo. Sin duda alguna, esas tres cuestiones aparentemente distantes (medio ambiente, seguridad y salud) constituyen un trípode indisoluble en nuestra sociedad internacional actual, lo que explica el interés suscitado y número de contribuciones recibidas para este número monográfico.

Pese a la aparente heterogeneidad de las nueve contribuciones que conforman este número de la revista, existe un nexo de unión indisoluble, al conectar en todas ellas la preocupación por alguna –o en numerosas ocasiones, varias– de las líneas temáticas que son objeto de atención en el Proyecto de Investigación al que antes se ha aludido. Desde diferentes prismas, es como si nos situásemos ante un caleidoscopio que nos permite abordar la realidad contemporánea de diversos colores, pero teniendo como base la Tierra que habitamos, sus recursos, las poblaciones y colectivos vulnerables y la necesidad de protección de todos ellos. A modo de resumen, de las 9 contribuciones que componen este monográfico, 6 de ellas se refieren al medio ambiente desde múltiples perspectivas, 2 abordan cuestiones vinculadas a la salud y el bioderecho, y 1 de ellas se refiere de manera directa a la seguridad, si bien estas dos últimas cuestiones (salud y seguridad) salen también a relucir en varios de los trabajos dedicados al medio ambiente. Se conforma así una especie de círculo virtuoso (recordemos ese círculo que dibujan los ODS) en el que esta trilogía temática encuentra acomodo, como idea esencial. No se trata de compartimentos estancos, sino de cuestiones relacionadas de manera muy directa, que constituyen a su vez temas esenciales

objeto de preocupación del Derecho Internacional, del Derecho y de la sociedad en la que vivimos.

Hace ya algunos años, James Lovelock en su libro *La venganza de la Tierra. La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*, nos advertía que “al haber cambiado el medio ambiente hemos declarado sin darnos cuenta la guerra a Gaia. Hemos ocupado el medio de otras especies, el equivalente en el campo internacional, a haber invadido el territorio de otro país” (obra original de 2006, traducción publicada en Editorial Planeta, 2020, p. 29). Nos ofrecía además el autor un rayo de luz, al explicarnos por qué el planeta se rebela y cómo podemos salvarlo. Las contribuciones de este monográfico siguen esa senda, intentando analizar diferentes fenómenos que inciden en el medio ambiente, la seguridad y/o la salud, de manera crítica, y buscando soluciones realistas a estos retos contemporáneos.

El primero de los artículos que componen este monográfico lleva por título “La Unión Europea y el nuevo paradigma energético en la transición hacia la neutralidad climática”. Un tema sugerente y de plena actualidad en el que la profesora Beatriz Pérez de las Heras analiza los retos que la Unión Europea debe abordar, especialmente tras la guerra de Ucrania, y en el que tanto las cuestiones medio ambientales (la idea de neutralidad climática) como la seguridad energética, constituyen elementos esenciales. El denominado *RePowerEU Plan* “representa un cambio de modelo energético” que pretende afrontar el complejo paradigma geopolítico al que nos enfrentamos en la actualidad.

Continuando por esta senda de los temas cruciales para el medio ambiente, Laura García Martín, en su artículo “Los niños y jóvenes como litigantes climáticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso *Duarte Agostinho*”, analiza el papel de la sociedad –y de manera particular, de determinados colectivos- respecto a la litigación climática. Se trata de un ámbito en creciente expansión en todo el mundo, que pone de relieve el papel crucial que la sociedad civil representa para la defensa del medio ambiente. Por supuesto, teniendo presente que existen luces y sombras, que todos los asuntos no llegan a la meta que las personas que creemos en la preservación de nuestro medio anhelamos, como ha sucedido en el pronunciamiento de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de abril de 2024, en el caso objeto de esta contribución, entre otros.

El medio ambiente es una cuestión que atañe a todos, también al ámbito empresarial, cuestión a la que alude Noemí Jiménez Cardona, en su artículo titulado “La tutela del derecho al medio ambiente frente a la responsabilidad empresarial de los grupos de sociedades”. El desarrollo normativo que ha tenido lugar en España, junto a la jurisprudencia relacionada con este tema, particularmente controvertida en algunos supuestos, ofrecen una aproximación muy útil a dicha temática.

En otro orden de cosas, ampliando la perspectiva, esta vez en el marco de la salud, la contribución de Alicia María Pastor García se refiere al “Derecho a la salud de los colectivos especialmente vulnerables”, poniendo énfasis en las personas con discapacidad, analizando la jurisprudencia vertida (especialmente del TEDH), así como las Observaciones de diferentes Comités del sistema de Tratados de Naciones Unidas que permiten esclarecer esta cuestión. Todo ello, con el telón de fondo de la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad como elemento sustancial de análisis.

La seguridad como cuestión vinculada directamente a las personas la encontramos en el siguiente trabajo, que también bascula hacia los derechos humanos: el artículo de Pedro Llorens Sellés, titulado “La protección jurídica de las personas desaparecidas y sus familias: perspectivas actuales y desafíos del siglo XXI”. El contexto de España, los casos acontecidos y los necesarios cambios normativos en el ámbito penal, a lo que se suma el uso de la tecnología, dotan de un enorme interés a esta contribución.

En esa misma senda del derecho interno español, Luis Corpas Pastor realiza la que denomina “Propuesta de *lege ferenda* desde el Derecho civil a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental”, relacionando el medio ambiente con la salud, desde la perspectiva del Derecho civil, y conectando este ámbito normativo con los ODS y su necesaria implementación.

Volviendo a la salud, el bioderecho y los retos que ofrecen estos temas, Simona Fanni aborda el tema de “Los biobancos, las nuevas tecnologías y los desafíos del presente y del futuro”; se trata de un ámbito donde el presente muestra las lagunas jurídicas que aún persisten, pese a que la UE ha llevado a cabo avances, pero donde la realidad tozuda se impone, con múltiples interrogantes que el futuro presenta.

Este monográfico cierra el círculo con dos contribuciones en las que nuevamente el medio ambiente hace su aparición: en primer lugar, Alberto Berrocal Acedo estudia “La acción popular en materia de medio ambiente. Propuestas de mejora”, con particular énfasis en la jurisprudencia y legislación española, desde una perspectiva crítica. A ella se suma, cerrando este número, la contribución de Gustavo de la Orden Bosch, titulada “An Analysis of the Sources of International Responsibility of States in the Face of Climate Change: a Customary Rule in the Making?”. La sombra del dictamen solicitado a la Corte Internacional de Justicia por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de marzo de 2023 es un elemento esencial, donde medio ambiente, salud y también seguridad se dan la mano. Si bien el mismo aún no se ha emitido, este volumen monográfico pone de relieve la interacción profunda entre estos tres ejes conformadores, una muestra del interés que para la sociedad tienen estos temas. Las generaciones futuras sin duda agradecerán que se preste atención a los mismos. Retos no faltan.





# ARTÍCULOS



## La Unión Europea y el nuevo paradigma energético en la transición hacia la neutralidad climática\*

THE EUROPEAN UNION AND THE NEW ENERGY PARADIGM IN THE TRANSITION TOWARDS CLIMATE NEUTRALITY

**Beatriz Pérez de las Heras**

Universidad de Deusto

[beatriz.perez@deusto.es](mailto:beatriz.perez@deusto.es)  0000-0003-4402-2925

Recibido: 05 de febrero de 2024 | Aceptado: 22 de mayo de 2024

### RESUMEN

La crisis energética generada por la guerra en Ucrania ha evidenciado la enorme vulnerabilidad de la Unión Europea (UE) a las importaciones de combustibles fósiles rusos. Como respuesta, la UE ha adoptado el REPowerEU plan, cuyo objetivo es lograr la autonomía energética a corto plazo. Enmarcado en el Pacto Verde Europeo, REPowerEU acelera la transformación energética como componente esencial de la transición hacia la neutralidad climática. El objetivo de este artículo es analizar las nuevas medidas introducidas por REPowerEU, valorando su potencial para acelerar la transición energética y su contribución a la agenda climática europea. El análisis revela que la implementación del REPowerEU, no sólo conlleva una renovación acelerada de fuentes y suministradores energéticos, sino también un cambio de modelo energético, en el que la seguridad energética se erige actualmente en la prioridad fundamental, por encima de la lógica tradicional del mercado, asentada en la competitividad y eficiencia económica.

### ABSTRACT

The energy crisis generated by the war in Ukraine has shown the enormous vulnerability of the European Union (EU) to imports of Russian fossil fuels. In response, the EU has adopted the REPowerEU plan, which aims to achieve energy autonomy in the short term. Framed within the European Green Deal, REPowerEU accelerates the energy transformation as an essential component of the transition towards climate neutrality.

### PALABRAS CLAVE

Neutralidad climática  
Pacto Verde Europeo  
Crisis energética  
REPowerEU  
Seguridad energética

### KEYWORDS

Climate neutrality  
European Green Deal  
Energy crisis  
REPowerEU  
Energy security

\* Este artículo es parte del Proyecto PID2021-122143NB-I00, Proyecto de Generación del Conocimiento 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, que lleva por título «Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI» (MESESA), y del que es IP María Isabel Torres Cazorla, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Málaga.

The objective of this article is to analyze the new measures introduced by REPowerEU, while assessing their potential to accelerate the energy transition and their contribution to the European climate agenda. The analysis reveals that the implementation of REPowerEU not only implies an accelerated renewal of energy sources and suppliers, but also a change in the energy model, in which energy security is currently the fundamental priority above traditional market approach, based on competitiveness and economic efficiency.

## I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) ha liderado la lucha mundial contra el cambio climático desde finales de los años 90. La transición energética constituye un componente fundamental de su agenda climática desde principios de 2000. Desde entonces, la política climática de la UE ha girado en torno a tres objetivos principales: reducción de gases de efecto invernadero (GEIs), mejora de la eficiencia energética e incremento de energías renovables (Zambrano González, 2020).

La publicación del Pacto Verde Europeo (PVE) por la Comisión Europea en diciembre de 2019 supuso un cambio sustancial en las prioridades medioambientales de la UE. Como marco integral y estrategia de crecimiento, el PVE aspira a transformar a la UE en la primera economía mundial climáticamente neutra en 2050 (Comisión Europea, 2019). Desde 2020, el PVE ha venido implementándose a través de diversos instrumentos jurídicos y estrategias sectoriales, conformando actualmente un sólido y amplio marco normativo dirigido a descarbonizar la economía europea. Además, como estrategia de transformación transversal e integral, el PVE se ha erigido en referencia de solución común a las múltiples crisis que está afrontando la UE en los últimos años, tales como la recuperación económica de la pandemia y la emergencia energética derivada de la invasión rusa de Ucrania.

La agresión militar rusa contra Ucrania, en particular, ha trastocado los pilares del orden energético global y, en especial, del modelo energético europeo, evidenciando su enorme vulnerabilidad por la alta dependencia de las importaciones rusas de energías fósiles (gas, petróleo y carbón) (IEA, 2022). El conflicto exacerbó la crisis energética que se observaba en Europa desde el verano de 2021 y que se debió a una combinación de factores climáticos y económicos, entre otros, la escasez de lluvias y viento, el parón técnico de las centrales nucleares francesas, la mayor demanda de energía tras la pandemia y la reducción de oferta por parte del suministrador ruso Gazprom. La conjunción de estas circunstancias provocó un alza significativa de los precios del gas y de la electricidad, que generó seguido una fuerte tensión inflacionista. La guerra también agravó el problema de suministros de materias primas, el cual se había evidenciado ya durante la pandemia, lo que situó a la UE en una condición de dependencia aún mayor de China y Rusia, como principales suministradores (Popkostova, 2022, pp.2-4).

En respuesta a esta situación de emergencia energética, la Comisión Europea propuso en marzo de 2022 el plan REPowerEU. El objetivo prioritario de este plan es acelerar la transformación del modelo energético iniciada en el marco del PVE y conseguir la autonomía energética de la UE para 2030 (Comisión Europea, 2022). El proceso

de desacoplamiento energético de Rusia conlleva el despliegue masivo de energías renovables, el aumento de medidas de eficiencia energética y el desarrollo de interconexiones propias y tecnologías sostenibles, entre otras acciones (Lázaro Touza, 2023, p.2).

Por tanto, puede afirmarse que, después de décadas de dependencia de los mercados internacionales de energía, en especial, del ruso, la UE se encamina hacia una nueva arquitectura energética, basada en la producción propia de energía limpia. No obstante, la transformación energética que conlleva la implementación del REPowerEU, no se concreta únicamente en una renovación de las fuentes y del origen del suministro, sino que también representa un cambio significativo de enfoque. En efecto, si antes de la guerra en Ucrania, la política energética de la UE, en su ámbito interno y externo, priorizaba la premisa del mercado, asentada en la competitividad y eficiencia económica del suministrador, en el contexto geopolítico actual, la seguridad energética se erige en la prioridad fundamental del nuevo modelo (Goldthau y Sitter, 2022). En este contexto, la seguridad energética se enmarca dentro del objetivo clave de la UE de conseguir una autonomía estratégica abierta, lo que se proyecta en la capacidad de la UE para actuar autónomamente y defender sus intereses, sus valores y medio de vida, contribuyendo al mismo tiempo a reforzar el marco de gobernanza multilateral (L'Hotellerie Fallois Armas, Manrique Simón y Millaruelo de Lafuente, 2021, p.31). En el sector energético, la autonomía estratégica abierta promueve la producción propia y resiliente del suministro energético, priorizando la seguridad frente a la eficiencia y competitividad de los suministradores externos (Proedrou, 2023, p.4).

La transición energética, elemento fundamental del camino hacia la neutralidad climática trazado por el PVE, se ve acelerada, por tanto, en el marco del REPowerEU como consecuencia de las tensiones geopolíticas provocadas por la invasión rusa de Ucrania. Las medidas que se están adoptando en este ámbito demuestran que la UE considera esta situación, no sólo como una emergencia energética, sino como una crisis del modelo energético tradicional basado en la dependencia exterior. El nuevo paradigma requiere, por tanto, de una nueva política energética propia que garantice el suministro a precios asequibles, al tiempo que contribuya al objetivo de conseguir la neutralidad climática.

En este contexto, este artículo tiene como objetivo analizar las acciones adoptadas en la implementación del REPowerEU, valorando en qué medida están configurando un nuevo modelo energético que prioriza la seguridad energética como objetivo fundamental, al tiempo que contribuye a acelerar la transición hacia la neutralidad climática.

La literatura académica que ha abordado el tema de la transición energética como elemento fundamental del proceso hacia neutralidad climática en Europa es muy abundante (Rojey, 2009; Lázaro Touza, Escibano y Crespi de Valldaura, 2020; International Renewable Energy Agency (IRENA), 2021; Zambrano González y García-Aranda, 2022; Androniceanu y Sabie, 2022; Hosseini, 2022; Rabbi, *et al.*, 2022; Ramírez Sánchez-Maroto, 2022).

Este estudio contribuye a la literatura existente analizando las medidas específicas que se están adoptando en el marco del plan REPowerEU desde el doble prisma de la seguridad energética y la neutralidad climática. Con este doble enfoque se analizan acciones como la diversificación de fuentes, el despliegue de energías renovables o el aumento de la eficiencia energética, resultando así un análisis de mayor alcance que otros estudios, más centrados en medidas que simplemente garanticen un suministro ininterrumpido o resulten de baja emisión de GEIs (Castro Rodríguez, F. y Giménez

Fernández, E.L., 2012; Barquín Gil, J. y Moreda Díaz, E. y Alba Ríos, J.J., 2017; Jacobson, M.Z. y Delucchi, M.A., 2011; European Parliament, 2019).

Metodológicamente, este artículo tiene fundamentalmente un enfoque analítico y deductivo, basado en el estudio de la evolución del proceso estratégico y normativo de la UE hacia la neutralidad climática. En este sentido, identifica la tensión geopolítica derivada del conflicto en Ucrania como el factor de impulso de la política europea de clima y energía desde principios de 2022. Como fuentes de referencia, se basa principalmente en la literatura académica relevante, así como en documentos institucionales e instrumentos jurídicos de la UE. Informes, estadísticas y estudios de otros organismos internacionales, como la Agencia Internacional de la Energía (IEA, en sus siglas en inglés) o la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA, en sus siglas en inglés), constituyen también una fuente fundamental de referencia.

Finalmente, el artículo se estructura del siguiente modo. Tras la Introducción, la segunda parte analiza los principales desarrollos jurídicos y estratégicos adoptados en implementación del PVE, con especial atención a los relativos a la transición energética. El estudio resalta cómo este proceso hacia la neutralidad climática, que pivota esencialmente sobre el modelo energético, conlleva una transformación integral de la economía y sociedad europea al afectar a todos los sectores y políticas. La tercera parte aborda las medidas de reciente aplicación del plan REPowerEU dentro del marco del PVE, destacando cómo su implementación está configurando una nueva arquitectura energética que hace de la seguridad y autonomía energética el eje fundamental del nuevo modelo. El artículo concluye que la UE seguirá lidiando en los próximos años con el reto climático y energético en un contexto geopolítico incierto en el que deberá combinar de forma coherente medidas que contribuyan a paliar el impacto de la crisis energética, pero que al mismo tiempo resulten compatibles con el objetivo de alcanzar la neutralidad climática a largo plazo.

## II. LA TRANSFORMACIÓN ENERGÉTICA EN EL PVE COMO ELEMENTO CLAVE PARA UNA UNIÓN CLIMÁTICAMENTE NEUTRA

El PVE constituye la hoja de ruta que guía todas las políticas de la UE hacia el objetivo de la neutralidad climática para 2050. Como estrategia de carácter transversal, el PVE supera el esquema de la tradicional estrategia de crecimiento económico y la habitual lógica sectorial en materia de clima y energía. Representa por ello la primera estrategia de desarrollo sostenible de la UE, al combinar coherentemente consideraciones medioambientales, económicas y sociales, respondiendo así al objetivo de la UE de promover un desarrollo sostenible (art. 3, 3 del Tratado de Unión Europea)<sup>1</sup>.

Como plan rector, el PVE incluye numerosas actuaciones en todas las políticas de la UE y sectores de la economía, especialmente, en transportes, agricultura, edificios, industria y energía. En concreto, las medidas más significativas se concentran en el ámbito energético, ya que este sector genera el 75 % de las emisiones de GEIs de la UE (IEA, 2021). Por tanto, la transformación energética, como elemento clave de la transición

1. El PVE forma parte también de la estrategia de la UE para contribuir a la efectiva aplicación de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>.

climática, constituye el eje vertebrador del nuevo modelo económico más sostenible (Dormido *et al.*, 2022, p. 18).

En este contexto, la conocida como Ley Europea del Clima, adoptada en junio de 2021, constituye el primer instrumento jurídico de implementación del PVE<sup>2</sup>. Esta norma transforma en objetivo jurídico vinculante, para la UE y sus Estados miembros, la meta de conseguir la neutralidad climática en 2050. Como objetivo intermedio también vinculante, se establece la reducción de un 55% de las emisiones de GEIs para 2030, con respecto a los niveles de 1990. La Ley Europea del Clima habilita también a la Comisión Europea a fijar un objetivo climático para 2040, tras el primer balance global del Acuerdo de París, presentado en la COP 28 en diciembre de 2023 (UNFCCC, 2023). Así mismo, la norma obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión Europea sus estrategias de clima y energía a treinta años, que deberán renovar antes del 1 de enero de 2029 y, posteriormente, cada 10 años. La Ley Europea del Clima proporciona así un marco jurídico cierto sobre los esfuerzos de mitigación a realizar en las próximas décadas, al tiempo que empodera a la Comisión Europea a promover la normativa necesaria para conseguir la meta última de cero emisiones netas en 2050 (Przyborowicz, 2022). Representa, así mismo, un instrumento jurídico fundamental para que la UE contribuya al logro del objetivo prioritario del Acuerdo de París, de limitar el aumento de la temperatura global en un 2°C y, preferiblemente, un 1,5°C, para mediados de siglo<sup>3</sup>.

Alcanzar estos objetivos de 2030 y 2050 requiere un cambio sustancial en la combinación energética europea, tradicionalmente asentada en energías fósiles. A tal fin, resulta fundamental la introducción masiva de fuentes renovables y otras fuentes alternativas más limpias, como el hidrógeno verde, la mejora de la eficiencia energética, el desarrollo de tecnologías verdes, redes eléctricas inteligentes y una mayor integración de los sistemas eléctricos nacionales, entre otras medidas. Para acometer este proceso de transformación energético, quince días después de la publicación de la Ley Europea del Clima, la Comisión Europea presentó el paquete normativo «Objetivo 55» (Comisión Europea, 2021). Su nombre alude al objetivo de reducir al menos un 55% las emisiones de GEIs para 2030, lo que se corresponde a su vez con la Contribución Nacional Determinada actualizada que la UE presentó a finales de 2020 en el marco del Acuerdo de París<sup>4</sup>.

En el ámbito energético en concreto, el paquete «Objetivo 55» reforma las Directivas de Energía Renovable y Eficiencia Energética<sup>5</sup>, elevando sus respectivos objetivos para 2030. Además, las modificaciones introducidas tienen efectos transversales, ya que no

2. Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), DOUE L243/1 de 9 de julio de 2021.

3. Artículo 2, 1ª del Acuerdo de París, Naciones Unidas, 2015, [https://unfccc.int/files/essential\\_background/convention/application/pdf/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/spanish_paris_agreement.pdf).

4. «Update of the NDC of the European Union and its Member States», [https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/EU\\_NDC\\_Submission\\_December%202020.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/EU_NDC_Submission_December%202020.pdf).

5. Respectivamente, Directiva (UE) 2018/ 2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, DOUE L 328/82 de 21 de diciembre de 2018, y Directiva (UE) 2012/27 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética y por la que se modifican las Directivas 2004/08/CE y 2006/32/CE, DOUE L315/1 de 14 de noviembre de 2011.

sólo afectan al sector energético, sino también a la industria, los transportes y edificios. Concretamente, se establece una meta de 40% de energía renovable a escala de la UE, frente al 32% inicialmente previsto en el paquete 2030 clima-energía, y otra de eficiencia energética del 36% en el consumo final de la UE, frente al 32,5% inicial (Costa-Campi y Jové-Llopis, 2023, pp.38-39). La Directiva sobre fiscalidad de la energía también es objeto de modificación<sup>6</sup>, con el fin de eliminar las exenciones y reducciones existentes y revisar los tipos impositivos, estableciendo gravámenes altos para los combustibles más contaminantes (carbón, petróleo y gas) (Piebalgs and Jones, 2021, pp.3-6).

Otro elemento clave del «Objetivo 55» es la reforma del Régimen Europeo de Comercio de Derechos de Emisión (RCDE), aplicado desde 2003 a los sectores industriales que generan más emisiones (petroquímicas, siderurgia, plantas eléctricas, papeleras, cementeras y vuelos interiores en la UE)<sup>7</sup>. Tras su modificación, el RCDE se extiende a otros sectores con objeto de alcanzar un mayor nivel de reducción de emisiones (un 62%, frente al 43% inicialmente fijado en el paquete 2030 clima-energía) y a un ritmo anual también mayor de reducción (un 4,2%, frente al 2,2%). Entre los nuevos sectores, se incluye por primera vez el transporte marítimo, en concreto, las emisiones de grandes buques que entren en un puerto de la UE a partir de enero de 2024, independientemente de su bandera. Además, se ha creado un segundo RCDE para incluir las emisiones de edificios, del transporte por carretera y de la pequeña industria no cubierta por el RCDE existente. Sin embargo, no se prevé la aplicación efectiva de este segundo RCDE hasta 2027<sup>8</sup>.

Con respecto a los sectores no cubiertos por el RCDE, se ha reformado también el Reglamento (UE) 2018/842, relativo al reparto del esfuerzo de reducción de GEI que deben hacer los Estados miembros en estos sectores entre 2021 y 2030<sup>9</sup>. En este sentido, se establece una nueva asignación de objetivos reforzados por cada Estado miembro, en función de su PIB respectivo. Mientras no entre en funcionamiento el segundo RCDE, este Reglamento seguirá siendo el régimen aplicable a las emisiones del transporte y de los edificios. En este mismo contexto, el paquete «Objetivo 55» también

6. Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 23 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, DOUE L283/51 de 31 de octubre de 2003.

7. Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de octubre de 2003, por el que se establece un régimen para el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, DOUE L275/32 de 25 de octubre de 2003.

8. Todos estos cambios y novedades en el RCDE se concretan jurídicamente en la Directiva (UE) 2023/959 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, que modifica la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de gases de efecto invernadero en la UE y la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de gases de efecto invernadero en la UE, DOUE L130/134 de 16 de mayo de 2023.

9. Reglamento (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 525/2013, DOUE L156/26 de 19 de junio de 2018.

modifica el Reglamento sobre el uso de la tierra, la silvicultura y la agricultura (LULUCF, en sus siglas en inglés). En concreto, establece por primera vez un objetivo para 2030 a nivel de la UE para la absorción de 310 millones de toneladas de CO<sup>2</sup>, por medio de sumideros naturales (bosques, silvicultura, suelos). Este objetivo común es distribuido entre los Estados miembros a través de objetivos nacionales vinculantes de absorción de carbono<sup>10</sup> (Harris, 2023).

El PVE incluye también en su hoja de ruta la descarbonización de la industria. A tal fin, una nueva Estrategia de Política Industrial, actualizada en 2021 tras la pandemia, incluye nuevas medidas para acelerar este proceso y facilitar al mismo tiempo la transición digital en todos los sectores industriales<sup>11</sup>. Una de las medidas jurídicas más representativas de descarbonización industrial es el Reglamento adoptado en abril de 2023, que prohíbe las emisiones de GEIs de coches y furgonetas ligeras que se fabriquen a partir de 2035<sup>12</sup>. Como complemento a la estrategia industrial, el Plan de Acción de Economía Circular, adoptado en marzo de 2020, está promoviendo la fabricación de productos sostenibles, el reciclaje y reutilización de productos, la eliminación de residuos, la capacitación de los ciudadanos como consumidores responsables, la revisión de la normativa sobre productos de construcción y una estrategia sobre textiles sostenibles (Parlamento Europeo, 2023).

El Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM, en sus siglas en inglés) es otro de los instrumentos clave del PVE, cuyo desarrollo jurídico se incluye también en el paquete «Objetivo 55»<sup>13</sup>. El CBAM se concibe como una especie de arancel verde a las importaciones de productos con un alto contenido de CO<sup>2</sup> (aluminio, acero, fertilizantes, cemento hierro, electricidad, hidrógeno) provenientes de países con una legislación climática más laxa que la de la UE. Principalmente, se trata de evitar que las empresas europeas se trasladen a países con menos exigencias climáticas, lo que se conoce como «fuga de carbono», fenómeno que, además, no contribuye a reducir las emisiones a nivel mundial. La regulación del CBAM se ha hecho en paralelo a la modificación del RCDE, con objeto de hacerlo compatible con la normativa de la Organización Mundial del Comercio, especialmente, con el principio de Igual Trato Nacional. A tal fin, la reforma del RCDE contempla la eliminación gradual de las asignaciones gratuitas de derechos de emisión hasta su supresión total en 2034. Al mismo tiempo, como apoyo

10. Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio del uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030 y por el que se modifica el Reglamento (UE) 525/2013 y la Decisión 529/2013/UE, DOUE L156/1 de 19 de junio de 2018.

11. Comisión Europea, «Actualización de la estrategia industrial de 2020: hacia un mercado único más fuerte para la recuperación de Europa», [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_21\\_1884](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_1884).

12. Reglamento (UE) 2023/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2023, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/631 en lo que respecta al refuerzo de las normas de comportamiento en materia de emisiones de CO<sup>2</sup> de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, en consonancia con la mayor ambición climática de la Unión, DOUE L110/5 de 25 de abril de 2023.

13. Reglamento (UE) 2023/956 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono, DOUE L130/52 de 16 de mayo de 2023.



a la descarbonización de la industria, la modificación del RCDE incluye también un Fondo de Modernización y un Fondo de Innovación (Sato *et al.*, 2022, pp.12-13). En cualquier caso, el CBAM es otra de las nuevas medidas cuya aplicación no será inmediata. Concretamente, en octubre de 2023 se inició un período transitorio que se prolongará hasta finales de 2025. Durante este tiempo, los importadores europeos deberán recabar información sobre las emisiones de los productos importados. Sobre la base de esta información, la Comisión Europea calculará a continuación los importes respectivos del CBAM, cuya aplicación definitiva y recaudación está prevista para 2026 (Steinberg, Feás y Lázaro Touza, 2023).

Para abordar la dimensión social del PVE y, en concreto, el objetivo de «no dejar a nadie detrás» (Comisión Europea, 2019, p. 3), el paquete «Objetivo 55» introduce el Fondo Social para el Clima<sup>14</sup>, destinado a paliar el impacto en la ciudadanía de todas estas medidas de transformación económica integral. Su dotación se destinará principalmente a financiar ayudas para mejorar la eficiencia energética de edificios, renovación de vehículos y otras medidas destinadas a apoyar a los grupos más vulnerables. El 25% de su financiación procederá de los derechos de emisión recaudados a través del RCDE, que se complementará con las aportaciones nacionales de cada Estado miembro, lo que arroja una dotación estimada de 72000 millones de euros para 2025-2032. No obstante, esta cantidad no se considera suficiente para poder abordar los costes de una transición energética justa. En efecto, es una realidad que el problema de la pobreza energética se ha agravado en los últimos años debido a las sucesivas crisis, en particular, del Covid-19 y de la guerra en Ucrania, como así lo confirma el Observatorio de la Pobreza Energética de la UE. Por tanto, sin medidas adicionales y efectivas de acompañamiento, este problema corre el riesgo de agravarse en los próximos años (Costa-Campi, 2023).

Con relación, precisamente, a la financiación de la transformación integral que conlleva la transición climática, el PVE contempla un volumen muy significativo de inversiones públicas y privadas para su implementación efectiva. En primer lugar, el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible prevé movilizar 1 billón de euros hasta 2030 (Comisión Europea, 2020). Dentro de este Plan se establece el Mecanismo para una Transición Justa, que incluye el Fondo de Transición Justa cuyo objetivo es apoyar a las regiones que dependan en mayor medida de actividades económicas intensivas en carbono, así como ayudar a los ciudadanos más afectados por la transición, facilitando su acceso a programas de reciclaje profesional y nuevas oportunidades de empleo (Guardères, 2023). Así mismo, el PVE ha servido de referencia para el diseño del mayor paquete de estímulo económico adoptado por la UE para encauzar una recuperación sostenible tras la pandemia de la Covid-19. En concreto, este paquete de estímulo está configurado por el plan europeo de recuperación *Next Generation EU* (NGEU), que aporta 750000 millones de euros (en precios de 2018) y el Marco Financiero Plurianual (MFP), que prevé 1,0743 billones de euros para el período 2021-2027. Dentro del NGEU, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) constituye el instrumento financiero

14. Reglamento (UE) 2023/955 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por el que se establece un Fondo Social para el Clima y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1060, DOUE L130/1 de 16 de mayo de 2023.

más relevante, con una dotación de 672.500 millones de euros. En total, este paquete financiero representa un monto de 1,8 billones de euros, de los que el 30% del gasto se destina a proyectos relacionados con el clima. Este flujo de financiación europea se está canalizando a través de los planes nacionales de recuperación, los cuales tienen que asignar al menos un 37% del gasto a inversiones y reformas relacionadas con la sostenibilidad climática (Más, 2021).

Otro elemento importante para movilizar y captar recursos públicos y privados para la transición ecológica es el establecimiento de criterios claros sobre lo que se consideran actividades económicas sostenibles. A tal fin, se aprobó el Reglamento (UE) 2020/ 852 relativo a la taxonomía de finanzas sostenibles, que establece los criterios y principios comunes para su clasificación<sup>15</sup>. Esta norma será desarrollada progresivamente por Reglamentos Delegados de la Comisión Europea, que precisarán los criterios técnicos de selección con respecto a los seis objetivos medioambientales incluidos en la taxonomía: mitigación del cambio climático, adaptación del cambio climático, usos sostenible y protección de los recursos hídricos y marinos, la transición hacia una economía circular, prevención y control de la contaminación, protección y recuperación de la biodiversidad (art.9 del Reglamento (UE) 2020/852). El primer Reglamento Delegado se adoptó en 2021 con respecto a las actividades que contribuyen a los objetivos de mitigación y adaptación al cambio climático<sup>16</sup>. Al igual que el CBAM, la taxonomía de finanzas sostenibles constituye un instrumento cuyo impacto trasciende el ámbito europeo, ya que se aplica a todo inversor o empresa dentro y fuera de la UE. De hecho, del mismo modo que el CBAM, este marco jurídico de finanzas sostenibles podría servir de referencia para otros regímenes similares que puedan adoptar otros países, lo que se considera como un ejemplo del liderazgo y poder normativo de la UE (Sanahuja, 2022, p.11).

En este mismo contexto, destacar también las Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medioambiente y energía 2022, aprobadas el 18 de febrero de 2022<sup>17</sup>. Estas Directrices incluyen nuevas categorías de inversiones y tecnologías que los Estados miembros pueden apoyar para la implementación del PVE y de las medidas del paquete «Objetivo 55». Entre ellas, se incluyen ayudas de apoyo a las energías renovables, para la mejora de la eficiencia energética de edificios, la compra de vehículos eléctricos y la implantación de puntos de recarga de dichos vehículos (Dormido *et al.*, 2022, p.25).

Cuatro días después de adoptarse estas Directrices, tuvo lugar la invasión rusa del Ucrania. Este suceso y la fuerte tensión geopolítica que generó inmediatamente llevó a la UE a adoptar nuevas medidas específicas para responder al impacto energético y

15. Reglamento (UE) 2018/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, DOUE L198/13 de 22 de junio de 2020.

16. Reglamento Delegado (UE) 2021/2139 de la Comisión, de 4 de junio de 2021, por el que se complementa el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento y del Consejo y por el que se establecen los criterios técnicos de selección para determinar las condiciones en las que se considera que una actividad económica contribuye de forma sustancial a la mitigación del cambio climático o a la adaptación al mismo, y para determinar si esa actividad no causa un perjuicio significativo a ninguno de los demás objetivos medioambientales, DOUE L442/1 de 9 de diciembre de 2021.

17. Comunicación de la Comisión. Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medioambiente y energía 2022, C/2022/481, DOUE C80/1 de 18 de febrero de 2022.

económico derivado de este conflicto. Más allá de reaccionar ante una nueva crisis, la respuesta de la UE, concretada esencialmente en el plan REPowerEU, abre el camino hacia un nuevo modelo europeo de energía, autónomo, resiliente y sostenible.

### **III. EL REPOWEREU PLAN: LA SEGURIDAD Y AUTONOMÍA ENERGÉTICA COMO PILAR FUNDAMENTAL DEL NUEVO MODELO**

El contexto de fuerte tensión geopolítica derivado de la invasión rusa de Ucrania ha supuesto la reformulación de la política energética de la UE. Tradicionalmente asentada en la premisa del mercado libre, el nuevo modelo presenta un enfoque más geopolítico que prioriza la resiliencia y seguridad energética, lo que se concreta en una mayor intervención pública en el sector. El plan REPowerEU constituye el exponente del nuevo paradigma. Como pilares fundamentales, el plan impulsa la diversificación de nuevos proveedores y acelera la descarbonización de la energía mediante la introducción masiva de fuentes renovables, acompañando estas y otras acciones de una intensa regulación del mercado energético. Además, el REPowerEU se enmarca jurídicamente dentro del NGEU, modificando el Reglamento del MRR con el fin de apoyar acciones que promuevan la seguridad energética y mejoren la cohesión entre las regiones europeas afectadas por la crisis energética.

#### **3.1. Diversificación, descarbonización energética y regulación del mercado: acelerando la transformación energética**

19

A comienzos de los años 90, la UE adoptó diversos «paquetes de energía» que liberalizaron los sectores del gas y de la electricidad, acabando con los monopolios nacionales. El objetivo era crear un amplio mercado integrado de energía, que resultara atractivo para los suministradores externos y que garantizara una libre competencia de precios entre ellos (Costa-Campi y Jové-Llopis, 2023, pp.36-38). En aquel marco de liberalismo económico, la seguridad energética ocupaba un lugar secundario, ya que el interés principal residía en garantizar la competencia (Goldthau y Sitter, 2002, p.4). Actualmente, este esquema inicial forma parte ya del pasado porque, tanto la UE, como los Estados miembros, han optado por intervenir en los mercados del gas y la electricidad, regulando el sector de la energía en general y, todo ello, como respuesta a la emergencia energética provocada por la guerra en Ucrania.

A nivel de la UE, el REPowerEU es la estrategia que guía en estos momentos los esfuerzos conjuntos para acelerar la transformación energética prevista en el PVE y en el «Objetivo 55». Su aspiración última es lograr la independencia energética de la UE de las importaciones rusas para 2030, garantizando una producción y suministro propio a precios asequibles (Dinu, 2023, p.654). En este contexto, la energía se erige, por tanto, en la cuestión prioritaria, más allá de constituir un elemento fundamental de la agenda climática. Queda por ver si este cambio de prioridades en la transición ecológica será temporal o se afianza como una tendencia a largo plazo (Siddi, 2023, p.88).

La adopción del REPowerEU fue complementada por una serie de documentos estratégicos que actualmente están sirviendo de base para el desarrollo de numerosas

iniciativas e instrumentos jurídicos. Entre ellos, caben destacar la nueva estrategia exterior en materia de energía, la estrategia de energía solar, la Comunicación sobre ahorro energético, la iniciativa para la instalación de energía solar en los edificios públicos y residenciales y un plan de acción sobre el biometano<sup>18</sup>.

Uno de los pilares en los que se asienta la implementación del plan REPowerEU es, precisamente, la diversificación, sobre la que se actúa, tanto en el ámbito exterior mediante la búsqueda de nuevos suministradores energéticos, como en el ámbito interno, a través del desarrollo de energías alternativas a las fósiles. En este contexto, como parte del proceso de desacoplamiento de las importaciones fósiles rusas, la UE y los Estados miembros han concluido desde 2022 numerosos acuerdos para aumentar las importaciones de gas y petróleo, tanto de países que ya eran suministradores, como de nuevos proveedores. Los esfuerzos de diplomacia energética han llevado, por ejemplo, a la UE a firmar un acuerdo con Azerbaiyán para doblar las importaciones de gas natural y otros dos nuevos con Israel y Egipto (Herranz-Surralles, 2024, p.21). Así mismo, desde 2022, se han incrementado las importaciones de gas natural licuado (GNL) procedentes de EEUU y de Catar. Estas compras europeas han sido muy criticadas debido a las emisiones de GEIs asociadas al transporte del GNL por vía marítima, a su mayor coste por la lejanía de los proveedores y, en el caso de las importaciones norteamericanas, a su origen en el gas no convencional, cuyo método de extracción es cuestionado desde el punto de vista medioambiental. Además, la distribución del GNL requiere de nuevas infraestructuras, como terminales de regasificación, para lo que se están realizando inversiones en numerosos Estados miembros. Estas infraestructuras, aun temporales, amenazan con prolongar el uso de energías fósiles en la UE (Kemfert *et al.*, 2022). El propio REPowerEU prevé 10.000 millones de euros en proyectos gasísticos de interés común, contemplando un total de 30 proyectos (Kuzemko *et al.*, 2022, p. 4). Además, poco después de la invasión rusa de Ucrania, la Comisión Europea incluyó las inversiones en infraestructuras de gas natural y energía nuclear dentro de la taxonomía de inversiones verdes, otro aspecto que, aun considerado como temporal, resulta muy polémico y claramente contrario a los objetivos de neutralidad climática de la UE (Vezzoni, 2023). En este contexto de estrategia energética exterior, hay que destacar también la creación de una plataforma conjunta para la compra del gas y la fijación de un tope al precio del gas importado, ambas iniciativas, introducidas a instancia de la UE, hubieran sido impensables bajo la lógica de mercado que guiaba el anterior modelo energético europeo (Goldthau y Sitter, 2023, p.5).

Un aspecto a destacar también en la mayoría de estos nuevos acuerdos con suministradores externos es la inclusión de compromisos en energías limpias, cuyo objetivo es apoyar la transición energética de países terceros, pero, principalmente, aumentar las importaciones de energías renovables hacia Europa. En esta línea de cooperación, se enmarcan, por ejemplo, los nuevos acuerdos con Azerbaiyán relativo a exportaciones de hidrógeno verde procedente de este país, los concluidos también con los países del

18. Comisión Europea, «REPowerEU: plan para reducir rápidamente la dependencia con respecto a los combustibles fósiles rusos y avanzar con rapidez en la transición ecológica», [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_22\\_3131](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_3131).

Golfo sobre hidrógeno y energía solar, y el acuerdo con Marruecos relativo igualmente al suministro de hidrógeno verde (Goldthau y Youngs, 2023, p.4).

Además de los esfuerzos diplomáticos por ampliar los suministradores externos, la diversificación promovida por el plan REPowerEU también incluye la promoción de energías limpias, sustitutivas de las fósiles, en el ámbito doméstico. Es así como el impulso al desarrollo de energías renovables se erige en una pieza clave, no sólo ya de la diversificación, sino de la descarbonización energética acelerada de Europa. A este apartado van dirigidos numerosos instrumentos jurídicos y estratégicos, así como importantes recursos financieros, todo lo cual está configurando rápidamente un nuevo y amplio marco regulatorio del sector energético. En este contexto, la Directiva de Energía Renovable ha sido modificada para elevar, en primer lugar, la energía renovable a la categoría de objetivo de interés público. En consonancia con esta consideración, la meta de producir al menos un 40% de energía renovable a nivel de la UE para 2030, inicialmente previsto por el paquete «Objetivo 55», se eleva al 42,5%, con el objetivo de llegar al 45%<sup>19</sup>. Para acelerar el despliegue de energías renovables, la Directiva modificada también simplifica los procedimientos para que los Estados miembros autoricen su instalación, especialmente, en las «zonas de aceleración renovable» que ellos mismos designen. Como parte de esta simplificación, el establecimiento de plantas de energías renovables en estas zonas queda exento de la previa evaluación de impacto ambiental (arts. 15 quater y 16 bis de la Directiva (UE) 2023/2413). Este último aspecto ha sido también objeto de críticas por considerarse un paso atrás en términos de transparencia y democracia climática. Concretamente, la exención de la previa evaluación de impacto ambiental, no sólo rebaja los estándares medioambientales establecidos en la Directiva (UE) 2011/92 sobre Evaluación de Impacto Ambiental, sino que impide también la participación del público, ya que éste no será informado, ni podrá expresar su opinión sobre los proyectos a ejecutar en estas zonas, ni tampoco, por tanto, podrá recurrirlos ante la justicia. La exclusión de la participación ciudadana contraviene uno de los principios del PVE, como es el de la implicación activa y el acceso a la justicia del público en general y de las organizaciones de la sociedad civil (Jendroska y Anapyanova, 2023, pp.3-4).

Para facilitar el logro de los objetivos en energías renovables, se ha previsto la realización de proyectos de interés común para el desarrollo de infraestructuras eléctricas transnacionales, con una inversión estimada de 29.000 millones de euros. En total, el plan REPowerEU prevé una dotación de 210.000 millones de euros para el desarrollo de energías renovables. A nivel de los Estados miembros, se están realizando también importantes esfuerzos en el despliegue y apoyo financiero de proyectos de energías renovables. Así, por ejemplo, Alemania se ha comprometido a producir un 100% de electricidad renovable para 2035, los Países Bajos se disponen a doblar su capacidad de energía eólica para 2030, Portugal ha elevado sus objetivos de energías renovables

---

19. . Artículo 3, 1º de la Directiva (UE) 2023/2413 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de octubre de 2023, por la que se modifican la Directiva (UE) 2018/2001, el Reglamento (UE) 2019/1999 y la Directiva 98/70/CE en lo que respecta a la promoción de energía procedente de fuentes renovables y se deroga la Directiva (UE) 2015/652 del Consejo, DO L 2023/2413 de 31 de octubre de 2023, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2023/2413/oj>.

del 20% al 80% para 2026, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Suecia, junto con Noruega y el Reino Unido, han acordado aumentar significativamente su capacidad eólica marina para 2050, lo que puede acabar transformando el Mar del Norte en una gran planta de energía verde (Goldthau y Youngs, 2023, p.3). Si todas estas iniciativas se llevan efectivamente a la práctica en los próximos años, su implementación puede, en efecto, acelerar significativamente la transformación energética en la UE (IRENA, 2022).

La instalación obligatoria de paneles solares en edificios públicos y residenciales que se construyan a partir de 2035, así como la sustitución de las calderas de gas por aerotermia (bombas de calor), son otras de las medidas complementarias previstas por el plan REPowerEU para acelerar la descarbonización de la energía (Comisión Europea, 2022, p.8).

Junto al despliegue de energías solar y eólica, REPowerEU también promueve el desarrollo de hidrógeno verde y de biometano. Con respecto a este último, el plan de acción sobre el biometano, como parte del REPowerEU, prevé aumentar la producción europea de biometano en un 10%, hasta 35.000 millones de metros cúbicos, para 2030, como vía para reducir las importaciones de gas ruso. La mayor atención está puesta, sin embargo, en el hidrógeno verde, ya que resulta esencial para acelerar la descarbonización, especialmente, de ciertos sectores de la industria y del transporte. El REPowerEU lanza así el «acelerador de hidrógeno», al que destina importantes recursos financieros para el desarrollo de infraestructuras de producción y de almacenamiento y para facilitar también las importaciones de este combustible. El objetivo es conseguir una producción propia de 10 millones de toneladas de hidrógeno renovable para 2030 y otras 10 procedentes de las importaciones. En este contexto, la UE ha optado por impulsar tres grandes corredores de importación de hidrógeno limpio, uno proveniente de la zona del Mar del Norte, otro a través del mediterráneo y un tercero desde Ucrania, cuando las condiciones lo permitan (Urbasos, 2023).

El despliegue a gran escala de infraestructuras de energías renovable suscita el reto de la disponibilidad y acceso a materias primas y minerales raros necesarios para acometer este proceso de transformación energética. La UE ha dependido tradicionalmente de las importaciones de estos materiales procedentes de China y Rusia. Desde una perspectiva de seguridad, el plan REPowerEU plantea también la necesidad de diversificar los proveedores de estas materias primas fundamentales y ampliar la propia capacidad europea de producción de tecnologías renovables. Como medidas concretas en esta dirección, cabe destacar los nuevos acuerdos concluidos con Kazajistán y Namibia, en noviembre de 2022, sobre materias primas (Goldthau y Youngs, 2023, p. 4), y el nuevo Reglamento (UE) sobre materias primas críticas con el que se espera aumentar y diversificar el suministro de estas materias, reforzar la circularidad, mediante el reciclado y apoyar la investigación e innovación en el uso eficiente de recursos y el desarrollo de sustitutos<sup>20</sup>.

20. Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea, «Infografía. Un nuevo Reglamento de la UE sobre materias primas fundamentales para el futuro de las cadenas de suministro de la UE», <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/critical-raw-materials/>.

El rápido y masivo desarrollo de fuentes de energía limpia que se observa en Europa desde 2022 no ha impedido, sin embargo, el aumento del uso de carbón y de la energía nuclear, dada la dificultad del desacoplamiento total del gas ruso a corto plazo. El recurso a estas energías fósiles ha sido aceptado temporalmente por la propia Comisión Europea. Así, el uso de carbón se ha incrementado desde 2022 en Polonia, Países Bajos, Austria y Alemania, entre otros Estados miembros. Bélgica ha decidido extender por una década más la vida útil de dos de sus centrales nucleares, una decisión facilitada por la propia Comisión Europea al incluir la energía nuclear, junto con el gas, en la taxonomía de inversiones verdes. Aun temporales, estas opciones por las energías fósiles corren el riesgo de dificultar y retrasar la transición de la UE hacia la neutralidad climática (Shuller y Hieminga, 2022).

Reforzar el ahorro de energía mediante medidas de eficiencia energética es otro de los pilares del REPowerEU. La Comunicación sobre ahorro energético, otro de los documentos complementarios adoptados conjuntamente con el REPowerEU, plantea la reducción voluntaria del consumo innecesario de energía y la rápida adopción de medidas de eficiencia energética, con el fin de reducir la dependencia de los combustibles fósiles rusos y garantizar la seguridad del suministro<sup>21</sup>. Las recomendaciones de la Comisión Europea pronto tuvieron una primera respuesta en el acuerdo político que alcanzaron los Estados miembros, a excepción de Hungría, en julio de 2022, de reducir el consumo de gas en un 15% con respecto a su consumo medio correspondiente a los cinco últimos años, entre el 1 de agosto de 2022 y el 31 de marzo de 2023. El acuerdo, no obstante, dejaba libertad y flexibilidad a cada Estado en cuanto a la forma de conseguir esa reducción. Jurídicamente, esta decisión de reducción coordinada de gas se plasmó en el Reglamento (UE) 2022/1369 del Consejo, adoptado el 5 de agosto de 2022<sup>22</sup>. Esta medida, inicialmente considerada como excepcional y temporal, fue prorrogada en marzo de 2023 para el periodo abril 2023-marzo 2024, a solicitud de la Comisión Europea, posibilidad que contempla el artículo 9 del propio Reglamento (UE) 2022/1369.

En este mismo contexto regulatorio, cabe destacar la nueva Directiva de eficiencia energética, cuyo texto refundido fue adoptado en septiembre de 2023<sup>23</sup>. La nueva Directiva introduce el principio de «primero, la eficiencia energética» y nuevas medidas para concretarlo e impulsarlo. De este modo, establece un objetivo jurídico vinculante para la reducción del consumo de energía final en la UE del 11,7% para 2030, tomando 2020 como año de referencia (frente al 9% previsto por el paquete «Objetivo 55»). A tal fin, cada Estado deberá determinar su contribución nacional indicativa en su respectivo plan integrado de clima y energía. La Directiva también modifica el incremento anual del ahorro energético, del 0,8% actual al 1,3% (2024-2025), 1,5% (2026-2027) y 1,9% a partir de 2028. Para el conjunto del sector público, sin embargo, se fija un objetivo de 1,9% de reducción anual del consumo de energía, con respecto al año 2021. Los Estados miembros tienen de plazo hasta el 11 de octubre de 2025 para incorporar la mayoría de las disposiciones de la nueva Directiva, pero todos ellos están

21. Comisión Europea, «UE «Ahorrar energía», COM (2022) 240 final de 18 de mayo de 2022, p.1.

22. Reglamento (UE) 2022/1369 del Consejo de 5 de agosto de 2022, sobre medidas coordinadas para la reducción de la demanda del gas, DOUE L206/1 de 8 de agosto de 2022.

23. Directiva (UE) 2023/1791 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023, relativa a la eficiencia energética y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955 (versión refundida), DOUE L 231/1 de 20 de septiembre de 2023.

ya introduciendo programas para fomentar el ahorro energético, siendo Alemania el país que lidera estos esfuerzos al haber comprometido más de 56.000 millones de euros para medidas de eficiencia energética hasta 2026 (Kurmayer, 2022; Urbano, Kampouropoulos y Romeral, 2023, pp. 7-12).

Como medida complementaria, se modifica también la Directiva sobre eficiencia energética de los edificios, conforme a la cual todos los edificios nuevos en la UE deberán ser de cero emisiones a partir del 1 de enero de 2030 (de 2028 para los edificios públicos) y los ya existentes, a partir de 2050<sup>24</sup>. Entre las medidas que introduce la Directiva revisada destacan la instalación de paneles solares en los edificios nuevos, los edificios públicos y los no residenciales que somatan a una renovación y la eliminación gradual de las calderas de combustibles fósiles para 2040. Para implementar estas y otras medidas de eficiencia energética, la Directiva insta a los Estados miembros a adoptar planes nacionales de renovación del parque inmobiliario<sup>25</sup>. Finalmente, como se ha destacado anteriormente, el nuevo Fondo Social del Clima, creado como parte del paquete del «Objetivo 55», prevé la asignación de los ingresos provenientes del RCDE a medidas de eficiencia energética, en particular, de edificios.

El plan REPowerEU incluye también consideraciones de equidad energética y solidaridad, en línea con el principio del PVE de no dejar a nadie detrás. En este sentido, el plan pretende garantizar la seguridad del suministro energético a precios asequibles para todos los consumidores, permitiendo que los Estados miembros adopten medidas dirigidas a redistribuir los beneficios extraordinarios de las compañías energéticas en actuaciones de apoyo a los consumidores (Lonergan, Gabrielli y Sansavini, 2022, p.9). En la práctica, han sido, por tanto, los Estados miembros los que han adoptado medidas e instrumentos de apoyo a hogares y sectores económicos afectados por la subida de los precios de la energía, con un alcance y eficacia muy dispar (Kuzemko *et al.*, 2022, p.5). Además, la mayoría de los subsidios aplicados no ha tenido un enfoque selectivo, beneficiando a todos los consumidores, lo que no incentiva precisamente el ahorro energético y acaba favoreciendo más a los consumidores de renta más alta, que son los que habitualmente consumen más energía (Lausberg y Croon, 2023). La experiencia observada hasta ahora aboga, por tanto, a una mayor coordinación de las medidas de apoyo a nivel de la UE, identificando a los sujetos y grupos potencialmente receptores, en aras a garantizar una transición energética justa (McWilliams *et al.*, 2022, p.13).

Otro de los pilares que sustentan el plan REPowerEU es su estructura financiera, caracterizada por la flexibilidad en la gestión de los nuevos recursos destinados a abordar la emergencia energética.

---

24. Directiva (UE) 2024/1275 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de abril de 2024, relativa a la eficiencia energética de los edificios (refundición), DO L2024/1275 de 8 de mayo de 2024, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1275/oj>.

«La UE avanza en la revisión de la Directiva de la eficiencia energética de los edificios», *EjePrime*, 13 de diciembre de 2023, <https://www.ejeprime.com/mercado/la-ue-avanza-en-la-revision-de-la-directiva-de-la-eficiencia-energetica-de-los-edificios>.

25. European Commission, «Commission welcomes political agreement on new rules to boost energy performance of buildings across the EU», *Press release*, 7 December 2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_6423](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6423).



### 3.2. Flexibilidad financiera versus emergencia energética: la gobernanza económica del REPowerEU

Desde el punto de vista normativo y financiero, REPowerEU se enmarca en el plan de recuperación europeo NGEU, siendo el MRR el instrumento principal de financiación de las medidas destinadas a abordar la crisis energética. A tal fin, el plan REPowerEU ha modificado el Reglamento del MRR, lo que ha supuesto también la revisión de los planes nacionales de recuperación por los Estados miembros con objeto de introducir capítulos específicos que respondan a los objetivos del REPowerEU (Baroncelli, 2024, p.2)<sup>26</sup>. El Reglamento del MRR, así como su modificación por REPowerEU, se basa en el artículo 175, 3º párrafo del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), que permite la introducción de nuevos fondos y acciones, al margen de los ya existentes, en caso de necesidad<sup>27</sup>. Esta previsión, redactada en términos muy amplios, es considerada una cláusula de flexibilidad que, en 2021, permitió el establecimiento del MRR como instrumento financiero clave para responder a las consecuencias económicas y sociales derivadas de la pandemia de la Covid-19. Esta misma disposición es la que ha fundamentado también la modificación del MRR con el fin de abordar ahora el impacto de la crisis energética provocada por la guerra en Ucrania (de Witte, 2021, p.655). Por tanto, la seguridad energética de la UE es considerada un objetivo indispensable para la plena recuperación de la pandemia y total realización de los planes nacionales de recuperación (Famà, 2023, p.14).

A lo largo de 2023, los Estados miembros fueron incorporando un capítulo REPowerEU en sus planes nacionales de recuperación. Las medidas incluidas contemplan inversiones y reformas que contribuyen a los objetivos de seguridad energética del REPowerEU. En febrero de 2024, tras la evaluación positiva de la Comisión, el Consejo había aprobado los capítulos REPowerEU de trece Estados miembros, a través de la correspondiente Decisión de Ejecución<sup>28</sup>. La mayor parte de las inversiones y reformas que requieren las medidas del REPowerEU se financiarán a través de los préstamos a los que los Estados miembros pueden optar en el marco del MRR. En concreto, la Comisión ha previsto que 225.000 millones de euros se financien a través de esta partida. A tal fin, los Estados miembros disponían hasta el 31 de agosto de 2023 para expresar su deseo de solicitar dichos préstamos, según lo previsto por el artículo 14, 6º del Reglamento modificado del MRR.

26. Reglamento (UE) 2023/435 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de febrero de 2023, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/241 en lo relativo a los capítulos de REPowerEU en los planes de recuperación y resiliencia y se modifican los Reglamentos (UE) 1303/2013, (UE) 2021/1060, (UE) 2021/1755 y la Directiva 2003/87/CE, DOUE L 63/1 de 28 de febrero de 2023.

27. Literalmente, esta disposición establece que «Si se manifestara la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar dichas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones».

28. European Council, Council of the European Union, «Recovery fund: Council greenlights amended national plans for 13 Member States», <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/08/recovery-fund-council-greenlights-amended-national-plans-for-13-member-states/>.

Otra fuente de financiación de las medidas del REPowerEU proviene de transferencias de subvenciones procedentes de los fondos de cohesión (27.000 millones de euros). Con tal propósito, REPowerEU modifica también el Reglamento (UE) 2021/1060, sobre disposiciones comunes de los Fondos, permitiendo que los Estados miembros puedan transferir hasta un 12,5% de su dotación respectiva de los fondos de cohesión al MRR. En la misma línea, se autoriza a los Estados miembros a transferir total o parcialmente fondos de la Reserva de Ajuste del Brexit al MRR. Finalmente, otra tercera vía de financiación de las medidas del REPowerEU provendrá de la venta de los derechos de emisión del RCDE. Concretamente, se estima en 20.000 millones de euros la cantidad que se puede obtener por esta vía hasta diciembre de 2026 y que se pondrán a disposición del MRR para financiar reformas e inversiones incluidas en los capítulos REPowerEU de los planes nacionales de recuperación<sup>29</sup>.

Por tanto, el REPowerEU persigue concentrar los recursos financieros en el MRR con objeto de destinarlos a medidas que aceleren la transformación energética. En total, el plan requerirá unos 300.000 millones de euros en inversiones hasta 2030, utilizándose 210.000 de esa cantidad hasta 2027, la mitad de los cuales se destinará a promover las energías renovables (García-Arenas y Sánchez Soliva, 2022, p.28).

Es significativo que el plan REPowerEU promueve objetivos a nivel de la UE, como reducir la dependencia energética y diversificar las fuentes de energía, si bien la implementación de las medidas queda en manos de los Estados miembros. El nuevo paradigma energético abre, por tanto, el camino también hacia un nuevo modelo de gobernanza multinivel en el que los proyectos de relevancia europea y financiados por fondos europeos son implementados y ejecutados en cada territorio por el Estado miembro respectivo, introduciendo al mismo tiempo importantes dosis de flexibilidad al permitir, por ejemplo, que los Estados miembros transfieran asignaciones de los fondos de cohesión al MRR. En definitiva, REPowerEU continúa la estela de transferencia de competencias fiscales a la UE, iniciada con el NGEU, sin que para ello se hayan reformado formalmente los Tratados de la UE. En este sentido, el plan REPowerEU constituye el primer paso hacia la transformación del NGEU en un instrumento permanente de resiliencia, con el que la UE pueda responder a futuras crisis, más allá de la pandemia o la emergencia energética actual (Famà, 2023, p.21).

#### IV. CONCLUSIÓN

La emergencia energética generada por la invasión rusa de Ucrania ha supuesto un punto de inflexión en la política energética de la UE. Nunca antes se habían actualizado objetivos de descarbonización ni adoptado tantas iniciativas e instrumentos jurídicos en tan poco tiempo. Por tanto, desde una perspectiva optimista, puede afirmarse que la crisis está sirviendo de catalizador para acelerar la transformación energética a corto y medio plazo y, con ella, la transición hacia la neutralidad climática.

29. Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea, «REPowerEU plan: la política energética en los planes de recuperación y resiliencia de los países de la UE», <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-recovery-plan/repowerEU/>.

Al mismo tiempo que se pretende acelerar la descarbonización del sistema energético europeo, las nuevas medidas adoptadas en el marco del REPowerEU representan un cambio de modelo energético, en el que la resiliencia y seguridad energética se erigen en objetivo prioritario, por delante de la lógica del mercado y la competitividad. Este enfoque más geopolítico se concreta en una mayor intervención pública en la regulación del sector energético. Desde el punto de vista de la gobernanza económica, el nuevo paradigma también aporta importantes novedades. En efecto, enmarcado en el NGEU, REPowerEU continúa el camino de transferencia de poder fiscal a la UE, iniciado con el propio plan europeo de recuperación, ya que es la UE la que define la estrategia energética y las inversiones necesarias, tal como le habilita la reforma del Reglamento del MRR. Así mismo, el plan REPowerEU introduce una mayor flexibilidad en el uso por los Estados miembros de los fondos de cohesión, rompiendo así con la rigidez del pasado, que impedía la utilización de dotaciones ya asignadas para hacer frente a circunstancias imprevistas.

Ahora bien, como se ha señalado también en este estudio, el enfoque más geopolítico en la gestión de la crisis energética ha supuesto relegar la agenda climática a un segundo nivel de prioridad. Es la percepción que se extrae de algunas medidas adoptadas en este contexto de crisis. Así, el regreso al uso del carbón por algunos Estados miembros, el retraso del cierre de las centrales nucleares, el aumento de las importaciones de GNL, más contaminantes y que están generando nuevas infraestructuras en numerosos Estados miembros, o los recientes acuerdos con nuevos suministradores externos, no precisamente más fiables que Rusia, son algunas de las medidas controvertidas desde el punto de vista de la sostenibilidad medioambiental y que comprometen la credibilidad de la UE como actor de gobernanza climática. Queda por ver en los próximos años si estas medidas resultan ser temporales, como parte del plan de choque frente a la crisis energética o, por el contrario, se consolidan como tendencia a largo plazo.

Por otra parte, REPowerEU acelera el despliegue de energías renovables iniciado con el paquete «Objetivo 55», incluyendo importantes incentivos y subvenciones para las empresas energéticas. Sin embargo, la carga financiera de este apoyo repercute generalmente en los consumidores, en forma de tasas y sobrecargas. En cualquier caso, los costes de esta transición energética acelerada se están repartiendo de forma asimétrica entre los consumidores de los Estados miembros, por lo que es necesario a corto plazo incorporar un marco más integral de transformación justa a nivel de la UE en su conjunto.

Las medidas del REPowerEU para acelerar la transición energética tardarán todavía algunos años en alcanzar los objetivos trazados. Hasta entonces, la UE tendrá que seguir lidiando con una situación en la que los precios altos de la energía será lo habitual y en la que las medidas de eficiencia y ahorro energético ya no serán una opción, sino una absoluta necesidad.

Muy pronto, además, la UE y los Estados miembros tendrán que fijar sus objetivos de descarbonización para 2040, como prevé la Ley Europea del Clima en cumplimiento del Acuerdo de París. En este proceso de encrucijada, la UE tendrá que abordar el reto climático y energético combinando medidas que contribuyan a paliar el impacto de la crisis energética, pero que resulten compatibles con los objetivos y compromisos

de descarbonización a medio y largo plazo. Una UE que emplea tecnologías de cero emisiones, electrifica los sistemas de calefacción y de transporte, e introduce energías limpias en los sectores industriales es una UE más sostenible y, al mismo tiempo, más segura y autónoma.

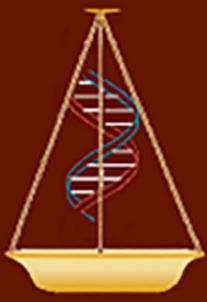
## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRONICEANU, A. y SABIE, O.M. (2022). «Overview of green energy as a real strategic option for sustainable development», *Energies*, Vol. 15, núm. 22, pp. 2-35, doi: <https://doi.org/10.3390/en15228573>.
- BARONCELLI, St. (2024). «The Recovery and Resilience Facility», REBUILD Centre, *Working Paper*, núm. 15 pp. 1-13, doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4698043>.
- BARQUÍN GIL, J., MOREDA DÍAZ, E. y ALBA RÍOS, J.J. (2017). «La seguridad de suministro energético durante la transición energética», *Cuadernos de Energía*, núm. 53, pp.49-55.
- CASTRO RODRÍGUEZ, F. y GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, E.L. (2012). «El cambio de modelo energético en la Unión Europea: una valoración desde el análisis económico», *Papeles de Economía Española*, núm. 134, pp. 2-17.
- Comisión Europea (2019). «El Pacto Verde Europeo», COM (2019) 640 de 11 de diciembre de 2019.
- Comisión Europea (2020). «Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo», COM (2020) 21 de 14 de enero de 2020.
- Comisión Europea (2021). «'Objetivo 55': cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática», COM (2021) 550 final de 14 de julio de 2021.
- Comisión Europea (2022). «REPowerEU Plan», COM (2022) 230 final de 18 de mayo de 2022.
- COSTA-CAMPI, M.T. (2023). «El problema de la pobreza energética en el marco de la transición. Factores determinantes», *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 111, pp.1-9.
- COSTA-CAMPI, M.T. y JOVÉ-LLOPIS, E. (2023). «Marco general de la política energética europea y sus avances hacia la neutralidad climática», *ICE Información Comercial Española*, núm. 932, pp. 35-49, doi: <https://doi.org/10.32796/ice.2023.932.7656>.
- DINU, V. (2023). «Clean Diversified and affordable energy for the European Union in the context of the REPowerEU Plan», *Anfiteatru Economic*, Vol. 25, núm. 64, pp. 654-658, doi: <https://doi.org/10.24818/EA/2023/64/654>.
- DORMIDO, L., GARRIDO, I., L'HOTELLERIE, P. y SANTILLÁN, J. (2022). «El cambio climático y la sostenibilidad del crecimiento: iniciativas internacionales y políticas europeas», *Documentos Ocasionales*, núm. 2213, pp.1-28.
- European Parliament (2019). «What is carbon neutrality and how can it be achieved?, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20190926STO62270/what-is-carbon-neutrality-and-how-can-it-be-achieved-by-2050>.
- FAMÀ, R. (2023). «REPowerEU: Next Generation EU's architecture beyond the pandemic», REBUILD Centre, *Working Paper*, núm. 6, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4365069](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4365069).
- GARCÍA-ARENAS, J. y SÁNCHEZ SOLIVA, R. (2022). «REPowerEU o cómo acelerar la transición energética para sobrevivir en el nuevo contexto geopolítico», Caixabank Research, *Informe Mensual*, octubre 2022, pp. 27-28, [https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2022/10/26/34411/informemensual-2210-es\\_0.pdf](https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2022/10/26/34411/informemensual-2210-es_0.pdf).

- GOLDTHAU, A. y SITTER, N. (2022). Whither the liberal European Union energy model? The public consequences of Russia's weaponization of energy», *EconPol Forum*, núm. 23, pp.4-7.
- GUARDÈRES, F. (2023). «El Fondo de Transición Justa», Fichas Técnicas sobre la Unión Europea, [https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/es/FTU\\_3.1.10.pdf](https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/es/FTU_3.1.10.pdf).
- GOLDTHAU, A. y YOUNGS, R. (2023). «The EU energy crisis and a new geopolitics of climate transition», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 61, núm. S1, pp.1-10, doi: [10.1111/jcms.13539](https://doi.org/10.1111/jcms.13539).
- HARRIS, M.E. (2023). «The revision of the LULUCF Regulation: making Europe's countryside «Fit for 55», *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*. <https://www.diritticomparati.it/the-revision-of-the-lulucf-regulation-making-europes-countryside-fit-for-55/?print-posts=pdf>.
- HERRANZ-SURRALES, A. (2024). «The EU energy transition in a geopoliticizing world», *Geopolitics*, pp. 1-31, doi: [10.1080/14650045.2023.2283489](https://doi.org/10.1080/14650045.2023.2283489).
- HOSSEINI, S.E. (2022). «Transition from fossil fuels towards renewables: lessons from Russia-Ukraine crisis», *Future Energy*, Vol. 1, núm.1, pp. 2-5, doi: <https://doi.org/10.55670/fpl/fuen.1.1.8>.
- International Energy Agency (IEA) (2021). «European Union 2020. Energy Policy Review», [https://iea.blob.core.windows.net/assets/ec7cc7e5-f638-431b-ab6e-86f62aa5752b/European\\_Union\\_2020\\_Energy\\_Policy\\_Review.pdf](https://iea.blob.core.windows.net/assets/ec7cc7e5-f638-431b-ab6e-86f62aa5752b/European_Union_2020_Energy_Policy_Review.pdf).
- International Energy Agency (IEA) (2022). «Crisis Energética Mundial. Cómo empezó la crisis, cómo los mercados energéticos mundiales impactan en tu día a día y qué están haciendo los gobiernos al respecto», <https://www.iea.org/topics/global-energy-crisis?language=es>.
- International Renewable Energy Agency (IRENA) (2021). «Fast-track transitions to win the race to zero», *Press releases*, <https://www.irena.org/news/pressreleases/2021/mar/fast-track-energy-transitions--to-win-the-race-to-zero>.
- International Renewable Energy Agency (IRENA) (2022). «Renewables take lion's share of global power additions in 2021», *Press Release*, 11 April 2022, <https://www.irena.org/news/press-releases/2022/Apr/Renewables-Take-Lions-Share-of-Global-Power-Additions-in-2021>.
- JACOBSON, M.Z. y DELUCCHI, M.A. (2011). «Providing all global energy with wind water and solar power, Part. I: Technologies, Energy Resources, Quantities and Areas of Infrastructure, and Materials», *Energy Policy*, Vol. 33, núm. 3, pp. 1170-1190, doi: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2010.11.045>.
- JENDROSKA, J. y ANAPYANOVA, A. (2023). «Towards a green energy transition: REPowerEU Directive vs environmental acquis?», *Environmental Law Network International Review*, Vol. 3, pp.1-5, doi: <https://doi.org/10.46850/elni.2023.001>.
- KEMFERT, F., PRAGER, I., BRAUNGER, F.M., HOFFART, H. y BAUERS, H. (2022). «The expansion of natural gas infrastructure puts energy transitions at risk», *Nature Energy*, Vol.7, núm.7, pp. 582-587, doi: <https://doi.org/10.1038/s41560-022-01060-3>.
- KURMAYER, N. (2022). «Germany's €177bn climate budget to focus on renovations», *Euractiv*, 28 July 2022, <https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/germanys-e177bn-climate-budget-to-focus-on-renovations/>.
- KUZEMKO, C., BLONDEEL, M., DUPONT, Cl. y BRISBOIS, M.Cl. (2022). «Russia' war on Ukraine, European energy policy responses & implications for sustainable transformations», *Energy research & Social Science*, núm. 93, pp. 1-8, doi: <https://doi.org/10.1016/j.erss.2022.102842>.
- LÁZARO TOUZA, L., ESCRIBANO, G. y CRESPI DE VALLDAURA, V. (2020). «Transición energética y gobernanza climática en tiempos de pandemia», *ICE Revista de Economía*, núm. 916, pp.165-183, doi: <https://doi.org/10.32796/ice.2020.916.7101>.

- L'HOTELLERIE FALLOIS ARMAS, P., MANRIQUE SIMÓN, M. y MILLARUELO DE LAFUENTE, A. (2021).  
«La Autonomía Estratégica Abierta de la Unión Europea», *Boletín Económico*, núm. 1, Banco de España, pp.31-32.
- LAUSBERG, Ph. y Croon, T. (2023). «Europe must fight energy poverty more effectively», *European Policy Centre Commentary*, <https://www.epc.eu/en/publications/-Europe-must-fight-energy-poverty-more-effectively~4da8dc>.
- LONERGAN, K., GABRIELLI, P. y SANSAVINI, G. (2022). «Energy justice analysis of the European Commission REPowerEU plan», ETH zürich, *working paper*, <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/551952>.
- MÁS, P. (2021). «7. The EU Budget: the new MFF and the recovery instrument: Next Generation EU», en Fernández Méndez de Andés, F. (ed.), *The Euro in 2021*, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, [https://www.fundacionico.es/documents/137403/183194/ANUARIO-EURO-2021\\_EN-1.pdf/446d2c25-db1d-485f-2a18-bca1d7fb99af?t=1631189875116](https://www.fundacionico.es/documents/137403/183194/ANUARIO-EURO-2021_EN-1.pdf/446d2c25-db1d-485f-2a18-bca1d7fb99af?t=1631189875116).
- MCWILLIAMS, B., SGARAVATTI, G., TAGLIAPIETRA, S. y ZACHMANN, G. (2022). «A grand bargain to steer through the European Union's energy crisis», *Bruegel Policy Contribution*, núm. 14/2022, <https://www.bruegel.org/policy-brief/grand-bargain-steer-through-european-unions-energy-crisis>.
- Parlamento Europeo (2023). «Economía circular: definición, importancia y beneficios», [https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2023/5/story/20151201STO05603/20151201STO05603\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2023/5/story/20151201STO05603/20151201STO05603_es.pdf).
- PIEBALGS, A. y JONES, Chr. (2021). «The Commission's proposal of a Fit for 55 legislative package-what impact could it have?», *Florence School of Regulation Policy Brief*, núm. 2021/56, pp.2-14.
- POPKOSTOVA, Y. (2022). «Europe's energy crisis conundrum. Origins, impacts and way forward», *EUISS Brief*, núm.2, pp. 1-8.
- PROEDROU, F. (2023). «EU decarbonization under geopolitical pressure: changing paradigms and implications for energy and climate policy», *Sustainability*, Vol. 15, núm. 3, pp.1-14, doi: <https://doi.org/10.3390/su15065083>.
- PRZYBOROWICZ, J. St. (2022). «European Climate Law-new legal revolution towards climate neutrality in the EU», *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne*, Vol. 19, núm. 4, pp. 39-53, doi: [10.25167/osap.4510](https://doi.org/10.25167/osap.4510).
- RABBI, M.F., POPP, J., Máté, D. y KOVÁCS, S. (2022). «Energy security and energy transitions to achieve carbon neutrality», *Energies*, Vol. 15, núm. 21, pp. 1-18, doi: <https://doi.org/10.3390/en15218126>.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ-MAROTO, C. (2022). «Cambios en el mercado comunitario del sistema eléctrico en el marco de la transición energética y neutralidad climática», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 128, pp.1-19, doi: <https://doi.org/10.56398/ajacieda.00015>.
- ROJEY, A. (2009). *Climate & energy. How to achieve a successful energy transition*, Society of Chemical Industry and John Wiley and Sons, Ltd.
- SATO, M, RAFATY, R., CALEL, R. y GRUBB, M. (2022). «Allocation, allocation, allocation! The political economy of the development of the European Emission Trading System», *Wires Climate Change*, núm. 13, pp.1-19, doi: <https://doi.org/10.1002/wcc.796>.
- SHULLER, M. y HIEMINGA, G. (2022). «EU controversial labelling of gas and nuclear energy as 'green' prompts backlash», *ING Think Economic and Financial Analysis*, <https://think.ing.com/articles/eu-controversial-labelling-of-gas-and-nuclear-energy-as-green-prompts-backlash/>.

- SIDDI, M. (2023). «Europe's energy dilemma. War and green transition», *Current History*, Vol. 122, núm. 842, pp. 83-88, doi: <https://doi.org/10.1525/curh.2023.122.842.83>.
- STEINBERG, F., Feás, E. y Lázaro Touza, L. (2023). «El «arancel al carbono (CBAM): ¿proteccionismo o liderazgo global contra el cambio climático?», *ARI*, núm. 15, pp. 1-8, <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2023/03/el-arancel-al-carbono-cbam-proteccionismo-verde-o-liderazgo-global-contr-el-cambio-climatico>.
- URBANO, E.M., KAMPOUROPOULOS, K., ROMERAL, L. (2023). «Energy crisis in Europe: The European Union's objectives and countries' policy trends-new transition paths?», *Energies*, Vol. 16, núm. 16, pp.1-23, doi: <https://doi.org/10.3390/en16165957>.
- United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). 2023. «Outcome of the first global stocktake», [https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023\\_L17\\_adv.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023_L17_adv.pdf).
- URBASOS, I. (2023). «Una diplomacia europea del Hidrógeno 2.0: alineando la ambición climática y la seguridad energética», *ARI*, núm. 98, pp.1-15, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/una-diplomacia-europea-del-hidrogeno-2-0-alineando-la-ambicion-climatica-y-la-seguridad-energetica/>.
- VEZZONI, R. (2023). «Green growth for whom, how and why? The REPowerEU Plan and the inconsistencies of European Union Energy policy», *Energy Research & Social Science*, núm. 101, pp. 1-15, doi: <https://doi.org/10.1016/j.erss.2023.103134>.
- WITTE DE, B. (2021). «The European Union's Covid-19 Recovery Plan. The legal engineering of an economic policy shift», *Common Market Law Review*, Vol. 58, núm.3, pp. 635-682, doi: <https://doi.org/10.54648/cola2021046>.
- ZAMBRANO GONZÁLEZ, K. (2020). «La Unión Europea ante la emergencia climática», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 36, pp. 429- 447, doi: [10.15581/010.36.429-447](https://doi.org/10.15581/010.36.429-447).
- ZAMBRANO GONZÁLEZ, K. y GARCÍA ARANDA, C. (2022). «El camino de la Unión Europea hacia la neutralidad climática: retos de la transición energética y ecológica tras el Pacto Verde Europeo», *Quaderns IEE: Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, Vol. 1, núm. 2, pp. 199-213.




## Los niños y jóvenes como litigantes climáticos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso *Duarte Agostinho*

CHILDREN AND YOUNG PEOPLE AS CLIMATE LITIGANTS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE *DUARTE AGOSTINHO* CASE

Laura García Martín\*

Universidad de Sevilla

lgarcia17@us.es  0000-0003-0163-9108

Recibido: 12 de marzo de 2024 | Aceptado: 22 de mayo de 2024

### RESUMEN

La litigación climática estratégica basada en derechos humanos se está convirtiendo en una herramienta muy utilizada para exigir a los Estados que cumplan con sus compromisos climáticos. Asimismo, un buen número de estos casos está liderado por niños o jóvenes que han interpuesto las correspondientes demandas climáticas tanto ante jurisdicciones nacionales como ante instancias internacionales. Uno de ellos es el caso *Duarte Agostinho*, en el que seis niños y jóvenes portugueses han demandado a 33 Estados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El presente artículo examina los argumentos planteados por el caso Duarte Agostinho en relación con el respeto y protección de los derechos humanos y el cambio climático en la demanda y en la posterior vista oral del caso, y explora cómo la posición final que adopte el tribunal podría contribuir a la consecución de la justicia climática.

### ABSTRACT

Strategic human rights-based climate litigation is becoming a widely used tool to hold states to meet their climate commitments. Likewise, a good number of these cases are led by children or young people who have filed the corresponding climate demands both before national jurisdictions and before international bodies. One of them is the Duarte Agostinho case, in which six Portuguese children and young people have sued 33 States before the European Court of Human Rights. This article examines the arguments raised by the Duarte Agostinho case in relation to the respect and protection of human rights and climate change and its potential for achieving climate justice.

### PALABRAS CLAVE

Litigio climático  
Derechos humanos  
Derechos del niño  
Justicia climática  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### KEYWORDS

Climate litigation  
Human rights  
Children rights  
Climate justice  
European Court of Human Rights.

\* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Sevilla e Investigadora Postdoctoral de la Universidad de Amberes. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 29 de febrero de 2024.



## I. INTRODUCCIÓN

El cambio climático es una realidad innegable cuyos efectos negativos sobre el disfrute de los derechos humanos resultan cada día más ostensibles (Galvao, 2020, 289). El aumento de las temperaturas de manera global, los eventos climáticos extremos como las sequías prolongadas o las lluvias torrenciales y la subida progresiva del nivel del mar que amenazan la vida y el sustento en nuestro planeta son solo algunos de los ejemplos que evidencian esta problemática, siendo el derecho a la vida, a la salud, y a un medioambiente sano los principales derechos humanos afectados (Rodríguez-Garavito, 2023, 10). Asimismo, las consecuencias del calentamiento global afectan en mayor medida a aquellos más vulnerables, como son los niños, y previsiblemente a las futuras generaciones, que se verán más afectadas por la emergencia climática a pesar de que apenas habrán contribuido a sus causas, lo que representa un problema de justicia intergeneracional (Arts, 2019; Gibbons, 2014).

El uso de la litigación estratégica climática como herramienta para exigir a los Estados que cumplan con sus compromisos medioambientales ha experimentado un crecimiento exponencial en los últimos años. Tras la resolución del emblemático caso *Urgenda*<sup>1</sup>, el primero en el que un Tribunal sentenció que la inacción climática del Estado constituye una violación de los derechos humanos reconocidos y consagrados internacionalmente, los demandantes de este tipo de litigios climáticos han ido progresivamente incorporando argumentos basados en los derechos humanos (Rodríguez-Garavito, 2023). Asimismo, un buen número de estos casos está liderado por niños o jóvenes adultos que han interpuesto las correspondientes demandas climáticas tanto ante jurisdicciones nacionales como ante instancias internacionales (Parker *et al.*, 2022; García Martín, 2024). Ejemplo de ello es el conocido como caso *Sacchi*, en el que dieciséis niños elevaron una queja formal en 2019 ante el Comité de los Derechos del Niño contra cinco Estados (Alemania, Argentina, Brasil, Francia y Turquía) alegando que la falta de reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) suponía una violación de sus obligaciones derivadas de la Convención de los Derechos del Niño<sup>2</sup>. Aunque finalmente en 2021 el Comité de los Derechos del Niño se inclinó por la inadmisibilidad de este caso debido a la falta de agotamiento de recursos internos, el Comité reconoció que la naturaleza colectiva del calentamiento global no absuelve a los Estados de sus responsabilidades individuales<sup>3</sup>.

Poco después de que se elevara este reclamo ante el Comité de Derechos del Niño, en septiembre de 2020, seis niños y jóvenes portugueses interpusieron una demanda ante

---

1. *Urgenda c. Países Bajos*, 2015. En su sentencia el Tribunal estima que el Gobierno es legalmente responsable de sus compromisos internacionales y de los objetivos nacionales fijados sobre reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

2. *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, 2019. «Communication to the Committee on the Rights of the Child submitted under Article 5 of the Third Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child», 23 de September 2019.

3. *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, 2019. Decision adopted by the Committee on the Rights of the Child under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure in respect of Communication No. 104/2019, 8 October 2021, UN Doc. CRC/C/88/D/104/2019, para.10.4 y 10.5.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) contra treinta y tres Estados europeos alegando que habían violado sus obligaciones adquiridas bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos al no adoptar las medidas necesarias para mitigar el cambio climático. Recientemente, el 27 de septiembre de 2023, tuvo lugar la audiencia pública de este caso. Aunque el caso esté aún pendiente de resolución, supone una demanda histórica ya que ha sido el primer litigio climático llevado ante el TEDH en el que los demandantes eran niños y jóvenes adultos y cuyos reclamos se elevan antes un número amplio de Estados. Independientemente de la resolución final del caso, su admisión a trámite y la celebración de su audiencia pública ha permitido visibilizar los reclamos de los demandantes y la posibilidad de exigir responsabilidad a los Estados por su inacción climática, lo que representa en sí mismo un importante avance para combatir la emergencia climática.

Por ello, el presente artículo pretende examinar los argumentos planteados por el asunto *Duarte Agostinho* en relación con el respeto y protección de los derechos humanos y el cambio climático de manera que su análisis contribuya a evaluar el potencial que este caso tiene para superar los desafíos procesales y sustantivos con los que se encuentra, así como qué reparaciones podrían esperarse en el caso de obtener una sentencia favorable. Aunque se trate de una demanda aún pendiente de resolución, muchos de los puntos planteados por los demandantes pueden analizarse en el contexto de la propia jurisprudencia del Tribunal, así como con respecto a los últimos desarrollos jurídico-normativos y jurisprudenciales de otros Tribunales en la materia. De este modo, podremos identificar los aspectos en los que el Tribunal tiene el potencial de aclarar o avanzar una interpretación que permita contribuir a la consecución de la justicia climática. Si bien existen diferentes consideraciones sobre lo que implica la concepción de la justicia climática, para el propósito de este artículo, tomaremos como referencia una noción amplia del concepto, entendiendo que la justicia climática se centra en lograr una distribución justa de las cargas ocasionadas por el cambio climático, incluidos tanto los daños causados por el calentamiento del planeta como la responsabilidad de abordar tales daños<sup>4</sup>.

En la medida en la que el Tribunal resuelva las principales cuestiones planteadas por el caso, irá fijando el rumbo de su propio futuro con respecto al disfrute y la protección de los derechos humanos en relación con la emergencia climática, así como las posibilidades de adaptar su propia jurisprudencia a las realidades que este fenómeno presenta. El presente trabajo sostiene que el caso *Duarte Agostinho* supone una oportunidad única para que el TEDH clarifique y desarrolle la aplicación del Convenio y de su propia jurisprudencia y que, con ella, tiene el potencial de favorecer un avance significativo en el camino para alcanzar la justicia climática. Por ello, este artículo examinará los puntos principales de la demanda, tanto procesales como sustantivos, para evaluar la contribución que el caso podría tener para alcanzar la justicia climática. Para esta tarea, primero contextua-

4. Para los propósitos de es trabajo y teniendo en cuenta las diferentes concepciones que existen sobre la justicia climática, nos basamos en la definición que da Lewis basándose en los trabajos de Caney, Maguire y Macquarie. LEWIS, Bridget, «The potential of international rights-based climate litigation to advance human rights law and climate justice», *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, vol.9, n.1, 2021, pp.1-27; CANEY, Simon, «Climate Justice», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/justice-climate/>; MAGUIRE, Rowena y LEWIS, Bridget «The influence of justice theories on international climate policies and measures» *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, vol.8, n. 1, 2012, pp. 16-35.

lizaremos la demanda, los derechos humanos invocados y su estado procesal. A continuación, identificaremos los aspectos más controvertidos del asunto, tanto de carácter procesal, como son la condición de víctima, la aplicación de la jurisdicción extraterritorial o el agotamiento de los recursos internos, como sustantivos, entre los que se encuentra el análisis de la naturaleza de las obligaciones de los Estados y la evaluación de los remedios adecuados. Asimismo, se incorporan las novedades del caso tras la audiencia pública que tuvo lugar en septiembre de 2023. Por último, este trabajo presenta unas reflexiones finales en las que se analiza el potencial de la demanda para avanzar la justicia climática.

## II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DEMANDA, DERECHOS INVOCADOS Y DESARROLLO PROCESAL DEL CASO

El caso *Duarte Agostinho*, conocido así por los apellidos de una de las demandantes, Claudia Duarte Agostinho, es uno de los tres asuntos sobre el cambio climático actualmente pendientes ante la Gran Sala del TEDH<sup>5</sup>. Los demandantes son niños y jóvenes portugueses cuyas edades estaban comprendidas entre los 8 y los 21 años en el momento en que se interpuso la demanda<sup>6</sup>, que reclamaban ante el Tribunal contra treinta tres Estados europeos miembros del Consejo de Europa<sup>7</sup> por su inacción con respecto al cambio climático y la consiguiente violación de su derecho a la vida (artículo 2), el derecho a la privacidad (artículo 8) y la prohibición de la discriminación (artículo 14) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, los demandantes señalaban el fuerte impacto físico y emocional que les causaron los graves incendios forestales que acabaron con la vida de más de cien personas en Portugal en 2017 y que han sido relacionados directamente con el cambio climático<sup>8</sup>.

Asimismo, los demandantes alegaban que, como consecuencia del calentamiento global y de la contaminación de la atmósfera, sufren alergias y enfermedades respiratorias que afectan a su libertad de circulación y al disfrute de actividades al aire libre, por lo que entienden que es responsabilidad de los Estados demandados adoptar las medidas necesarias para cumplir con los objetivos adquiridos en el Acuerdo de París, particularmente con respecto a limitar el aumento de las temperaturas globales en 1,5°C. Resulta especial-

5. Los otros dos casos son *KlimaSeniorinnen y otros c. Suiza* (2020) y *Carême c. Francia* (2021). Si bien el análisis de estos dos casos puede resultar interesante para evaluar la postura del Tribunal, no los incluimos directamente en este trabajo puesto que los demandantes de tales asuntos no son niños o jóvenes.

6. Los demandantes son Cláudia DUARTE AGOSTINHO, nacida en 1999; Martim DUARTE AGOSTINHO, nacido en 2003, Mariana DUARTE AGOSTINHO, nacida en 2012, Catarina DOS SANTOS MOTA, nacida en 2000; Sofia DOS SANTOS OLIVEIRA, nacida en 2005; André DOS SANTOS OLIVEIRA, nacido en 2008.

7. Los Estados incluidos inicialmente en la demanda son Austria, Bélgica, Bulgaria, Suiza, Chipre, República Checa, Alemania, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Reino Unido, Grecia, Croacia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Letonia, Malta, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Turquía y Ucrania. La solicitud contra Ucrania fue luego retirada por los demandantes para evitar más dilaciones en los plazos debidos al conflicto armado en el que se encuentra inmerso. Rusia dejó de ser miembro del Consejo de Europa el 16 de marzo de 2022 mediante resolución adoptada por el Comité de Ministros.

8. *Duarte Agostinho et al. c. Portugal et al.*, 2020. Application to the European Court of Human Rights, App No. 39371/20, 2 September 2020. Petition, paras. 16–22. La documentación relativa a la demanda está disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2239371/20%22%5D%7D>

mente interesante en este caso cómo los demandantes no solo limitan sus reclamos a los daños ya ocurridos, sino que también alúden a que existen pruebas suficientes y razonablemente convincentes de que serán víctimas potenciales de las violaciones basadas en la falta de los Estados para prevenir las consecuencias de los daños climáticos previsibles en un futuro próximo. En este sentido, y en relación con los derechos invocados a través del artículo 14 del Convenio, los demandantes señalan que el problema del cambio climático supone además una discriminación con respecto a su edad, puesto que serán ellos como niños y previsiblemente, las futuras generaciones, quienes sufran en mayor medida sus consecuencias a pesar de que apenas han participado en sus causas.

Aunque la demanda no lo haga expresamente, el hecho de que varios de los demandantes sean niños los sitúa en una buena posición para reclamar la protección e las futuras generaciones en el marco del principio de equidad intergeneracional, además de que permite que entre en juego la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño como instrumento de protección internacional específico en la materia<sup>9</sup>. Esto resulta especialmente relevante en cuanto a uno de los principios que consagra la Convención en su artículo tercero: el interés superior del niño. Igualmente, los demandantes aluden en sus reclamos en gran medida al principio de precaución, argumentando que debe informar la interpretación que realice el Tribunal con respecto a las obligaciones de los Estados demandados (Caso Duarte Agostinho, Petition, annex, para.8). Dicho principio, definido generalmente como la obligación del Estado de tomar medidas de precaución razonables cuando exista una amenaza de daño ambiental grave e irreparable incluso aunque no se tenga aún certeza científica sobre el mismo<sup>10</sup>, goza de una aceptación generalizada en el ámbito de la protección medioambiental (Mcintyre & Mosedale, 1997, 226).

A diferencia de los otros dos casos de cambio climático ante el TEDH, este asunto no reclama la responsabilidad únicamente de Portugal como Estado de origen de los solicitantes, sino también la de los otros treinta y dos Estados demandados. *A priori*, y siguiendo la propia jurisprudencia del Tribunal en el conocido caso *Banković*, el TEDH no tendría competencia para conocer reclamaciones de carácter extraterritorial. De hecho, este ha sido uno de los principales argumentos que los Estados demandados han esgrimido en su solicitud para que el TEDH no admitiese la demanda a trámite. Sin embargo, los demandantes han defendido que el principio de soberanía estatal les impide presentar demandas contra gobiernos extranjeros en sus propios tribunales nacionales y destacaban que la emergencia climática exige respuestas inmediatas, por lo que perseguir estos casos a nivel nacional sería una pérdida de tiempo si la comunidad internacional quiere cumplir con los objetivos acordados a través de instrumentos como el Acuerdo de París (Caso Sacchi, petition, para. 312-318; Caso Duarte Agostinho, petition, annex, para. 32, 35-40). Aunque discutiremos con más detalle esta cuestión en la siguiente sección, merece la pena destacar la creatividad de los argumentos presentados por los jóvenes demandantes con respecto a la jurisdicción extraterritorial del TEDH, ya

9. Convención de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989, UNGA Resolution 44/25, entró en vigor en 1990.

10. Declaración de *Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Rio de Janeiro, UN Doc A/Conf.151/26, 14 de junio de 1992, principio 15.

que supone una visión innovadora de la aproximación que debe darse al fenómeno del cambio climático para superar las barreras legales existentes en este tipo de asuntos.

En cuanto al desarrollo y la situación procesal del caso, el 30 de noviembre de 2020 el Tribunal le dio tratamiento prioritario a la demanda y la comunicó los treinta y tres Estados demandados, quiénes podían dar respuesta a los reclamos de la misma antes de febrero de 2021. Esto implica que el TEDH ha considerado la solicitud del caso admisible de manera preliminar y que, otorgándole la prioridad, entiende el TEDH que debe abordar este asunto más rápidamente por su gravedad, así como por su potencial de generar un importante número de casos adicionales. El 4 de febrero de 2021, el Tribunal rechazó la petición de los gobiernos demandados en la que solicitaban al tribunal que anulara el tratamiento prioritario del caso y atendiese únicamente a los argumentos sobre su admisibilidad. El Tribunal, tras rechazarlo, dio a los demandados hasta el 27 de mayo de 2021 para presentar sus defensas tanto sobre la admisibilidad de la demanda como sobre el fondo del caso.

Por otro lado, el Tribunal concedió la posibilidad de intervenir a terceros hasta mayo de 2021 y fueron varias las organizaciones de la sociedad civil las que intervinieron e incluso un grupo de Relatores Especiales de Naciones Unidas apoyaron el caso públicamente<sup>11</sup>. Asimismo, la Comisión Europea presentó sus observaciones escritas al Tribunal el 19 de mayo de 2021, en las que señalaba que el creciente número de demandas relacionadas con el cambio climático brinda al Tribunal una oportunidad única de continuar forjando el camino legal hacia una implementación más completa del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de ofrecer protección en la vida real a las personas afectadas por la degradación ambiental y cambio climático. Al mismo tiempo, la Comisión sostenía que los instrumentos jurídico-internacionales sobre medioambiente y los derechos del niño deberían desempeñar un papel importante en la definición del alcance de las obligaciones de los Estados en la prevención de violaciones de derechos humanos causadas por el cambio climático<sup>12</sup>.

El 30 de junio de 2022, la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inhibió en favor de la Gran Sala compuesta por 17 jueces, ya que la demanda plantea una cuestión grave que afecta a la interpretación del Convenio (artículo 30), lo que sólo ocurre en casos excepcionales de importancia fundamental. El 27 de septiembre de 2023 tuvo lugar la audiencia pública del caso, tras la cual el Tribunal inició en privado sus deliberaciones. La audiencia se centró en cuestiones de admisibilidad donde parece que se centran los principales escollos del caso y, en particular, en los asuntos que tienen que ver con la jurisdicción y el agotamiento de los recursos nacionales como serán analizados en la siguiente sección. De este modo, las cuestiones de fondo del caso solo se mencionaron de manera colateral para demostrar que los demandantes ostentaban la condición de víctima<sup>13</sup>.

11. Varios *Amicus Curiae* han sido elaborados por instituciones como Save the Children (5/5/2021), Climate Action Network Europe (5/6/2021) y algunos Relatores Especiales de Naciones Unidas (5/4/2021), entre otros. Todos ellos están disponibles en: <https://climatecasechart.com/non-us-case/youth-for-climate-justice-v-austria-et-al/>.

12. El documento de la intervención de la Comisión está disponible en [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210505\\_3937120\\_na.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210505_3937120_na.pdf).

13. HERI, Corina, «Act Three for Climate Litigation in Strasbourg: The ECtHR's Grand Chamber Hearing in the Portuguese Children's Case», *VerfBlog*, 2023/9/28, <https://verfassungsblog.de/act-three-for-climate-litigation-in-strasbourg/>. La autora realizó un magnífico seguimiento en directo a la audiencia pú-

Durante la misma, tuvieron lugar intervenciones conjuntas de la mayoría de los Estados demandados e intervenciones separadas de los Países Bajos, Portugal y Turquía, así como alegatos orales de tres terceros que recibieron autorización para hacerlo: el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Dunja Mijatović; la Comisión Europea; y el European Network of National Human Rights Institutions (ENNHRI). Asimismo, es importante señalar que en esta audiencia no intervino la Federación Rusa que ya no es miembro del Consejo de Europa y que los demandantes retiraron la demanda contra Ucrania para evitar retrasos procesales derivados de la ampliación de los plazos causados por el conflicto armado que les afecta. Tras la audiencia pública, se espera que el Tribunal emita una decisión en el primer semestre de 2024<sup>14</sup>.

### III. PRINCIPALES DESAFÍOS A LOS QUE SE ENFRENTA EL CASO

En esta sección examinaremos los principales desafíos a los que se enfrenta la demanda tanto con respecto a cuestiones procesales sobre la admisibilidad del caso, como aquellas de carácter sustantivo que pueden marcar un resultado u otro en su resolución. El objetivo de ello es analizar las distintas direcciones y perspectivas en las que la jurisprudencia del Tribunal podría evolucionar a la hora de afrontar el enorme desafío que representa la emergencia climática. Aunque se trate de un examen hipotético puesto que el Tribunal no ha emitido aún ninguna resolución, dicho análisis puede servir de ayuda en cuanto a la comprensión de la posición del Tribunal sobre la protección de los derechos humanos, los derechos del niño y del principio de equidad intergeneracional en sus Estados miembros en relación con el cambio climático.

En primer lugar, tres cuestiones claves deben darse en el ámbito procesal de la demanda, que, además, cobran una especial relevancia en este caso debido a la naturaleza global y de largo plazo del cambio climático, ya que este desafía las limitaciones territoriales y temporales del marco jurídico internacional de los derechos humanos. Estas cuestiones son la legitimidad activa y la condición de víctima, la aplicación de la jurisdicción extraterritorial y el agotamiento de los recursos internos. Por su parte, los aspectos sustantivos del caso lo constituyen la naturaleza de las obligaciones de los Estados, la aplicación del principio de precaución junto con el margen de apreciación de los Estados y la evaluación de los posibles remedios disponibles para este tipo de casos.

---

blica y sus comentarios y análisis pueden encontrarse, además de en este blog, en su espacio de la red social X. Asimismo, el video con el contenido completo de la audiencia pública puede encontrarse en: [https://www.echr.coe.int/w/duarte-agostinho-and-others-v-portugal-and-others-no-39371/20-?p\\_l\\_back\\_url=%2Fweb%2Fechr%2Fsearch%3Ffolder%3D709108%26q%3D%252239371%2F20%2522](https://www.echr.coe.int/w/duarte-agostinho-and-others-v-portugal-and-others-no-39371/20-?p_l_back_url=%2Fweb%2Fechr%2Fsearch%3Ffolder%3D709108%26q%3D%252239371%2F20%2522).

14. Nota del autor a la versión final y aceptada de este artículo: El 9 de abril de 2024 el TEDH declaró, de manera definitiva, el caso inadmisibile basando su resolución principalmente en la falta de agotamiento de recursos internos en cuanto al estado de Portugal y por entender que no cabía aplicación de la jurisdicción extraterritorial de la Convención con respecto al resto de Estados demandados. El documento oficial de la decisión puede consultarse en la siguiente dirección: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-233261%22%5D%7D>. Véase también MILANOVIC, Marko, «A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments», EJIL:Talk!, 9 de abril de 2024, <https://www.ejiltalk.org/a-quick-take-on-the-european-courts-climate-change-judgments/>.

### 3.1. Aspectos procesales

#### 3.1.1. Legitimidad activa y condición de víctima

La cuestión de la legitimidad activa y la condición de víctima fue precisamente el principal punto que discutió el representante de Portugal en la audiencia pública ante la Gran Sala. El representante luso argumentaba que, dada la naturaleza global y difusa del cambio climático, los solicitantes no habían establecido un vínculo directo entre las emisiones de los Estados y la violación de sus derechos humanos. Para que una demanda pueda prosperar con respecto a su admisibilidad dentro de la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la parte demandante debe alegar que ha sufrido un perjuicio efectivo, o como el propio Tribunal ha establecido en su propia jurisprudencia, el solicitante debe justificar que se enfrenta a un «peligro grave, específico e inminente» que genera en el Tribunal el deber de prevenir los posibles daños derivados de este<sup>15</sup>. Por lo tanto, para ostentar la condición de víctima y con ella la legitimación de interponer una demanda como la que nos ocupa, los solicitantes no podrían limitarse a reclamar por aquellos daños futuribles que el calentamiento global les ocasionaría según las previsiones. A sabiendas de ello, los peticionarios también reclaman la violación de sus derechos derivada de daños climáticos actuales, es decir, de aquellos que ya han ocurrido o están ocurriendo. Para ello se centran en los daños físicos y emocionales que sufrieron a causa de los incendios forestales en Portugal de 2017, evidenciando que tuvieron lugar, al menos en parte, como consecuencia del climático<sup>16</sup>. Más concretamente, los reclamantes aluden a las secuelas causadas por el aumento en las temperaturas, entre las que señalan alteraciones del sueño, bajos niveles de energía producidos por el calor extremo, imposibilidad de ejercitarse o disfrutar del ocio al aire libre y episodios de ansiedad climática.

Conforme a la propia jurisprudencia del Tribunal, los efectos adversos de la contaminación ambiental deben alcanzar un nivel de gravedad tal que disminuya notablemente la capacidad de las personas de disfrutar de su hogar, su vida privada y su vida familiar para que pueda ser considerado como una violación del artículo 8 del Convenio<sup>17</sup>. Los demandantes alegan que además de cumplirse esta condición, se incurre en una situación discriminatoria y por tanto una violación del artículo 14 del CEDH, ya que, debido a su corta edad, el riesgo de que sus derechos humanos se vean afectados por el calentamiento global en el futuro es mayor que el de las generaciones anteriores. Merece la pena destacar aquí la idoneidad procesal que supone la alegación de los daños pre-

15. Véase por ejemplo, *Balmer-Schafroth and others v. Switzerland* (1996) App No 22110/93 y *Fadeyeva v. Russia* (2005) App No 55723/00; *Kolyadenko and others v. Russia* (2012). Doctrinalmente, también han tratado esta cuestión autores como KOBYLARZ, Natalia, «The European Court of Human Rights: An Under-rated Forum for Environmental Litigation» en TEGNER ANKER, Heller y EGELUND OLSEN, Birgitte (eds) *Sustainable Management of Natural Resources: Legal Instruments and Approaches*, Intersentia, 2018, pp. 99-120.

16. *Duarte Agostinho et al. c. Portugal et al.*, petition, paras 16–22; Sobre la evidencia científica de la incidencia del cambio climático en los incendios, véase TURCO, Marco y otros, «Climate Drivers of the 2017 Devastating Fires in Portugal», *Scientific Reports*, n.9, 13886, 2019. Disponible en: <https://www.nature.com/articles/s41598-019-50281-2>.

17. *Cordella y otros contra Italia*, Requête nos. 54414/13 et 54264/15, 24/06/2019, para. 157, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189421>.

sentos y no solamente futuros, ya que tiene un importante potencial en cuanto a las reclamaciones sustantivas del caso, demostrando que el calentamiento global no se trata de un fenómeno venidero, sino que sus consecuencias negativas son ya reales y actuales.

No obstante, informes realizados por expertos en la materia parecen indicar que los daños climáticos serán más graves en el futuro (IPCC, 2023), cuestión que también aparece reflejada en la demanda ante el TEDH. Esto supone una clara injusticia de carácter intergeneracional, puesto que serán los niños y las generaciones futuras quienes tengan que soportar los efectos del calentamiento global derivados de las políticas climáticas actuales, a pesar de que apenas han participado en las mismas. Aunque la demanda del caso *Duarte Agostinho* no reclama directamente en nombre de las futuras generaciones, el principio de equidad intergeneracional ha sido uno de los aspectos más destacados de otras demandas lideradas por niños y jóvenes en otras jurisdicciones, como ocurrió con el caso *Demanda Generaciones Futuras contra Minambiente en Colombia* en 2018, o el caso *Neubauer et al. contra Alemania*. A pesar de que este principio está consagrado en diferentes instrumentos internacionales como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992<sup>18</sup>, la Convención de Naciones Unidas contra el Cambio Climático<sup>19</sup> y en el Acuerdo de París<sup>20</sup>, además de en los recientemente adoptados Principios de Maastricht sobre los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras<sup>21</sup>. Este último instrumento, que subraya la falta de voz y representación de las futuras generaciones en la toma de decisiones globales a pesar de que se verán profundamente afectados por las mismas, proporciona una valiosa guía para garantizar que cualquier acción para fortalecer la solidaridad con las generaciones futuras esté en línea con el derecho internacional de los derechos humanos. Una de las dificultades procesales que conlleva reclamar en nombre de las generaciones futuras reside principalmente en que se desconoce quiénes serán las exacta y nominalmente las personas directamente afectadas y los impactos específicos que estas sufrirán a causa del calentamiento global, aunque en algunas jurisdicciones nacionales las reglas específicas de la legitimación activa han permitido que las demandas interpuestas en representación de los intereses de las futuras generaciones prosperen.

No reconocer a las víctimas potenciales del cambio climático o los daños futuros conlleva un riesgo importante: actuar demasiado tarde, de manera que esperar a que los

18. El Principio tercero de la Declaración sostiene que «El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras». El documento de la Declaración está disponible en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>.

19. *Convención Marco de Las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, Nueva York, 9 mayo 1992, entrada en vigor 21 de marzo 1994. En su artículo 3.1 dispone que «The parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind».

20. *Acuerdo De París*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP21), París, 12 diciembre 2015, entrada en vigor 4 noviembre de 2016. Se hace referencia a esta cuestión en su Preámbulo.

21. Adoptados en febrero de 2023. Un grupo de expertos en derecho internacional de la sociedad civil y la academia ha estado trabajando en este proyecto desde 2017, que culminó con la adopción de los Principios de Maastricht sobre los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras (los Principios) en un Seminario de Expertos organizado por el Centro de Maastricht. de Derechos Humanos el 3 de febrero de 2023. Disponibles en: <https://www.rightsoffuturegenerations.org/the-principles/espa%C3%B1ol>.



daños en cuestión sean actuales puede suponer que los mismos ya tengan la condición de irreversibles. Asimismo, implica ignorar o desatender daños como el sufrimiento psicológico asociado al devenir de la crisis climática, conocido también como ansiedad climática. De hecho, algunos autores señalan que esto podría interpretarse como una violación de la prohibición de la tortura y de los tratos y penas inhumanos y degradantes consagrada en el artículo 3 del CEDH (Mavronicola, 2021). Teniendo en cuenta los pronósticos negativos con respecto a los efectos del cambio climático, resulta previsible que progresivamente se interpongan nuevas demandas en las que se incluyan daños futuros y la protección de las futuras generaciones en sus reclamos, aunque actualmente no existen reglas específicas para resolver estas cuestiones a nivel internacional. Es por ello precisamente por lo que la aproximación que el TEDH realice sobre las cuestiones de legitimación y condición de víctima en el caso *Duarte Agostinho* puede ser esclarecedoras y decisivas en este sentido, asumiendo que el Tribunal aquí puede debatirse entre garantizar la protección de los derechos humanos y permitir litigios de interés público popular que quedarían fuera del derecho de aplicación individual del artículo 34 del CEDH, fenómeno que caracteriza precisamente las demandas ambientales por su propia naturaleza en la que confluyen intereses públicos e individuales.

Cabe destacar que el Tribunal ha admitido anteriormente demandas ambientales que combinan intereses individuales y públicos como hizo en el caso *Cordella contra Italia* en 2019, donde el Tribunal mantuvo la idea de que la contaminación inevitablemente hacía que aquellos expuestos a ella fueran más vulnerables a diversas enfermedades sin examinar si cada solicitante individual había sufrido una patología relacionada con la contaminación y concluyó, sobre la base de las pruebas científicas, que la contaminación indudablemente tuvo consecuencias adversas para el bienestar de los solicitantes afectados, demostrando su voluntad de atender reclamos ambientales que parecen trascender el estatus tradicional de víctima (Keller & Heri, 2022, 157). Teniendo en cuenta la abundante evidencia científica actual sobre el impacto negativo que supone el cambio climático para la salud y la vida humana, estimamos que el Tribunal podría aplicar este razonamiento anterior al caso *Duarte Agostinho*, por lo que el Tribunal podría vincular el examen del estatus de víctima con el análisis del fondo de la demanda, como ha hecho en casos anteriores como el caso *Selahattin Demirtas contra Turquía* en 2022 o en el caso *Siliadin contra Francia* en 2006. La complejidad de los casos climáticos hace que este enfoque sea necesario para abordar la naturaleza de la emergencia climática (Keller & Heri, 2022, 158). De otro modo, el Tribunal aplicaría un enfoque restrictivo y formalista sobre la admisibilidad, por lo que se perdería la oportunidad de examinar el fondo y los méritos del caso.

### 3.1.2. Aplicación de la jurisdicción extraterritorial

Dado que todos los demandantes del caso *Duarte Agostinho* son portugueses, pero interponen la demanda contra 33 Estados, la cuestión de las obligaciones extraterritoriales tiene un papel fundamental en este asunto. Para que sus reclamos sean admisibles, teniendo en cuenta que no son nacionales más que de uno de los Estados demandados, los solicitantes deben establecer que los Estados demandados tienen obligaciones extraterritoriales relacionadas con el cambio climático. Dicho de otro modo, si los deman-

dantes no pueden demostrar que los Estados demandados tiene el deber de protegerles con respecto a la emergencia climática, el caso debería ser en principio desestimado en cuanto a su admisibilidad (Artículo 34 CEDH y artículo 5 Protocolo Adicional Tercero a la CDN). Para cumplir con este requisito, los demandantes han basado sus argumentos en la jurisprudencia emergente de otros órganos internacionales y regionales de derechos humanos, así como en otros casos climáticos relevantes.

En el anteriormente mencionado caso *Sacchi*, los demandantes basaban su argumentación en el enfoque de «control efectivo» propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-23/17, en la que sostuvo que cuando un Estado ejerce un control efectivo sobre actividades ambientalmente dañinas, su jurisdicción se extiende para incluir cualquier consecuencia previsible de esas actividades, incluso si ocurren en el territorio de otro Estado (Caso *Sacchi*, petition, para. 248). De esta manera, los peticionarios del caso *Sacchi* alegaban que los Estados demandados son conscientes del daño que el cambio climático causará a los derechos de las personas fuera de su territorio, pero continúan permitiendo la emisión de GEI bajo su control y que tales emisiones impactarán «directa y previsiblemente» los derechos de los niños, tanto dentro como fuera de los territorios de los propios Estados, poniendo a todas las víctimas dentro de sus jurisdicciones Estado (Caso *Sacchi*, petition, para. 252). Los demandantes del caso *Duarte Agostinho* han ido más allá y han alentado al TEDH a que admita el caso para motivar a los Estados a tomar medidas más contundentes a nivel nacional para paliar las consecuencias negativas del cambio climático y así cumplir con los objetivos acordados internacionalmente (Liston & Kingsley Clark, 2021, 336). Asimismo, en ambos casos los demandantes argumentan que la inmunidad estatal soberana les impide presentar demandas contra gobiernos extranjeros en sus propios tribunales nacionales, y que exigirles que presenten casos separados en cada uno de los tribunales nacionales supondría un costo irrazonable e inasumible tanto en recursos económicos como en tiempo, más teniendo en cuenta la urgencia de acción con respecto a la emergencia climática.

Sin embargo, el TEDH ha mantenido tradicionalmente un enfoque restringido con respecto a la aplicación de las obligaciones extraterritoriales, siguiendo un criterio claramente territorial y limitando el requisito de control efectivo sobre personas o actividades que tienen lugar en el extranjero, basado en su muy discutida sentencia en el caso *Banković*<sup>22</sup>. Como señalan Keller y Heri, este estándar parece inadecuado para afrontar el escenario del cambio climático cuyos efectos exceden sin duda los de un único Estado (Keller & Heri, 2022, 159). Además, al mismo tiempo, el Tribunal ha determinado en ocasiones anteriores que las actividades internas de un Estado que tengan efectos extraterritoriales pueden excepcionalmente comprometer la responsabilidad del mismo, por ejemplo, cuando la causa directa e inmediata del daño en cuestión tuyo lugar en el territorio de dicho Estado, como en el caso *Ben el Mahi et al.* contra Dinamarca en 2006.

---

22. *Banković and Others v Belgium and Others* (2007). Para un análisis más pormenorizado de este caso, véase ABRISKETA URIARTE, Joana, «Los problemas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aplicar el Derecho internacional humanitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 43, 2012, pp.875-899.

La aplicación de la jurisdicción extraterritorial ha supuesto uno de los mayores objetos de discusión en la celebración de la audiencia pública del caso. En ella, el representante de Reino Unido alegaba que el TEDH había mantenido un enfoque demasiado permisivo, e invocaba la jurisprudencia del caso *Bankovic*, así como señalaba que los solicitantes no son nacionales del resto de Estados demandados, por lo que, salvo en el caso de Portugal, el representante de Reino Unido sostuvo que no podía aplicarse la jurisdicción. Además, defendía que la naturaleza global del calentamiento global implica que, de resultar finalmente este caso admisible, ampliaría dramáticamente el alcance del TEDH para conocer de otros casos similares.

Este es pues, sin duda, uno de los principales desafíos a resolver a la hora de enfrentar las demandas climáticas. De hecho, de los más numerosos casos relacionado con el medioambiente que el TEDH ha examinado hasta la fecha, nunca se ha pronunciado expresamente sobre los daños ambientales de carácter transfronterizo (Keller & Heri, 2022, 159), por lo que la cuestión de cómo abordaría el Tribunal su jurisdicción extraterritorial en este tipo de asuntos sigue abierta. Si el TEDH respaldase en su resolución del caso *Duarte Agostinho* la perspectiva interamericana del control efectivo, se abriría una importante vía para el reclamo de cualquier situación en la que las actividades transfronterizas de los Estados afecten a los derechos humanos, pero también para mejorar significativamente el potencial de las normas de derechos humanos en su consecución de la justicia climática.

### 3.1.3. Agotamiento de los recursos internos

El sistema europeo de derechos humanos requiere que los demandantes que acudan a su jurisdicción hayan agotado previamente las vías nacionales para que sea su reclamación admitida a nivel internacional, o que, alternativamente, demuestren que o bien no existe un recurso interno adecuado disponible o que, habiéndolo, fuese excesivamente oneroso acudir al mismo (CEDH, artículo 35.1). En el caso que nos ocupa, los solicitantes han argumentado que cualquier intento de agotar los recursos locales habría sido inútil debido a (i) la falta de legitimación activa, (ii) la inexistencia de perspectivas de éxito y (iii) la insuficiencia de los recursos (Caso Duarte Agostinho, petition, para. 32). Asimismo, los solicitantes portugueses señalan la urgencia de acción que requiere la emergencia climática, argumentando que se perdería un tiempo muy valioso para la misma persiguiendo sus reclamos de manera interna en cada Estado. Podríamos entender que el Tribunal en principio ha dado cierta validez a estos argumentos puesto que en noviembre de 2020 aceptó la solicitud de los demandantes para que su caso fuese examinado por la vía urgente. Los Estados demandados, por otra parte, sostienen que el agotamiento de los recursos internos sigue siendo necesario, ya que cualquier otro enfoque pondría en duda el principio de subsidiariedad y privaría al TEDH de la evaluación previa de un tribunal interno.

En la audiencia pública, Reino Unido señaló que, al no agotar los recursos internos, los tribunales nacionales habían perdido la oportunidad de opinar sobre estas cuestiones y las «profundas consecuencias sociales y económicas» de las reclamaciones formuladas. El representante de Países Bajos, asimismo, sostuvo que el emblemático caso *Urgenda* muestra que existen recursos internos efectivos en los Países Bajos y que los

tribunales internos son competentes para ordenar a los Estados que adopten medidas más ambiciosas, invocando la subsidiariedad del TEDH. Por su parte, la abogada de los demandantes apuntó que, si bien el caso *Urgenda* o el caso alemán *Neubauer* suponen ciertos avances en la materia, no son suficientes porque entre otras cuestiones, sus sentencias han requerido medidas indulgentes cuyo límite era el aumento de la temperatura global de 2°C. Señaló, además, que es necesaria una orientación general del TEDH en la materia.

El caso *Duarte Agostinho* tiene el potencial de contribuir a esclarecer cómo debe aplicarse el requisito del agotamiento de los recursos internos con respecto a la problemática del cambio climático. Teniendo en cuenta la naturaleza global y compleja del calentamiento global, todo parece indicar que las vías nacionales no ofrecen un cauce adecuado o suficiente para evitar impactos mayores derivados de la emergencia climática (LEWIS, 2021, 12). Si el TEDH finalmente se inclinase por la inadmisión de esta demanda basándose en la necesidad de agotar los recursos internos de los Estados, entendemos que al menos debería proporcionar algunas pistas sobre cómo se debería proceder ante situaciones similares que impliquen un factor de carácter global como el cambio climático, donde la jurisdicción internacional parece ser la más adecuada para resolverlo.

## 3.2. Aspectos sustantivos

### 3.2.1. Naturaleza de las obligaciones estatales y responsabilidad compartida

Clarificar la naturaleza y alcance de las obligaciones estatales con respecto al cambio climático es una cuestión esencial para poder avanzar tanto en el establecimiento de responsabilidades como en la búsqueda de remedios por incumplimiento de tales obligaciones. Además, se trata de un aspecto controvertido que también se está dirimiendo en otros organismos internacionales, puesto que dos peticiones se han elevado sobre esta cuestión en enero y marzo de 2023 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>23</sup> y la Corte Internacional de Justicia<sup>24</sup>, respectivamente. La primera de ellas, impulsada por Chile y Colombia solicita a la Corte que defina el alcance de las obligaciones estatales para responder a la emergencia climática en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En su solicitud, Colombia y Chile enfatizan la necesidad de alcanzar estándares regionales para acelerar las acciones que hagan frente al calentamiento global e identifican a la Corte como el organismo idóneo para determinar lineamientos conjuntos de políticas climáticas con un enfoque de derechos humanos. Los Estados solicitantes, además, mencionaban en su petición la Opinión Consultiva

23. Request for an advisory opinion on the scope of the state obligations for responding to the climate emergency, 2023. Más información disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/request-for-an-advisory-opinion-on-the-scope-of-the-state-obligations-for-responding-to-the-climate-emergency/>.

24. Request for an advisory opinion on the obligations of States with respect to climate change, 2023. Más información disponible en: <http://climatecasechart.com/non-us-case/request-for-an-advisory-opinion-on-the-obligations-of-states-with-respect-to-climate-change/>.

OC 23/17, donde la Corte reconoció el derecho a un medio ambiente sano y la relación entre este y los derechos humanos.

Por su parte, la petición interpuesta ante la Corte Internacional de Justicia se adoptó por consenso a través de la resolución A/77/I58 en la 77ª Sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas. La iniciativa, a instancias del Gobierno de Vanuatu, solicita a la Corte que clarifique las obligaciones específicas de los Estados con respecto al cambio climático. Aunque aún es pronto para anticipar el resultado de estas opiniones consultivas, el hecho de que exista cierto consenso entre la comunidad internacional sobre la necesidad de definir las obligaciones estatales con respecto al cambio climático y de que se hayan planteado ante instancias internacionales, pone sin duda de manifiesto la importancia de esta cuestión a nivel global.

Con respecto al caso que nos ocupa en este análisis, los jóvenes peticionarios centran sus reclamos en las políticas inadecuadas de emisiones de los Estados, lo que plantea la cuestión de si la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos incluye el deber de reducir las emisiones, o simplemente proteger contra los impactos de las mismas. En este sentido, la postura del Tribunal en la resolución del caso podría contribuir a esclarecer si las normas de derechos humanos obligan a los Estados a tomar medidas de mitigación y/o de adaptación, así como sobre la interpretación del deber de proteger los derechos humanos en ambos contextos (Lewis, 2021, 14). Igualmente, y como se ha señalado en la sección anterior, la resolución del caso presenta una importante oportunidad para que el Tribunal aclare si los Estados tienen la obligación de prevenir daños inminentes o futuros derivados del calentamiento global. Los Estados tienen ciertamente obligaciones preventivas con respecto a ciertos tipos de daños (especialmente cuando se trata de actividades peligrosas como las emisiones industriales) puesto que el Tribunal ha establecido claramente en su jurisprudencia la obligación de los Estados de proteger contra posibles daños al derecho a la vida y a la integridad física en virtud de los artículos 2, 3 y 8 del CEDH (Braig & Panov, 2020, 262). En estos casos, en consecuencia, los Estados deben proteger contra tales posibles daños mediante el establecimiento de un marco legislativo y administrativo apropiado y disuasorio, como sostuvo el Tribunal en el caso *Budayeva et al. contra Rusia* en 2014. Es por ello por lo que la postura que adopte el Tribunal con respecto al reclamo de los posibles daños futuros del caso *Duarte Agostinho* puede contribuir a reforzar esta obligación estatal de proteger los derechos humanos en el ámbito del cambio climático, así como sobre los deberes de los Estados con respecto a los niños y las futuras generaciones, quienes previsiblemente sufrirían en mayor medida las consecuencias de esos daños futuros.

En cuanto la consideración de la responsabilidad de los Estados demandados, es preciso señalar que establecer la responsabilidad colectiva de los 33 Estados parte de la demanda supone un importante desafío en sí mismo. Para afrontarlo, los solicitantes alegan que los Estados demandados comparten dicha carga porque han contribuido colectivamente a las causas del calentamiento global, señalando la evidencia científica de que la temperatura global del planeta ascenderá al menos 1,5°C en los próximos años y que por tanto no han cumplido con los compromisos adquiridos en el Acuerdo de París. Es necesario señalar en este sentido que el Acuerdo de París constituye una combinación de disposiciones procesales precisas y compromisos sustantivos con un carácter más suave que generan dudas sobre cómo responsabilizar a los Estados por su incumplimiento (Fajardo

Del Castillo, 2018, 29), así como sobre las implicaciones que tendría para la consecución de la justicia climática el establecimiento de contribuciones o participaciones justas para los Estados (Lyster, 2017, 438). No obstante, esto no impediría que el Tribunal ordenase a los Estados a cumplir con los objetivos consagrados por el Acuerdo. Así, los solicitantes argumentan que la subida de la temperatura global genera la presunción de que las acciones de los Estados hasta la fecha han sido inadecuadas para frenarla, por lo que los demandados presumiblemente violan el CEDH al no prevenir los daños relacionados con el clima, a menos que puedan justificar sus acciones demostrando que han cumplido con las expectativas internacionales pertinentes. Los solicitantes alegan además que los Estados demandados deben asumir la «parte justa» de la carga colectiva de abordar el calentamiento global, aún reconociendo que existe cierta incertidumbre en torno a lo que constituye esa «parte justa». Sin embargo, aprovechan este detalle para argumentar que la misma se deriva de la propia incapacidad de los Estados para acordar obligaciones más detalladas y que los niños y los jóvenes no deben verse afectados por ello, por lo que proponen que se exija a cada demandado que demuestre que su contribución a la acción climática representa una «parte justa». Para ayudar al Tribunal a evaluar qué es justo, los demandantes recomiendan que se tengan en cuenta análisis independientes como el publicado por *Climate Action Tracker*, que considera una variedad de factores, incluida la capacidad económica de los Estados, sus emisiones históricas y los compromisos publicados para la reducción de las mismas. En este sentido, el representante de Turquía en la audiencia pública aprovechó para argumentar que su Estado se encuentra en unas circunstancias diferentes a las de los demás puesto que no era parte del Acuerdo de París en el momento de los hechos y por lo tanto no se le pueden imputar las obligaciones derivadas de este instrumento jurídico internacional, ya que Turquía firmó el Acuerdo de París en abril de 2016 pero no lo ratificó hasta octubre de 2021.

En cualquier caso, la atribución de la responsabilidad de manera individual y colectiva a los Estados por su participación en un fenómeno global como es el cambio climático supone, como señalábamos anteriormente, un importante desafío ya que si bien si bien puede resultar difícil establecer una causalidad directa y exclusiva contra un solo Estado por sus emisiones y políticas climáticas, al mismo tiempo, compartir la responsabilidad puede hacer que esta se vuelva difusa y facilite que se generen brechas entre los Estados en cuanto a la rendición de cuentas por su responsabilidad derivada de la emergencia climática (Nollkaemper, 2018, 524). Es por ello por lo que entendemos que la Corte tiene la capacidad de clarificar en su resolución qué aproximación puede ser más efectiva para afrontar este reto, reconociendo, en cualquier caso, que la naturaleza global del cambio climático no excluye necesariamente la exigencia de responsabilidad individual a los Estados incluso aún entendiendo que se tratase de una cuestión de responsabilidad compartida (Keller & Heri, 2022, 167).

### 3.2.2. Margen de apreciación de los Estados y principio de precaución

En su resolución del caso *Duarte Agostinho*, es previsible que el TEDH guíe su interpretación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos por algunos principios de carácter internacional medioambiental como son el margen de apreciación

de los Estados y el principio de precaución. Según el primero de ellos, los Estados tendrían un amplio grado de discreción para desarrollar sus propias políticas climáticas, por lo que para que el Tribunal pudiera estimar una violación del Convenio, debería darse el caso de que el Estado en cuestión hubiese contravenido su propio derecho interno en la materia o que el impacto negativo de sus políticas con respecto a los derechos humanos fuese tan grave que no pudiese justificarse por el cumplimiento de otros objetivos estatales por más que estos fuesen legítimos<sup>25</sup>. Sin embargo, la aplicación del margen de apreciación tiene ciertos límites y no puede suponer, en ningún caso, una justificación a la inacción de un Estado (Spielmann, 2012, 381). Dado que el cambio climático tiene una naturaleza claramente política en el desarrollo de medidas a nivel nacional dependiendo de las circunstancias socioeconómicas de los Estados, no está claro hasta qué punto un tribunal internacional de carácter subsidiario como el TEDH estará dispuesto a adentrarse a juzgarlas, si bien, como señala LEWIS pudiera significar una interesante oportunidad para examinar el impacto de las políticas climáticas nacionales de manera global (Lewis, 2021, 17).

Por otra parte, los solicitantes sostienen que los estándares relevantes para el desempeño de los derechos humanos en el ámbito de la emergencia climática deberían basarse en el principio de precaución reconocido en el principio 15 de la Declaración de Río, cuyo propósito principal es el de «prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos». Dicho principio, que como ya hemos señalado anteriormente, debe aplicarse cuando exista una amenaza de daño grave o irreparable incluso cuando no haya evidencia científica suficiente, requeriría de la adopción de medidas contundentes para reducir las emisiones de GEI para cumplir asimismo con la obligación general del Acuerdo de París de mantener la temperatura global «por debajo de 2°C». Con todo ello, la resolución del Tribunal podría contribuir a aclarar la relación entre los derechos humanos y el derecho internacional del medioambiente, favoreciendo su integración para el futuro.

### 3.2.3. Adecuación de los remedios

Si finalmente el Tribunal estimase que efectivamente se dan violaciones del Convenio en este caso, la cuestión entonces será determinar qué tipo de remedios pueden considerarse apropiados para reparar tales violaciones (Keller, Heri & Piskóty, 2022, 3). Teniendo en cuenta además la transcendencia mediática que ha tenido este asunto y su carácter estratégico, el Tribunal podría proveer de remedios que, no solo afecten a los solicitantes en cuestión, sino que, de manera más amplia, lo hagan con respecto al grupo poblacional de los niños y jóvenes de la región, lo que podría contribuir a señalar la urgencia de las medidas y empoderar a los niños. Sin embargo, la complejidad del caso podría también implicar que el Tribunal decidiera dejar la elección de tomar las medidas apropiadas a los gobiernos nacionales bajo la supervisión del Comité de Ministros. En ese supuesto, podría optar por hacer alguna indicación a los estados sobre lo que se espera de ellos (Keller & Heri, 2022, 171).

---

25. Véase la jurisprudencia del Tribunal en los casos *Handyside c. the United Kingdom* (1976) App No. 5493/72 o *Hatton and Others c. the United Kingdom* (2003) App No 36022/97.

En cualquier caso, los solicitantes basaban su argumentación con respecto a las obligaciones de los Estados en el marco del Acuerdo de París, por lo que, en gran medida, los remedios propuestos por el TEDH podrían suponer que el Tribunal ordene a los Estados a que cumplan con los objetivos establecidos por dicho tratado, ya que como señalan los peticionarios en la demanda, se prevé que la trayectoria del calentamiento global supere el objetivo de 1,5° C, por lo que estiman se debe presumir que las medidas de mitigación de los Estados han sido inadecuadas. No obstante, y a pesar de la original propuesta de los demandantes sobre la distribución de la «parte justa» de la carga colectiva del cambio climático que comentábamos en el apartado de las obligaciones estatales, es importante recordar que el Acuerdo de París está formado por disposiciones de carácter procesal y compromisos sustantivos de diferente naturaleza, por lo que no deja del todo claro cómo debe establecerse la responsabilidad de los Estados por su incumplimiento. No obstante, esta dificultad no impide que el TEDH tome como referencia el Acuerdo y las recomendaciones de los solicitantes sobre cómo evaluar su incumplimiento y así, ordenar a los Estados que se ajusten al mismo conforme al sistema propuesto de la «parte justa».

Por otro lado, y de manera más amplia, las reparaciones que el TEDH podría promover en este caso los derechos del niño y de las futuras generaciones, proporcionando una visión integrada de los mismos a través de los principios de equidad intergeneracional y del interés superior del menor, al interpretar las obligaciones de los Estados en materia de cambio climático (Donger, 2022, 273-274). Aunque el caso objeto de análisis no estipula como argumento específicamente los derechos del niño, sí que reclama el derecho a no ser discriminado por edad, por lo que si el TEDH finalmente diese la razón a los demandantes, podría disponer en las reparaciones que se reforzara el derecho de los niños a ser escuchados en cuestiones que les afectan como aparece consagrado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y que ya fue argumentado en el caso *Sacchi*, donde los demandantes solicitaron que los Estados demandados garantizaran «el derecho del niño a ser escuchado [en todos] los esfuerzos para mitigar o adaptarse a la crisis climática» (Caso *Sacchi*, petition, para.331).

Sea como fuere, lo que resulta evidente es que el pronunciamiento del Tribunal marcará casi con toda seguridad una línea jurisprudencial relevante sobre los derechos humanos en el contexto de la emergencia climática, por lo que de obtener el caso una resolución favorable, resulta esencial que los remedios propuestos por el Tribunal gocen de contundencia y efectividad para asegurar la reparación del daño.

#### IV. REFLEXIONES FINALES: LA POSIBLE CONTRIBUCIÓN DEL CASO A LA JUSTICIA CLIMÁTICA

El caso *Duarte Agostinho* ha supuesto el primer asunto climático liderado por niños y jóvenes interpuesto ante el TEDH, aunque por supuesto no ha sido ni será el último. Casos como *Uricchio c. Italia y otros 32 Estados*<sup>26</sup>, y el asunto *De Conto c. Italia y otros*

---

26. La demandante, basándose en los artículos 2, 8, 13 y 14, reclama que los 33 Estados partes de la Convención que también son partes del Acuerdo de París (incluidos Turquía, Suiza, Portugal, Austria, Noruega y Francia) no han tomado medidas suficientes para implementar este último, alegando, además, que el agotamiento de los recursos internos no sería efectivo ya que se vería obligada a



32 Estados<sup>27</sup> se han presentado por niños y jóvenes ante el mismo Tribunal poco después de la demanda del caso objeto de estudio en este artículo. No obstante, la celebración de su audiencia pública del caso *Duarte Agostinho* ha sido un hito histórico que puede marcar el devenir del resto de casos que la sigan ya que ha supuesto el asunto climático más ambicioso al que se ha enfrentado la Gran Sala, tanto por el número de Estados demandados como por los derechos reclamados y las cuestiones procesales de admisibilidad que plantea. Con ello y con el análisis que se deriva de los principales desafíos analizados en este trabajo, entendemos que el caso *Duarte Agostinho* ofrece la oportunidad al Tribunal de abrir nuevas vías que permitan asegurar el respeto a los derechos humanos en el contexto de la emergencia climática.

En primer lugar, el caso ofrece al Tribunal la oportunidad de desarrollar su propia jurisprudencia sobre los litigios de carácter climático, y particularmente sobre el alcance de la jurisdicción extraterritorial y el requisito del agotamiento de recursos internos. Teniendo en cuenta que el fallo del Tribunal será vinculante para todos los Estados demandados, su resolución proporcionaría además una importante guía para este tipo de litigios ante los tribunales nacionales. En segundo lugar, la resolución del Tribunal en este asunto evidenciará la postura y el papel que el TEDH pretende desempeñar en cuanto a la litigación climática internacional. Ello dependerá de si el Tribunal se decanta por una aproximación amplia y dinámica del Convenio y la protección efectiva de los derechos o una perspectiva más conservadora sobre el principio de subsidiariedad y jurisdicción extraterritorial, como hemos analizado en la sección anterior. En tercer lugar, una resolución favorable del Tribunal en el caso *Duarte Agostinho* contribuiría a generar mayor sensibilización sobre la naturaleza del cambio climático y una mayor percepción entre los gobiernos de que pueden ser cuestionados y obligados a rendir cuentas ante los tribunales por sus acciones, especialmente cuando estas afectan a colectivos vulnerables como son los niños. Del mismo modo, el éxito de este caso podría contribuir al empoderamiento de los jóvenes activistas climáticos para que sus voces sean tenidas en cuenta en la acción climática internacional, ya que su participación resulta crucial para abordar los impactos intergeneracionales del cambio climático. Por último, si los magistrados de la Gran Sala dan por válidos los criterios de los demandantes para atribuir responsabilidad a cada uno de los Estados demandados por su aportación al calentamiento global, este caso supondría un notable paso adelante en el camino para alcanzar la justicia climática, estableciendo una distribución equitativa de las cargas y los daños ocasionados por el cambio climático, además de la responsabilidad de resarcir tales daños en función de la participación de los Estados.

En definitiva, el caso *Duarte Agostinho* es una muestra más del aumento y relevancia de la litigiosidad climática basada en derechos humanos que en los últimos años están

---

presentar una denuncia ante los tribunales de 33 Estados, carga que le resultaría imposible de sobrellevar por su corta edad y limitados recursos económicos.

27. En este asunto, directamente relacionado con el anterior, la demandante afirma que el calentamiento global ha causado desastre naturales y olas de calor en la zona en la que habita le han generado angustia y que ha afectado directamente a su estado psicológico. De nuevo basándose en los artículos 2, 8, 13 y 14, reclama que los Estados que también son parte del Acuerdo de París no han tomado las suficientes medidas para hacer efectivos los compromisos adquiridos a través de la ratificación de este instrumento.

experimentando los tribunales nacionales y los foros internacionales, así como del papel protagonista de los niños y los jóvenes como demandantes de estos casos. La aproximación que el Tribunal realice a los desafíos que presenta el caso debería ser, en opinión de quien escribe, contundente e inequívoca si se pretende que los derechos humanos sigan siendo efectivos en el contexto de la emergencia climática.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, J. (2012), «Los problemas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aplicar el Derecho internacional humanitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43.
- ARTS, K. (2019). «Children's Rights and Climate Change», en *Children's Rights and Sustainable Development: Interpreting the UNCRC for Future Generations*, Fenton-Lynn, Claire (ed.) , Ed. Cambridge University Press.
- BRAIG, K. y PANOV, S. (2020) «The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a Hilfssheriff in Combating Climate Change?», *Journal of Environmental Law and Litigation*, núm.35.
- DONGER, E. (2022) «Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing rights through Legal Arguments and Legal Mobilization», *Transnational Environmental Law*, núm.11.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2018) «El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático», *Revista Española de Derecho Internacional*, núm.70.
- GALVAO, P. (2020) «Derechos Humanos y Cambio Climático. Un desafío para el Siglo XXI», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, núm.20.
- GARCÍA MARTÍN, L. (2024), Litigación climática liderada por niños y jóvenes: análisis de su contribución a la acción climática global. Ed. Aranzadi.
- GIBBONS, E. (2014) «Climate change, children's rights, and the pursuit of intergenerational climate justice», *Health and Human Rights Journal*, núm. 16.
- IPCC, Sexto Informe de Evaluación del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático 2023.
- KELLER, H. y HERI, C. (2022) «The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR», *Nordic Journal of Human Rights*, núm.40.
- KELLER, H., HERI, C. y PISKÓTY, R. (2022) «Something Ventured, Nothing Gained? - Remedies before the ECtHR and Their Potential for Climate Change Cases», *Human Rights Law Review*, núm.22.
- KOBYLARZ, N. (2018) «The European Court of Human Rights: An Underrated Forum for Environmental Litigation» en *Sustainable Management of Natural Resources: Legal Instruments and Approaches*, Tegner Anker, Heller y Egelund Olsen, Birgitte (eds.), Ed. Intersentia.
- LEWIS, B. (2021) «The potential of international rights-based climate litigation to advance human rights law and climate justice», *Griffith Journal of Law & Human Dignity*, núm.9.
- LISTON, G. y KINGSLEY CLARK, P. (2023) «Climate Litigation before International Tribunals» en *Litigating the Climate Emergency. How Human Rights Courts and Legal Mobilization can bolster Climate Action*, Rodríguez-Garavito, César (ed.) Ed. Cambridge University Press.
- MAGUIRE, R. y LEWIS, B. (2012) «The influence of justice theories on international climate policies and measures» *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law*, núm. 8.
- MAVRONICOLA, N. (2021) «The Future is a Foreign Country: Rethinking State Behaviour on Climate Change as Ill-Treatment», *University of Birmingham New Approaches*, núm.1.

- MCINTYRE, O. y MOSEDALE, T. (1997) «The precautionary principle as a norm of customary international law», *Journal of Environmental Law*, núm. 9.
- MILANOVIC, M. (2024, Abril 9) «A Quick Take on the European Court's Climate Change Judgments», *EJIL:Talk!*.
- NOLLKAEMPER, A. (2018) «The Duality of Shared Responsibility», *Contemporary Politics*, núm.24.
- PARKER, L., MESTRE, J, JODOIN, S. y WEWERINKE-SINGH, M. (2022) «When the kids put climate change on trial: youth-focused rights-based climate litigation around the World», *Journal of Human Rights and Environment*, núm.64.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. (2023), «Litigating the Climate Emergency: The Global Rise of Human Rights-Based Litigation for Climate Action» en *Litigating the Climate Emergency. How Human Rights Courts and Legal Mobilization can bolster Climate Action*, Rodríguez-Garavito, César (ed.), Ed. Cambridge University Press.
- ROSEMARY L. (2017), «Climate Justice, Adaptation and the Paris Agreement: A Recipe for Disasters?», *Environmental Politics*, núm.26.
- SPIELMANN, D. (2012) «Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm.14.
- TURCO, M., JEREZ, S., AUGUSTO, S., TARÍN-CARRASCO, P., RATOLA, N., JIMÉNEZ-GUERRERO, P. & TRIGO, R. (2019) «Climate Drivers of the 2017 Devastating Fires in Portugal», *Scientific Reports*, núm. 9.




## La tutela del Derecho al Medioambiente frente a la responsabilidad empresarial de los grupos de sociedades

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO THE ENVIRONMENT WITH REGARD TO THE CORPORATE LIABILITY OF GROUPS OF COMPANIES

**Noemí Jiménez Cardona**

Profesora Lectora de Derecho Mercantil

Universitat de Barcelona

[njimenezcardona@ub.edu](mailto:njimenezcardona@ub.edu)  0000-0003-3197-4775

Recibido: 07 de abril de 2024 | Aceptado: 26 de mayo de 2024

### RESUMEN

El presente artículo centra su análisis en el derecho al medioambiente como derecho humano universal y su protección frente a los supuestos de responsabilidad que se desencadenan bajo una relación de grupo. Asimismo, se examinan los principales mecanismos jurídicos que permiten articular una posible comunicación de responsabilidad entre la sociedad filial explotadora de la actividad y la empresa matriz del grupo. Concluye el estudio con una reflexión sobre la conveniencia de extender en sede medioambiental los criterios interpretativos adoptados desde otros campos de la responsabilidad extracontractual (vgr. Derecho de la Competencia) a fin de alcanzar un régimen de responsabilidad extracontractual común en materia de grupos societarios.

### ABSTRACT

This article focuses its analysis on the right to the environment as a universal human right and its protection against liability assumptions that are triggered under a group relationship. It also examines the main legal mechanisms for articulating a possible communication of liability between companies. The study concludes with a reflection on the advisability of extending the interpretative criteria adopted in other areas of non-contractual liability to the environmental field (e.g. Competition Law) in order to achieve a common non-contractual liability regime for corporate groups.

### PALABRAS CLAVE

Derechos humanos  
Responsabilidad medioambiental  
Grupos de sociedades  
Responsabilidad empresarial  
Levantamiento del velo

### KEYWORDS

Human Rights  
Environmental liability  
Corporate groups  
Corporate liability  
Piercing the corporate veil

## I. LA CONFIGURACIÓN DEL ACCESO AL MEDIOAMBIENTE COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL

En el contexto actual, la preservación del medioambiente y la responsabilidad empresarial no merecen ser vistas como concepciones contrapuestas, a la par que excluyentes, sino que más bien representan dos áreas de una misma realidad que permanecen estrechamente interconectadas y a las que les acompaña una creciente preocupación global. A pesar de que el derecho al medioambiente ya se encontraba recogido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 19 de diciembre de 1966, al afirmarse en su art. 12.2, letra b, que «*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, entre las medidas que deberán adoptar los estados, se encuentra el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medioambiente*»<sup>1</sup>, no ha sido hasta estos últimos años en los que la actual crisis climática y el impacto de la actividad empresarial, lo han vuelto a poner en el punto de mira de la conciencia colectiva.

En este sentido, basta citar la Resolución adoptada por la ONU, de 28 de julio de 2022<sup>2</sup>, en la que, por vez primera, se consagra formalmente el acceso a un medioambiente sano, limpio y sostenible como un derecho humano universal. Pese a contar la declaración con la abstención de 8 países miembros (China, Federación Rusa, Bielorrusia, Camboya, Irán, Siria, Kirguistán y Etiopía), y carecer de efectos jurídicos vinculantes, constituye, sin duda, un hito significativo en la lucha contra la crisis medioambiental al situar la protección de este bien jurídico supraindividual en el eje rector que garantiza el ejercicio de otros derechos básicos y universales. Ello es así, porque si la degradación de nuestro entorno impide preservar unas condiciones mínimas de habitabilidad, difícilmente podrán desplegarse el resto de derechos ligados al desarrollo de la vida humana en todas y cada una de sus facetas, como acontece con el derecho a la alimentación, el derecho al agua o el derecho a la salud.

De igual modo, el reconocimiento del acceso al medioambiente como derecho humano universal también encuentra su plasmación en la aprobación de los Principios Rectores de la ONU sobre empresas y derechos humanos, así como en la Agenda 2030 que contiene los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en lo que aquí se refiere, interesan especialmente los ODS 13 –acción climática–, 6 –agua limpia y saneamiento–, 7 –energía asequible y no contaminante– y 12 –producción y consumo responsables–), que han sido desarrollados con mayor grado de detalle, en nuestro ámbito nacional interno, en la Guía elaborada por la Red Española del Pacto Mundial sobre Empresas y derechos humanos: acciones y casos de éxito en el marco de la Agenda 2030<sup>3</sup>. Todos

1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (Ref. BOE-A-1977-10734). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10734>.

2. Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2022 sobre el derecho humano a un medioambiente limpio, saludable y sostenible (A/RES/76/300). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://digitallibrary.un.org/record/3983329?v=pdf>.

3. Red Española del Pacto Mundial, Empresas y derechos humanos: acciones y casos de éxito en el marco de la Agenda 2030, de 1 de agosto de 2019. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2019/11/Empresas-y-derechos-humanos.pdf>.

ellos comparten una clara línea argumentativa: las empresas deben respetar los derechos humanos, entre los que se incluye el debido acceso al medioambiente, lo cual significa que deben abstenerse de infringir los derechos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que hayan tenido algún tipo de participación.

Sin embargo, la experiencia nos demuestra como las empresas, en su mayoría multinacionales, debido a su extenso alcance y al desarrollo de actividades deslocalizadas de ámbito transnacional, despliegan un impacto directo en la configuración del entorno social como también del medio natural. Lo anterior puede constatarse con las tensiones que emergen entre la implementación de sus modelos organizativos, claramente orientados hacia la reducción y optimización de costes, y el mínimo respeto a los derechos humanos universales de terceros países o bien la tendencia, cada vez más acuciante, hacia la mercantilización de la naturaleza que, basada en la explotación desmedida de recursos hídricos, minerales, edáficos y climáticos, así como en el desarrollo de actividades sin sujeción a unos estándares mínimos de preservación del entorno, conducen irremediablemente hacia la privación o reducción cualitativa del debido acceso a esos recursos por parte de sus residentes, además de contribuir, de modo directo, a la pérdida de biodiversidad de los ecosistemas.

Ante los desafíos actuales que, cada vez con mayor urgencia, se abren paso para evitar que tales situaciones nos arrojen hacia un «colapso ecológico» (Borràs-Pentinat, 2022, 2-3), dentro de la crisis climática y ambiental en la que nos hallamos, la conocida como justicia transicional expande su ámbito de atención característico de la protección de los derechos humanos hacia otros bienes jurídicos de trascendencia colectiva, como es el medioambiente y el acceso a los recursos naturales, cuyas violaciones, reiteradas y masivas, repercuten en perjuicio de todos los miembros de la comunidad social (Rodeiro, 2024, 50).

Dentro de los distintos mecanismos de justicia transicional, entre los que encontramos aquellos que presentan un carácter netamente punitivo (vgr. procesos de declaración de responsabilidad e imposición de correctivos penales y/o administrativos), los orientados hacia la reparación y reversión del impacto causado al entorno, los de carácter divulgativo (informes, programas y campañas de difusión y concienciación colectiva, entre otros), y los de naturaleza legal; la justicia restaurativa emerge como un cauce de actuación esperanzador para revertir los daños ambientales a través de la restitución *in natura* del bien vulnerado o, en su defecto, por medio de una compensación económica (Rodeiro, 2024, 59-60). Además, con frecuencia también se exige, en uno u otro caso, la prestación de garantías suficientes en aras a su no reiteración futura a través de la suscripción de planes de contingencias o *environmental due diligence programs*, donde el agente productor del daño debe asumir estándares de diligencia debida dirigidos a la no causación futura de daños medioambientales<sup>4</sup>. De modo que,

---

4. Vid. el Informe «Study on due diligence requirements through the supply chain», elaborado por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea (2020, pp. 10, 25 y 48) donde se incluyen algunas propuestas de debida diligencia aplicables a las operaciones propias de las empresas para detectar impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente, incluyéndose daños medioambientales como, por ejemplo, los efectos negativos relacionados con el cambio climático.

pese a su finalidad propiamente restitutiva, lo cierto es que también cumple con una finalidad preventiva y disuasoria por cuanto el sujeto responsable no queda eximido de una eventual rendición de cuentas corporativa (García Martín, 2023, 10-11).

De ahí que, en el ámbito medioambiental, la justicia restaurativa ofrezca un marco jurídico solvente para hacer frente a aquellas prácticas insostenibles que son cometidas por las grandes corporaciones y que producen efectos tan adversos como la contaminación, la degradación del entorno natural, la deforestación o el agotamiento de los recursos naturales. A diferencia de los modelos punitivos más tradicionales, los mecanismos de justicia restaurativa se enfocan en la restauración de los ecosistemas dañados, la compensación a las comunidades afectadas y la promoción de prácticas sostenibles que reduzcan el riesgo de padecer futuras transgresiones. Y todo ello teniendo en cuenta que los daños ambientales no solo afectan a los individuos directamente involucrados, sino también a las generaciones futuras y al ecosistema en su conjunto (Vallespín Pérez, 2023, 6).

Situándonos dentro de la perspectiva europea, la preservación de los recursos naturales y la mitigación de los impactos negativos sobre los ecosistemas han ocupado siempre un lugar primordial dentro de la línea de actuación marcada por las instituciones comunitarias. De ahí que el Derecho medioambiental de la UE, cuyo cuerpo normativo empezó a fraguarse desde la aprobación del Acta Única Europea en 1986 hasta encontrarnos actualmente con una más que nutrida amalgama de directrices y normas, constituya un marco legal completo, extenso y ampliamente desarrollado que, sin estar exento de algunos puntos críticos en cuanto a su diseño e implementación, confiere una exhausta protección jurídica del medioambiente si se compara con las regulaciones contenidas en los ordenamientos de terceros Estados (Bagni, C. – Mumta, I. – Montini, 2022, 16).

Así, bajo el paraguas del Pacto Verde Europeo y dentro del marco de los compromisos asumidos con motivo del Acuerdo internacional de París, la UE, se han promulgado diferentes instrumentos normativos con los que alcanzar una neutralidad climática para el año 2050. En este sentido, destacan el Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, con el que, gracias a fijar los criterios que deben aplicarse a las inversiones y productos financieros para medir su grado de sostenibilidad medioambiental, se pretende reorientar los flujos de capital hacia inversiones sostenibles con el que incentivar un crecimiento sostenible e integrador a largo plazo; el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, que introduce el conocido Mecanismo de Recuperación y Resiliencia con el que se dota de fondos económicos a los Estados Miembros para la celebración de convenios, licitaciones de contratos y convocatorias de subvenciones y ayudas que tengan por finalidad, entre otros objetivos, el cumplimiento de las propuestas climáticas fijadas en el Pacto Verde y favorezcan la transición ecológica; o, más recientemente, la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, que viene a imponer a las sociedades cotizadas, grandes empresas y empresas de terceros países con actividad significativa, en consonancia con los operadores de los mercados financieros y de inversión, la obligación de divulgar y auditar determinadas cuestiones en materia de sostenibilidad (vid. art. 19 bis de la citada norma) con el propósito de garantizar la fiabilidad de los datos aportados, evitar

el temido blanqueo ecológico y contribuir a la transición hacia un mercado único europeo sostenible e integrador<sup>5</sup>.

De todo este impulso normativo, resulta indiscutible que las empresas se constituyen en agentes fundamentales imprescindibles para promover el avance de cualquier proyecto social en la medida que se erigen en el motor principal de la actividad económica, aportan un gran valor patrimonial a la sociedad y son fuente generadora de activos y recursos. De ahí que gran parte del éxito de esta proliferación de normas se haya debido al hecho de que, desde el ámbito comunitario, el abordaje de cualquier actuación que resulta fundamental para el desarrollo de la sociedad y la tutela de los bienes colectivos se ha intentado ejecutar siempre con el propósito de concienciar y, en la medida de lo posible integrar, a las empresas y el resto de agentes económicos.

Ahora bien, los operadores económicos no solo cumplen con una función vital de producción y abastecimiento, sino que también desencadenan notables impactos socio-laborales y medioambientales. Por este motivo, todo abordaje político y legislativo sobre cualquier aspecto estructural, como es la preservación del entorno natural, requiere partir de la premisa que ambos elementos, empresa y medio, constituyen, en realidad, dos vasos comunicantes y que, por tanto, la regulación que pretenda implementarse en cada uno de estos sectores debe hacer posible la consecución de unos mínimos intereses convergentes y complementarios.

Por lo que respecta a la protección y preservación del medioambiente dentro del espacio comunitario, el punto de equilibrio entre ambos elementos pasa obligatoriamente por el establecimiento de un modelo de producción y de consumo eficiente y retributivo que, orientado hacia la transición a una economía cíclica, permita el desarrollo de las libertades económico-patrimoniales derivadas de la libertad de empresa y la generación de riqueza, pero que, a su vez, resulte sostenible para el entorno y en el tiempo, gracias a la relocalización de las fuentes de producción, la reintegración de residuos en ecosistemas cercanos y la reducción en el uso de materiales y energías.

Cada vez son más las empresas que, en lo que parece ser una respuesta adaptativa a las demandas planteadas por sus diferentes stakeholders, han ido asumiendo en el terreno de la autorregulación (y, por lo tanto, de la voluntariedad), ciertos compromisos corporativos en materia de sostenibilidad. Un claro exponente lo encontramos en los compromisos que sobre medioambiente y desarrollo sostenible se incorporan, cada vez con mayor frecuencia, dentro de las distintas iniciativas de Responsabilidad Social Corporativa (Embid Irujo, 2019, 209-211). Sin embargo, al margen de las estrategias corporativas que tienen lugar dentro de la regulación privada en aras a reposicionarse con un mayor prestigio y excelencia empresarial ante sus respectivos grupos de interés (Alonso-Olea García, 2022, 20), es indispensable el impulso legislativo que promueva una renovación sistemática y fundamental de nuestro modelo económico.

---

5. En idéntica línea de actuación, también cabe hacer mención a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de marzo de 2023 (COM 2023 - 166 final2023/0085 (COD)), dirigida a combatir los comportamientos empresariales de blanqueo ecológico, *greenwashing* y *green-claims* mediante la prohibición de cualquier reclamo, alegación o expresión ecológica que resulte engañosa o genérica y no esté respaldada con una certificación oficial: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0166>



Al hilo de mejorar la calidad de vida y el medio ambiente en el ámbito de los Estados miembros, así como de disponer de herramientas jurídicas específicas con las que hacer frente a la comisión de posibles daños medioambientales en nuestro entorno natural, se adoptó, después de una dilatada trayectoria de trabajos preparatorios sobre la materia (en este sentido, puede citarse la Comunicación de la Comisión CEE al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre reparación del daño ecológico –más conocida como Libro Verde–), la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales<sup>6</sup>.

La Directiva 2004/35/CE, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 30 de abril de 2007, supuso la fijación de un marco jurídico común para la prevención y reparación de los daños medioambientales en la Unión Europea con el que suplir las diferencias existentes que hasta la fecha presentaban los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Su objetivo no es otro que garantizar que las empresas y demás entidades prestadoras de actividades sean declaradas, en primer lugar, responsables de los daños ambientales que causen al entorno y, en segundo lugar, obligadas a adoptar aquellas medidas necesarias para prevenir su reiteración futura. De ahí que la norma establezca la obligación a las empresas de adoptar medidas preventivas para evitar la ocurrencia de daños ambientales, así como también instaure un régimen de responsabilidad medioambiental propio y específico al margen del correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual (Soldevila Fragoso, 2023, 2).

En cuanto a las principales notas características del régimen de responsabilidad medioambiental introducido por la citada Directiva, bien puede destacarse su naturaleza administrativa; el carácter ilimitado de la responsabilidad (el contenido de la acción indemnizatoria alcanzará la totalidad de los costes derivados de la reparación de la conducta lesiva y de las medidas adoptadas para su prevención futura); así como la imposición de una responsabilidad objetiva para las actividades empresariales que han sido consideradas de riesgo para el medioambiente y que aparecen previstas en su Anexo III.

Aun cuando la Directiva no ha pretendido imponer una armonización total del régimen de responsabilidad medioambiental (Soldevila Fragoso, 2023, 5-6), correspondiendo, por lo tanto, a los Estados miembros el desarrollo de dicho régimen mediante leyes de transposición específicas (en el caso de España ha sido con la promulgación de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental<sup>7</sup> con la que se han introducido, como bien se indicará en posteriores apartados de este trabajo, disposiciones más rigurosas en determinados aspectos que los inicialmente previstos en el texto comunitario), lo cierto es que ha venido a revolucionar, en este ámbito particular, los cimientos del tradicional sistema de responsabilidad por culpa.

Como se hace constar en la Exposición de Motivos del texto comunitario (vid. considerandos 2 y 3), este nuevo giro normativo descansa en el gráfico y directo principio de «quien contamina, paga». Con base en esta expresión, los clásicos parámetros de

6. Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (Ref. DOUE-L-2004-81009). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81009>.

7. Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (Ref. BOE-A-2007-18475). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/10/23/26>.

imputación centrados en la culpa o negligencia del agente prestador de la actividad se han visto reemplazados por un sistema de responsabilidad objetiva. De modo que cuando sea posible establecer la relación de causalidad entre el daño medioambiental y la explotación de una actividad prevista en el Anexo III del texto comunitario, el agente explotador que ostenta el control sobre la actividad deberá asumir la obligación de devolver el recurso dañado a su statu quo, con independencia de si ha mediado culpa, dolo o negligencia en su actuación.

Debido a las importantes consecuencias jurídicas que comporta la implementación del principio de «quien contamina, paga», la correcta concreción e individualización del sujeto causante del daño se torna un aspecto crucial por cuanto será quién asuma íntegramente y en su totalidad, los costes derivados de la plena reversión del impacto que la actividad empresarial haya podido causar en el medio natural. Sin embargo, basta decir que ni la Directiva 2004/35/CE, como tampoco la Ley 26/2007, incorporan disposiciones detalladas y adecuadas que permitan delimitar con exactitud el ámbito subjetivo de aplicación de la norma. Estas deficiencias se tornan especialmente evidentes cuando el prestador de la actividad medioambientalmente dañina se corresponde con una sociedad integrada dentro de un grupo societario.

En estos casos, pese a la previsión de una regla específica sobre grupos de sociedades (vid. art. 10 de la Ley 26/2007, el cual será objeto de un análisis posterior), cabe cuestionarse si la responsabilidad se constriñe únicamente al prestador directo de la actividad por más que forme parte del entramado societario (lo cual puede ser una invitación a utilizar la separación jurídica de las sociedades como atractivos cortafuegos de responsabilidad, habida cuenta de que el alcance de esta, según la ley, es ilimitado), o bien, por el contrario, es posible extender el perímetro de responsabilidad del sujeto prestador hacia otras entidades mercantiles que, en virtud de la situación de grupo, ostentan un control directivo sobre el prestador directo de la actividad. A lo anterior se une, además, la complejidad propia que deriva de estar ante grandes organizaciones empresariales que operan a través de estructuras societarias, deslocalizadas y de ámbito transnacional.

Por lo que respecta a la responsabilidad medioambiental, actualmente nos encontramos con la reciente adopción, de este pasado 24 de abril de 2024, de la Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (en adelante, Directiva CSDDD)<sup>8</sup>. Con la promulgación de este nuevo texto normativo, cuya aprobación final, por otra parte, no ha sido especialmente sencilla dado el recelo que inicialmente habían expresado algunos países como Italia o Alemania respecto a las obligaciones plasmadas en la propuesta y la premura con la que ha debido afrontarse la tramitación del texto definitivo antes del cierre de legislatura del Parlamento Europeo con motivo de la convocatoria de elecciones para inicios de junio de 2024, se pretende asegurar que las empresas que operan dentro del mercado interior implementen acciones para identificar, corregir, suprimir y prevenir cualquier impacto negativo que sobre los derechos humanos o el medioambiente pudieran comportar no solo sus propias actividades, sino también las de sus filiales y proveedores.

---

8. Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, de 24 de abril de 2024 (P9\_TC1-COD-(2022)0051). El texto aprobado definitivamente, todavía pendiente de publicación en el DOUE, puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329\\_ES.html#title2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_ES.html#title2).

A pesar de que la primera fase de aplicación de la Directiva CSDDD no entrará en vigor hasta 2027, lo cierto es que, desde el ámbito comunitario, se ha dado un paso decisivo para avanzar hacia la sostenibilidad empresarial. En este sentido, la flamante norma comunitaria junto con implementar toda una serie de obligaciones empresariales en orden a cumplir con unos estándares mínimos de diligencia debida en materia de derechos humanos, también comporta una afectación directa en el régimen de medioambiental producida en el seno de grandes estructuras societarias en la medida que ha venido a reforzar el alcance de la responsabilidad intragrupo al extender, en virtud de un sistema centrado en la asunción de los riesgos, las eventuales responsabilidades que por efectos adversos, reales y potenciales, hubieran podido incurrir las sociedades filiales a las sociedades de control por medio de la diligencia debida que las matrices debieron haber desplegado respecto de estas últimas (vid. Considerandos 16 bis, 16 ter y 23 de la Exposición de Motivos). De tal modo que, como regla general, el sistema parte de la premisa que la empresa matriz deberá ser responsable solidaria junto con la filial en caso de que esta última no cumpla adecuadamente con sus obligaciones. No cabe duda que, pese al momento tan incipiente en el que nos encontramos, la Directiva CSDD va a suponer un cambio de paradigma en el terreno de la prevención e impacto medioambiental y su implementación, de carácter gradual, obligará a reajustar el escueto régimen interno de responsabilidad medioambiental previsto en nuestra Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental.

## II. LA PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En consonancia con las normas internacionales, la preservación del entorno medioambiental constituye un valor de merecida protección jurídica en nuestro ordenamiento jurídico interno. Como prueba de ello, el art. 45 de nuestra Carta Magna proclama, a modo de principio rector, el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medioambiente adecuado, así como la consiguiente obligación de reparar los daños que se hubieran podido ocasionar al entorno y recursos naturales. No obstante, siguiendo la dirección marcada por la reciente Resolución de la ONU, de 28 de julio de 2022 sobre el derecho humano a un medioambiente limpio, saludable y sostenible<sup>9</sup>, sería del todo recomendable que en la próxima reforma constitucional se readaptará el sentido del art. 45 CE y pasase de ser configurado como un bien de significada relevancia constitucional a un derecho estructural y fundamental, cuya preservación constituye el verdadero pórtico de entrada para el desenvolvimiento de otros derechos y libertades fundamentales ligados a la vida.

Por el momento, este mandato constitucional se ha visto facilitado, de una parte, gracias a la labor legislativa y, de otra, a la propia dinámica competitiva del mercado, pues en los últimos años numerosos agentes económicos, ya sea por imposición legal como por ver en ello un claro aliciente para diferenciarse del resto de competidores, han adaptado sus procesos de producción y distribución a comportamientos que, además

9. Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2022 (Ref. A/RES/76/300). Puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ceneam/grupos-de-trabajo-y-seminarios/centros-de-documentacion-ambiental-y-espacios-naturales-protegidos/tafalla-resolucion-a-76-300\\_tcm30-559607.pdf](https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ceneam/grupos-de-trabajo-y-seminarios/centros-de-documentacion-ambiental-y-espacios-naturales-protegidos/tafalla-resolucion-a-76-300_tcm30-559607.pdf).

de resultarles eficientes en términos económicos, no repercutan perjudicialmente al entorno que rodea su actividad. Sin embargo, la probabilidad de que el ejercicio de una actividad empresarial acabe por materializarse en un resultado tan perjudicial como difícilmente cuantificable, como es el daño medioambiental, sigue estando presente. La escasa concienciación medioambiental de algunos agentes empresariales (motivada, claro está, por la búsqueda continua de un mayor rédito económico), así como el riesgo de lesividad que resulta connatural a la explotación de determinadas industrias, siguen siendo factores que pueden producir una afectación directa al contenido del art. 45 CE.

Junto a las dificultades que acompañan a los elementos objetivos del régimen de responsabilidad medioambiental, especialmente en lo que se refiere al alcance e individualización del daño (Aviñó Belenguer, 2015, 129-132; Castellano Jiménez, 2008, 369-371; García Rocasalva, 2018, 331-332; Ruda González, 2008, 156-159; Valencia Martín, 2010, 2-3; Vinaixa Miquel, 2006, 33-48), deben añadirse aquellas otras relacionadas con la determinación del sujeto responsable frente al que dirigir la pretensión de resarcimiento. En un principio, la figura del responsable debiera corresponderse con la del operador económico que realiza o es titular de la actividad a la que cabe imputar el resultado dañoso. Ahora bien, esta aseveración no encuentra siempre un fácil encaje dentro de la amalgama de supuestos que integran la realidad de nuestro tráfico económico. Así acontece, por ejemplo, cuando el daño medioambiental se comete en presencia de un grupo de sociedades donde cada operador económico desarrolla individualmente una actividad de mercado, pero lo hace bajo estructuras organizativas de orden plural y articuladas a través de nexos de dependencia y control entre los diferentes sujetos que las integran (Arriba Fernández, 2009, 341-355; Caba Tena, 2019, 111-119; Fernández Markaida, 2001, 149-153; Hijas Cid, 2017, 443-445; Latorre Chiner, 2020, 156-160; Paz-Ares Rodríguez, 2020, 636-641; Sánchez Calero, 2002, 7-9).

No cabe duda que la superación del clásico modelo societario por otras fórmulas organizativas de orden plural, dentro de las cuales los grupos societarios representan por su grado de cohesión y permanencia su máximo exponente, ha brindado a los actores económicos innumerables ventajas competitivas (Paz-Ares Rodríguez, 2019, 96-97; Rivero Lamas, 2003, 23-28). Sin embargo, la difusión en torno al órgano que toma de las decisiones empresariales, así como el ámbito interno en el que se fraguan, hacen que la concreción de las relaciones de responsabilidad entre los integrantes del grupo sea una cuestión realmente compleja, sobre todo si en la producción del daño concurre un elemento internacional (vgr. deslocalización entre la sociedad que adopta la decisión y aquella otra que ejecuta la actividad) (Ballesteros Pinilla, 2010, 2-6; Brino, 2019, 4-8; Durán Ayago, 2020, 186-189; García Álvarez, 2016, 149-153; Zamora Cabot, 2020, 33-35) o bien se está en presencia de una vulneración que afecta a bienes de naturaleza supra-individual como el que ahora nos ocupa.

Por esta razón, el tratamiento jurídico de la responsabilidad civil en materia medioambiental suscita, cuando menos, numerosos interrogantes que todavía se agravan si se analizan desde la óptica singular de los grupos de sociedades. Aun así, la problemática que subyace en las relaciones de responsabilidad en materia de protección medioambiental no es otra que la confrontación entre dos de los principios rectores bajo los que puede reordenarse la prestación de actividades empresariales y profesionales de los operadores económicos: de una parte, el principio de separación de personalidad

jurídica, tanto entre los diferentes operadores económicos como entre éstos y las personas físicas o de derecho que los conforman (regla del *entity law*), y de otra, el reconocimiento de la legitimidad del grupo en orden a concebir dicha institución como una sola unidad empresarial a la que le pueden ser imputables tanto derechos como obligaciones (Caba Tena, 2019, 85-102; Girgado Perandones, 2002, 32-33).

A pesar de la relevancia que ocupan los grupos societarios en la realidad material del mercado, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico todavía no ha dispuesto de un régimen legal dirigido a regular, con carácter global y sistematizado, las cuestiones que acompañan a este fenómeno societario. A falta de la más mínima previsión normativa, debe prevalecer el principio de separación de personalidad jurídica y su consiguiente limitación del riesgo empresarial, de modo que la responsabilidad en la que pudiera incurrir cada una de las empresas del grupo no podrá exceder, en principio, del ámbito de actividad que le resulte imputable (Arriba Fernández, 2009, 396-399). Lo anterior no supone, sin embargo, obstáculo alguno en orden a reconocer ciertas situaciones en las que es posible proceder a una comunicación o extensión de responsabilidad hacia la sociedad que, permaneciendo en la sombra, ha ostentado el poder de decisión sobre la actividad empresarial que ha ocasionado el daño (Basozabal Arrue, 2015, 72).

En todo caso, el control material o fáctico que es ejercido por una sociedad diferente a la que luego desempeña la actividad lesiva para el medioambiente es un elemento que no debe pasar desapercibido en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual. De no tomar en consideración esta separación, aparentemente formal, de actividad entre una y otra sociedad, existiría el riesgo de encubrir, bajo una estructura de grupo, una evasión de responsabilidad gracias a la fragmentación de las actividades entre los diferentes agentes que componen tal figura colectiva. Riesgo este que finalmente puede conducir, en el peor de los escenarios, a situaciones en las que el perjudicado se vea imposibilitado de satisfacer su derecho de crédito porque se ha procedido, por ejemplo, a la descapitalización de la sociedad del grupo que ha sido declarada responsable (Largo Gil - Hernández Sainz, 2003, 419-424) o bien esta se halla declarada en concurso de acreedores (Fuentes Naharro, 2007, 151-152).

Lejos de negar la existencia de dicho fenómeno societario dentro de la realidad del tráfico económico, el interés del presente estudio no es otro que analizar, en primer lugar, si los criterios de atribución de responsabilidad seguidos por la normativa administrativa de protección medioambiental se ajustan a los supuestos de responsabilidad en los que entra en juego una situación de grupo de sociedades, para, acto seguido, examinar si esas mismas reglas de imputación también permiten declarar la responsabilidad de la sociedad matriz por las actuaciones de las sociedades filiales cuando, sirviéndose de su poder de dirección y control, la matriz ha motivado o consentido la actuación lesiva para el medioambiente.

### III. NOTAS DEFINITORIAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL EN LA LEY 26/2007

La responsabilidad medioambiental es una de las formas específicas en las que puede manifestarse la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana y a las que el artículo

1902 de nuestro código civil proporciona amparo. Sin embargo, algunos de los rasgos identificativos bajo los que se expresa el daño ambiental han motivado que la responsabilidad originada por causa de este ilícito extracontractual no deba ser depurada por medio de los instrumentos generales que adjetivan esta responsabilidad, sino a través de un régimen jurídico singular y de naturaleza administrativa (Valencia Martín, 2023, 8-10).

A dicho objetivo ha venido a dar cumplimiento nuestro legislador mediante la promulgación de la *Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental* (en adelante, LRM)<sup>10</sup>. Con ello, no solo se ha dado cumplimiento a la transposición de la *Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*, sino que en ocasiones se ha superado el umbral de protección marcado por el propio instrumento comunitario (así acontece con la relación de actividades sujetas al régimen de responsabilidad objetiva) (Gomis Catalá, 2008, 112).

A efectos de delimitar el ámbito objetivo de la responsabilidad medioambiental (Esteve Pardo, 2008, 28-32; García Rocasalva, 2018, 231; Valencia Martín, 2023, 23-24), es preciso tener en cuenta que los bienes jurídicos que constituyen su objeto de protección (y que el texto normativo con frecuencia recoge bajo la expresión de «protección al medioambiente») son los referidos a los «recursos naturales» de origen acuático y terrestre. Estos, a su vez, comprenden de las especies silvestres (flora y fauna) y de sus hábitats (entendiéndose por tales las aguas, la ribera del mar, las rías, la biodiversidad y los suelos)<sup>11</sup>. Junto a la noción de entorno medioambiental, es importante precisar que «daño medioambiental» es todo «cambio adverso y medible de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales, tanto si se produce directa como indirectamente» (art. 2.1.2º LRM).

La pretensión que persigue la LRM con la declaración de responsabilidad medioambiental es doble: de una parte, impeler a los agentes empresariales a cumplir con toda una serie de medidas de protección medioambiental para la puesta en marcha de su actividad (finalidad preventiva); y de otra, obligar a aquellos sujetos que han originado un impacto medioambiental negativo a revertir, con sus propios recursos económicos, sus consecuencias (función reintegradora). De ahí que el art 9.1 LRM expresamente haya previsto que el contenido de la responsabilidad sea de alcance ilimitado, debiendo el responsable sufragar el coste íntegro de todas las acciones que sean necesarias para restituir el medio afectado a su estado originario.

Por lo que respecta a las prestaciones que pueden originar la responsabilidad medioambiental, el propósito de esta norma es firme y dirigido a cualquier actividad que sea susceptible de ocasionar un impacto medioambiental negativo con independencia

10. Debe tenerse en cuenta que algunas de las cuestiones sustantivas contenidas en la LRM han sido objeto de desarrollo parcial a cargo de disposiciones reglamentarias como el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre (Ref. BOE-A-2008-20680, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/12/22/2090/con>) y las órdenes ministeriales ARM/1783/2011, de 22 de junio (Ref. BOE-A-2011-11176, <https://www.boe.es/eli/es/o/2011/06/22/arm1783>); Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre (Ref. BOE-A-2017-12356, <https://www.boe.es/eli/es/o/2017/10/23/apm1040>); y TEC/1023/2019, de 10 de octubre (Ref. BOE-A-2019-14728, <https://www.boe.es/eli/es/o/2019/10/10/tec1023>).

11. Cfr. art. 2.1.17º con arts. 2.1.4º y 2.1.5º de la LRM.

de su naturaleza –siempre que sea profesional– y del titular público o privado que la presta. En consecuencia, la exigencia de profesionalidad a la que se refiere el art. 2.11 LRM, que no de ánimo lucrativo, tan solo excluye de su ámbito de aplicación a las actividades que se desarrollen con carácter recreativo y de entretenimiento, es decir, aquellas que no guarden relación con el ámbito de actuación propio de la razón profesional del operador (Esteve Pardo, 2008, 40).

Dentro del ámbito objetivo de la LRM resulta trascendente distinguir la actividad que puede dar lugar a la obligación de responder. Ello es así porque la LRM, entre sus novedades más destacables, ha optado por articular la obligación resarcitoria a través de un régimen de responsabilidad dual (objetiva/negligente) en función de la actividad empresarial que origina o es susceptible de originar un daño medioambiental. En primer lugar, el art. 3.1 LRM establece un régimen de imputación objetiva para una lista heterogénea de actividades que, en todo caso, se corresponden con las enumeradas en el Anexo III de la propia ley. El fundamento que ha motivado al legislador a simplificar la atribución de responsabilidad para determinados supuestos es el riesgo de contaminación que algunas actividades entrañan para el entorno (vgr. por razón de los componentes o tecnologías empleadas en los procesos de producción/transformación industrial o bien porque la actividad se desarrolla en un paraje natural) (Casado Casado, 2008, 233-235).

En defecto del régimen anterior, en el apartado segundo del art. 3 LRM se fija la responsabilidad civil de carácter subjetivo. Con dicha previsión se viene a cubrir, a modo de cláusula de salvaguarda, todas aquellas conductas empresariales que, no incluyéndose en el *numerus clausus* del Anexo III, hubieran ocasionado un daño medioambiental o representar una amenaza inminente de hacerlo. Únicamente indicar que la concreción de este régimen de responsabilidad, basado en la constatación de una actuación negligente, coincide, en términos generales, con el dispuesto en el art. 1902 del CC (por lo que será imprescindible la determinación del daño, del nexo causal y la concurrencia de culpa o negligencia – en este caso asimilable a la de un buen padre de familia ex art. 1104 del CC).

#### **IV. LA CONCEPCIÓN DEL «SUJETO RESPONSABLE» Y SU TRASLACIÓN A LOS GRUPOS DE EMPRESAS**

Delimitados los principales aspectos que integran el ámbito objetivo de la responsabilidad medioambiental, conviene, a continuación, dirigir el análisis hacia los sujetos frente a los cuales debe canalizarse tal obligación. En consonancia con la orientación marcada por la Directiva 2004/35/CE sobre protección medioambiental, la LRM ha optado por articular un régimen de atribución de responsabilidad basado en un *modelo de canalización estricta* (Gomis Catalá, 1998, 149-151). De tal forma que la obligación en torno a la adopción de las medidas de prevención y reparación de los daños ambientales recaerá, por norma general, en el sujeto que desarrolla o explota la actividad empresarial (que según los términos de los arts. 2.10 y 9.1 LRM se identifica con la figura del «operador»).

Este modelo de canalización estricta de responsabilidad queda, en cierto modo, matizado si se tiene presente que, junto a la figura del operador económico, como responsable principal, también podrán sumarse, adicionalmente, otros sujetos que, aun no interviniendo en la actuación lesiva, pueden ser declarados responsables de las obligaciones pecuniarias derivadas de la actuación empresarial del operador (Casado

Casado, 2008, 234). La participación de estos últimos podrá ser de forma directa y solidaria (art. 13.1 LRM) o subsidiaria (art. 13.2 LRM).

Como se ha tenido la ocasión de anticipar, la identificación del sujeto responsable coincide con la noción de «operador» prevista en el art. 2.10 LRM. Como regla general, dicha figura se corresponderá con la persona física o jurídica que desempeñe una actividad económica o profesional susceptible de generar un impacto medioambiental dañino. No obstante, siendo consciente de que una interpretación estricta de la noción de operador puede conducir a una posible omisión de responsabilidad, el art. 2.10 LRM *in fine* ha ampliado considerablemente el círculo de sujetos sobre los que pueden recaer las correspondientes medidas de prevención y reparación. El riesgo que puede entrañar una interpretación formalista del concepto de «operador» ya fue puesta de manifiesto en su día por Serrano Paredes (1994, 8-9), quien advirtió posibles situaciones de responsabilidad parcial donde el verdadero propietario o sujeto que ejerce el control sobre la actividad lesiva pudiera quedar impune de la obligación de responder por los daños causados al medioambiente o incluso que dicha lesión no pudiera ser reparada por incurrir el propio operador en una situación de insolvencia. De esta forma, también actuarán en calidad de responsable principal aquellos otros agentes empresariales que, pese a no ejecutar por si mismos la actividad, ostenten un poder de supervisión o de control sobre la misma («en virtud de cualquier título controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico»).

Lo anterior permite reconocer que la LRM ha previsto una definición extensa y funcional en torno a la figura del operador. Con ello no solo se amplía considerablemente el ámbito subjetivo de responsabilidad, sino que también hace posible que la obligación de reparar pueda recaer sobre el verdadero agente que ha propiciado la actuación antijurídica y que, en ocasiones, no tiene por qué coincidir con el explotador directo de la misma (responsabilidad por control) (De Miguel Perales, 2008, 9).

La admisión de este planteamiento adquiere mayor virtualidad práctica cuando la lesión medioambiental es cometida por un agente económico cuya actuación tiene lugar bajo una relación de grupo. De abogar por tal visión integradora, no habría ningún inconveniente en incluir dentro de la figura del *responsable* a la sociedad matriz si la conducta que origina el daño medioambiental, pese a ser ejecutada por otra entidad, se encuentra inmersa dentro de su esfera de control (Arriba Fernández (2009, 112-114)<sup>12</sup>. Ello es así porque las notas de dependencia y control que presiden esta clase de fenómenos societarios podrían acomodarse al ámbito subjetivo del art. 2.10 LRM. Sin embargo, son varias las cuestiones que deben resolverse en orden a adecuar el régimen de responsabilidad medioambiental a las situaciones de grupos de sociedades.

La primera de ellas guarda relación con los términos de «control» y «poder económico» que emplea el art. 2.10 LRM para delimitar la figura del sujeto responsable (Casado Casado, 2008, 247-248). En particular, cabe precisar si se está en presencia de conceptos

---

12. Es más, consideramos que tampoco existiría impedimento alguno en respaldar que el art. 2.10 LRM puede ofrecer una solución en idéntico sentido cuando lo que se pretende es diluir la responsabilidad civil mediante el empleo de sociedades interpuestas, pues en estos supuestos el impacto medioambiental habrá sido causado por un agente cuya actuación está bajo control de una de las sociedades filiales del grupo y esta a su vez se halla bajo la dirección unitaria de la matriz.



autónomos y específicos de este ámbito de responsabilidad o, por el contrario, la LRM se refiere a ellos siguiendo el sentido que habitualmente se emplea en el Derecho de grupos. La interpretación a favor de una u otra opción no es una cuestión baladí, ya que, de estar ante conceptos autónomos de la propia ley, los requisitos exigidos desde la perspectiva societaria resultarían insuficientes para apreciar la existencia de control o poder determinante para extender la responsabilidad medioambiental entre operadores.

Sobre este particular debe tenerse en cuenta que la LRM en ninguno de sus preceptos aporta definición alguna que nos ayude a clarificar aquello que debe entenderse por *controlar u ostentar un poder económico sobre el funcionamiento técnico de la actividad*. Únicamente señala que, para facilitar la determinación del operador económico (donde cabe incluir los supuestos en los que uno de ellos actúa de forma indirecta o mediata), deberá estarse a las especificaciones de las disposiciones administrativas de orden sectorial o bien a la información contenida en la autorización o licencia que, por razón de la actividad, en su caso corresponda.

Aunque pudiera darse a entender que con ello la LRM pretende limitar tanto la interpretación de la figura de operador como la de sus presupuestos a lo dispuesto únicamente en la normativa de carácter administrativo (entre los que se encuentran las nociones de control y de poder económico); lo anterior no es óbice para excluir sin más la posibilidad de recurrir a otras interpretaciones que sobre esas mismas nociones se han construido desde otros campos jurídicos. Ello es así porque, de una parte, el propio art. 2.10 LRM parte de una visión excesivamente amplia que no permite ser analizada solo con los instrumentos de Derecho administrativo (en caso contrario, el alcance de la expresión «*en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico*» quedaría prácticamente vacío de contenido); y de otra, la remisión que efectúa el propio precepto a otras disposiciones de orden administrativo no debe entenderse como un parámetro normativo imperativo y excluyente<sup>13</sup>.

Como se advierte de la fórmula verbal empleada («*se tendrá en cuenta*»), la previsión del art. 2.10 LRM obedece más bien a la intención, por parte de nuestro legislador, de ofrecer un criterio con el que afrontar, a título orientativo, los problemas de identificación de los sujetos responsables cuando entre los mismos medie una situación de control o de poder económico, pero sin excluir, en ningún caso, la posibilidad de que puedan entrar en juego otros parámetros que, por su ratio más específica, se adecúen mejor a las particularidades del supuesto que da pie al nacimiento de la responsabilidad medioambiental (como bien sucede en materia de grupos societarios) (De Miguel Perales, 2008, 8-9).

---

13. Consideramos que esta interpretación de corte «aperturista» encuentra todavía un mayor respaldo si se contrasta el art. 2.10 LRM con la definición de operador contemplada en el art. 2.6 de la Directiva 2004/35/CE («operador: cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad»). De su lectura se advierte como el texto comunitario señala, a título ejemplificativo, que la información contenida en un permiso administrativo debe considerarse un criterio a tener en cuenta para concretar el sujeto que ostenta el poder económico sobre la actividad, pero sin que en ningún caso deba ser el único parámetro válido para individualizar al responsable principal del daño.

Si nos remitimos a lo que otros textos sobre protección medioambiental han dispuesto acerca de las relaciones de responsabilidad entre agentes económicos, cabe extraer algunas precisiones que, pese a no ser del todo profusas, sí son de utilidad para concretar aquello que cabe entender por control sobre una actividad económica en el ámbito de la protección medioambiental. Así, el *Convenio de Lugano de 1993* precisa, por ejemplo, que la responsabilidad correrá a cargo del explotador, incluyéndose en dicha figura al operador económico que ejerza el control de la actividad<sup>14</sup>. Asimismo, el texto añade que para la determinación del sujeto que ejerce el control de la actividad no solo se valorarán las circunstancias jurídicas, sino que también deberán tenerse en cuenta las económicas y financieras. En idéntico sentido el *Libro Blanco sobre responsabilidad medioambiental* señala que será responsable «la persona que ejerza el control de la actividad incluida en el ámbito de aplicación del régimen que haya ocasionado los daños (el operador)», para luego matizar que «las entidades de crédito que no tengan un control operativo de la actividad no deben responder por los daños»<sup>15</sup>.

Los requisitos previstos en un uno y otro texto normativo amplían el ámbito subjetivo de la responsabilidad, no limitando su alcance únicamente al sujeto que ejecuta o explota la actividad lesiva. A su vez, coinciden en gran medida con las precisiones que se han sistematizado desde la óptica del Derecho de sociedades. De ahí que nos parezca justo abogar por su traslación antes que admitir que se trata de conceptos autónomos e independientes propios de este ámbito de responsabilidad civil.

De acuerdo con lo anterior, el control al que alude la LRM, como también los citados textos internacionales, debe reconducirse a la capacidad que ostenta la sociedad que, no interviniendo en la ejecución de la actividad, asume la dirección y supervisión de la prestación económica que resulta levisa para el medioambiente (Vinaixa Miquel, 2006, 376). Solo así parece lógico que el *Convenio de Lugano de 1993* exija para determinar si existe una situación de control una valoración de los sectores que son estratégicos para garantizar una política empresarial autónoma; y que el Libro Blanco, por su parte, excluya de responsabilidad al agente económico que, aportando solvencia económica, no ostenta ningún tipo de control operativo sobre la actividad.

## V. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA SOCIEDAD MATRIZ POR LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES ORIGINADOS POR LA FILIAL EXPLOTADORA DE LA ACTIVIDAD

En sede de responsabilidad por daño medioambiental, de modo similar a lo que acontece para el resto de ámbitos de responsabilidad civil extracontractual en los que entra en juego una dinámica de grupo, no existe previsión alguna que traslade de forma automática la

14. Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medioambiente, aprobado por el Consejo de Europa en Lugano el 21 de junio de 1993 (32 ILM 1993/128). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1993:0047:FIN:ES:PDF>.

15. Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, de 9 de noviembre de 2000 (COM/2000/0066 final). Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0066:FIN:ES:PDF>.

obligación de responder a la sociedad matriz de los actos cometidos por otra entidad que forma parte del grupo societario (en contra de reconocer una extensión automática de la responsabilidad entre empresas de un mismo entramado societario se han posicionado Arriba Fernández, 2009, 396-399; Fuentes Naharro, 2007, 220-221); Girgado Perandones, 2002, 29-31); Largo Gil - Hernández Sainz, 2003, 410-411; Paz-Ares, 1999, 247; Vinaixa Miquel, 2006, 376-378). A falta de un régimen específico que aborde las relaciones de responsabilidad entre los diferentes integrantes de una empresa de grupo, por el momento no cabe estimar la personificación del grupo como sujeto único a quien imputarle la responsabilidad civil. Ello comporta, como es lógico, que los presupuestos que fundamentan la presencia de un grupo societario permitan constatar su efectiva existencia, pero su concurrencia no habilita, con carácter general, para proceder a una comunicación de responsabilidad a la sociedad que ha ostentado el poder de decisión sobre la actuación del resto de integrantes.

Centrándonos de forma más concreta en lo dispuesto en la LRM, resulta cuanto menos sorprendente que la citada ley haya previsto una regla específica dirigida a clarificar el ámbito subjetivo de la obligación de responder cuando el daño medioambiental sea causado por un operador que está integrado dentro de una empresa de grupo. Así, el art. 10 LRM dispone expresamente que: «*En el supuesto de que el operador sea una sociedad mercantil que forme parte de un grupo de sociedades, según lo previsto en el artículo 42.1 del Código de Comercio, la responsabilidad medioambiental regulada en esta ley podrá extenderse igualmente a la sociedad dominante cuando la autoridad competente aprecie utilización abusiva de la persona jurídica o fraude de ley*».

Ahora bien, el esfuerzo mostrado por el legislador por dotar de carta de naturaleza a las particularidades que acompañan a este fenómeno societario, tan común en la realidad del tráfico económico, ha quedado, por otra parte, diluido debido a la vaguedad de su enunciado, sobre todo en lo que respecta a los presupuestos que deben estimarse necesarios para extender la responsabilidad medioambiental entre la entidad mercantil que desempeña la actividad y la sociedad que ostenta el poder de dirección dentro del grupo.

De acuerdo con el contenido del art. 10 LRM son varias las precisiones que deben señalarse al respecto. A diferencia de lo dispuesto en otras disposiciones normativas de carácter específico, la LRM no aporta una definición singular acerca de este fenómeno societario. Para apreciarse la existencia de una empresa de grupo, a efectos de dirimir una acción de responsabilidad civil medioambiental, deberá estarse a lo dispuesto en el art. 42.1 del Código de Comercio, cuya definición, dicho sea de paso, carece de una entidad global, puesto que el tenor del precepto es a los solos efectos de unificar la contabilidad registral entre las sociedades del grupo.

El art. 42.1 CCom señala, por su parte, que se estará en presencia de un grupo de sociedades cuando «una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». Hasta lo aquí expuesto resulta poco relevante para la LRM en la medida que los elementos fundamentales que caracterizan la noción de grupo ya encuentran cabida sin mayor dificultad en el contenido del propio art. 2.10 LRM. Por el contrario, recobra una mayor virtualidad práctica los diferentes supuestos presuntivos que reúne el art. 42.1 CCom dirigidos a corroborar la existencia de control de la sociedad dominante y que sirven de elemento constitutivo de la

relación de grupo. A través del elenco de presunciones del art. 42.1 CCom es posible perfilar el contenido de los términos de «control» o «poder económico» empleados en el art. 2.10 LRM (Boldó Roda, 2006, 335-337; Caba Tena, 2019, 117-118); Fernández Markaida, 2001, 217-218; Morales Barceló, 2021, 26-28; Paz-Ares Rodríguez, 1999, 230-233; Vázquez Albert, 2018, 16-17).

Con todo, la remisión que la LRM efectúa a lo dispuesto en el Código de Comercio en materia de grupos societarios es en cierto modo comprensible. Difícilmente podría alcanzarse una respuesta satisfactoria a un fenómeno tan complejo y especializado, como el que ahora nos ocupa, desde una ley específica y tan singular que, además, ha sido elaborada desde la óptica de otro ámbito jurídico. Ahora bien, no deja ser en cierto modo cuestionable que el art. 2.10 LRM, relativo a la figura del operador responsable, arroje mayor claridad y precisión en materia de grupos societarios que la regla específica del art. 10 LRM.

Por lo que respecta al análisis del art. 10 LRM, su contenido parece remitirse a los presupuestos que nuestros órganos jurisdiccionales han venido exigiendo, con carácter general, para vencer el principio de independencia de la personalidad jurídica entre sociedades y traspasar su correspondiente limitación de la responsabilidad. En este sentido, un sector mayoritario de la jurisprudencia se ha mostrado favorable a recurrir a la doctrina del levantamiento del velo para resolver las relaciones de responsabilidad que pudieran suscitarse entre los integrantes de un grupo de empresas<sup>16</sup>.

De abogar por este posicionamiento, no bastaría con corroborar la existencia de una relación de grupo, sino que, a falta de reconocimiento jurídico de la personalidad de dicha agrupación, también es imprescindible la apreciación de otros requisitos específicos que permitan extender la responsabilidad civil entre las sociedades que lo conforman (esto es, la constatación de una actuación fraudulenta o abusiva de la personalidad societaria – vid. Boldó Roda, 2006, 348-351–; una confusión patrimonial entre las sociedades del grupo que conduzca a una eventual infracapitalización o desplazamiento de patrimonios (Fernández Markaida, 2001, 221-223); así como el carácter

---

16. Como ya tuvo ocasión de señalar el TS en su emblemática Sentencia núm. 590/1984 de 28 de mayo (RJ 1984/2800) en la que, por vez primera, trasladó dicha doctrina al contexto particular de los grupos societarios, para extender la responsabilidad de una sociedad del grupo al agente del que en realidad proviene tal decisión empresarial es necesario corroborar que: a) el entramado que conforma el grupo societario encubre, conforme a los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, un uso fraudulento o inadecuado de la personalidad jurídica de todos o algunos de sus integrantes; b) se evidencie el propósito de eludir algún tipo de responsabilidad personal o patrimonial respecto a acreedores, socios minoritarios o terceros; c) resulte apreciable un entorno de confusión entre sociedades que evidencie la falta de autonomía en la actuación empresarial de aquella sociedad que realiza la actividad o suscribe el negocio jurídico; y d) se proceda a una infracapitalización o desplazamiento patrimonial de la sociedad a la que le corresponde asumir individualmente la responsabilidad hacia otras sociedades del grupo sin justificación económica o jurídica que respalde tal operación. Tales requisitos han sido matizados con posterioridad por nuestro Alto Tribunal en múltiples resoluciones, entre las que pueden reseñarse, a título meramente enunciativo, las siguientes: STS núm. 445/2001 de 9 de mayo (RJ 2001/7386); STS núm. 845/2003 de 11 de septiembre (RJ 2003/6067); STS núm. 440/2005 de 30 de mayo (RJ 2005/4244); STS núm. 764/2006 de 20 de julio (2006/6549); STS núm. 614/2010 de 19 de octubre (RJ 2010/7588); STS núm. 212/2013 de 5 de abril (2013/4937); STS núm. 74/2016 de 18 de febrero (RJ 2016/566); STS núm. 47/2018 de 30 de enero (RJ 2018/296); STS núm. 598/2018 de 31 de octubre (RJ 2018/4729); o la más reciente STS núm. 5/2021 de 18 de enero (RJ 2021/99).

instrumental de la sociedad filial al emplearse como barrera de protección *ad hoc* en orden a eludir eventuales responsabilidades) (Hijas Cid, 2017, 482-483).

Dentro de la doctrina del levantamiento del velo aplicable en sede societaria, cabe traer a colación, debido a la relevancia que ello puede tener en orden a las acciones de reparación por daño medioambiental, aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que han terminado por extender la responsabilidad de la sociedad dominante a los supuestos en los que la actuación de otra empresa del grupo ocasiona un perjuicio patrimonial a terceros. Para que en estos casos pueda operar tal comunicación de responsabilidad se requiere que la sociedad que actúa como cabeza de grupo, debido a que no interviene directamente en la actuación, presente algún tipo de vinculación que permita vencer la ficción legal e imputar al agente que ha motivado, en realidad, el acto empresarial originario de la responsabilidad. Algunos ejemplos que han encontrado resguardo bajo esta doctrina pueden reconducirse, principalmente, a supuestos en los que la sociedad dominante se ha servido de su posición de garante o bien ha creado una apariencia de confianza con la que incentivar, en uno u otro caso, a los terceros a relacionarse con la sociedad dominada porque ello redundaría en beneficio del grupo o en interés de la sociedad dominante<sup>17</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el ánimo defraudatorio que se esconde detrás de la apariencia de seguridad y/o de solvencia en las relaciones con sujetos ajenos al grupo, adquiere una singular importancia en los supuestos de responsabilidad medioambiental. Ello es así porque, en este ámbito particular de actuación, la separación, cuanto menos aparente, de la personalidad jurídica entre las diferentes sociedades que forman parte del grupo se erige en un instrumento útil para fragmentar la responsabilidad, ya de por sí difusa, que pudiera derivarse de la explotación de una actividad empresarial en el entorno medioambiental. Circunstancia esta que todavía se ve más agravada si se atiende al carácter ilimitado de la responsabilidad del que parte la LRM y de las múltiples medidas de reparación y prevención en las que puede materializarse.

Junto al empleo instrumental de la personalidad jurídica, otro riesgo que cabe constatar es aquel en el que una de las sociedades que se halla sometida bajo una situación de control pretenda prevalecerse de la apariencia de unidad e integración que mantiene respecto de la sociedad que encabeza la agrupación. Esta exteriorización del grupo no obedece a un ideal de transparencia, sino que más bien encubre el propósito de la filial por conseguir, gracias al prestigio técnico, experiencia o solvencia económica de la sociedad dominante, una posición más ventajosa en el procedimiento de licitación en el que se decide la concesión de la explotación de un medio o recurso natural. Luego, la cobertura que pudiera llegar a ofrecer la sociedad dominante no deja de ser ficticia porque en caso de tener que hacer frente a los incidentes que pudieran derivarse de la

---

17. Sin desvirtuar la premisa fundamental de considerar que los grupos de sociedades no son por sí solos fenómenos constitutivos de fraude, una de las líneas marcadas por nuestro Alto Tribunal para entablar una comunicación de responsabilidad entre la sociedad cabeza de grupo y aquella otra cuya actuación es la que origina el daño patrimonial a terceros, es recogida en las STS núm. 530/2002 de 4 de junio (RJ 2002/6754); STS núm. 375/2005 de 25 de mayo (RJ 2005/5703); STS núm. 201/2008 de 28 de febrero (RJ 2008/4034); STS núm. 47/2018 de 30 de enero (RJ 2018/296); STS núm. 5/2021 de 18 de enero (RJ 2021/99); así como la SAP de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 55/2010 de 5 de febrero (JUR 2010/223244) y la SAP de Madrid (Sección 20ª) núm. 5/2010 de 22 de diciembre (JUR 2010/92780).

explotación de la actividad empresarial, bien podría acogerse a la garantía de la responsabilidad individual y limitada que le brinda el entramado societario. La idea anterior se ve reforzada con el hecho que la empresa matriz que «respalda» a la filial licitadora se halla, con frecuencia, deslocalizada en otro estado distinto al del operador de la actividad, por lo que la viabilidad de dirigírsele una acción de reclamación civil muchas veces se diluye entre cuestiones de jurisdicción y competencia judicial (Ballesteros Barros, 2018, 43-44; Chiara Marullo, 2020, 62-64; Girgado Perandones, 2002, 87-88; Vinaixa Miquel, 2006, 388-390).

Expuestas las precisiones generales de la doctrina del levantamiento del velo, si se contrastan con el contenido del art. 10 LRM se advierte como la virtualidad que cabe predicar de esta regla específica es manifiestamente escasa. Y ello por dos motivos fundamentales. De una parte, el art. 10 LRM reproduce una previsión del todo innecesaria porque, no solo como se acaba de exponer, parece aludir a los presupuestos generales de la doctrina del levantamiento del velo; sino porque ya es posible alcanzar idéntica conclusión jurídica por vía de la noción de responsable principal del art. 2.10 LRM (esto es, proceder a la extensión de responsabilidad entre sociedades cuando la que ha promovido la decisión que ha dañado el medioambiente es distinta a la entidad que ejecuta la actividad).

No obstante, es necesario matizar que no se está en presencia de una verdadera reiteración. De ser así bien podría celebrarse cuanto menos la consagración legal de la doctrina del levantamiento del velo para este ámbito específico de responsabilidad. La remisión que efectúa el propio art. 10 LRM respecto a la construcción del levantamiento del velo, mereciendo por ello todavía mayor crítica, es incompleta e inexacta toda vez que el precepto omite otros presupuestos que la jurisprudencia ha estimado esenciales para poder vencer los principios de personalidad jurídica y separación patrimonial entre sociedades.

El descuido de algunos de los presupuestos de la teoría del levantamiento del velo en el ámbito de las acciones de responsabilidad por daño medioambiental suscita cuanto menos dos cuestiones controvertidas. La primera se centra en discernir si el legislador ha pretendido ir un paso más allá hasta el extremo que cabe presumir la existencia de una utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el art 10 LRM, se constate la presencia de un grupo societario sin más. La respuesta a tal cuestión entendemos que debe ser negativa, tal como sucede en el resto de ámbitos donde deben dirimirse cuestiones de responsabilidad extracontractual en el seno de un grupo societario. Ello es así porque la exigencia de los elementos de carácter subjetivo que deben concurrir en el comportamiento de la sociedad dominante no obedece a la fijación de una verdadera presunción que permita, con la mera constatación de un grupo societario, extender la responsabilidad entre sujetos, sino que más bien responde al ánimo de la LRM por consagrar aquellos requisitos necesarios para proceder a una comunicación de responsabilidad entre agentes empresariales (en sentido contrario, De Miguel Perales, 2008, 12).

Justo en este punto es donde aparece una segunda cuestión de mayor calado y que debe reconducirse en torno a descifrar si la consagración parcial que efectúa el art. 10 LRM acerca de los presupuestos de la teoría del levantamiento del velo es fruto de un mero descuido de nuestro legislador o bien, por el contrario, obedece a una omisión deliberada.

La diferencia de optar por uno u otro planteamiento no es baladí. De ser esa la intención del legislador, cabría entender que el art. 10 LRM consagra un criterio autónomo de imputación aplicable a este ámbito específico de responsabilidad, cuya operatividad, dada la reducción considerable de requisitos, ofrecería una respuesta más expeditiva y ágil que en los otros ámbitos donde rige el planteamiento general del levantamiento del velo. De ser así, para que tuviera lugar la comunicación de responsabilidad entre ambas sociedades bastaría la simple constatación de un comportamiento abusivo o fraudulento por parte de la sociedad dominante hacia la entidad que explota la actividad.

A nuestro parecer, sin embargo, consideramos que no puede afirmarse que se esté en presencia de una verdadera regla autónoma de atribución de responsabilidad en materia de grupos de sociedades. La previsión del art. 10 LRM más bien es consecuencia de una mala praxis legislativa, cuya concreción debe solventarse, precisamente, aplicando los presupuestos de la doctrina del levantamiento del velo que se han consagrado por vía jurisprudencial. Ello es así porque es difícil interpretar que la *voluntate legislatoris* de la LRM fuera la de fijar una regla de imputación específica en materia de daño medioambiental, alejada de la tesis general consagrada por nuestra jurisprudencia, cuando ni siquiera la mencionada ley, como tampoco lo hace la Directiva 2004/35/CE, se han preocupado por precisar aquello que debe entenderse por «*grupo societario*» ni detallar los supuestos específicos bajo los cuales tal fenómeno puede manifestarse. Además, la explicación por la que el art 10 LRM únicamente hace referencia al abuso de derecho y al fraude de ley puede fundamentarse en el hecho que ambos elementos, propios de la teoría general del Derecho Civil, son los que, por su compleja concreción, han sido objeto de una mayor atención y desarrollo jurisprudencial<sup>18</sup>.

Expuestas las consideraciones que la LRM, en consonancia con la doctrina del levantamiento del velo, parece recoger en materia de daños medioambientales, lo cierto es que tampoco han faltado criterios alternativos con los que superar la aparente separación de personalidades jurídicas a fin de llegar al operador que, explotando o no la actividad, dispone del control en la toma de decisiones que originan el daño (Paz-Ares Rodríguez, 2020, 248). Entre otras posibilidades, merece traer a colación lo dispuesto en el art. 1908 del Código Civil, así como el régimen de responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz como administradora de hecho de la entidad que explota la actividad.

Por lo que respecta al art. 1908 del Código Civil, advertir que la imputación de responsabilidad extracontractual por esta vía específica no encuentra un correcto acomodo en materia de grupos porque para que entrara en juego la ratio del precepto sería necesario equiparar la noción de «control» que ostenta la empresa matriz a la de «propiedad» (no se oponen a la aplicación del art. 1908 CC con preferencia sobre el régimen general de responsabilidad del art. 1902 CC: Basozabal Arrue, 2015, 208, y Girgado Perandones, 2002, 91). Sostener esta interpretación, que no deja de ser discutible desde una óptica societaria, atentaría contra el tenor del propio art. 1908 CC, pues no debe olvidarse que

18. Vid. las STS (Sala Civil) núm. 743/1995 de 20 de julio (RJ 1995/5715); STS (Sala Civil) núm. 450/2001 de 8 de mayo (RJ 2001/7381); STS (Sala Civil) núm. 947/2004 de 30 de septiembre (RJ 2004/5897); STS (Sala Civil) núm. 21/2005 de 28 de enero (RJ 2005/1829); STS (Sala Civil) núm. 718/2011 de 13 de octubre (RJ 2011/7418); STS (Sala Civil) núm. 74/2016 de 18 de febrero (RJ 2016/566) y STS (Sala Civil) núm. 572/2016 de 29 de septiembre (RJ 2016/4724).

nuestro Alto Tribunal, en no pocas ocasiones, lo ha tildado de ser excesivamente casuístico en su redacción hasta el extremo de mostrar abiertamente su preferencia por el régimen general de responsabilidad *ex art.* 1902 CC (Ataz López, 2002, 9-10)<sup>19</sup>.

Otra alternativa más idónea sobre la que sustentar el trasvase de responsabilidad entre sociedades consistiría en dar entrada a la sociedad matriz a través de la figura del administrador de hecho –*rectius* administrador oculto– de la sociedad que explota la actividad. Alternar el art. 10 LRM con esta vía de responsabilidad no solo encuentra cabida dentro del régimen general previsto por la normativa (tal posibilidad puede articularse, si bien de forma un tanto velada, a través del art. 13 LRM), sino que su aplicación podría ser relevante en los casos en los que la teoría del levantamiento del velo presenta disfuncionalidades. Esta vía, por ejemplo, constituiría un mecanismo idóneo para garantizar el derecho de resarcimiento de los perjudicados ante situaciones en las que el explotador de la actividad empresarial se hallase, fortuita o deliberadamente, inmerso en un proceso de disolución, puesto que la matriz también se constituiría en obligada directa, si bien con carácter subsidiario, respecto del explotador. Algunas críticas en torno el empleo desmesurado y casi sistemático que los órganos jurisdiccionales han hecho acerca de la doctrina del levantamiento del velo, así como los inconvenientes que esta construcción doctrinal suscita en el ámbito societario, han sido intensamente puestos de manifiesto por: Girgado Perandones (2002, 78) y Rojo Fernández-Río (1996, 397-398).

Siguiendo esta línea, el art. 13 LRM prevé un elenco de sujetos a los que exigirles el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Junto a los que pueden responder en calidad de obligados solidarios (previstos en su apartado primero), deben desatacarse aquellos otros a los que la ley reserva su intervención a título subsidiario. Entre los enumerados en el apartado segundo del art. 13 LRM, debe destacarse a «*los gestores y administradores de hecho y de derecho de las personas jurídicas cuya conducta haya sido determinante de la responsabilidad de éstas*». A través de esta previsión sería posible articular una eventual comunicación de responsabilidad entre el agente explotador de la actividad y su matriz si, siguiendo el tenor del art. 263.3 de la Ley de Sociedades de Capital, se opta por una interpretación amplia de aquello que cabe entender por *administrador de hecho* (vgr. disposición de un poder de control sobre las prestaciones económicas que constituyen su objeto social) (Largo Gil - Hernández Sainz, 2003, 425-427; Morales Barceló, 2021, 22-23; Paz-Ares Rodríguez, 2020, 244-246; Rodríguez Sánchez, 2016, 69-70; Vázquez Albert, 2016, 31-32).

## VI. EL CASO BOLIDEN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA FUNDADA EN EL DEBER DE DILIGENCIA DE LA MATRIZ

Como se ha tenido ocasión de corroborar, el análisis de la responsabilidad medioambiental exige la toma en consideración de aspectos jurídicos que rebasan, con creces,

---

19. En idéntico sentido, vid. las STS (Sala Civil) núm. 540/1994 de 1 de junio (RJ 1994/4568); STS (Sala Civil) 247/1998 de 17 de marzo (RJ 1998/1122); STS (Sala Civil) núm. 31/2004 de 28 de enero (RJ 2004/153); STS (Sala Civil) núm. 196/2005 de 14 de marzo (RJ 2005/2236); STS (Sala Civil) núm. 589/2007 de 31 de mayo (RJ 2007/343).



las instituciones propias de la responsabilidad civil extracontractual. Además, la limitación de instrumentos normativos que disponemos sobre la materia y el hecho que muchos de ellos respondan a la calificación de conceptos jurídicos indeterminados, evidencian como la resolución de tales cuestiones debe acompañarse necesariamente de una ardua labor interpretativa desde el terreno jurisprudencial.

La aplicación práctica del régimen de responsabilidad medioambiental por parte de nuestros órganos jurisdiccionales se ha visto considerablemente aligerada con la entrada en vigor del régimen de responsabilidad previsto en la LRM. Si bien no han sido pocos los supuestos donde los tribunales han debido pronunciarse acerca de la imposición de medidas de reparación y/o de prevención al agente explotador de una actividad empresarial que ha resultado nociva para el entorno medioambiental; lo cierto es que todavía no han tenido ocasión de manifestarse en torno a una hipotética extensión de legitimación pasiva tal como se recoge en el art. 10 LRM.

Dentro de nuestra casuística, hallamos un único precedente donde el responsable de la lesión medioambiental forma parte de un grupo societario internacional: el *asunto Boliden* (más popularmente conocido como *desastre de Aznalcóllar*)<sup>20</sup>. Sin embargo, los notables conflictos de competencia, legitimación y transitoriedad de las normas que han acompañado a la tramitación judicial de esta causa (nótese que los hechos acaecieron el 25 de abril de 1998, por lo que ni siquiera había entrado en vigor el régimen de responsabilidad medioambiental de la Directiva 2004/35/CE) han impedido obtener una resolución plenamente favorable para los intereses tanto públicos como medioambientales (Gómez Liguere, 2012, 10-11; Valencia Martín, 2013, 200-203).

Tras dos largas décadas de cruda contienda judicial, y tras superar un enrevesado conflicto negativo de competencia entre la vía jurisdiccional civil y la administrativa que ha amenazado con dejar imprejuizado el fondo de la cuestión<sup>21</sup>, finalmente, ha sido el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Sevilla quien, en su Sentencia de 28 de julio de 2023<sup>22</sup>, ha desestimado íntegramente la demanda interpuesta por la Junta de Andalucía contra el Grupo Boliden (formado por BOLIDEN APIRSA, S.L., BOLIDEN AB y BOLIDEN BV) en la que se reclamaba el reembolso de los 89,8 millones que la Administración autonómica asumió con motivo de las actuaciones de recuperación del entorno natural

---

20. El *desastre de Aznalcóllar* (1998) se originó por el vertido de residuos mineros procedentes de una explotación de piritas al río Guadiamar, a su paso por el municipio sevillano de Aznalcóllar. La fuga de residuos fue causada por la rotura de una balsa de decantación de la planta minera que estaba siendo explotada por Boliden Apirsa, S.L., filial de la multinacional sueca-canadiense Boliden AB. La rápida actuación de la administración estatal y autonómica en la adopción de medidas de reparación y contención de los vertidos impidió que el desastre natural acabase por manifestarse de un modo aún más evidente e irreversible. Sin embargo, las labores directas de reparación del ecosistema de Aznalcóllar, que fueron asumidas por la Junta de Andalucía y no por la empresa gestora de la actividad minera, supusieron un coste de 89,8 millones de euros para las arcas públicas. Dicho importe económico, cuya restitución pretende obtener la Administración pública por vía de regreso contra el grupo Boliden, es el que ha sido objeto de controversia en diversos procedimientos judiciales.

21. Respecto al conflicto negativo de competencia que al amparo del art. 50 LOPJ se ha suscitado entre la vía jurisdiccional administrativa y la vía jurisdiccional civil, nos remitimos al estudio de Valencia Martín (2013, 16-19), así como a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2011 (RJ 2011/8444).

22. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Sevilla núm. 1021/2023, de 28 de julio de 2023 (ECLI:ES:JPI:2023:1021).

tras el vertido producido por la rotura de la balsa minera que en ese momento era explotada por una de las filiales del grupo internacional.

La desestimación en primera instancia de la acción de regreso a favor de la Junta de Andalucía halla justamente su motivo en uno de los obstáculos que, de forma evidente y desde su inicio, han acompañado el seguimiento de esta causa judicial: la inaplicabilidad de la normativa europea de responsabilidad medioambiental y la ausencia de un marco normativo de referencia que pudiera servir de fundamento jurídico para imponer el principio de responsabilidad, directa o indirecta, a los titulares de explotaciones, en este caso, mineras.

En este sentido, como se expone en los razonamientos jurídicos de la citada Sentencia, ni el art. 81 de Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, ni tampoco el Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacios naturales afectados por actividades mineras, preveían, en la forma y sentido que luego sí ha recogido nuestra Ley de Responsabilidad Medioambiental, ninguna obligación de restauración que impusiera a los titulares la carga de revertir el entorno natural afectado por su actividad a su estado anterior. En cuanto a la posibilidad de acudir a la regulación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, el órgano judicial concluye que no es de aplicación a este caso concreto puesto que los hechos enjuiciados escapan a todas luces del ámbito de aplicación de dicho texto normativo. Ante la falta de preceptos legales específicos, el órgano judicial también se muestra profundamente reacio en orden a estimar el principio contenido en el Derecho Medioambiental comunitario de quien contamina paga, porque, como bien se señala en la Sentencia, tampoco cabe reconocer que la Directiva pudiera desplegar, pese a ser una cuestión controvertida de por sí, efecto horizontal alguno, toda vez que la legislación comunitaria no es que no se encontrara vigente en el momento de los hechos, es que ni siquiera existía.

Desconociendo en este momento si los pronunciamientos contenidos en la Sentencia de 28 de julio de 2023 comportarán el cierre definitivo de esta causa tan controvertida (a tenor de las últimas declaraciones de la Junta de Andalucía en las que ha manifestado su deseo de recurrir el fallo en apelación bien podemos augurar que todavía le resta pendiente un largo recorrido por las distintas escalas judiciales), lo cierto es que el *caso Bolidén* representa, sin lugar a dudas, una oportunidad perdida para que nuestros tribunales entraran a valorar el papel que debe asumir la sociedad matriz respecto a los actos cometidos por sus filiales en la explotación de los recursos naturales<sup>23</sup>. Y ello además en lo que hubiera podido ser un escenario perfecto para delimitar los elementos fácticos que pudieran haber evidenciado un ánimo defraudatorio e instrumental de la utilización de la personalidad jurídica, pues en este caso particular

---

23. De todas las resoluciones que hasta la fecha se han pronunciado sobre el desastre de Aznalcóllar la que más interés nos suscita en relación con el objeto del presente estudio es la del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 23 de marzo de 2004, en la que se declara la obligación solidaria entre las sociedades del grupo Bolidén a reembolsar los costes de las medidas de reparación que fueron sufragados por la Junta de Andalucía. No obstante, dicha resolución fue anulada en apelación por el TSJ de Andalucía al apreciar que la administración autonómica carecía de competencia para incoar el procedimiento administrativo [vid. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de noviembre de 2007 (RJ 2007/14501); de 17 de diciembre de 2007 (RJ 2007/14608); y de 25 de noviembre de 2008 (RJ 2008/15825)].

la empresa beneficiaria de la explotación minera fue rápidamente descapitalizada, procediéndose, incluso, durante la pendencia del proceso judicial, a la apertura de un concurso voluntario de acreedores<sup>24</sup>.

En contra de lo que cabe apreciar en nuestro panorama interno, la jurisprudencia internacional ha mostrado un gran interés acerca de delimitar las relaciones de responsabilidad medioambiental entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo. Además de citar las resoluciones tradicionales y más emblemáticas que se han dictado hasta la fecha<sup>25</sup>, destacan los pronunciamientos de la Corte Suprema de Reino Unido que a raíz del *asunto Chandler*<sup>26</sup> ha desarrollado en causas posteriores como *Veranta*<sup>27</sup> y *Okpabi*<sup>28</sup>.

Las citadas resoluciones abordan el alcance de la responsabilidad que puede corresponder a la empresa matriz por los daños medioambientales producidos por alguna de sus sociedades filiales por la explotación de recursos mineros o petrolíferos. Lejos de negar que una sociedad matriz pueda ser declarada responsable frente a terceros por los actos u omisiones cometidos por sus filiales, el Alto Tribunal inglés señala que corresponde a la matriz cumplir con un deber de diligencia respecto al seguimiento y ejecución de las políticas de grupo que la filial despliegue a nivel interno, pudiendo además también incurrir en responsabilidad cuando asuma de facto o comparta la gestión de parte de las actividades con su filial (por ejemplo, imponiendo a la filial una obligación de comunicación periódica, o directamente de autorización, a sus directores ejecutivos, o delegando la administración de la actividad a emisarios de la matriz).

Entre sus pronunciamientos relacionados con la responsabilidad, cabe subrayar los esfuerzos del Alto Tribunal inglés por desterrar su concepción formalista, más relacionada con el abuso o fraude del principio de separación corporativa, y reemplazarla por otra focalizada en el control y la gestión efectiva de la actividad que origina el resultado dañoso. Con base en dicha interpretación se requiere que la matriz haya cumplido con un mínimo estándar de diligencia para no quedar obligada a reparar el daño que la filial hubiera producido a terceros (vgr. no adoptar ni supervisar un plan de vigilancia). Asimismo, el deber de cuidado de la matriz no solo es predicable frente a la monitorización de las políticas de grupo, sino que también será exigible cuando asuma la gestión de las actividades de la filial o bien participe en su ejecución.

La extensión de responsabilidad basada en la observancia de un deber de diligencia entre empresa matriz y filial (Durán Ayago, 2020, 187-189) poco tiene que ver, sin embargo, con la doctrina en materia de responsabilidad extracontractual que hasta la fecha ha gozado de mayor recorrido práctico en nuestro sistema. En efecto, nos referimos a la teoría de la unidad económica que desde el Derecho de la Competencia se ha empleado para declarar la responsabilidad, tanto en sede administrativa (art. 61.2 LDC)

24. Vid. el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla núm. 152/2007, de 13 de junio (JUR 2007/368542) en virtud del cual se estima conveniente, a título cautelar, proceder al embargo de acciones de la matriz sueca por valor de 141 millones de euros.

25. Vid. asuntos Bophal (*In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 809 F.2d 195 2d Cir. 1987); Amoco-Cadiz (*In re Oil Spill by the «Amoco Cadiz»*, 471 F. Supp. 473 J.P.M.L. 1979); y Seveso (Sentencia de la Corte Suprema de Casación italiana de 22 de abril de 2013, núm. 9711).

26. *Chandler vs Cape Plc* [2012] PIQR P17.

27. *Lungowe vs Vedanta Resources plc* [2019] UKSC 2.

28. *Okpabi and others vs. Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3.

como civil (art. 71.2 LDC) cuando la comisión de una infracción de la competencia, que a su vez ocasiona también daños a terceros, converge con la participación del infractor en un grupo de sociedades. En estos casos, la responsabilidad de la sociedad matriz no resta condicionada al cumplimiento de un estándar concreto de diligencia, sino que más bien obedece a la influencia decisiva que esta ejerce sobre su filial. Las notas de control e influencia decisiva hacen posible, a juicio de las autoridades de la competencia, entender que ambas entidades intervienen en el mercado como una unidad económica, de modo que se está en presencia de un único sujeto al que imputar la responsabilidad (Arpio Santacruz, 2019, 312-313; Herrero Suárez, 2021, 364-365; Jiménez Cardona, 2021, 57-58).

Ante la falta de criterios específicos en materia medioambiental que vengan a cubrir la responsabilidad entre sociedades que operan bajo una relación de grupo, consideramos que una solución al respecto debiera pasar por la aplicación, por vía analógica, de los mecanismos que se han reconocido para las acciones de reclamación civil por infracciones a la libre competencia, máxime cuando los daños en uno y otro escenario comparten idéntica naturaleza jurídica. De ser así, se vendría a reconocer un régimen de responsabilidad solidaria, si bien de segundo grado, entre la sociedad que explota la actividad y la sociedad dominante al modo y manera de lo ya contemplado en sede de defensa de la competencia<sup>29</sup>.

La apuesta por esta alternativa significaría también un paso importante para la construcción de una regulación de la responsabilidad extracontractual que fuera capaz de plasmar, desde una perspectiva general y sistematizada, unas mínimas bases para todos los supuestos en los que, siendo apreciable una relación de grupo, se manifestara un daño de esta naturaleza. Y quien sabe si con ello, además de aportar seguridad jurídica a los sujetos que, desde una u otra posición, se ven inmersos en esta clase de litigios, llega a ser un motivo suficiente a ojos de nuestro legislador para que afronte, de una vez por todas, la regulación de un completo y exhaustivo Derecho de grupos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-OLEA GARCÍA, B. (2022). *Aspectos sociales del gobierno corporativo y de la responsabilidad social corporativa*, La Ley Mercantil, núm. 92, pp. 1-36.
- ARPIO SANTACRUZ, J. (2019). «Consideraciones sobre la doctrina europea de la unidad económica y su incorporación al régimen sancionador de la Ley de Defensa de la Competencia», en

---

29. Por lo que respecta a las acciones de indemnización por infracciones de la competencia, la sociedad matriz puede ser declarada responsable de los daños y perjuicios que el comportamiento de una de sus filiales ha podido ocasionar en el mercado aun cuando no hubiera formado parte del acuerdo restrictivo (de ahí que se llegase hablar, gráficamente, de responsabilidad ascendente o aguas arriba). Ahora, tras el conocido «cártel de los camiones» y a la vista de las novedosas Conclusiones presentadas el 15 de abril de 2021 por el abogado general Sr. Giovanni Pitruzella en el Asunto C-882-19 (Sumas, S.L contra Mercedes Benz Trucks España), también parece que se dé el visto bueno a una extensión de responsabilidad en sentido inverso, es decir, condenando a las sociedades filiales por los perjuicios que el comportamiento de la sociedad matriz hubiera podido causar en el mercado en los supuestos en los que pueda corroborarse una influencia determinante y la actividad empresarial de la filial se inserte en el mismo sector que el de la matriz.

- Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos* (dirigido por Beneyto Pérez y Maillo González-Orús), Thomson Reuters, Navarra.
- ARRIBA FERNÁNDEZ, M.L. (2009). *Derecho de grupos de sociedades*, Thomson Civitas, Madrid, 2ª ed.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2002). «La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Las obligaciones solidarias: jornadas de Derecho civil en Murcia* (coordinadas por Caffarena Laporta), Tirant lo Blanch, Valencia.
- AVIÑÓ BELENGUER, D. (2015). *Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial*, Thomson Reuters, Navarra.
- BAGNI, C. – MUMTA, I. – MONTINI, M. (2022). *El debate sobre los derechos de la naturaleza en el contexto jurídico europeo*, Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. XIII, núm. 1, pp. 1-33.
- BALLESTEROS BARROS, A.M. (2018). *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, Civitas, Navarra.
- BALLESTEROS PINILLA, G. (2010). *La contaminación transnacional en el reglamento Roma II*, Medio ambiente y Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, núm. 21, pp. 1-23
- BASOZABAL ARRUE, X. (2015). *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, BOE: Colección de Derecho Privado, Madrid.
- BOLDÓ RODA, C. (2006). *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Thomson Aranzadi, Navarra, 4ª ed.
- BORRÀS-PENTINAT, S. (2022). *Los derechos de la naturaleza: ¿el camino hacia la paz ecológica?*, Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. XIII, núm. 1, pp. 1-15.
- BRINO, V. (2019). *Empresas multinacionales y derechos de los trabajadores: entre perfiles críticos y nuevas experiencias reguladoras*, Trabajo y Derecho, núm. Extra 10, pp. 1-22.
- CABA TENA, A. (2019). *El concepto de grupo de sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASADO CASADO, L. (2008). «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)», en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (coordinados por Lozano Cutanda), Madrid, Thomson Civitas.
- CASTELLANO JIMÉNEZ, E. (2008). «Valoración de los daños a los recursos naturales», en *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental* (coordinados por Lozano Cutanda), Thomson Civitas, Navarra.
- CHIARA MARULLO, M. (2020). *Recientes desarrollos en los litigios transnacionales de empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobel III*, Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 63, pp. 57-80.
- DE MIGUEL PERALES, C. (2008). *La nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver*, Actualidad Civil, núm. 1, pp. 1-17.
- DURÁN AYAGO, A. (2020). *Lex damni s. Lex societatis en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario*, Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 63, pp. 183-206.
- EMBED IRUJO, J.M. (2019). *Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil*, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, vol. 117, núm. 2, pp. 209-236 .
- ESTEVE PARDO, J. (2008). *Ley de responsabilidad medioambiental: comentario sistemático*, Marcial Pons, Madrid.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001). *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Edersa, Madrid.
- FUENTES NAHARRO, M. (2007). *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Navarra.
- GARCÍA ÁLVAREZ, L. (2016). *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Comares, Granada.

- GARCÍA MARTÍN, L. (2023). *Environmental harm, corporations and transitional settings: what options for restorative justice?*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 45, pp. 1-18.
- GARCÍA ROCASALVA, C. (2018). *La responsabilidad medioambiental*, Atelier, Barcelona.
- GIRGADO PERANDONES, P. (2002). *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid.
- GÓMEZ LIGUERRE, C. (2012). *Quien contamina paga... si alguna jurisdicción es competente para condenarlo. Conflictos de jurisdicción en el caso Boliden*, InDret: revista para el análisis del Derecho, núm. 2, pp. 1-29.
- GOMIS CATALÁ, L. (1998). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Navarra.
- GOMIS CATALÁ, L. (2008) «*La ley de responsabilidad medioambiental en el marco del Derecho de la Unión europea*», en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental* (coordinados por Lozano Cutanda), Madrid, Thomson Civitas.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2021). *Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del derecho de la competencia de la matriz ¿está en juego el principio de efectividad del Derecho europeo?*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 13, núm. 1, pp. 364-387.
- HIJAS CID, E. (2017). *Los grupos de empresas*, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 1 extraordinario, pp. 443-497.
- JIMÉNEZ CARDONA, N. (2021). *Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la Competencia*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid.
- LARGO GIL, R. - HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2003). «*La imputación de la responsabilidad civil en el seno de los grupos de sociedades*», en *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Thomson Aranzadi, Navarra.
- LATORRE CHINER, N. (2020). *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Marcial Pons, Madrid.
- MORALES BARCELÓ, J. (2021). *Grupos de sociedades y administrador de hecho*, Revista Jurídica de Catalunya, vol. 120, núm. 1, pp. 21-38.
- PAZ-ARES, RODRÍGUEZ C. (1999). *Uniones de empresas y grupos de sociedades*, Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1, pp. 221-251.
- PAZ-ARES, RODRÍGUEZ C. (2019). *Operaciones vinculadas y grupos de sociedades*, dictadas en la conferencia inaugural del curso académico 2019-2020 de la Academia Matritense del Notariado, 21 de noviembre de 2019.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (2020). «*Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades*», en *Lecciones de Derecho Mercantil* (dirigido por Menéndez Menéndez y Rojo Fernández), Aranzadi, Navarra, 18ª ed.
- RIVERO LAMAS, J. (2003). «*Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral*», en *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Thomson Aranzadi, Navarra.
- RODEIRO, M. (2024). *Responding to ecocide through transitional justice*, Diálogos, núm. 114, pp. 47-79.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (2016). *La delimitación de la figura del administrador de hecho*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 301, pp. 69-109.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (1996). *Los grupos de sociedades en el Derecho español*, Revista de Derecho Mercantil, núm. 220, pp. 457-484.
- RUDA GONZÁLEZ, A. (2008). *El daño ecológico puro: la responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson Reuters, Navarra.

- SÁNCHEZ CALERO, F.J. (2002). *De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, vol. 19, núm. 77, pp. 7-64.
- SERRANO PAREDES, O. M. (1994). *Alternativas a los sistemas clásicos de responsabilidad civil: el Convenio del consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente*, en *Actas del I Seminario sobre responsabilidad ambiental*, EsenRed, Alicante.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S. (2023). *Responsabilidad medioambiental: quien contamina paga*, Actualidad Administrativa, núm. 3, pp. 1-12.
- VALENCIA MARTÍN, G. (2010). *La responsabilidad medioambiental*, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 25, pp. 1-23.
- VALENCIA MARTÍN, G. (2013). *Bolidén: un extraño conflicto negativo de competencia*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 24, pp. 197-216.
- VALENCIA MARTÍN, G. (2013). *Los últimos coletazos del viejo sistema español de responsabilidad por daños ambientales*, Derecho PUCP, núm. 70, pp. 197-216.
- VALLESPÍN PÉREZ, D. (2023). *Los nuevos desafíos constitucionales del proceso civil*, Revista General de Derecho Procesal, núm. 59, pp. 1-12.
- VÁZQUEZ ALBERT, D. (2016). «Administrador de hecho y administrador oculto: novedades legislativas y jurisprudenciales», en *Principales reformas del Derecho Mercantil* (coordinada por Rodríguez Vega), Marcial Pons, Madrid.
- VÁZQUEZ ALBERT, D. (2018 ). «Grupos de sociedades y responsabilidad civil: nuevas tendencias normativas y jurisprudenciales», en *Actualidad Mercantil*, dirigido por Ortega Burgos, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VINAIXA MIQUEL, M. (2006). *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- ZAMORA CABOT, F. J. (2020). *Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe*, Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 63, pp. 33-56.



## El derecho a la salud de colectivos especialmente vulnerables\*

THE RIGHT TO HEALTH OF PARTICULARLY VULNERABLE GROUPS

Alicia María Pastor García

Universidad de Málaga

[ampastor@uma.es](mailto:ampastor@uma.es)  0009-0005-9224-7573

Recibido: 03 de mayo de 2024 | Aceptado: 29 de mayo de 2024

### RESUMEN

El presente trabajo aborda la cuestión del Derecho Humano a la salud en relación con colectivos especialmente vulnerables que, con frecuencia, se ven discriminados en el disfrute de sus Derechos Humanos y libertades fundamentales. En este contexto, nos referiremos a la protección jurídica internacional de ámbito universal del derecho a la salud de las personas con discapacidad. Al respecto, se examinará el concepto de colectivos vulnerables para, a continuación, analizar la protección directa e indirecta del derecho a la salud en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas en 2006.

### ABSTRACT

This paper addresses the issue of the Human Right to health in relation to particularly vulnerable groups that are often discriminated against in the enjoyment of their Human Rights and fundamental freedoms. In this context, we will refer to the universal international legal protection of the right to health of persons with disabilities. To do so, we will examine the concept of vulnerable groups and then we will analyze the direct and indirect protection of the right to health in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted by the United Nations in 2006.

### PALABRAS CLAVE

Derecho Humano a la salud  
Personas con discapacidad  
Colectivos vulnerables  
Convención sobre los  
Derechos de las Personas con  
Discapacidad  
Comité sobre los Derechos de las  
Personas con Discapacidad

### KEYWORDS

Human Right to health  
Persons with disabilities  
Vulnerable groups  
Convention on the Rights of  
Persons with Disabilities  
Committee on the Rights of  
Persons with Disabilities

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto PID2021- 122143NB-I00: «Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI (MESESA)». Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación/AEI/10.130.39/501100011033/FEDER/UE.



## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho a la salud se ha convertido en una de las cuestiones más relevantes en la esfera de la protección de los Derechos Humanos en el ámbito internacional. Vivimos una era en la que el promedio mundial de longevidad ha aumentado hasta el punto de convertirse en una de las transformaciones sociales más notables del siglo XXI<sup>1</sup>, lo cual es un indicativo de que algo se está haciendo bien. Sin embargo, esto también representa un nuevo desafío en lo que respecta al Derecho Humano a la salud de la sociedad internacional.

Tanto es así, que la salud ha pasado a formar parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) de la Agenda 2030 de Naciones Unidas (concretamente el ODS 3)<sup>2</sup> constituyendo, de este modo, una de las prioridades de esta Organización Internacional a nivel global. Sin embargo, como acertadamente apunta la profesora Torres Cazorla, «cabe preguntarnos si realmente este ODS 3 va a intentar cumplirse respecto de toda la población mundial, sin que queden fuera de ella ciertos colectivos, que usualmente se ven discriminados en lo que a políticas sociales se refiere (como pudieran ser colectivos especialmente vulnerables de todo orden)» (Torres Cazorla, 2022: 419).

Por consiguiente, y partiendo de esta reflexión, en el presente artículo nos centraremos en analizar la protección de este derecho para quienes forman parte de uno de los colectivos más vulnerables del planeta: las personas con discapacidad. Esta elección se debe a que se trata del colectivo que ha visto reconocido sus derechos en el tratado internacional de más reciente creación en el ámbito de las Naciones Unidas<sup>3</sup>. Ergo, el análisis de esta Convención permitiría ofrecer una visión del estado actual de la cuestión.

Por lo tanto, nos referiremos a la protección jurídica internacional, de ámbito universal, del derecho a la salud de estas personas, sin distinción de sexo, raza o edad – pues la discapacidad puede afectar a una persona, bien desde su nacimiento o bien de forma sobrevenida, de manera que afecte a la capacidad física o intelectual y volitiva de un ser humano de forma prolongada– y, en consecuencia, debido a los impedimentos que impone la sociedad se produce una «interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»<sup>4</sup>.

En este análisis trataremos de determinar, en primer lugar, qué se entiende por colectivos vulnerables y por qué las personas con discapacidad ostentarían esta consideración. A continuación, haremos una aproximación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, primero desde un punto de vista general para, seguidamente, pasar a examinar las disposiciones convencionales que, de una manera

1. Y así se ha señalado, desde las Naciones Unidas, como uno de los actuales desafíos globales: <https://www.un.org/es/global-issues/ageing>. Fecha de la consulta, al igual que para los demás vínculos web que figuran en esta publicación, 30 de abril de 2024.

2. El ODS 3 es relativo a la salud y el bienestar. Vid. Objetivos y metas de desarrollo sostenible - Desarrollo Sostenible ([un.org](https://www.un.org)).

3. Obviando, en este sentido, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, coetáneo al anterior.

4. Como indica el inciso e) del preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, además de señalar el carácter evolutivo del concepto de discapacidad.

directa o indirecta, inciden en el derecho humano a la salud de las personas con discapacidad. En este contexto, prestaremos especial atención a la regulación convencional del derecho a la salud, del artículo 25, así como del derecho disfrutar de servicios y programas de habilitación y rehabilitación, regulado en el artículo 26, como derecho conexo con el Derecho Humano a la salud. Trataremos así de proporcionar una visión integral del derecho a la salud de las personas con discapacidad y extraer conclusiones acerca de una cuestión tan relevante para la sociedad internacional en su conjunto.

## II. UNA APROXIMACIÓN A LOS COLECTIVOS VULNERABLES: UNA ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La primera cuestión a la que nos enfrentamos al plantearnos qué se entiende por colectivos vulnerables es que su definición no se encuentra recogida *per se* en los instrumentos jurídicos internacionales de protección de Derechos Humanos de ámbito universal.

En efecto, ni la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial<sup>5</sup>, ni la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>6</sup>, ni la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>7</sup>, ni la Convención sobre los Derechos del niño<sup>8</sup>, ni la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>9</sup> se hacen eco de la misma.

Sin embargo, podemos entender que todos estos tratados internacionales abordan la protección de grupos vulnerables, en tanto que protegen a colectivos que tienen una mayor susceptibilidad a sufrir violaciones de sus Derechos Humanos debido a su condición física y/o biológica, económica, social, cultural o cualquier otra característica específica.

No obstante, a pesar de que las normas de ámbito universal parecen no ofrecer una respuesta concluyente a esta cuestión, en el ámbito regional europeo podemos observar determinados pronunciamientos jurisprudenciales en los que se pone de manifiesto la vulnerabilidad de ciertas personas o colectivos. Así pues, en el asunto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH), *Sejdić y Finci v. Bosnia and Herzegovina*, de 2009, en relación con la discriminación de personas por su origen étnico en el acceso a cargos políticos, el Tribunal decreta que esta condición racial determina que se trate de colectivos especialmente vulnerables, al señalar que:

It is not the system of consensual democracy as such which raises problems but the mixing of territorial and ethnic criteria and the apparent exclusion from certain political rights of those who appear *particularly vulnerable* (TEDH, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, 2009: para. 76).

5. Publicada en *B.O.E.* núm. 118, de 17 de mayo de 1969.

6. Publicada en *B.O.E.* núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

7. Publicada en *B.O.E.* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.

8. Publicada en *B.O.E.* núm. 131, de 31 de diciembre de 1990.

9. Publicada en *B.O.E.* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

De este modo, el TEDH sostiene la especial vulnerabilidad de ciertas minorías que se enfrentan a obstáculos y un trato discriminatorio por razones étnicas o raciales.

Asimismo, en relación con la cuestión que nos ocupa, en el asunto *Alajos Kiss v. Hungría*, de 2010, relativo al derecho al voto de las personas bajo tutela, el TEDH afirma igualmente que los discapacitados mentales constituyen un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, que tradicionalmente ha sido objeto de discriminación. Concretamente, sostiene que:

In addition, if a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society, who have suffered considerable discrimination in the past, such as the mentally disabled, then the State's margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question (...). The reason for this approach, which questions certain classifications *per se*, is that such groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. Such prejudice may entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs (TEDH, *Alajos Kiss v. Hungría*, 2010: para. 42).

Sin embargo, no se trata de una fórmula empleada uniformemente por el TEDH. En este contexto, llama la atención que el Tribunal no usa la denominación de «colectivos vulnerables» en relación con las personas con discapacidad en otros asuntos, como el caso *Glor v. Switzerland*, de 2009, en el que el TEDH determina la discriminación de una persona con discapacidad por la imposición de un impuesto sobre el servicio militar. Así, podemos observar una postura bastante cauta por parte del Tribunal en lo que se refiere al empleo de esta terminología.

Por otro lado, sí apunta alguna reflexión relativa a la categoría de colectivos vulnerables en el asunto *Savva Terentyev v. Russia*, de 2018, al afirmar la dificultad de considerar a la policía como un grupo vulnerable, pues:

can hardly be described as an unprotected minority or group that has a history of oppression or inequality, or that faces deep-rooted prejudices, hostility and discrimination, or that is vulnerable for some other reason, and thus may, in principle, need a heightened protection... (TEDH, *Savva Terentyev v. Russia*, 2018: para. 76).

De este modo, haciendo una interpretación *a sensu contrario* de esta aserción, un grupo vulnerable estará constituido por una «una minoría desprotegida o grupo con una historia de opresión o desigualdad, o que haya tenido que sufrir arraigados prejuicios, hostilidad y discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón» (como señala, en relación con las víctimas del delito de odio, Ferrari Puerta, 2023: 366-7), de manera que suponga una vulneración reiterada de sus Derechos Humanos por este motivo.

En consecuencia, determinadas sentencias de ámbito regional nos permiten hallar elementos significativos en la identificación de los *grupos vulnerables*, como aquellas minorías que, de acuerdo con alguna característica, sean susceptibles de discriminación y vulneración de sus Derechos Humanos.

Por otra parte, por lo que respecta al ámbito universal, algunos Órganos de tratados de Derechos Humanos sí han hecho referencia en ocasiones a la vulnerabilidad de de-

terminados grupos, cuyos derechos son protegidos por el tratado que se encargan de supervisar. No obstante, al tratarse de Observaciones Generales, en muchos casos la vulnerabilidad a la que se refieren se circunscribe a una disposición convencional concreta o a un determinado derecho y no al tratado en su conjunto.

Por citar algunas, el Comité contra la tortura dedica una sección en su segunda Observación General a la protección de las personas y los grupos que resultan vulnerables a causa de la discriminación o la marginación, en el contexto de la aplicación del artículo 2 de la Convención, relativo a la prohibición absoluta de la tortura en todo el territorio de todos los Estados partes. En este ámbito, subraya la especial necesidad de «protección de ciertas *personas o poblaciones minoritarias* o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas» (CAT/C/GC/2: ep. V, para. 21) (la cursiva es nuestra) y pone de manifiesto que estos colectivos pueden estar compuestos por individuos de diversas características, entre las que incluye razones de género, edad, condición social y «discapacidad mental o de otro tipo», u otras condiciones específicas que puedan suponer un factor adverso (*Ibíd.*: para. 21)<sup>10</sup>.

Asimismo, el Comité para la eliminación de la discriminación racial se refería a los grupos reconocidos en el artículo 1 de la Convención, el cual prohíbe la distinción por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, tales como «los pueblos indígenas, los grupos cuya condición se basa en consideraciones de ascendencia, y los inmigrantes o los no ciudadanos, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, así como el discurso dirigido contra las mujeres pertenecientes a esos y a otros *grupos vulnerables*» (CERD/C/GC/35: para. 6) (la cursiva es nuestra).

Por su parte, el Comité sobre los derechos del niño ha reiterado en ocasiones la especial vulnerabilidad de los menores. Así, en su Observación General conjunta con el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, ambos comités abordan una serie de prácticas nocivas que fomentan la discriminación y la violencia por razón de género o edad. De esta manera, ponen de manifiesto la situación de vulnerabilidad de las mujeres y los niños frente a violaciones de Derechos Humanos<sup>11</sup>.

Resulta especialmente relevante, asimismo, la Observación General número 9 del Comité sobre los derechos del niño, de 2006, relativa a los derechos de los niños con discapacidad en la que este órgano reconoce expresamente la particular vulnerabilidad de los niños con discapacidad<sup>12</sup>. Así, en relación con el artículo 2 de la Convención, el Comité asegura que «los niños con discapacidad pertenecen a uno de los grupos más vulnerables de niños» (CRC/C/GC/9: para. 8). Además, sostiene la especial vulnerabilidad de estos menores en relación con determinados derechos y libertades, tales como el

---

10. Concretamente, se refiere a personas «cualesquiera que sean su raza, color, grupo étnico, edad, creencia o adscripción religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, género, orientación sexual, identidad transexual, *discapacidad mental o de otro tipo*, estado de salud, situación económica o pertenencia a una comunidad indígena, razón por la que la persona se encuentra privada de libertad, en particular las personas acusadas de delitos políticos o actos terroristas, los solicitantes de asilo, los refugiados u otras personas que se encuentran bajo protección internacional, o cualquier otra condición o factor distintivo adverso». La cursiva es nuestra.

11. Tales como la mutilación genital femenina o el matrimonio infantil.

12. Una afirmación que se reitera a lo largo de todo el documento.

derecho a la vida, el registro del nacimiento, la necesidad protección frente a los abusos, la violencia, o frente la explotación laboral, sexual o de otra índole, entre otras muchas cuestiones.

En relación con esta cuestión, por lo que respecta al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, el Comité), si bien en sus Observaciones Generales no contempla a las personas con discapacidad como un «colectivo vulnerable» de una forma integral, sí hace alusión a su vulnerabilidad específica en un contexto determinado y en relación con un derecho concreto.

Al respecto, en su Observación General número 4 este Comité establece el deber de observar «cualquier vulnerabilidad particular» en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, haciendo valer en todo caso el interés superior del menor (CRPD/C/GC/4: para. 47). De esta manera, este órgano reconoce la posibilidad de que los niños y las niñas con discapacidad puedan formar parte de un *colectivo vulnerable*, cuyas necesidades deben ser observadas en aras de proteger adecuadamente los derechos que reconoce la Convención, al igual que hiciera el Comité sobre los derechos del niño en su Observación General número 9.

Sin embargo, en su Observación General número 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, en relación con el derecho de las mujeres con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, el Comité cambia de fórmula al afirmar que «la institucionalización puede hacer que las personas con discapacidad sean *vulnerables* a la violencia y los abusos, estando las mujeres con discapacidad particularmente expuestas a ese peligro» (CRPD/C/GC/3: para. 55) (la cursiva es nuestra). Como se desprende de esta afirmación, contempla a las mujeres y a las niñas con discapacidad como un colectivo más susceptible de ser víctimas de violencia o abusos que las demás, de manera que formarían parte de un grupo especialmente vulnerable en relación con este derecho de forma específica.

En términos similares se pronuncia el Comité en su quinta Observación General, sobre la vida independiente y el derecho a ser incluido en la comunidad, al subrayar que «las mujeres y las niñas con discapacidad internadas son más vulnerables a la violencia de género, incluida la esterilización forzada, el abuso sexual y el maltrato físico, el maltrato emocional y un mayor aislamiento» (CRPD/C/GC/5: para. 83)<sup>13</sup>. Al igual que ocurría en la antedicha Observación del Comité, destaca la especial vulnerabilidad de las mujeres y las niñas con discapacidad, al presentar un mayor riesgo de sufrir estas vulneraciones de sus Derechos Humanos y libertades fundamentales en un ámbito tan elemental como es la salvaguarda su integridad física y moral.

En otro orden de consideraciones, en relación con el acceso al empleo, el Comité recuerda que los jóvenes con discapacidad son especialmente vulnerables en el sentido de que los programas formativos, tales como prácticas no remuneradas, se usen indebidamente con respecto a ellos, en lo que respecta a la promoción de la experiencia laboral (CRPD/C/GC/8: para. 47). Igualmente, el Comité llama la atención sobre el riesgo de coacción o explotación en el entorno laboral, como consecuencia de que «muchas veces las personas con discapacidad se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad

13. Y añade, asimismo, que estas mujeres «también se enfrentan a obstáculos mayores para denunciar estos actos de violencia».

social» (*Ibíd.*, para. 53) y de que «las personas con discapacidad experimentan barreras sociales y ambientales más importantes que propician una mayor vulnerabilidad, falta de alternativas satisfactorias y relaciones de dependencia o cuidados que pueden dar lugar a la explotación» (*Ibíd.*, para. 73). En este contexto, conviene retener el dato de que «(l)os niños con discapacidad son especialmente vulnerables a la explotación económica, incluido el trabajo infantil, el tráfico de drogas y la mendicidad» (*Ibíd.*, para. 73). El Comité pone así de manifiesto las prácticas abusivas en el entorno laboral de las que pueden ser víctimas las personas con discapacidad, destacando su especial vulnerabilidad y la debida protección de la que deben gozar los niños y las niñas con discapacidad.

A tenor de estas consideraciones, podemos concluir que las Observaciones Generales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, a pesar de ofrecer un análisis sectorial de los derechos recogidos en la Convención, ponen de relieve las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, tales como la discriminación, una mayor exposición a la violencia, los abusos y la explotación, con una especial limitación en el ejercicio de sus derechos.

En definitiva, en estos términos, el Comité nos brinda las claves necesarias para poder afirmar que las personas con discapacidad forman parte de un colectivo vulnerable, pues se trata de una minoría de personas que, de acuerdo con las conclusiones del Comité en sus distintas Observaciones Generales a diversos artículos de la Convención, se enfrenta a obstáculos sociales que las hacen especialmente susceptibles de sufrir una vulneración de sus Derechos Humanos y libertades fundamentales en una gran variedad de áreas que conforman la vida cotidiana de todo ser humano.

### III. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, creada bajo los auspicios de Naciones Unidas, es el instrumento multilateral encargado de la promoción jurídica internacional de estas personas en el ámbito universal. Este tratado cuenta en la actualidad con 189 Estados Partes, además de la Unión Europea, en su condición de Organización Internacional. Por consiguiente, su alcance material está próximo a la universalidad.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó esta Convención por consenso, el 13 de diciembre del año 2006. Tal y como indicó el vicesecretario general de la ONU, Mark Malloch Brown, en nombre del entonces secretario general, Kofi Annan, «es el primer tratado del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet»<sup>14</sup>.

Consideramos que esta iniciativa es indiciaria de la necesidad imperante a principios del presente siglo de dar respuesta jurídica a una cuestión que preocupaba a la sociedad internacional. De hecho, «fue la comunidad de las personas con discapacidades que

14. Como figura en la noticia publicada por las Naciones Unidas en: <https://news.un.org/es/story/2006/12/1093621>.

trabajó incansablemente para promover esta Convención y la ONU respondió»<sup>15</sup>. La negociación de este tratado destaca por la participación directa de este colectivo en la elaboración del texto que, a través de organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, hicieron las aportaciones y propuestas pertinentes que cristalizarían en el texto de la Convención (Moreno Piñero, 2022: 308) (asimismo, Sanjosé Gil, 2007: 119 y ss.). De este modo, se trató así de colmar una laguna legislativa que protegiera los derechos de un colectivo que representa el 10% de la población mundial (CRC/C/GC/9: para. 1)<sup>16</sup>.

Por lo que respecta a la estructura de esta Convención, la misma consta de Preámbulo y cincuenta artículos, dedicados a las diferentes materias que abarcan el ámbito de protección omnicomprendido de este colectivo. Se trata, por ende, de un tratado internacional que tiene como objetivo promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y equitativo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad (al respecto, Moreno Piñero, 2022: 310).

Para ello, esta Convención establece una serie de principios que se encuentran engarzados a lo largo de todo el texto convencional y que inspiran el tratado en su conjunto. No obstante, de una forma más explícita, el preámbulo y el artículo 2 enuncian que los principios generales de la Convención<sup>17</sup> serán el respeto a la dignidad inherente de la persona, la autonomía e independencia individuales, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diversidad, la igualdad de oportunidades y de género, la accesibilidad, así como el respeto al desarrollo de los niños y niñas con discapacidad<sup>18</sup>. También reconoce la importancia de garantizar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con las demás<sup>19</sup>.

Además, la Convención requiere que los Estados partes tomen medidas concretas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en una variedad de áreas. Por lo que respecta a las obligaciones generales, estas se detallan en el artículo 4, que subraya la obligación de los Estados partes de adoptar medidas para garantizar la inclusión y participación plena de las personas con discapacidad, así como de eliminar las barreras que impidan su plena integración en la sociedad. Entre estas obligaciones se recogen la de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación por tal motivo, adoptando a tal fin las medidas legislativas necesarias. Del mismo modo, los Estados partes deberán derogar y modificar las leyes existentes que impidan dar cumplimiento a la Convención, así como garantizar su respeto por parte de las autoridades e instituciones públicas. También la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, evitando su discriminación en todos los aspectos de la vida. De

15. *Ibíd.*

16. Asimismo, de acuerdo con la nota de prensa publicada por la ONU, en 2006 existían 650 millones de personas con discapacidad. Vid. <https://news.un.org/es/story/2006/12/1093621>.

17. Partiendo de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, como recuerda el epígrafe a) del Preámbulo.

18. Como establece el artículo 2 del tratado. Asimismo, en el Preámbulo la convención reconoce estos principios y reafirma la necesidad de garantizarlos.

19. Y, especialmente, en el caso de los niños y las niñas con discapacidad, como recuerda el párrafo r) del Preámbulo.

este modo, esta disposición establece un marco general para la implementación de la Convención y enfatiza la importancia de garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para las personas con discapacidad.

Y ello sin perjuicio de otras obligaciones concretas, incluyendo la igualdad ante la ley<sup>20</sup>, la accesibilidad<sup>21</sup>, la educación<sup>22</sup>, el empleo<sup>23</sup>, la participación en la vida política y cultural<sup>24</sup> y, por supuesto, la atención de la salud, a la que nos referiremos de forma detallada en la presente publicación.

Asimismo, cabe señalar el carácter abierto de esta Convención, aplicable a todas las personas con discapacidad, «independientemente de cual fuera el tipo de discapacidad» (Sanjosé Gil, 2007, *REEI*: 8), evitando toda discriminación en el disfrute de los derechos recogidos en sus disposiciones, por cuanto se trata del principal mecanismo jurídico internacional garante de la salvaguarda de los derechos de este colectivo. Por consiguiente, los miembros negociadores de este texto convencional se enfrentaron a la tarea de implementar una regulación que otorgara la debida protección a todos los tipos de discapacidad.

En este contexto resulta, pues, fundamental determinar que el primer artículo de la Convención define la discapacidad en los siguientes términos:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

A primera vista, este concepto contiene dos características fundamentales. Por un lado, la existencia de una serie de rasgos que limitan en cierto grado la autonomía de la persona y, por otro lado, la necesidad de asistencia para el desarrollo de ciertas actividades cotidianas (De Asís Roig y Palacios, 2007: 15-6).

A la luz de esta definición, conviene señalar el cambio de concepción que ha sufrido la discapacidad. Mientras que en sus inicios la discapacidad se concebía desde el prisma biológico, protector o rehabilitador, la tendencia avanza hacia un modelo social de la discapacidad (Sanjosé Gil, 2007, *REEI*: 9). La Convención establece un sistema novedoso<sup>25</sup>, en virtud del cual un individuo con discapacidad no se define únicamente por

20. Artículos 5 y 12. El artículo 5 se refiere a la igualdad y no discriminación ante la ley, garantizando que todas las personas tienen derecho a igual protección legal. Por su parte, el artículo 12 determina el igual reconocimiento como persona ante la ley y reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sin discriminación y en igualdad de condiciones que las demás, en todos los aspectos de la vida.

21. Artículo 9. Se refiere a la accesibilidad en todas sus vertientes, tanto física como al acceso a la información.

22. Artículo 24. De forma que se garantice la educación inclusiva a todos los niveles.

23. Artículo 27, en relación con el acceso al empleo, la contratación y la permanencia en el trabajo, en condiciones justas y favorables.

24. Artículos 29 y 30, relativos a la participación en la vida política y pública y a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte, respectivamente.

25. A pesar de que este enfoque de la discapacidad no fue enunciado *ex novo* por la Convención, pues se trata de una definición similar a la recogida por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), en la que establece que el término discapacidad «incluye déficits, limitaciones en la



tener una limitación física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, sino más bien como aquel que no puede participar de manera plena y efectiva en la sociedad en condiciones similares a los demás debido a las barreras creadas por el entorno, que chocan con dichas limitaciones. En consecuencia, la discapacidad surge de la incidencia de los obstáculos originados por la sociedad sobre la persona.

Por tanto, estos rasgos y su interacción con las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad habrán de ser tenidas en cuenta para salvaguardar correctamente su Derecho Humano a la salud, al margen del tipo de discapacidad, ya sea física o mental.

De este modo, una vez señalado el marco jurídico internacional de referencia, nos centraremos en el examen de aquellas disposiciones que de una manera directa o indirecta se encuentran relacionadas con el Derecho Humano a la salud de este colectivo.

#### **IV. EL DERECHO HUMANO A LA SALUD EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006**

##### **4.1. Protección del Derecho Humano a la salud: un examen del artículo 25 de la Convención**

Por lo que respecta al Derecho Humano a la salud, y sin olvidar la perspectiva holística que caracteriza a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad apuntada *ut supra*, no es de extrañar que este tratado dedique un artículo concreto a una cuestión tan relevante: el artículo 25.

Dicho artículo se centra en el derecho fundamental de las personas con discapacidad a disfrutar del más alto nivel posible de salud, de forma adecuada y sin discriminación alguna. En su primer párrafo, este artículo busca garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a servicios de salud de calidad en igualdad de condiciones que las demás personas, tomando además en consideración las cuestiones de género. Tal y como determina este artículo:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

En primer lugar, es esencial retener el dato de que este derecho no se limita estrictamente a la atención médica, sino que abarca un enfoque integral de la salud adaptado a las personas con discapacidad. Esto incluye la salud sexual y reproductiva, a la que hace una sucinta referencia el apartado a) del artículo 25<sup>26</sup>.

---

actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una «condición de salud») y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)», CIF, OMS, 2001, p. 206. Documento disponible en [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445\\_spa.pdf](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf).

26. Que se limita a sostener que los Estados «Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que

Sin embargo, no es de extrañar el enfoque superficial de este ámbito del Derecho a la salud en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo con el precedente establecido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Este convenio de 1979 tampoco parece poner un especial énfasis en la protección de la salud sexual y reproductiva de la mujer, más allá de establecer en su artículo 10, h) la obligación de los Estados partes de tomar medidas para asegurar la igualdad de las mujeres en el:

acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

O, en virtud del artículo 11, f),:

El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Sobre el particular, podemos observar otros textos jurídicos internacionales que han proporcionado una información algo más completa y significativa. El artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948<sup>27</sup>, se refiere de forma concreta a la atención prenatal y postnatal al establecer que:

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

De este modo, se reconocen las especiales necesidades en lo que respecta al derecho a la salud en el ámbito reproductivo, aunque sin concretar medidas específicas de protección.

Se trata de una cuestión fundamental en el derecho a la salud de la mujer que no ha sido objeto de una especial atención por parte de la Convención de 2006, a pesar de su gran impacto en la vida de las personas con discapacidad. Sin embargo, su relevancia no ha pasado desapercibida para el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que ha planteado los problemas que suscita la protección de este Derecho en relación con las mujeres pertenecientes a este colectivo.

En la primera Observación General del Comité, relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley, este Órgano relaciona la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, fundamental en la toma de decisiones trascendentales, con el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el derecho a fundar una familia y los derechos reproductivos (CRPD/C/GC/1: para 8). Asimismo, establece la obligación de los Estados partes de implementar un régimen de apoyo adecuado y proporcionado para la adopción de decisiones en cuestiones tales como los derechos reproductivos de las

---

a las demás personas, *incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva*, y programas de salud pública dirigidos a la población». La cursiva es nuestra.

27. Concretamente, a través de su Resolución 217 A (III).

mujeres o el derecho a otorgar su consentimiento para mantener relaciones íntimas y el tratamiento médico (*Ibíd.*: para. 29, f), de manera que las mujeres con discapacidad puedan emitir un consentimiento válido y consciente en relación con aquellas materias con implicaciones en su salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el Comité recuerda que los Derechos reconocidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se aplicará a todas las mujeres, incluidas las mujeres con discapacidad. Sin embargo, reconoce que las mujeres con discapacidad suelen ser víctimas de discriminación y, al respecto, pone de relieve que «las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales» (*Ibíd.*: para. 35). Esto pone en evidencia que el ámbito de la salud sexual y reproductiva es uno de los más problemáticos y discriminatorios en lo que respecta al igual reconocimiento del derecho humano a la salud en las personas con discapacidad.

Por otro lado, en su segunda Observación General, sobre la accesibilidad al derecho a la salud de las personas con discapacidad, el Comité destaca que «es especialmente importante tener en cuenta la dimensión de género de la accesibilidad en la atención de la salud, sobre todo en la atención de la salud reproductiva de las mujeres y las niñas con discapacidad, incluidos los servicios ginecológicos y obstétricos» (CRPD/C/GC/2: para. 40). Se desprende que dicha accesibilidad se puede contemplar desde un punto de vista físico e intelectual a la asistencia ginecológica.

Esto conecta con otra de las principales premisas establecidas por la disposición convencional objeto de estudio, que es la igualdad en la accesibilidad a la atención de la salud. De esta manera, los Estados partes estarán obligados a garantizar que los sistemas de salud sean accesibles física, económica y mentalmente, para todas las personas con discapacidad. Por ende, la accesibilidad física o material se contempla desde el punto de vista del acceso a la infraestructura de los centros de salud, concretamente en el epígrafe c) de este artículo 25, que se refiere a la proximidad de los servicios de salud a las comunidades, incluidas las zonas rurales.

Sobre la accesibilidad en el ámbito de la salud resulta especialmente esclarecedora la Observación General nº2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que afirma que «la atención de la salud y la protección social seguirán estando fuera del alcance de las personas con discapacidad si no pueden acceder a los locales en los que se prestan esos servicios. Incluso en el caso de que los edificios en los que se prestan los servicios de atención de salud y protección social sean accesibles, sin transporte accesible las personas con discapacidad no pueden trasladarse a los sitios en que se ofrecen los servicios» (CRPD/C/GC/2: para. 40). Así, la accesibilidad material se refiere a la buena comunicación del local por medios de transporte adecuados para las personas con discapacidad y, por otro lado, a los medios adaptados para acceder al interior de las instalaciones del centro de salud.

Además, el artículo 25, a) establece la *accesibilidad* económica, a través de la necesidad de proporcionar programas y atención de la salud de calidad, que sean «gratuitos o a precios asequibles», así como la prestación de los seguros de salud a los que hace referencia el apartado e) de este artículo. Aunque ni la Convención ni el Comité emplean de forma expresa el término accesibilidad en este contexto, consideramos que la

perspectiva económica forma parte de este derecho y que, como tal, deber ser traída a colación y contemplada en relación con la accesibilidad al derecho a la salud.

Resulta, asimismo, especialmente pertinente para las personas con discapacidad la accesibilidad intelectual o mental, sin discriminación y con la misma calidad de los demás, en lo que respecta a la comprensión de la atención médica a través de un consentimiento informado acorde a las capacidades de la persona. En este sentido, el artículo 25, d) destaca que los Estados partes

Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un *consentimiento libre e informado*, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado (la cursiva es nuestra).

Para ello, la información relativa a los servicios de salud deberá ser accesible para todas las personas, independientemente de su tipo de discapacidad. Acerca de esto, como señala el Comité «toda la información y comunicación relativa a la prestación de la atención de salud debe estar disponible en lengua de señas, Braille, formatos electrónicos accesibles, escritura alternativa y modos, medios y formatos de comunicación y orientación aumentativos y alternativos» (*Ibid.*: para. 40). Implica, pues, la disponibilidad de información y comunicación en formatos comprensibles, la capacitación del personal de salud en la atención centrada en la discapacidad y la eliminación de cualquier tipo de discriminación en el ámbito de la salud, lo cual incluye la realización de ajustes razonables –como establece el artículo 5.3– para garantizar que los servicios de salud sean accesibles para todos.

En otro orden de consideraciones, la perspectiva global de la que se hace eco el artículo 25 comprende la promoción de la salud en atención a la discapacidad específica de la persona. Al respecto, en virtud del artículo 25, b) se subraya la importancia de la *pronta detección* y de la *prevención* en la aparición de nuevas discapacidades. De esta manera se insta a la detección temprana en el tratamiento de las personas con discapacidad, así como los servicios de apoyo necesarios para asegurar su bienestar.

En relación con la prevención a la que se refiere este artículo, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante su Resolución 48/96 de 4 de marzo de 1994, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, hacía una distinción entre prevención primaria y prevención secundaria. Por prevención primaria se entiende, de acuerdo con esta Resolución, «la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial», mientras que la prevención secundaria consiste en «impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente» (A/RES/48/96: para. 22). A mayor abundamiento, la Asamblea General aclara que «La prevención puede incluir muchos tipos de acción diferentes, como atención primaria de la salud, puericultura prenatal y posnatal, educación en materia de nutrición, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, medidas de lucha contra las enfermedades endémicas, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y

prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados» (*Ibíd.*: para. 22). En efecto, la prevención afectará a una multitud de aspectos en el ámbito del derecho a la salud de las personas con discapacidad, entre los que se encuentran la salud prenatal y posnatal a la que hacíamos referencia *ut supra*, en relación con el apartado a) del artículo 25.

Es importante retener el dato de que el Artículo 25 reconoce la diversidad de las necesidades de salud de las personas con discapacidad. No todas las discapacidades son iguales, por lo que los servicios de salud deben ser individualizados y centrados en la persona. Esto implica la participación activa de las personas con discapacidad en la toma de decisiones sobre su propia salud y la relevancia de proporcionar al respecto una información comprensible y sin distinciones por razón de discapacidad.

De hecho, en cuanto a la prohibición de la discriminación por la Convención, el artículo 25, en su apartado f), establece que los Estados partes:

impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

Sobre este aspecto, Sanjosé Gil apunta que se trata de «discriminaciones habituales basadas en las situaciones en las que ante situaciones de riesgo general y de escasos medios, se decide priorizar la atención a las personas dejando en último lugar la atención a las personas con discapacidad» (Sanjosé Gil, 2007, *REEI*: 15), bajo la premisa de un mal entendido principio de «mayor utilidad» de los recursos disponibles<sup>28</sup>. Una práctica que debe ser erradicada por los Estados partes en aras de proporcionar, en igualdad de condiciones para todas las personas, el disfrute de un Derecho Humano tan básico como es el derecho a la salud.

En resumen, el Artículo 25 de la Convención establece el derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación. Esto implica no sólo el acceso a la atención médica, sino también a servicios de prevención, detección temprana y apoyo en todos los ámbitos del derecho a la salud. Para garantizar este derecho, es fundamental que los Estados partes tomen medidas concretas para eliminar las barreras de acceso y promover una atención de salud inclusiva y centrada en la persona.

Así pues, la regulación contenida en este artículo se presenta de forma exhaustiva, alcanzando todos los ámbitos de la esfera del derecho a la salud de las personas con discapacidad en igualdad con las demás.

Sin embargo, resulta pertinente destacar, a fecha de redacción de la presente publicación, la ausencia de una Observación General específicamente referida al artículo 25 sobre el derecho a la salud por parte del Comité. En efecto, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad no ha dedicado un documento íntegro al artículo 25 de la Convención, sino que ha optado por hacer una referencia, más o menos exhaustiva, y en ocasiones tangencial, en otras Observaciones Generales relativas a derechos conexos con este. Entendemos que sería deseable una Observación concreta dedicada al examen de una disposición convencional que contempla un derecho tan

28. Como apunta la autora, sería así, por ejemplo, en cuestiones como la recepción de un trasplante, en la que se suele priorizar a una persona sin discapacidad.

relevante, y con aspectos tan complejos, como los que se han puesto de manifiesto en esta sede del presente trabajo.

Por lo que respecta a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, no obstante, además de contar con una regulación específica en su artículo 25, la misma desarrolla otros muchos derechos cuyo alcance tiene incidencia directa o indirecta en materia de salud, tal y como se desprende del estudio de las Observaciones Generales del Comité.

Este tratado proporciona así una regulación omnicomprendiva de este derecho fundamental, que requiere un estudio pormenorizado y en la que centraremos nuestra atención en las páginas siguientes.

## 4.2. Protección del derecho humano a la salud en otras disposiciones convencionales

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad dedica una disposición concreta, el artículo 25, a la regulación de todos los aspectos del derecho humano a la salud. Sin embargo, tal y como se desprende de las Observaciones Generales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, la regulación del derecho a la salud en la Convención va más allá del artículo 25.

De este modo, trataremos de examinar aquellas otras disposiciones con relación directa o indirecta en el acceso a la salud, para tratar de ofrecer una visión completa de la salvaguarda de este derecho en este instrumento jurídico internacional de ámbito universal.

En primer lugar, el artículo 5, que consagra las obligaciones de los Estados partes en relación con la igualdad y la no discriminación: principios y derechos fundamentales que inspiran el conjunto de los derechos reconocidos en el tratado. Tal y como asevera el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su sexta Observación General «La igualdad y la no discriminación constituyen el núcleo de la Convención y son evocadas sistemáticamente en sus artículos sustantivos» (CRPD/C/GC/6: para. 7). Tanto es así que a lo largo de todo el texto convencional se reitera con frecuencia que los derechos enunciados se ejercerán «en igualdad de condiciones con los demás».

La vinculación del artículo 5 con el artículo 25 de la Convención se explica en la obligación de los Estados partes de prohibir la discriminación en el acceso a los servicios de salud de las personas con discapacidad, tal y como expresa el Comité en su Observación General nº6. Al respecto, este órgano destaca la prohibición de la discriminación en relación con ámbitos concretos de los servicios de salud, como son los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, el derecho a recibir atención sanitaria sobre la base de un consentimiento libre e informado y el derecho de acceso (*Ibíd.*: para. 66).

Lamentablemente, la vulneración del artículo 5 se materializa mediante la discriminación de las personas con discapacidad en múltiples prácticas relacionadas con el derecho a la salud, tales como «la esterilización sistemática y las intervenciones médicas u hormonales que se practican por la fuerza o sin el consentimiento de la persona afectada (...), la administración forzada de medicamentos y electrochoques, el internamiento, el asesinato sistemático bajo la denominación de «eutanasia», el aborto forzado y bajo coacción, la denegación de acceso a la atención de salud, la mutilación y el tráfico de órganos, en particular de personas con albinismo» (*Ibíd.*: para. 7).

Se trata, asimismo, de prácticas absolutamente contrarias al artículo 17 de la Convención, que establece que:

Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

Resulta evidente que la protección de la integridad física y mental enlaza directamente con el derecho a la salud. En este sentido, la cuestión merece realizar un examen atento, pues la erradicación de las prácticas discriminatorias y que atentan contra la integridad física y mental de las personas con discapacidad continúa representando una asignatura pendiente para determinados Estados partes.

Sin ir más lejos, en las últimas Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero presentados por España, del año 2019, el Comité expresaba su preocupación por que «se siga obligando a abortar y se siga esterilizando por la fuerza a mujeres y niñas con discapacidad. Le preocupa, además, que en el Estado parte se administren tratamientos médicos sin el consentimiento libre e informado del afectado» (CRPD/C/ESP/CO/2-3: para. 33)<sup>29</sup>.

Si bien España no ha sido el único Estado parte en recibir una llamada de atención en estos términos por parte del Comité. Países como Australia (CRPD/C/AUS/CO/2-3: para. 33), Hungría (CRPD/C/HUN/CO/2-3: para. 35-36), Irán (CRPD/C/IRN/CO/1: para. 36-37) o Noruega (CRPD/C/NOR/CO/1: para. 29-30), son solo algunos ejemplos de una larga lista de Estados que han sido objeto de una crítica similar en sus respectivas Observaciones Finales.

Otro artículo que, sin duda, guarda una estrecha relación con estos artículos y con el derecho a la salud, es el artículo 12 de la Convención, que establece que las personas con discapacidad tienen derecho al igual reconocimiento como personas ante la ley. Esto significa que las personas con discapacidad deben gozar de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, es decir, que deben tener derecho a tomar decisiones sobre su propia vida, sin discriminación basada en su discapacidad.

El reconocimiento de la capacidad jurídica, por tanto, tiene su reflejo en la emisión de un consentimiento válido, libre e informado de los tratamientos médicos y supone, en efecto, la prohibición de la atención o tratamientos médicos obligatorios (como apunta Pastor Palomar, 2019: 20).

De hecho, el Comité dedica su primera Observación General a este derecho y reconoce que «la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute

---

29. Una cuestión que consideramos que debería haberse resuelto, a tenor de las profundas modificaciones del ordenamiento jurídico español llevada a cabo en los años 2020 y 2021, para adaptarlo al modelo que impone la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad:

- En 2020, en cumplimiento con las recomendaciones del Comité, se ilegalizó la esterilización forzada o no consentida de las personas con discapacidad en España, a través de la modificación del Código Penal publicada en *B.O.E.* núm. 328, de 17 de diciembre de 2020.
- En 2021 se producía una reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en *B.O.E.* núm. 132, de 3 de junio de 2021.

Desgraciadamente, tales reformas legislativas no conllevan necesariamente la eliminación de todas las prácticas discriminatorias en el ámbito del derecho a la salud de las personas con discapacidad que son susceptibles de seguir produciéndose en nuestro país, pero sin duda supone un paso adelante en la promoción de estos derechos.

de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos (...): el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental y el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico» (CRPD/C/GC/1: para. 31).

Además, el artículo establece, en sus epígrafes 3, 4 y 5, que los Estados partes deben tomar medidas efectivas y apropiadas para garantizar que las personas con discapacidad gocen plenamente de este derecho. Esto puede incluir la adopción de medidas de apoyo en la toma de decisiones cuando sea necesario, de manera proporcional y respetando en todo momento la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

De este modo, el artículo 12 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a tener capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, con obligación de los Estados partes de garantizar este derecho.

Por lo tanto, al reconocer el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como personas ante la ley y a tener capacidad jurídica en igualdad de condiciones, juega un papel crucial en asegurar que estas personas tengan acceso a decisiones de salud autónomas, autoricen su atención médica, reciban apoyo cuando sea necesario y vean respetada su autonomía y voluntad en el ámbito de la salud.

Asimismo, el artículo 19 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad. Esto incluye el acceso a servicios de apoyo, como la asistencia personal y la asistencia domiciliaria, como recoge el artículo 19, c), que pueden ser fundamentales para mantener la salud y el bienestar de las personas con discapacidad.

Como podemos observar, está relacionado con el derecho a la salud, pues el derecho a disfrutar de una vida independiente puede requerir acceso a servicios de salud en el hogar y en la comunidad, así como apoyo para actividades de la vida diaria que afectan la salud, como la administración de medicamentos y el cuidado personal.

El Comité ha puesto de manifiesto el vínculo existente entre el derecho a la salud y el derecho a vivir de forma independiente, que incluye las medidas asistenciales pertinentes. No obstante, ha aclarado, en relación con la asistencia en el derecho a vivir de forma independiente y de ser incluido en la comunidad, que «Las instalaciones y los servicios sanitarios generales (art. 25) deben estar disponibles, ser accesibles, adaptables y aceptables para las personas con discapacidad en sus comunidades, *e incluir el apoyo que necesitan algunas personas con discapacidad* (por ejemplo, las que tienen necesidades de comunicación complejas, discapacidad psicosocial o intelectual y/o las personas sordas) durante las hospitalizaciones, operaciones quirúrgicas y consultas médicas. *Los servicios de enfermería, fisioterapia, psiquiatría o psicología, tanto en hospitales como a domicilio, forman parte de la atención de la salud y no debe considerarse que los Estados partes cumplen con ello las obligaciones dimanantes del artículo 19, sino las del artículo 25*» (CRPD/C/GC/5, para. 89) (la cursiva es nuestra).

De este modo, el Comité pone de relieve la posible confusión entre las diferentes medidas apoyo a las que se refieren los artículos 19 y 25 y se ve obligado a aclarar que los servicios de «enfermería, fisioterapia, psiquiatría o psicología», es decir, todas aquellas que tengan una dimensión médica o sanitaria, formarán parte del artículo 25, incluso en los casos en los que se lleven a cabo de forma domiciliaria.



Igualmente, aclara que la vida independiente, del artículo 19, y el derecho a la habilitación y rehabilitación, contemplado en la disposición 26, son derechos interdependientes. La interrelación en el disfrute de estos derechos se debe a que «algunas personas con discapacidad no pueden participar en servicios de rehabilitación si no reciben un apoyo individualizado suficiente. Al mismo tiempo, el propósito de la rehabilitación es que las personas con discapacidad puedan participar plena y eficazmente en la comunidad» y explica que la habilitación y la rehabilitación son especialmente relevantes en lo que respecta ciertos ámbitos, entre los que se encuentra el derecho a la salud (*Ibíd.*: para. 90).

Esta afirmación nos traslada al examen de otro derecho que recoge un aspecto crucial, e íntimamente conectado al derecho a la salud: el artículo 26, relativo a la habilitación y rehabilitación.

### **4.3 El derecho a la habilitación y la rehabilitación en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**

El artículo 26 de la Convención se refiere al derecho de las personas con discapacidad de disfrutar de servicios y programas de habilitación y rehabilitación, es decir, la provisión de servicios de rehabilitación y apoyo a largo plazo para las personas con discapacidad que lo requieran.

Sin embargo, hemos de admitir que la redacción de este precepto puede resultar un tanto oscura y confusa, pues carece de una definición que permita distinguir los efectos de la «habilitación» y la «rehabilitación», cuyas principales características trataremos de dilucidar. Al respecto, el artículo 26 estipula que:

Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

A tenor de este precepto, los servicios y programas de habilitación y rehabilitación se destinan a favorecer la vida independiente de las personas con discapacidad –derecho reconocido específicamente en el artículo 19, que comprende las medidas de apoyo a las que hacíamos referencia–, y su inclusión en la sociedad. Aunque ello no obsta para que también incluyan medidas destinadas a mantener la capacidad física y mental de estas personas. Entendemos, a la luz de esta disposición, que esto puede incluir terapias físicas, psicológicas y ocupacionales, que permitan a las personas con discapacidad participar plenamente en la sociedad y llevar una vida independiente, pues, como continúa diciendo el artículo 26:

A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.

Observamos que los ámbitos de actuación de los programas de habilitación y rehabilitación no se circunscriben a un aspecto concreto de la vida, sino que alcanzan al disfrute todos los derechos que suponen la plena inclusión en la sociedad.

No obstante, conviene llamar la atención sobre la aplicación de estas medidas al ámbito de la salud, pues el artículo 25, en su primer párrafo, dispone que las personas con discapacidad tienen derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud, así como la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para ello, «incluida la *rehabilitación* relacionada con la salud». De esta manera, se puede sostener sin temor a equivocarnos la estrecha relación existente entre los derechos reconocidos en los artículos 25 y 26 de la Convención, relativos a la salud y la rehabilitación, respectivamente.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 26, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar servicios y programas de habilitación y rehabilitación en atención a otras esferas de la vida, tales como el empleo, la educación y los servicios sociales.

Sobre este particular, consideramos que los servicios y programas de habilitación y rehabilitación a los que se refiere el artículo 26 en el ejercicio de derechos diferentes del acceso a la salud, se distinguen del tipo de rehabilitación a la que alude el artículo 25. Así, la aplicación de los derechos de habilitación y rehabilitación en ámbitos como el empleo o la educación nos remite a las medidas asistenciales y de apoyo que establece el artículo 19 para el disfrute del derecho a la vida independiente y a ser incluidos en la comunidad. Este planteamiento se ve reforzado por la explicación proporcionada por el Comité en los párrafos 89 y 90 de su Observación General nº5, en la que declaraba la interdependencia entre los derechos a la vida independiente y a la habilitación y rehabilitación.

No obstante, la variedad de áreas en las que se aplicarán la habilitación y la rehabilitación nos hace preguntarnos ¿qué se entiende realmente por habilitación y rehabilitación?

Pues bien, en primer lugar, debemos tener presente que el término habilitación solo figura en el artículo 26 de la Convención, mientras que el término rehabilitación aparece vinculado a otros derechos a lo largo del tratado.

Además de figurar en la disposición 25 relativa al derecho a la salud, la rehabilitación se contempla en el artículo 16.4 que, en relación con la protección contra la explotación, la violencia y el abuso establece:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

También en el artículo 22.2, relativo al respeto a la privacidad, que dispone que:

Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

Y, finalmente, en el artículo 27, k) de la Convención, en el que se establece la obligación de los Estados partes de:

Promover programas de *rehabilitación vocacional y profesional*, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad (la cursiva es nuestra).

A la luz de estas disposiciones convencionales, resulta difícil interpretar si la rehabilitación se refiere a medidas en materia de salud relativas al artículo 25, o medidas de apoyo derivadas del artículo 19.

Una ambigüedad que subsume el Comité en su octava Observación General, relativa al derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo. En ella, este órgano no deja claro si por el derecho a la «rehabilitación» se entiende el tratamiento médico de aquel trabajador que presente una discapacidad como consecuencia de un accidente o enfermedad o si, por el contrario, se refiere a la adquisición de habilidades que le permitan volver a desempeñar su actividad laboral (CRPD/C/GC/8: para. 49).

En idénticos términos se expresa Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 23 cuando afirma que los trabajadores que sufran un accidente o se vean afectados por una enfermedad «reciban una indemnización adecuada que incluya los gastos de tratamiento, la pérdida de ingresos y otros gastos, y tengan acceso a servicios de rehabilitación» (E/C.12/GC/23: para. 29). Si bien, *a priori*, podría interpretarse en el sentido médico, tampoco especifica si se trata de la adquisición de la pericia que requiere el puesto de trabajo.

Una cuestión que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad tampoco dilucida en su cuarta Observación General, en la que determina el deber de los Estados partes de «adoptar medidas eficaces para proporcionar servicios de habilitación y *rehabilitación en el sistema educativo, incluidos servicios de atención de la salud, ocupacionales, físicos, sociales, de asesoramiento y de otra índole*» (CRPD/C/GC/4: para. 55). De esta manera se proporciona un enfoque integral al término rehabilitación.

Además, determina que «dichos servicios deben comenzar en la etapa más temprana posible, basarse en una evaluación multidisciplinar de las capacidades de los alumnos y apoyar la máxima independencia, autonomía, respeto de la dignidad, capacidad física, mental, social y vocacional plenas, y la inclusión y participación en todos los aspectos de la vida». Y, por tanto, tampoco deja claro qué debe entenderse por rehabilitación en este contexto.

De acuerdo con Sanjosé Gil, en relación con el cambio de concepción de la discapacidad, se ha permutado la perspectiva de beneficencia con la que se identificaba la discapacidad por una perspectiva rehabilitadora. Y apunta que «frente a las acciones «benéficas» y caritativas anteriores a partir de ahora se inician diferentes programas para lograr la «rehabilitación» a fin de «integrar» a las personas con discapacidad» (Sanjosé Gil, 2007, *REEI*: 4). Se refiere así a una perspectiva integradora de la rehabilitación. Mas, esto no excluye la perspectiva de la rehabilitación en el ámbito de la salud.

De este modo, consideramos que el empleo indistinto de los términos «habilitación y rehabilitación», sumado a las múltiples aplicaciones de los mismos, enturbian los efectos jurídicos de los derechos contenidos en el artículo 26. Al respecto, sería conveniente que la Convención contuviese una distinción en sus definiciones, en función del ámbito al que se apliquen. Al respecto, la propuesta de *lege ferenda* podría consistir en la identificación del término «habilitación» con una perspectiva social o asistencial,

que se materializaría en las obligaciones de los Estados partes de proporcionar medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el desarrollo de su vida diaria e independiente, que dimanen del artículo 19. Mientras que, por otra parte, la «rehabilitación» tendría unas connotaciones terapéuticas, tales como los servicios de fisioterapia o psicológicos, que estarían comprendidos en el ámbito del derecho a la salud, del artículo 25.

Sin embargo, a pesar de su indefinición y de su alcance integral, resulta obvio que la rehabilitación se relaciona directamente con el derecho a la salud al proporcionar servicios y terapias que ayudan a las personas con discapacidad a mejorar su salud física, mental y funcional.

De esta forma, dada su importancia en la implementación del disfrute del derecho a la salud, el derecho a disfrutar de programas y servicios de rehabilitación tiene una especial relevancia. Como se desprende del texto convencional, el derecho reconocido a las personas con discapacidad en virtud del artículo 26 puede incluir servicios de salud física, psicológica y vocacional, así como tecnologías y dispositivos de apoyo<sup>30</sup>, que contribuyan a mejorar su calidad de vida y su participación en la sociedad, una cuestión fundamental para estas personas.

Como podemos observar, el texto convencional reconoce el derecho a la salud de las personas con discapacidad de forma directa e indirecta, a través de diversas disposiciones. La percepción omnicompreensiva de la discapacidad proporcionada por este tratado supone que todos los derechos que en él se contienen se encuentren íntimamente relacionados e interconectados entre sí.

En consecuencia, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad comprende una regulación holística y completa de los derechos que afectan a todas las esferas de la vida de este colectivo especialmente vulnerable, sin pasar por alto, como no podía ser de otra manera, el Derecho Humano de acceso a la salud.

## V. CONCLUSIONES

- Primera: Los instrumentos jurídicos internacionales de protección de Derechos Humanos de ámbito universal no definen explícitamente el término «colectivos vulnerables». En este contexto, y en busca de respuestas concluyentes en este sentido, resulta relevante el examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (o TEDH), a pesar de tratarse de un órgano judicial de ámbito regional. Asimismo, en el ámbito universal se han examinado las Observaciones Generales de algunos Órganos de tratados de Derechos Humanos.

Al respecto, podemos determinar que los grupos vulnerables, de acuerdo con los elementos comunes extraídos del examen llevado a cabo, serían las personas pertenecientes a grupos que representan una minoría, que tradicionalmente ha sufrido discriminación y que, de acuerdo con alguna característica, sean especialmente susceptibles de vulneración de sus Derechos Humanos.

---

30. En virtud del apartado 3 de este artículo 26.

Por su parte, las personas con discapacidad se enfrentan a obstáculos sociales que las hacen susceptibles de sufrir una vulneración de sus Derechos Humanos y libertades fundamentales en una gran variedad de áreas que conforman la vida cotidiana. En consecuencia, podemos considerar que las personas con discapacidad conforman un colectivo especialmente vulnerable. Así ha sido reconocido por los Comités de Derechos Humanos y por sentencias del TEDH, tales como en el asunto *Alajos Kiss v. Hungría*, de 2010.

- Segunda: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, creada bajo la égida de las Naciones Unidas en el año 2006, destaca por ser el primer tratado del siglo XXI en ser adoptado y por su rápida negociación, impulsada en gran medida por la comunidad de personas con discapacidad, que participaron activamente en su elaboración.

La misma establece una serie de principios fundamentales, como el respeto a la dignidad humana, la autonomía, la no discriminación, la participación plena en la sociedad y la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, así como la obligación de los Estados partes de adoptar medidas para garantizar la inclusión y completa participación de las personas con discapacidad en una gran variedad de áreas.

Destaca en este sentido el enfoque novedoso de la Convención, que define la discapacidad no desde un punto de vista biológico o paternalista, sino desde un modelo social que destaca por la importancia de eliminar las barreras creadas por el entorno, a las que se enfrentan las personas con discapacidad para participar plenamente en la sociedad. En consecuencia, la discapacidad surge de la incidencia de los obstáculos originados por la sociedad sobre la persona.

- Tercera: Por lo que respecta al derecho a la salud de las personas con discapacidad, este se regula de forma monográfica en el artículo 25 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Esta disposición garantiza el derecho fundamental a la salud de manera integral, abordando aspectos como el acceso a servicios de salud de calidad sin discriminación, la salud sexual y reproductiva, la prevención y la accesibilidad.

Aunque determinados derechos no han sido ampliamente desarrollados por la Convención, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ha examinado estas cuestiones y ha identificado los problemas relativos al ejercicio de este derecho. La labor del Comité ha sido especialmente relevante en lo que respecta al desarrollo de la salud sexual y reproductiva de las mujeres con discapacidad, que se encuentra enunciado en la Convención.

Es igualmente significativo el desarrollo de la accesibilidad en el ámbito de la salud para las personas con discapacidad. Este derecho abarca aspectos físicos, económicos y mentales, incluyendo la disponibilidad de información y comunicación en formatos accesibles, así como la emisión de un consentimiento válido e informado.

A pesar de la relevancia de la regulación en el artículo 25, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad aún no ha dedicado una Observación General monográfica a este derecho, lo que podría ser deseable para abordar aspectos complejos relacionados con la salud de las personas

con discapacidad. No obstante, el derecho a la salud ha sido tratado por el Comité en Observaciones Generales relativas a otros derechos.

- Cuarta: La Convención ofrece una regulación integral de los derechos de las personas con discapacidad en materia de salud, que excede la literalidad del artículo 25 e incluye disposiciones que tienen incidencia directa o indirecta en este ámbito. De hecho, el Comité amplía el alcance del derecho a la salud más allá del artículo 25, relacionándolo con otros aspectos de la Convención. En este sentido, el correcto ejercicio de este derecho se hace depender de otros derechos recogidos en la Convención, tal y como se desprende de las Observaciones Generales del Comité.

Concretamente, se establece el vínculo del derecho a la salud, del artículo 25, con el artículo 5, que consagra las obligaciones de los Estados partes en relación con la igualdad y la no discriminación; con el artículo 17, relativo a la protección de la integridad física y mental de las personas con discapacidad; el artículo 12, que establece que las personas con discapacidad tienen derecho al igual reconocimiento como personas ante la ley y el artículo 19, que reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad.

El ejercicio de estos derechos tendrá implicaciones directas en la salvaguarda del derecho de las personas con discapacidad a disfrutar de los más altos niveles de salud, en igualdad de condiciones que las demás. Ello supone el respeto de la igualdad y no discriminación de este colectivo y su protección física y mental. Asimismo, la capacidad jurídica reconocida en el artículo 12 es fundamental para el ejercicio autónomo del derecho a la salud, lo que implica su consentimiento informado y decisiones médicas libres de coerción. Además, el artículo 19 sobre la vida independiente también está relacionado con el derecho a la salud, pues el ejercicio de este derecho puede requerir apoyo en el hogar y la comunidad para mantener el bienestar de las personas con discapacidad.

- Quinta: Con respecto al artículo 26, relativo a la habilitación y la rehabilitación, se observa una imprecisión terminológica en el contexto de la Convención en lo que respecta a la distinción entre habilitación y rehabilitación. Esto dificulta la comprensión del alcance de este derecho.

Al respecto, se propondría una reforma o una aclaración por parte del Comité. Desde esta perspectiva, podemos entender que la habilitación se podría asociar con medidas de apoyo para la vida independiente, relacionadas con el artículo 19 de la Convención, mientras que la rehabilitación podría tener connotaciones terapéuticas relacionadas con la salud. Consideramos que la falta de una definición clara, así como el deficiente esclarecimiento del Comité en la materia, puede dificultar la aplicación efectiva de estos derechos. No obstante, no se pone en duda la íntima relación de esta disposición con el derecho a la salud del artículo 25.

- Sexta: La regulación omnicompreensiva de los derechos de las personas con discapacidad proporcionada por la Convención de 2006 supone que sus disposiciones se encuentren íntimamente relacionadas entre sí, alcanzando la esfera de otros derechos conexos. Al respecto, se puede comprobar la indivisibilidad del acceso a la salud con el ejercicio de otros derechos.

En conclusión, por lo que respecta al derecho humano a la salud de este colectivo especialmente vulnerable, este tratado establece un marco normativo completo para garantizar que todas las personas con discapacidad tengan acceso a servicios de salud de calidad en igualdad de condiciones con los demás, si bien su alcance y correcto ejercicio excede del contenido del artículo 25.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE ASÍS ROIG, R. y PALACIOS, A. (2007), «Aproximación al concepto de dependencia», en AA.VV., *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Ed. Fernández Liesa, C.R., Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pp. 15-46.
- FERRARI PUERTA, A.J. (2023), «Incitación al odio y colectivos vulnerables, del Derecho internacional al Derecho español: especial referencia al delito de incitación al odio por motivos religiosos», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXXIII, Núm. 285, pp. 361-382.
- MORENO PIÑERO, J.C. (2022), «ODS y discapacidad» en AA.VV., *El Derecho Internacional, los ODS y la comunidad internacional*, coord. Fernández Liesa, C.R., López-Jacoiste Díaz, E., Oliva Martínez, J.D., Dykinson, Madrid, pp. 305-330.
- PASTOR PALOMAR, N. (2019), «Reservas a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 37, pp. 1-34.
- SANJOSÉ GIL, A. (2007), «El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº13, pp. 1-26. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num13>. Fecha de consulta, al igual que los demás vínculos web que figuran en esta publicación: 30 de abril de 2024.
- SANJOSÉ GIL, A. (2007), «Situación del proyecto de Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad», en AA.VV., *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Ed. Fernández Liesa, C.R., Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pp. 115-146.
- TORRES CAZORLA, M.I. (2022), «Salud y bienestar: a vueltas con el ODS 3 en tiempos recientes», en AA.VV., *El Derecho Internacional, los ODS y la comunidad internacional*, coord. Fernández Liesa, C.R., López-Jacoiste Díaz, E., Oliva Martínez, J.D., Dykinson, Madrid, pp. 411-428.

## FUENTES DOCUMENTALES

### Tratados Internacionales

- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1966. Publicada en *B.O.E.* núm. 118, de 17 de mayo de 1969.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. Publicada en *B.O.E.* núm. 69, de 21 de marzo de 1984.
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984. Publicada en *B.O.E.* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.
- Convención sobre los Derechos del niño, 1989. Publicada en *B.O.E.* núm. 131, de 31 de diciembre de 1990
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006. Publicada en *B.O.E.* núm. 96, de 21 de abril de 2008.

## Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

European Court of Human Rights, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, Applications nos. 27996/06 and 34836/06, Judgment of 22 December 2009. Disponible en [SEJDIĆ AND FINCI v. BOSNIA AND HERZEGOVINA \(coe.int\)](#).

European Court of Human Rights, *Alajos Kiss v. Hungary*, Application nº. 38832/06, Judgment of 20 May 2010, Final 20 August, 2010. Disponible en [ALAJOS KISS v. HUNGARY \(coe.int\)](#).

European Court of Human Rights, *Glor v. Switzerland*, Application nº. 13444/04, Judgment of 30 April 2009, Final 6 November, 2009, disponible en [GLOR v. SWITZERLAND \(coe.int\)](#).

European Court of Human Rights, *Savva Terentyev v. Russia*, Application nº. 10692/09, Judgment of 28 August 2018, Final 4 February 2019, disponible en [SAVVA TERYTYEV v. RUSSIA \(coe.int\)](#).

## OBSERVACIONES DE ÓRGANOS DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

### Observaciones Generales

Observación General núm. 2 del Comité contra la tortura, sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, Doc. CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008. Disponible en [tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FGC%2F2&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2FGC%2F2&Lang=en).

Observación General núm. 35 del Comité para la eliminación de la discriminación racial, sobre la lucha contra el discurso de odio racista, Doc. CERD/C/GC/35, de 26 de septiembre de 2013. Documento disponible en [tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FGC%2F35&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2FC%2FGC%2F35&Lang=es).

Recomendación General núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, de 14 de noviembre de 2014. Documento accesible en [tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FGC%2F31%2FCRC%2FC%2FGC%2F18&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FGC%2F31%2FCRC%2FC%2FGC%2F18&Lang=es).

Observación General núm. 9 del Comité sobre los derechos del niño, sobre los derechos de los niños con discapacidad, Doc. CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007. Disponible en [tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F9&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F9&Lang=en).

Observación General núm. 23 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, Doc. E/C.12/GC/23, de 27 de abril de 2016. Disponible en <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=E%2FC.12%2FGC%2F23&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>.

Observación General núm. 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, Doc. CRPD/C/GC/1, de 19 de mayo de 2014. Accesible, al igual que todas las Observaciones Generales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el vínculo web [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=11).

Observación General núm. 2 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre accesibilidad, Doc. CRPD/C/GC/2, de 22 de mayo de 2014.

Observación General núm. 3 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, Doc. CRPD/C/GC/3, de 25 de noviembre de 2016.



- Observación General núm. 4 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho a la educación inclusiva, Doc. CRPD/C/GC/4, de 25 de noviembre de 2016.
- Observación General núm. 5 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, Doc. CRPD/C/GC/5, de 27 de octubre de 2017.
- Observación General núm. 6 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre la igualdad y la no discriminación, Doc. CRPD/C/GC/6, de 26 de abril de 2018.
- Observación General núm. 8 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, Doc. CRPD/C/GC/8, de 7 de octubre de 2022.

## **Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

- Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Australia, Doc. CRPD/C/AUS/CO/2-3, de 15 de octubre de 2019. Todas las Observaciones Finales del Comité se encuentran disponibles en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx?Lang=es).
- Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, Doc. CRPD/C/ESP/CO/2-3, de 13 de mayo de 2019.
- Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Hungría, Doc. CRPD/C/HUN/CO/2-3, de 20 de mayo de 2022.
- Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Islámica del Irán, Doc. CRPD/C/IRN/CO/1, de 10 de mayo de 2017.
- Observaciones Finales sobre el informe inicial de Noruega, CRPD/C/NOR/CO/1, de 7 de mayo de 2019.



## La protección jurídica de las personas desaparecidas y sus familias: perspectivas actuales y desafíos del siglo XXI

THE LEGAL PROTECTION OF MISSING PERSONS AND THEIR FAMILIES:  
CURRENT PERSPECTIVES AND CHALLENGES OF THE 21ST CENTURY

**Pedro Llorens Sellés**

Universidad de Málaga

0611291271@uma.es  0009-0005-7030-9075

Recibido: 16 de marzo de 2024 | Aceptado: 28 de mayo de 2024

### RESUMEN

En el contexto actual, la interdisciplinariedad se presenta como imperativa al enfrentar desafíos que trascienden las fronteras tradicionales del Derecho. Este artículo, resalta la problemática del fenómeno de las personas desaparecidas, cuyas consecuencias afectan al entorno, a la seguridad pública y a la salud comunitaria. A través de un análisis contextualizado, se evidencia que las desapariciones no solo representan tragedias humanas, sino que además, suponen desafíos jurídicos integrales, que requieren respuestas integradoras. A pesar de los avances tecnológicos existentes en la búsqueda e investigación de personas desaparecidas, y desarrollados a lo largo del siglo XXI, existe una pobre evolución legislativa en el Derecho interno español. Este artículo, expone los antecedentes, situación actual y demandas sociales a futuro, destacando la necesidad de avanzar, dentro del ámbito del Derecho, para equipararse al nivel tecnológico presente, con la cada vez más presente tecnología de la Inteligencia Artificial.

### ABSTRACT

In the current context, interdisciplinarity is presented as imperative when facing challenges that transcend the traditional boundaries of Law. This article highlights the issue of the phenomenon of missing persons, whose consequences affect the environment, public security, and community health. Through a contextualized analysis, it is evident that disappearances not only represent human tragedies but also pose comprehensive legal challenges that require integrative responses. Despite the existing technological advances in the search and investigation of missing persons, developed throughout the 21st century, there has been a poor legislative evolution in Spanish domestic law. This article exposes the background, current situation, and future social demands, emphasizing the need to progress within the legal field to align with the current technological level, including the increasingly prevalent Artificial Intelligence technology.

### PALABRAS CLAVE

Personas desaparecidas  
Avances tecnológicos  
Legislación  
Retos futuros

### KEYWORDS

Missing persons  
Technological advances  
Legislation  
Future challenges

## I. INTRODUCCIÓN

En el contexto contemporáneo, la interdisciplinariedad se revela como un imperativo ineludible al abordar desafíos que trascienden las fronteras tradicionales del Derecho. En este escenario, el presente artículo explora la inextricable conexión entre el Derecho del Medio Ambiente<sup>1</sup>, de la Seguridad y de la Salud, destacando una dimensión que, con frecuencia, se encuentra en los márgenes de estas áreas especializadas: la problemática de las personas desaparecidas.

Aunque a primera vista pueda parecer que la desaparición de personas no guarda una relación evidente con el ámbito ambiental, de seguridad o de salud, la realidad nos insta a reconocer la interdependencia entre estos campos. Las consecuencias de la desaparición de personas trascienden las esferas individuales para converger en cuestiones fundamentales que afectan dichos ámbitos. En este artículo, en que se realiza un análisis jurídico, se pueden observar las complejas interrelaciones que subyacen en la desaparición de personas y el Derecho aplicable al entorno físico y social afectado, a la Seguridad Pública, así como la protección de la Salud tanto física como psicológica de los afectados por dicho fenómeno.

A través de un análisis contextualizado, se evidenciará que las personas desaparecidas no solo representan una tragedia humana, sino también un desafío jurídico integral que demanda respuestas integradoras. La falta de información y recursos relacionados con la búsqueda y esclarecimiento de estos casos no solo afecta el tejido social y al contexto ambiental en que se desarrolla, sino que también incide en la seguridad pública y en la salud emocional de los individuos y sus entornos.

En el ámbito de las personas desaparecidas, el siglo XXI ha sido testigo de un marcado progreso, caracterizado por notables avances tecnológicos, técnicas avanzadas de búsqueda y localización, así como el establecimiento de protocolos y herramientas de coordinación. Sin embargo, es imperativo señalar que los avances en el ámbito legislativo han sido limitados.

En el contexto español, la falta de una definición jurídica del término «persona desaparecida» que permita la formulación de leyes socialmente satisfactorias, la ausencia de un «Estatuto jurídico de la persona desaparecida» tan demandado, y la insatisfacción persistente de los familiares de las víctimas de desapariciones de etiología criminal, respecto del tratamiento y la resolución de sus casos, subrayan la necesidad de continuar avanzando en el ámbito del derecho en esta materia.

El propósito de este artículo es exponer los antecedentes, hasta llegar a la situación actual y las demandas de la sociedad en relación con las personas desaparecidas. Estas demandas deben abordarse en los próximos años, especialmente en un contexto en el que se anticipa un aumento significativo en la aplicación de la inteligencia artificial. Es crucial reconocer que los avances tecnológicos deben ir acompañados de avances normativos para lograr una solución integral y satisfactoria.

---

1. Medio ambiente, entendido como entorno físico y social en el que tienen lugar los fenómenos y ejerce influencia sobre los acontecimientos que se desarrollan.

## II. ANTECEDENTES

El fenómeno de la desaparición de personas, enraizado en la propia naturaleza de la existencia humana, encuentra sus primeras manifestaciones documentadas en el relato bíblico. Ello se evidencia en el caso paradigmático de Henoc, uno de los primeros habitantes de la Tierra (según el texto bíblico), cuya desaparición queda consignada en el libro del Génesis.

El relato bíblico, como fuente primaria, describe la desaparición de Henoc en los siguientes términos: «Henoc siguió los caminos de Dios y después desapareció, porque Dios se lo llevó» (Génesis 5:24). Además, se consigna que, por virtud de su fe, Enoc fue trasladado para evitar la experiencia de la muerte, y en consecuencia, «no fue hallado, porque lo trasladó Dios» (Hebreos 11:5). Dichas expresiones, insertas en el contexto religioso y mitológico de la narrativa bíblica, revelan la idea de una desaparición misteriosa, vinculada a la intervención divina.

Desde una perspectiva jurídica contemporánea, el relato de la desaparición de Henoc destaca la antiquísima existencia de este fenómeno en la historia humana. Si bien el enfoque bíblico se inclina hacia explicaciones de carácter religioso, el análisis legal contemporáneo aborda la desaparición de personas como una problemática social y jurídica que involucra la vulneración de derechos fundamentales.

Para explorar las primeras regulaciones jurídicas del fenómeno de las personas desaparecidas en España, nos tenemos que remontar a la época prerromana y al concepto de «ausente». Sin embargo, no resulta factible precisar, dada la carencia de datos, la normativa referente a la ausencia en los distintos pueblos de la España primitiva.

Por ello, únicamente cabe suponer su existencia, cuando se trata de ordenamientos jurídicos no codificados, que son los característicos de ese periodo. No obstante, al exigirse un cierto grado de desarrollo cultural y jurídico para llegar a considerar vivo a aquella persona que física y materialmente parece muerto, no es descartable que, al igual que acontece en otras culturas jurídicas primarias, el ausente fuese reputado muerto transcurrido un plazo de tiempo no excesivamente largo (Coronas González, 1983, 294).

La regulación actual de la figura del ausente se encuentra contemplada en nuestro Código Civil de 1889, el cual ha experimentado diversas modificaciones hasta alcanzar su estado actual. Estas modificaciones se centran, principalmente, en la reducción de los plazos destinados a la declaración de ausencia y de fallecimiento, anteriormente denominada presunción de muerte.

Los cambios en los plazos han sido considerados necesarios para adaptarse a la rápida obsolescencia de los extensos plazos en la tramitación de la declaración de ausencia y fallecimiento, dada la evolución de las tecnologías de comunicación.

En el marco del proceso codificador del siglo XIX, se abordaron diversas tipificaciones penales en los Códigos Penales españoles, las cuales se centran en la desaparición de víctimas de delitos. Entre tales tipificaciones, contempladas en los distintos Códigos penales desde el año 1822, se encuentran los delitos de desaparición ilegal sin dar razón sobre el paradero de la víctima, así como los delitos relacionados con inhumaciones ilegales, por citar algunos ejemplos. Delitos que, en muchos casos, se contemplan en nuestra actual legislación penal, con ligeras variaciones, siendo las mayores modificaciones las que afectan a las penas con las que se castigan tales conductas.

Ya en pleno Siglo XX, mediante Ley de 8 de septiembre de 1939, que modifica el Título octavo, Libro primero del Código Civil, se estableció la creación del Registro Central y Público de Ausentes. Dicho registro podemos considerarlo como el primer registro oficial de datos sobre personas desaparecidas<sup>2</sup>. Este registro fue incorporado al Registro Civil en el año 1957 (López Veiga, 2022, 12), consolidando un sistema con mayor eficiencia, en cuanto a registro y control, en el ámbito de las desapariciones.

Dentro de este Siglo XX, se genera un interés general de la sociedad española por este fenómeno, a partir de casos, especialmente dramáticos, que se producen y que centran la atención de los medios de comunicación, como son las desapariciones, entre otros, de los menores:

Alberto Pérez Elvira, el 2 de julio de 1973, cuando tenía 13 años, desapareció en el trayecto del colegio al restaurante de sus padres, apareciendo únicamente su bicicleta con una rueda pinchada<sup>3</sup>.

Juan Pedro Martínez Gómez, el 25 de junio de 1986, cuando tenía 9 años, desapareció tras un accidente de tráfico cuando lo acompañaban sus padres en un camión cisterna cargado de ácido sulfúrico en el Puerto de Somosierra. Los equipos de rescate solamente recuperaron del accidente dos cadáveres y, tras una búsqueda exhaustiva, no encontraron rastro del niño. Es el que se vino a llamar como el caso de «El niño de Somosierra»<sup>4</sup>

David Guerrero Guevara, el 6 de abril de 1987, cuando tenía 14 años, desapareció cuando se dirigía a una galería donde exponían uno de sus cuadros. Es el que se vino a llamar como el caso de «El niño pintor de Málaga»<sup>5</sup>

Isidre y Dolors Pires Orrit, el 5 de septiembre de 1988, cuando tenían 5 y 17 años respectivamente, desaparecieron del Hospital donde Isidre estaba ingresada<sup>6</sup>.

Como parte de una iniciativa ideada para lograr la colaboración ciudadana y ayudar a la policía en sus investigaciones en los casos de desapariciones de personas, se comienza a emitir en España, el 5 de marzo de 1992<sup>7</sup>, el Programa de televisión «Quien sabe dónde» (Carratalá & Palau-Sampio, 2017, 175). Dicho programa obtuvo unos índices de audiencia inimaginables para la época, un share medio del 33%<sup>8</sup>, convirtiéndose en un fenómeno social y de comunicación, obteniendo varios premios por ello.

El programa televisivo, trasladó a todos los hogares españoles, el problema de la desaparición de personas, logrando sus más altas cotas de audiencia, con el tratamiento

2. O incluso podría ser considerada como la primera base de datos sobre personas desaparecidas.

3. Ortiz, A. M. (12 de marzo de 2023). La desaparición más larga de España: 50 años buscando a Albertito. *Elmundo.es*. Noticia recuperada el 31/05/2023 de: <https://www.elmundo.es/espana/2023/03/12/640c62d821efa0ee0e8b45a8.html>.

4. Hidalgo, C. (18 de septiembre de 2015). El caso del niño de Somosierra: la desaparición más extraña de Europa. *ABC.es*. Noticia recuperada el 12/12/2023 de: <https://www.abc.es/madrid/20150918/abci-nino-camion-somosierra-caso-201509171948.html>.

5. Rada, J. (14 de agosto de 2016). El misterio del niño pintor de Málaga al que se tragó la tierra en 150 metros. *ElEspañol.com*. Noticia recuperada el 12/12/2023 de: [https://www.lespanol.com/repor-tajes/grandes-historias/20160811/146985965\\_0.html](https://www.lespanol.com/repor-tajes/grandes-historias/20160811/146985965_0.html).

6. Ibáñez, C. (3 de agosto de 2021). Isidre y Dolors, los hermanos que se esfumaron en el hospital de Manresa. *ElCaso.com*. Noticia recuperada el 13/12/2023 de: [https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/isidre-dolors-orrit-pires-hermanos-desaparecidos-hospital-manresa-sant-joan-deu\\_854472102.html](https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/isidre-dolors-orrit-pires-hermanos-desaparecidos-hospital-manresa-sant-joan-deu_854472102.html).

7. Fecha extraída del archivo histórico de RTVE.

8. Fórmula TV (19 de julio de 2018). Año 1993: ¿Quién sabe dónde?, programa revelación de la temporada. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.formulatv.com/noticias/6121/>.

del que se vino a denominar «el caso de las niñas de Alcàsser»<sup>9</sup>. Dicho caso consistió en la desaparición el 13 de noviembre de 1992, de tres menores y la posterior aparición de sus cadáveres 75 días después<sup>10</sup>, se considera uno de los crímenes más impactantes y mediáticos de la historia criminal de España, causando una gran consternación en la sociedad española, siendo a día de hoy, todavía, objeto de debate y reflexión, por las circunstancias que rodearon el caso<sup>11</sup>. También supuso un antes y un después en la forma en que los medios de comunicación debían de tratar el tema de las desapariciones<sup>12</sup>, denominadas «sin causa aparente»<sup>13</sup>.

Al anterior caso, cabe añadir el tratamiento que en dicho programa se dio a otro caso especialmente mediático e impactante, el secuestro de Anabel Segura. El 12 de abril de 1993, cuando salió a hacer footing, una chica de 22 años fue secuestrada, solicitándose un rescate por su liberación. Posteriormente, el 28 de septiembre de 1995, los secuestradores fueron detenidos, confesando que Anabel había sido asesinada en los primeros momentos del secuestro, e indicando seguidamente donde se encontraba el cadáver<sup>14</sup>.

Y a mayor abundamiento, el 9 de marzo de 1997, Cristina Bergua Vera de 16 años de edad, desaparece cuando se dirigía a un encuentro con su pareja, para romper su relación<sup>15</sup>. El día de su desaparición sería posteriormente declarado como «Día Nacional de las Personas Desaparecidas Sin Causa Aparente» (BOCG nº478 de 16/11/2010). También ese mismo año, el 19 de abril de 1997, desaparece Eva Blanco Puig, de 16 años, cuando se dirigía a su casa tras pasar la noche en una discoteca con unas amigas. Su cuerpo apareció al día siguiente, siendo detenido el autor de su muerte varios años después<sup>16</sup>.

Un año después, en 1998, nacería la Asociación de Familiares de Personas Desaparecidas sin Causa Aparente (Inter-sos), una de las asociaciones pioneras en la materia, en nuestro

9. Migelez, X. (12 de julio de 2019). 'Quién sabe dónde' Así reventó el caso Alcàsser las audiencias de Paco Lobatón. El Confidencial. Noticia recuperada el 13/12/2023 de: [https://www.elconfidencial.com/television/programas-tv/2019-07-12/quien-sabe-donde-paco-lobaton-caso-ninas-alcasser-netflix\\_2108991/](https://www.elconfidencial.com/television/programas-tv/2019-07-12/quien-sabe-donde-paco-lobaton-caso-ninas-alcasser-netflix_2108991/).

10. Cecchini, D. (13 de noviembre de 2022). El misterio de Alcàsser: el secuestro, violación, tortura y muerte de tres niñas y un asesino que se esfumó. Infobae. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.infobae.com/historias/2022/11/13/el-misterio-de-alcasser-el-secuestro-violacion-tortura-y-muerte-de-tres-ninas-y-un-asesino-que-se-esfumo/>.

11. Domínguez, T. (3 de noviembre de 2019). Caso Alcàsser: el crimen que marcó a todo un país. Levante-emv.com. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.levante-emv.com/sucesos/2019/11/13/caso-alcasser-analisis-crimen-marco-pais-23032461.html>.

12. Vázquez Maciá, N. (22 de febrero de 2021). El caso Alcàsser, de un crimen a un espectáculo mediático. Universidad Miguel Hernández. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://historiatercerocaup2021.umh.es/2021/02/22/el-caso-alcasser-de-un-crimen-a-un-espectaculo-mediatico-noelia-vazquez/>.

13. Desapariciones sin causa aparente, son aquellas desapariciones involuntarias, en las que una persona «se ausenta de su residencia habitual y se ignora su paradero, no existiendo ningún motivo aparente o conocido para que tal hecho se produzca» (Gabinete de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad, 2019, 17).

14. Morcillo, C., & Muñoz, P. (14 de agosto de 2007). Anabel Segura El siniestro «negocio» de unos asesinos. ABC. Noticia recuperada el 13/12/2023 de: [https://www.abc.es/espana/abci-anabel-segura-siniestro-negocio-unos-asesinos-200708140300-164378119515\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-anabel-segura-siniestro-negocio-unos-asesinos-200708140300-164378119515_noticia.html).

15. Manzano, C. (15 de noviembre de 2019). Cristina Bergua, la ausencia que dejó huella. La Vanguardia. Noticia recuperada el 16/12/2023 de: <https://www.lavanguardia.com/local/baix-llobregat/20191115/471602008832/cristina-bergua-desaparecida-ausencia-dejo-huella-cornella-llobregat.html>.

16. Ortega, S. (18 de agosto de 2019). Una muestra de ADN y una criba pueblo a pueblo: el caso de Eva Blanco 19 años después. Público. Recuperado el 21/12/2023 de: <https://www.publico.es/sociedad/crimen-eva-blanco-muestra-adn-criba-pueblo-pueblo-caso-eva-blanco-19-anos-despues.html>.

país, dedicada a la ayuda en la búsqueda de personas desaparecidas sin motivo aparente. Uno de los impulsores de dicha asociación fue el padre de Cristina Bergua.

Antes de despedir este siglo XX, un nuevo caso que conmociona a la opinión pública, la desaparición de Rocío Wanninkhof de 19 años, el 9 de octubre de 1999, cuando iba de camino a su casa. El cuerpo de la joven, asesinada, apareció 24 días después<sup>17</sup>. Un caso que causó gran revuelo por las circunstancias que lo rodeaban y que aún hoy en día es comentado.

Una vez que la ciudadanía ha tomado plena conciencia sobre el problema, con el baño de realidad que supusieron los impactantes casos citados, catapultado a los hogares españoles mediante un programa de máxima audiencia, pasamos al auge en el tratamiento de las desapariciones de personas que se produce en el siglo XXI.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL

No es atrevido afirmar, que casi todos los avances logrados en materia de Derechos de las personas desaparecidas y sus familiares, en España, tienen lugar durante el siglo XXI, si bien para ello se tuvieron que dar una serie de circunstancias.

Una vez transcurrido el intenso periodo de concienciación de la Sociedad española, sobre la gravedad del problema de las personas desaparecidas, que tuvo lugar en el pasado siglo XX, se inicia el siglo XXI dándose nuevos casos de desapariciones traumáticas, que continúan convulsionando a la opinión pública, siendo algunos de los más mediáticos y de mayor impacto:

- Josué Monge, el 10 de abril de 2006, cuando tenía 13 años, desapareció tras haberle dejado sus padres pasar la noche en la casa de un amigo, a la que nunca llegó<sup>18</sup>.
- Sara Morales, el 30 de julio de 2006, cuando tenía 14 años, desapareció cuando se dirigía a un Centro Comercial, al que nunca llegó<sup>19</sup>.
- Yéremi Vargas, el 10 de marzo de 2007, cuando tenía 7 años, desapareció mientras jugaba en la calle<sup>20</sup>.
- Amy Fitzpatrick, el 1 de enero de 2008, cuando tenía 15 años, desapareció en el camino a su casa<sup>21</sup>.

17. Pérez Mateo, E. (2 de noviembre de 2023). Caso Rocío Wanninkhof, el asesinato que se convirtió en uno de los mayores errores judiciales de España. Telecinco. Recuperado el 16/12/2023 de: [https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20231102/caso-rocio-wanninkhof-asesinato-error-judicial-aniversario-aparacion-cadaver-4gend4\\_18\\_010839322.html](https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20231102/caso-rocio-wanninkhof-asesinato-error-judicial-aniversario-aparacion-cadaver-4gend4_18_010839322.html).

18. Morillo, T. (24 de noviembre de 2021). Josué, el niño de Sevilla que desapareció bajo la sombra de la violencia vicaria. El periódico de España. Noticia recuperada el 16/12/2023 de: <https://www.epe.es/es/sucesos/20211124/josue-nino-sevilla-desaparecio-sombra-12894126>.

19. Santana Beltrán, C. (29 de julio de 2021). Quince años sin Sara Morales. Canarias7. Noticia recuperada el 16/12/2023 de: <https://www.canarias7.es/sucesos/quince-anos-sara-20210730192317-nt.html>.

20. Morillo, T. (4 de noviembre de 2021). Yéremi Vargas: ¿qué sabemos y qué no sobre su desaparición? El Periódico. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos/20211105/yeremi-vargas-desaparicion-12674543>.

21. Cano, J. (4 de enero de 2023). 15 años sin noticias de Amy Fitzpatrick, la menor desaparecida en Mijas. Diario Sur. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.diariosur.es/sucesos/desaparicion-menor-amy-mijas-20230103074557-nt.html>.

- Mari Luz Cortés, el 13 de enero de 2008, cuando tenía 5 años, desapareció cuando fue a un quiosco cercano a su domicilio a por chucherías. El cuerpo de la niña, asesinada, apareció 54 días después. Su padre impulsó la inclusión de la pena de prisión permanente revisable en el Código Penal<sup>22</sup>.
- Y la desaparición de la joven sevillana, Marta del Castillo de 17 años, el 24 de enero de 2009<sup>23</sup>. La desaparición del cuerpo tras haber sido asesinada, y su no localización, con las múltiples versiones sobre el lugar donde se hallaba el mismo, marcaron un antes y un después en todo lo relacionado con las desapariciones (tratamiento, investigación, regulación legal, etc.). Dicho caso planteó una serie de retos, judiciales y policiales, y fue el punto de partida para un tratamiento en profundidad del fenómeno, desde los distintos ámbitos afectados: judiciales, policiales, sociales y políticos.

No en vano, ese mismo año, se aprueba la instrucción 1/2009, que por primera vez regulaba la actuación policial ante desapariciones de menores y otras denominadas de alto riesgo. Dicha instrucción, estableció una clasificación, que determinaba la forma de actuar por parte de las FFCCS, así diferenciaba las desapariciones denominadas de alto riesgo, de aquellas que vino a definir como de riesgo limitado (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 1), ello posibilitaba agilizar la búsqueda de las personas desaparecidas y, adaptar las actuaciones y las medidas de respuesta a las circunstancias de cada caso. Además, se da a conocer el Sistema de Alerta por Desaparición de Alto Riesgo (SADAR) y se establece el teléfono 116000 como línea directa para casos de niños desaparecidos.

A partir de ahí, se produjeron una serie de mejoras significativas en la materia. Así, en el año 2010, el Congreso de los Diputados, por unanimidad, establece el día 9 de marzo, como Día de las Personas Desaparecidas Sin Causa Aparente (BOCG nº478 de 16/11/2010), y se pone en funcionamiento la Base de datos sobre Personas Desaparecidas y Restos Humanos sin Identificar (Sistema PDyRH), que realiza interacción entre los datos registrados de Personas denunciadas o que constan como desaparecidas y los datos registrados de Cadáveres y Restos Humanos hallados que están sin Identificar, procedentes de Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Foral de Navarra, Ertzaintza y Mossos d'Esquadra, posibilitando así la identificación de personas que constaban como desaparecidas. Esta herramienta digital (Sistema PDyRH), que en ese momento destacó como una innovación dentro del contexto de los países circundantes, ya desde su implementación, constituyó y aún constituye un recurso esencial para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la investigación de las desapariciones (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 2).

---

22. Ortiz, A. M. (11 de agosto de 2019). Mari Luz Cortés, el llanto que se hizo multitud y reescribió el Código Penal. Diario El Mundo. Noticia recuperada el 16/12/2023 de: <https://www.elmundo.es/espaa/2019/08/11/5d4ebcbcfddff46b68b4694.html>.

23. Martín-Arroyo, J. (23 de noviembre de 2021). Las lagunas del 'caso Marta del Castillo'. El País. Recuperado el 21/12/2023 de: <https://elpais.com/television/2021-11-23/las-lagunas-del-caso-marta-del-castillo.html>.



En el año 2011, de nuevo la sociedad española es sacudida con un nuevo caso atroz, la desaparición y muerte de dos hijos a manos de su padre en Córdoba<sup>24</sup>. Este caso supuso un antes y un después en la opinión generalizada acerca de la utilización de los hijos como medio para perpetrar actos de violencia de género (Ruiz Salmeron, 2023, 6) y provocó que se empezara a hablar en España de la denominada violencia vicaria<sup>25</sup>, como forma de violencia machista que consiste en que los hijos e hijas menores de edad son utilizados por el maltratador para hacer daño a la madre<sup>26</sup>.

Durante el año 2013, se crea una Comisión Especial del Senado para el estudio de la problemática de las personas desaparecidas sin causa aparente. La conclusión más relevante de esta Comisión, además de la aprobación de un informe proponiendo mejoras y modificaciones desde distintos ámbitos (normativo, legislativo y de coordinación), fue que dicha problemática debía tratarse de forma global como Política de Estado (BOCG nº 290 de fecha 23/12/2013).

En ese mismo año, se produjeron, además, entre otras, las siguientes desapariciones:

- Elisa Abruñedo, el 1 de septiembre de 2013, mujer de 46 años, cuyo cuerpo apareció dos días después. Tras varios años se procedió a identificar y a detener al autor de su muerte<sup>27</sup>.
- Malen Zoe Ortíz, el 2 de diciembre de 2013, cuando tenía 15 años, desapareció cuando se dirigía a la casa de su novio<sup>28</sup>.

En el año 2014, se publica la Instrucción 14/2014, de 3 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se regula el procedimiento para la activación y funcionamiento del Sistema de Alerta Temprana por Desaparición de Menores (Alerta-Menor Desaparecido). Esta Instrucción reguló el Sistema de Alerta Temprana por Desaparición de Menores, que pasó a denominarse «ALERTA MENOR DESAPARECIDO», delimitando los aspectos concernientes a los requisitos que deben ser satisfechos para proceder a su activación (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 3).

Durante el año 2015, y a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77 de fecha 31/03/2015), se modifica el Código Penal, incluyendo la pena de Prisión Permanente Revisable para determinados supuestos. A partir de ese momento, la petición de su extensión a los casos de personas desaparecidas a consecuencia de haber

---

24. Delgado, D., Poyato, F., & Baquero, P. (7 de octubre de 2021). Diez años del crimen de Bretón. El caso que pudo resolverse en horas y el fallo que alargó la tragedia. ABC. Noticia recuperada el 21/12/2023 de: [https://www.abc.es/espana/andalucia/cordoba/sevi-errores-tragedia-cordoba-enf-202110071940\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/andalucia/cordoba/sevi-errores-tragedia-cordoba-enf-202110071940_noticia.html).

25. Ibáñez, C. (8 de octubre de 2021). Diez años del caso Bretón: empezar a hablar de violencia vicaria. El Caso.com. Noticia recuperada el 21/12/2023 de: [https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/diez-anos-caso-jose-breton-cordoba-ruth-jose-violencia-vicaria\\_856974102.html](https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/diez-anos-caso-jose-breton-cordoba-ruth-jose-violencia-vicaria_856974102.html).

26. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/violenciaVicaria/home.htm>.

27. Pontevedra, S. R. (18 de octubre de 2023). Violación y muerte de Elisa Abruñedo: un cazador cazado por ser pelirrojo. El País. Noticia recuperada el 21/12/2023 de: <https://elpais.com/espana/galicia/2023-10-18/violacion-y-muerte-de-elisa-abrunedo-un-cazador-cazado-por-ser-pelirrojo.html>.

28. Morillo, T. (6 de marzo de 2023). Malén Ortiz: la niña que desapareció en veinte minutos subida en su patinete. Diario de Mallorca. Noticia recuperada el 21/12/2023 de: <https://www.diariodemallorca.es/sucesos/2023/03/06/malen-ortiz-nina-desaparecio-veinte-57832796.html>.

sido víctimas de un asesinato será una demanda permanente por parte de los familiares de las víctimas.

Otro avance legislativo importante que se produce ese mismo año es el reconocimiento como víctimas indirectas en los casos de desaparición a cónyuges y a determinados familiares de la persona desaparecida; si bien, sólo se contempla para casos de desapariciones a consecuencia de un delito. Tal reconocimiento se lleva a cabo a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE nº101 de fecha 28/04/2015).

Y de nuevo, otro trágico suceso entre los años 2016 y 2017, vuelve a sacudir a la sociedad española, la desaparición de una joven en A Pobra do Caramiñal. Diana Quer desaparece el día 22 de agosto de 2016, cuando tenía 18 años, tras ir a una feria próxima. Posteriormente, es hallada tras confesar su asesino 497 días después, su lugar de ocultación<sup>29</sup>.

El primer informe estadístico sobre personas desaparecidas fue publicado el 9 de marzo de 2017, coincidiendo con el «Día de las personas desaparecidas sin causa aparente». A partir de ese momento, anualmente y próximo a esa fecha el Ministerio del Interior hace públicos los datos correspondientes al año anterior, de los extraídos a fecha 31 de diciembre (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 3)

Si bien, en los primeros informes, los datos se limitaban a los que estrictamente constaban en el Sistema PDyRH y en el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC). Con los progresos técnicos incorporados al Sistema PDyRH, se ha logrado una mayor desagregación de la información recopilada, posibilitando así la creación de perfiles específicos de personas desaparecidas. Esta mejora, ya es patente desde el informe anual publicado en el año 2021 (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 3).

Un año más tarde, mediante la Instrucción 2/2018, de 5 de febrero, de la Secretaría de Estado de Seguridad, se crea el Centro Nacional de Desaparecidos (en adelante CNDES), constituyéndose éste en el órgano de gestión centralizada encargado de la coordinación eficaz y continua del Sistema de personas desaparecidas utilizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estableciendo y definiendo las misiones y funciones encomendadas a las mismas (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 4). Dicho órgano (el CNDES), depende orgánica y funcionalmente de la Dirección General de Coordinación y Estudios, de la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior). El CNDES está integrado dentro de la red de expertos policiales especializados en la búsqueda de personas desaparecidas (Police Expert Network on Missing Person), y el mismo año de su creación (2018), el CNDES firman un acuerdo con Ambert Alert Europe<sup>30</sup> (Ministerio del Interior y Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 4).

Pocos días después, el 27 de febrero de 2018, un nuevo suceso vuelve a conmocionar a la sociedad española, desaparece Gabriel Cruz, un niño de 8 años, cuando se dirigía a casa de unos familiares, distante apenas unos 100 m<sup>31</sup>. Si impactante fue la desaparición,

29. Cunha, J. (6 de agosto de 2021). Diana Quer: su desaparición y la historia del caso. Caso Criminal. Recuperado el 22/12/2023 de: <https://casocriminal.org/es/casos-internacionales/diana-quer-su-desaparicion-y-la-historia-del-caso/>.

30. Organización internacional sin ánimo de lucro, cuyo objetivo es la protección de niños desaparecidos, contando para ello con el respaldo del Parlamento Europeo

31. Escobar, S. (16 de diciembre de 2020). Las claves del 'caso Gabriel Cruz': ¿por qué Ana Julia Quezada es condenada a la máxima pena? El Confidencial. Noticia recuperada el 22/12/2023

la resolución del caso provocó una conmoción mayor, pues fue localizado 13 días después (el 11 de marzo de 2018) en el maletero de la pareja sentimental del padre (autora del crimen), y que incluso había participado en la búsqueda del menor<sup>32</sup>.

Al año siguiente, en febrero de 2019, se pone en funcionamiento la página web del Centro Nacional de Desaparecidos. Su principal objetivo será el divulgar información acerca de personas desaparecidas, ofreciendo la mayor cantidad de detalles posible para facilitar su localización. Asimismo, se proporciona información adicional considerada de interés, como los pasos a seguir para presentar una denuncia por la desaparición de un ser querido, publicaciones relevantes sobre personas desaparecidas, los informes anuales sobre desapariciones, mapas con recursos disponibles a nivel provincial para la búsqueda y la localización de personas desaparecidas, y una sección dedicada a las fundaciones y asociaciones relacionadas con las personas desaparecidas (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 5).

Pero quizás el hito importante, en ese año (2019), llevado a cabo mediante la Instrucción 3/2019, de 4 de marzo, de la Secretaría de Estado de Seguridad, es la aprobación del protocolo de actuación de las FFCCS ante casos de personas desaparecidas. Este será el primer protocolo policial a nivel nacional, que establece el procedimiento a seguir desde la formalización de la denuncia, hasta la finalización del trabajo policial (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 5-6). El propósito del protocolo es normalizar y unificar las acciones de las fuerzas de seguridad, adaptándolas a las circunstancias específicas de cada caso de desaparición, realizando una clasificación de las desapariciones que facilite la aplicación de un tratamiento policial adecuado y oportuno en cada situación.

A raíz de dicho protocolo las desapariciones se clasificarán en voluntarias, involuntarias y forzosas. El Protocolo, además, detalla de manera exhaustiva las diferentes etapas de la actuación policial, desde el inicio con la presentación de la denuncia por desaparición, pasando por directrices para la investigación correspondiente o, en su caso, la activación de los dispositivos de búsqueda, hasta llegar a la cancelación y la conclusión del proceso.

En el año 2019, también se comienzan a incorporar los avances tecnológicos a la materia, y así el Ministerio del Interior desarrolla una herramienta crucial destinada a la prevención y gestión de casos de desapariciones, denominada ALERTCOPS. Se trata de una aplicación móvil diseñada por la Policía Nacional y la Guardia Civil, que incorpora diversas funcionalidades. Entre estas, se destaca la capacidad de informar a los cuerpos de seguridad sobre posibles eventos delictivos. Adicionalmente, la herramienta cuenta con la función denominada «Guardián», que permite a las personas designadas por el usuario visualizar en tiempo real la ubicación geográfica de este mientras la aplicación está en uso<sup>33</sup>.

---

de: [https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2020-12-16/claves-caso-gabriel-cruz-juicio-ana-julia-quezada\\_2200943/](https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2020-12-16/claves-caso-gabriel-cruz-juicio-ana-julia-quezada_2200943/).

32. Diario de Almería (5 de septiembre de 2022). 2018: el atroz asesinato del niño Gabriel Cruz conmocionó a España. Noticia recuperada el 22/12/2023 de: [https://www.diariodealmeria.es/xv-ani-versario-diario-de-almeria/asesinato-Gabriel-Cruz-conmociono-Espana\\_0\\_1696631313.html](https://www.diariodealmeria.es/xv-ani-versario-diario-de-almeria/asesinato-Gabriel-Cruz-conmociono-Espana_0_1696631313.html).

33. Página web de la aplicación: <https://alertcops.ses.mir.es/publico/alertcops/>.

Ese mismo año (2019), el 7 de noviembre, una joven desaparece en Valencia, Marta Calvo Burón, de 25 años de edad<sup>34</sup>. El autor de su muerte, ante la presión policial, decide confesar una supuesta muerte accidental, así como que se ha deshecho del cuerpo. La ocultación del cuerpo de la víctima impide que éste sea hallado. Con este caso crece la intensidad con que solicitan familiares y asociaciones de desaparecidos, que se contemple un delito autónomo para estos casos o que se incluya como un nuevo supuesto a los que aplicar la pena de prisión permanente revisable<sup>35</sup>.

Durante el año 2020, a consecuencia de la pandemia provocada por la COVID-19, apenas se realizaron avances normativos en la materia, pero al llegar el año 2021, de nuevo un caso trágico, la desaparición de las niñas Anna y Olivia Gimeno Zimmermann en Santa Cruz de Tenerife<sup>36</sup>, el 27 de abril de 2021, Anna y Olivia, de uno y seis años respectivamente, desaparecieron a manos de su padre, apareciendo el cuerpo de tan solo una de ellas el 10 de junio tras rastrear el fondo marino, ya que al parecer su padre les habría dado muerte y habría hecho desaparecer sus cuerpos en el fondo del mar, él también se quitó la vida y desapareció del mismo modo. Un caso, que volvería a traer a la palestra mediática el problema de las desapariciones relacionadas con la violencia vicaria<sup>37</sup>.

Durante el año 2021, fruto de las investigaciones del CNDES, en colaboración con distintas universidades<sup>38</sup>, se aporta un enfoque científico riguroso, que evidencia la presencia de distintos panoramas en el contexto de las desapariciones en España, y así se identifican cuatro escenarios predominantes que nos podemos encontrar en el ámbito de las desapariciones en España (López Gutierrez, y otros, 2022, 13): Voluntaria-Escape, Voluntaria-Disfuncional, Involuntaria-Accidental, e Involuntaria-Forzosa. Los mismos estudios determinan que en las desapariciones se pueden dar tres tipos de desenlace: «buen estado de salud, lesionado física/psicológicamente y fallecido» (García Barceló, Fernández Oruña, & González Álvarez, 2019, 23).

En el año 2022, coincidiendo con la celebración del «Día de las personas desaparecidas sin causa aparente», el 9 de marzo, el Secretario de Estado de Seguridad dio a conocer el I Plan Estratégico en materia de personas desaparecidas, donde se contemplan las medidas a desarrollar durante el periodo comprendido entre los años 2022-2024, de cara a impulsar distintas acciones para la prevención y la concienciación de la sociedad, incentivar la formación en distintos niveles, adaptar los avances tecnológicos en la in-

34. COPE (5 de julio de 2022). Cronología del caso Marta Calvo: tres víctimas, cocaína y un asesino despiadado. Noticia recuperada el 23/12/2023 de: [https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/todas-las-claves-del-caso-marta-calvo-20220705\\_2180292](https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/todas-las-claves-del-caso-marta-calvo-20220705_2180292).

35. Herrero, N., & Bono, F. (1 de septiembre de 2022). La Audiencia condena a 159 años de prisión al acusado de matar a Marta Calvo y dos mujeres más, tras intoxicarlas con cocaína. El País.com. Noticia recuperada el 23/12/2023 de: <https://elpais.com/sociedad/2022-09-01/la-audiencia-condena-a-159-anos-de-prision-al-acusado-de-matar-a-tres-mujeres-entre-ellas-marta-calvo-tras-intoxicarlas-con-cocaina.html>.

36. Vega, G., & Jiménez Barca, A. (12 de junio de 2021). La juez, sobre Gimeno: «Mató a las niñas de forma premeditada y para provocar un dolor inhumano a la madre». El País.com. Noticia recuperada el 25/12/2023 de: <https://elpais.com/sociedad/2021-06-12/la-guardia-civil-intercepto-en-la-entrada-del-puerto-a-tomas-gimeno-cuando-ya-habia-tirado-a-sus-hijas-al-mar.html>.

37. Rosario, L. D. (21 de noviembre de 2021). El legado de Olivia y Anna: desenmascarar la violencia vicaria. Canarias7.es. Noticia recuperada el 25/12/2023 de: <https://www.canarias7.es/sociedad/legado-olivia-anna-20211122143535-nt.html>.

38. Universidad Autónoma de Madrid y Universidad Complutense de Madrid.

investigación, para facilitar la resolución de los casos, y brindar atención prioritaria a las familias de las personas desaparecidas (López Gutiérrez y otros, 2023, 14-15).

Asimismo, en el año 2022, se produce una reforma del Código Penal, para atender las demandas de los familiares de las personas desaparecidas tras haber sido víctimas de un homicidio o asesinato, por ello mediante la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, se introduce la figura que se ha venido a denominar en lenguaje coloquial: «el delito de ocultación de cadáver». La introducción de dicha figura jurídica se produce mediante la inclusión dentro de los delitos contra la integridad moral, de un nuevo párrafo (2º), que se analizará en un epígrafe posterior. Esta reforma, no ha estado exenta de polémica, pues por un lado se encontraban los que la veían insuficiente<sup>39</sup> y por otro los juristas que la calificaban de «reforma precipitada y perfectamente prescindible por su mínima aplicación en el futuro y sus numerosos defectos técnico-jurídicos» (Manzanares Samariego, 2023, 10).

La atención al fenómeno de la ocultación del cuerpo de la víctima, tras un homicidio o asesinato, venía fraguándose desde antaño, alentado por situaciones dramáticas en las que no se había podido conocer el paradero de la víctima, por la negativa e incluso la farsa, con objeto de distraer los trabajos de localización, creando falsas esperanzas en los familiares<sup>40</sup> y acrecentando por tanto su dolor y sufrimiento.

## IV. RETOS FUTUROS

### 4.1. Establecer una definición legal del término «persona desaparecida»

A día de hoy no existe una definición legal de «persona desaparecida» en España, sin embargo, sí utilizamos dicho término en determinados aspectos jurídicos.

Existen diversas definiciones de dicho término, el diccionario de la Real Academia de la lengua española define del siguiente modo el vocablo «desaparecido» referido a una persona: «Que se halla en paradero desconocido, sin que se sepa si vive.»

El Consejo de Europa en la Recomendación CM/Rec (2009), define a la persona desaparecida como «aquella persona ausente de su residencia habitual sin motivo conocido o aparente, cuya existencia es motivo de inquietud o bien que su nueva residencia se ignora, dando lugar a la búsqueda en el interés de su propia seguridad y sobre la base del interés familiar o social», siendo ésta una de las definiciones más ampliamente considerada.

El CNDES en su protocolo de actuación de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante casos de personas desaparecidas (Cereceda Fernández-Oruña & Tourís López, 2019, 14), de cara a su tratamiento por las FFCCS, indica que «Persona desaparecida es aquella sobre la que sus familiares, amigos y conocidos no tienen noticias de su paradero y su situación personal, independiente de cuál sea su edad (menor o mayor de edad), su

39. COPE (12 de noviembre de 2022). Las víctimas califican de «insuficiente» el castigo por la ocultación de cadáver y piden la prisión permanente. Noticia recuperada el 25/12/2023 de: [https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/las-victimas-califican-insuficiente-castigo-por-ocultacion-cadaver-piden-prision-permanente-20221112\\_2393919](https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/las-victimas-califican-insuficiente-castigo-por-ocultacion-cadaver-piden-prision-permanente-20221112_2393919).

40. Víctimas indirectas según el art. 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

sexo, condición, nacionalidad o cualquier otra circunstancia personal o social, así como cuál sea el motivo que haya provocado la ausencia del entorno en el que habitualmente se desarrollaba y discurría la vida de dicha persona».

Esta falta de concreta definición legal conlleva entre otros problemas, que cuando una persona desaparece físicamente, su estatus jurídico no cambia, al no existir la figura jurídica del desaparecido. Por ello, se puede afirmar, que al no saber si está vivo o muerto no tendrá ni los derechos de una persona viva, al no poder ejercer éstos; ni sus familiares podrán acceder a las prestaciones que les corresponderían como si hubiera fallecido, al no constar su efectivo fallecimiento.

Para ofrecer solución legal al anterior problema, se regulan determinadas situaciones en nuestro Código Civil, y así se diferencian tres posibles situaciones:

- Persona simplemente desaparecida: Posibilidad de nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave (art. 181 CC). Tal medida tendrá carácter provisional.
- Declaración de ausencia: Ello permite nombrar un representante, que tendrá, entre otras obligaciones, que conservar y defender el patrimonio del ausente (art. 185 CC).
- Declaración de fallecimiento: La no aparición del ausente puede implicar su declaración de fallecido y, por tanto, la confirmación de su fallecimiento. Esta última situación da pie a la sucesión de sus bienes y derechos (art. 196 CC).

Como puede comprobarse, estas declaraciones palían los problemas a los que se enfrentan las familias cuando desaparece una persona querida, pero para llegar a las declaraciones de ausencia legal y fallecimiento se requieren una serie de plazos, y así:

Para poder proceder a la declaración de ausencia, al margen de tener que estar esta persona ausente de su domicilio o última residencia, debe haber pasado un año desde las últimas noticias o desde su desaparición (art. 183 CC), salvo que hubiese dejado apoderado con facultades para la administración de todos sus bienes, en cuyo caso, el plazo será mayor.

Para la declaración de fallecimiento, que no requiere de la previa declaración de ausencia legal, y que viene a declarar legalmente la muerte de una persona desaparecida, se requieren distintos plazos, según el supuesto de desaparición que se trate y las circunstancias en que ésta se haya producido, así los periodos de tiempo que deben transcurrir para dicha declaración, como norma general son diez años, si bien, dichos plazos pueden ser reducidos a períodos inferiores: cinco años<sup>41</sup>, dos años<sup>42</sup>, un año<sup>43</sup>, tres meses<sup>44</sup>, ocho días<sup>45</sup>, e incluso de manera inmediata en determinados casos de siniestro<sup>46</sup> (art. 193 y ss. CC).

41. Si al expirar el plazo, el desaparecido hubiere cumplido 75 años.

42. Desde fin de guerra, los que dentro de un contingente armado hubieren desaparecido.

43. Desde un riesgo de muerte por causa de violencia contra la vida, si posteriormente a ello no se hubiese tenido noticias suyas.

44. Desde un riesgo de muerte por causa de siniestro, si posteriormente a ello no se hubiese tenido noticias suyas.

45. En caso de naufragio o siniestro.

46. En caso de naufragio o siniestro con evidencias racionales de ausencia supervivientes.

## 4.2 Reducción o eliminación de las publicaciones obligatorias de cara a las tramitaciones de las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Intervención preceptiva de abogado para dichos trámites

En este sentido, el denominado Tercer Sector Social, reclama la reducción o eliminación de las publicaciones preceptivas para dichos trámites, de cara a optimizar la celeridad en la gestión; así como la intervención preceptiva de abogado, al objeto de que los afectados menos pudientes se puedan acoger a los beneficios de la asistencia jurídica gratuita<sup>47</sup>. Para ello se considera necesario, la modificación de los artículos referidos a las publicaciones preceptivas para tales declaraciones, en el Código Civil y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>48</sup>.

Con base en lo expuesto, mediante el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que aprueba medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en áreas como el servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, y de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final 9.2 de dicho Decreto, el 20 de marzo de 2024 entraron en vigor modificaciones sustanciales en la manera de llevar a cabo las publicaciones obligatorias en los trámites vinculados a la declaración de ausencia y fallecimiento.

Esta normativa moderniza el proceso de publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE). Establece que dichas publicaciones se llevarán a cabo en el Tablón Edictal Único<sup>49</sup> (en adelante, TEU). Es importante resaltar que, por ende, los requisitos se mantienen, tales como la publicación en dos ocasiones con un intervalo mínimo de ocho días, la divulgación en el tablón del Ayuntamiento correspondiente al último domicilio conocido del ausente y en el BOE, aunque en esta ocasión a través del TEU. La mejora fundamental, por tanto, radica en la eficacia de la comunicación al adoptar el formato electrónico.

La intervención de abogado y procurador, para dichos trámites, a día de hoy, sigue sin ser preceptiva, conforme a lo dispuesto en el art. 68.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (en adelante LJV).

## 4.3 Aprobación de un estatuto jurídico de la persona desaparecida

En el año 2015, con la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante EVD), se contempla como víctimas indirectas de las personas desaparecidas a consecuencia de una acción delictiva, siempre que no sean los responsables del delito: A su cónyuge no separado o persona unida afectivamente,

47. Conforme a lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

48. Así se recoge en una carta dirigida al Ministro del Interior, por parte de la Asociación SOSdesaparecidos, de fecha 02/03/2020.

49. El Tablón Edictal Único consiste en un Suplemento de notificaciones del BOE, en el que se publican los anuncios de notificación que realice cualquier Administración Pública, ya sea Administración General del Estado, Comunidades Autónomas o Administración Local, cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar o el medio de la notificación, o bien intentada esta, no se hubiese podido practicar (Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado»).

sus hijos, hijos convivientes del cónyuge o persona con unión afectiva, progenitores, parientes hasta tercer grado bajo su guarda, sujetas a tutela o curatela, o bajo acogimiento. Y en ausencia de los anteriores, el resto de parientes en línea recta y hermanos, priorizando al representante legal del desaparecido (art.2 EVD).

El mencionado EVD, se configura como un compendio integral de derechos, tanto procesales como extraprocesales, aplicables a individuos desaparecidos como resultado de un delito, así como a ciertos familiares y allegados de los mismos (considerados víctimas indirectas). Asimismo, busca proporcionar una respuesta lo más abarcadora posible por parte de las autoridades públicas, no solo en el ámbito legal, sino también en el social, dirigida a las personas desaparecidas que han sido víctimas de delitos. Esta respuesta no solo busca reparar el daño en el contexto de un proceso penal, sino también mitigar otros efectos traumáticos de índole moral que la situación puede generar en sus familiares y allegados.

En este contexto, impulsado por el denominado Tercer Sector Social, se promueve la instauración de un marco legal específico para las personas desaparecidas sin causa aparente, una categoría no contemplada en el documento previamente mencionado. Se propone la creación de una auténtica «Ley del Desaparecido», que, entre otros aspectos, defina legalmente el término «persona desaparecida». Esta figura jurídica debería ir más allá de las directivas europeas sobre el Estatuto de la Víctima, considerando la singularidad de las desapariciones de personas sin causa aparente. El objetivo es salvaguardar los principios de libertad y seguridad pública establecidos en el artículo 17 de la Constitución Española, que se ven afectados por el hecho mismo de la desaparición y las consecuentes secuelas emocionales, sociales, económicas y jurídicas. La falta de un marco legal específico que aborde de manera integral las desapariciones de personas, los derechos de los desaparecidos y la atención a las familias es una de las demandas fundamentales del movimiento asociativo y de las propias familias<sup>50</sup>.

Esta propuesta se encuentra contemplada en el I Plan Estratégico en Materia de Personas Desaparecidas (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 30), aunque hasta la fecha no ha sido implementada.

#### **4.4. Modificación del término legal «declaración de fallecimiento» por el de «declaración de ausencia sin retorno»**

Es evidente que el uso de un lenguaje más respetuoso, entre otras consideraciones positivas, fomenta la empatía y la comprensión entre las personas. En esta misma línea, se busca avanzar hacia una comunicación más inclusiva y correcta.

Por ello, una demanda tanto del Tercer Sector Social como de la Sociedad en su totalidad consiste en la mejora de nuestro lenguaje y nuestra forma de expresarnos, promoviendo un enfoque inclusivo que evite ofensas o causas de dolor innecesario a los diversos colectivos que conforman nuestra comunidad, en este concreto caso, a los familiares de las personas desaparecidas. De esta manera, se logran avances lingüísticos significativos, característicos de una sociedad avanzada como la nuestra. Un ejemplo de esto es la reciente modificación de la Constitución española, que reemplazó un término

50. Recuperado el 25/01/2024 de: <https://www.qsdglobal.com/laboratorio-juridico-permanente/>.



obsoleto y con connotaciones negativas como «minusválido» por otro más integrador y respetuoso con las diferencias presentes en nuestra sociedad, como es el término «persona con discapacidad»<sup>51</sup>.

En consonancia con estos avances, se propone que la denominada «declaración de fallecimiento» sea sustituida por el término «declaración de ausencia sin retorno», argumentando que este último es más adecuado según considera el Tercer Sector Social. Se sostiene que dicho término considera las repercusiones emocionales y psicológicas que la desaparición sin evidencias de fallecimiento puede generar en las personas afectadas. No obstante, se destaca que los efectos de esta «declaración de ausencia sin retorno» deben ser equivalentes a los de la declaración de fallecimiento regulada en los artículos 191 y siguientes del Código Civil<sup>52</sup>.

#### **4.5. Consideración y tratamiento diferenciado de las denominadas «desaparecidos de larga duración»**

Se pretende categorizar todas aquellas desapariciones que se extienden más allá de los dos años<sup>53</sup>. Esta clasificación resulta significativa en términos de facilitar un tratamiento diferenciado. En este contexto, el Centro Nacional de Desaparecidos (CNDES), en su I Plan Estratégico sobre personas desaparecidas (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 30), contempla la creación de un grupo técnico de expertos. Este grupo tiene como objetivo definir el concepto de «larga duración» y llevar a cabo el seguimiento de los casos que deben ser considerados como tales. Además, se enfocará en estudiar y desarrollar acciones que mejoren las investigaciones de estas desapariciones, así como la atención brindada a los familiares y allegados afectados.

#### **4.6. Reducción de los plazos obligatorios para las declaraciones de ausencia y fallecimiento**

La mayoría de nuestras actividades diarias están conectadas a la tecnología, lo que deja un rastro digital. El uso de dispositivos electrónicos, redes sociales, transacciones en línea y comunicaciones digitales crea un perfil virtual que puede ser rastreado. Además, las cámaras de vigilancia están presentes en muchos lugares públicos y privados. Estos dispositivos registran imágenes y videos que pueden ser utilizados para rastrear la ubicación de una persona.

No obstante lo anterior, el uso de determinados elementos como tarjetas de crédito, cuentas bancarias y transacciones financieras, o de documentos oficiales, como el DNI, permiso de conducir, pasaporte, etc., que son necesarios para realizar determinadas

51. BOE núm. 43 de fecha 17/02/2024, p. 19462-19471.

52. Apreciación contenida en el borrador del Estatuto de las personas desaparecidas sin causa aparente, elaborado por la Fundación Europea por las personas desaparecidas. QSD Global.

53. Propuesta de la Asociación Sosdesaparecidos. Recuperado el 25/01/2024 de: <https://sosdesaparecidos.es/desaparecido-larga-duracion/>.

actividades, permiten la ubicación de su usuario. Sin olvidar que la tecnología de reconocimiento facial se está volviendo cada vez más común, lo que facilita la identificación de personas en lugares públicos<sup>54</sup>.

Por estas razones, cabe afirmar que en el mundo hiperconectado actual, es extremadamente difícil desaparecer por completo y mantenerse completamente invisible. La creciente vigilancia, tanto a nivel físico como digital, hace que sea cada vez más complicado ocultar todos los rastros<sup>55</sup>.

A raíz del razonamiento anterior, es por lo que el Tercer Sector Social, aboga por una reducción de los plazos, de cara a los trámites que permitan ejercer determinados derechos a las familias de las personas desaparecidas<sup>56</sup>. Esta solicitud tiene fundamento, ya que algunos plazos establecidos en el actual Código Civil<sup>57</sup>, sumados a los tiempos necesarios para las tramitaciones de las declaraciones de ausencia y/o fallecimiento, prolongan innecesariamente el proceso. Estos plazos resultan obsoletos en la actualidad, debido a la hiperconectividad y el avanzado nivel tecnológico imperante, tal y como se ha explicado anteriormente.

#### **4.7. Mejoras normativas para abordar la problemática de la localización de personas desaparecidas, mediante el uso de la geolocalización**

En este sentido, y dentro de lo dispuesto en las medidas a nivel tecnológico para la investigación y resolución de casos<sup>58</sup>, por el Ministerio de Justicia, se ha propuesto una nueva redacción de los artículos 1 y 7 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (López Gutiérrez, y otros, 2022, 11).

El artículo 1 de la norma anterior, que regula el objeto de la Ley, debería incluir dentro de los fines que permiten la cesión de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas o redes públicas de comunicación, la localización de personas desaparecidas que se encuentren en situación de desamparo o riesgo vital, tal y como se dispone en el Informe anual personas desaparecidas durante el año 2021 (López Gutiérrez, y otros, 2022, 11).

---

54. Valga como ejemplo la iniciativa puesta en marcha en ese sentido por la Asociación «SOS desaparecidos». <https://sosdesaparecidos.es/reconocimiento-facial/>.

55. García Barnes, H. (19 de octubre de 2019). Así se desaparece sin dejar rastro en España: «Hay mucha gente, más de lo que pensamos». El *confidencial.com*. Recuperado el 26/01/2024 de: [https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-19/desaparecer-sin-dejar-rastro-espana-813\\_2176539/](https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-19/desaparecer-sin-dejar-rastro-espana-813_2176539/).

56. La Fundación QSD Global, en su propuesta de Estatuto Jurídico para las personas desaparecidas, propone una reducción del 25% para la declaración de ausencia legal y del 50% para la declaración de fallecimiento.

57. Un año, para la declaración de ausencia legal, y hasta 10 años para la declaración de fallecimiento (arts. 183 y 193 CC.)

58. *Medida 3.8.14 del I Plan Estratégico en Materia de Personas Desaparecidas (Ministerio del Interior & Centro Nacional de Desaparecidos, 2022, 21).*

El artículo 1.1 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, podría añadir que deber de cesión de datos correspondientes a las comunicaciones, se extendiera a la finalidad de *localización de personas desaparecidas que se encuentren en situación de desamparo o riesgo vital*. Con ello se atenderían las demandas de ampliar los supuestos que contempla la Ley a las personas desaparecidas.

En cuanto al artículo 7 de la misma norma legal, que corresponde al procedimiento de cesión de datos, la modificación lógicamente debería consistir en acortar los plazos, de modo que la cesión de los datos se haga con la suficiente celeridad, como para éstos resulten efectivos de cara a la rápida localización de la persona desaparecida.

#### **4.8. Modificación del delito de inducción de menores al abandono del domicilio. Art. 224 CP**

El tercer sector social, propone una reforma del delito contemplado en el artículo 224 del Código Penal. Dicha reforma viene motivada, según una de las Asociaciones que la propone, por la siguiente circunstancia detectada:

Que cuando los menores desaparecen o se escapan de los Centros de Menores y permanecen ausentes durante días o semanas, son mayormente acogidos por individuos adultos, en ocasiones con edades considerablemente superiores y en algunos casos con historial delictivo. Estos adultos les proporcionan refugio y sustento.

La interpretación literal del artículo 224 de nuestro Código Penal resulta en una baja incidencia de imputaciones por parte de la fiscalía contra adultos, ya que solo es imputable si se insta al menor a abandonar su residencia. Quedando impune la ocultación de dicho menor, salvo que incurra en la comisión de otro tipo penal, como pudiera ser la detención ilegal. (SOSdesaparecidos, 2021, 4)

Respecto de tal cuestión, cabe realizar una adaptación normativa, pero para ello se deben analizar distintas cuestiones que afectan a dicho tipo penal, y así:

El bien jurídico protegido se configura en este delito en torno a una doble vertiente: Por un lado la seguridad del menor, y por otro, el orden familiar legalmente instaurado (Saavedra Ruiz, 2007, 1665).

En lo que respecta a la seguridad del menor, se enfatiza su salvaguarda como principal bien jurídico protegido. Esta salvaguarda se manifiesta, en el hogar, como un espacio de protección y afecto para los menores (Sánchez Linde, 2017, 2-3). Aquellos investidos de patria potestad, tutela o guarda, asumen la responsabilidad de actuar garantes del superior interés del menor (STS 11/03/1981).

Por otro lado, se encuentra el orden familiar legalmente establecido por el art. 154 del Código Civil. En virtud de la responsabilidad inherente a la parentalidad, los progenitores, están obligados a velar siempre por el interés superior de sus hijos menores. Para garantizar estos intereses, se les conceden ciertas facultades, como tenerlos en su compañía, o derechos como el de decidir y fijar la residencia de sus hijos menores (STS 377/2004 de 25 de marzo, y SAP de Madrid nº421/2021 de 9 de julio, nº79/2021 de 22 de febrero, nº85/2012 de 18 de septiembre). Es por ello, que puede afirmarse que la inducción al abandono de hogar, al igual que la ocultación del menor a sus padres (figura

delictiva que se pretende crear), quiebra el régimen legal de patria potestad, tutela o guarda, según corresponda (STS 377/2004 de 25 de marzo).

Tema aparte que tratar, es el del abandono voluntario del hogar por parte del menor y su cobijo en otro domicilio, en el que se mantiene oculto a dicho menor<sup>59</sup>. Para ello, hay que considerar que la desaparición de un menor de edad es siempre considerada de alto riesgo<sup>60</sup> (Instrucciones 1/2009 y 1/2017 de la Secretaría de Estado de Seguridad). Ello implica que se realicen una serie de gestiones extraordinarias de cara a su localización e investigación del caso<sup>61</sup>, y que implica un despliegue de medios y recursos extraordinarios a tal fin.

Sin embargo, en el caso de que el menor ya hubiera manifestado su intención de dejar el hogar familiar, y que la influencia ejercida por terceros, solo refuerce esa decisión previamente formada, plantea una situación peculiar. En estos casos, la voluntad de abandonar no es originada por quien induce, aunque según el sistema penal español, la instigación al «omnimodo facturus» no queda impune. Sin embargo y a pesar de que, en otros casos, pueda ser considerada como cooperación necesaria o incluso como tentativa, la jurisprudencia no contempla la punibilidad de la inducción «omnimodo facturus» dentro del marco del artículo 224 del Código Penal. Por lo tanto, las sentencias condenatorias dentro de este tipo penal requieren que el menor no estuviera ya decidido a llevar a cabo el abandono para poder sancionar la conducta (Sánchez Linde, 2017, 7). Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, Sentencias como la 119/2008, de 30 de abril de la Audiencia Provincial de Valencia, considera impune, el dar cobijo o resguardo a un menor que ya esté decidido a abandonar su hogar.

Pero ¿hasta qué punto son determinantes los deseos del menor?, ¿pueden poner sus deseos en riesgo su propia seguridad? Para dar respuesta a estas preguntas, hay que partir de la base de los atributos que son inherentes a la minoría de edad, y que son, en primer lugar, el gozar de protección en cuanto a su persona y sus derechos<sup>62</sup>, y en segundo lugar, la restricción de su capacidad jurídica para obrar<sup>63</sup>, que «se interpretará de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor» (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor).

Ello nos arroja a un nuevo concepto: «el interés superior del menor», al que se sujeta su capacidad de obrar. Con el propósito de guiar la interpretación y aplicación del principio del interés superior del menor, en cada caso particular, se establecen los siguientes criterios generales, en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor, los cuales se considerarán sin menoscabo de aquellos

59. En este sentido se entiende por ocultar, a no facilitar la localización, ocultando el paradero del menor, a sus progenitores, a aquellos que ejerzan la tutela, guarda o custodia, o a quienes se estén haciendo cargo de su búsqueda y localización, entre otros.

60. Únicamente pueden excluirse de este criterio aquellos casos en que concurran circunstancias que hagan evidente la voluntariedad de la desaparición, como fugas de los centros de internamiento o de acogida de menores u otras circunstancias análogas.

61. Instrucción sexta de la SES nº1/2009 de fecha 23 de abril.

62. El art. 39.4 de la Constitución española, dispone que: «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

63. Recuperado el 13/02/2024 de: [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNji0tLtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQap-tWmJOcSoAcX6kCzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNji0tLtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQap-tWmJOcSoAcX6kCzUAAAA=WKE).

estipulados en la normativa específica pertinente, así como otros criterios que puedan ser considerados apropiados en función de las circunstancias particulares de cada supuesto, siendo estos:

- a) La salvaguarda del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, así como la atención a sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, y su derecho a participar de manera progresiva, según su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que la vida y el desarrollo del menor se produzcan en un entorno familiar adecuado y exento de violencia.
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, creencias, orientación e identidad sexual, así como el idioma del menor, y la no discriminación del mismo por estos motivos u otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo equilibrado de su personalidad.

A partir del análisis del contenido precedente, emerge con claridad la premisa de que la exigencia de requerir al individuo mayor de edad a revelar el paradero de un menor que voluntariamente se encuentre bajo su custodia, se lleva a cabo en el marco del principio del interés superior del menor.

Por lo que en definitiva, se puede concluir, que la petición en cuestión no solo es sensata, sino que también es viable dentro de nuestro marco legal. Sin embargo, para que sea efectiva, se requiere una tipificación expresa del delito.

#### **4.9. Mejoras en la regulación penal del supuesto de ocultación del paradero de un cadáver. Art. 173.1 del Código Penal**

No cabe duda que se detectan, numerosas inexactitudes tanto en la redacción del propio texto, como en la justificación de la necesidad de su inclusión o del modo de hacerlo. Por ello, comienzo analizando el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, en cuanto a lo referido al tipo penal que nos ocupa, y así comienza diciendo:

Se modifica también el artículo 173 del Código Penal, con el objetivo de introducir, dentro de los delitos contra la integridad moral, una específica modalidad delictiva en la que se castigue la ocultación del cadáver, atendiendo al sufrimiento que tal conducta puede ocasionar en los familiares o allegados de la persona fallecida, estableciendo una pena agravada con respecto a la prevista en el párrafo primero del artículo 173.1.

Lo cual nos lleva a la primera imprecisión, ya que, a tenor literal del texto contenido en el art. 173.1 en su 2º párrafo<sup>64</sup>:

---

64. Que dice literalmente: *Igual pena se impondrá a quienes, teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma.*

1. No se castiga la ocultación del cadáver, sino que más bien, lo que se castiga es el ocultar la información sobre el paradero del cadáver. Y en ese orden de cosas, a tenor literal de la norma, puede ser castigado, quien conozca el paradero del cadáver, aunque no lo haya ocultado.
2. No se establece una pena agravada respecto de la del párrafo primero del mismo artículo, ya que comienza con la expresión «igual pena se impondrá», luego se aplica el mismo castigo, no uno mayor.

Continuando con el análisis, se transcribe el siguiente párrafo del Preámbulo IV:

Esta modificación obedece a que cuando se produce la muerte de un familiar o allegado, la imposibilidad de disponer del cuerpo para darle las honras fúnebres que nuestras costumbres sociales y religiosas prescriben, supone un dolor añadido que se ve especialmente agravado cuando obedece a la actuación de un tercero que oculta el cadáver deliberadamente. Así, en algunos casos de clara notoriedad en los que los responsables de un homicidio o un asesinato se han negado a revelar el paradero del cadáver de su víctima, incluso cuando ya han sido condenados en firme y cuando, en consecuencia, ningún perjuicio penal podría acarrearles dar razón de su paradero, se produce una acción que causa un daño específico a los familiares y allegados de la víctima y que resulta particularmente reprochable.

A este respecto cabe señalar que el término «allegado», es un término que no se emplea en ningún momento en nuestro Código Penal, es por ello, que resulta de interés acotar el mismo. Así según la Real Academia Española de la Lengua (en adelante RAE), allegado es: «Persona cercana a otra en parentesco, amistad, trato o confianza»<sup>65</sup>, dicha definición no sería útil jurídicamente por la imprecisión de la misma. La definición de allegado en el Diccionario panhispánico del español jurídico, no es menos imprecisa que la anterior: «Persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza»<sup>66</sup>

Si bien en las fuentes jurisprudenciales consultadas, se refieren al término «allegado», aludiendo a la definición contenida en el diccionario de la RAE<sup>67</sup>, también se cita en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. El art. 67 de dicha Ley (35/2015), define allegados como: «aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad», si bien claramente, el uso del término «allegados» contemplado en esta Ley se circunscribe a un ámbito muy concreto, en una esfera jurídica distinta a la Penal.

65. Definición obtenida de: <https://dle.rae.es/allegado>.

66. Definición obtenida de: <https://dpej.rae.es/lema/allegado-da>.

67. Ello se da en sentencias como: STS 320/2011 de 12 May. 2011, (Rec. 1334/2008); STS 126/2019 de 1 Mar. 2019, (Rec. 1669/2018); STSJ Cataluña, 64/2023 de 16 Nov. 2023, (Rec. 50/2023); SAP Sevilla 385/2014 de 31 Jul. 2014, (Rec. 7569/2013); y SAP Pontevedra 881/2011 de 14 Nov. 2011, (Rec. 5074/2010).

Por ello, y tras consulta en diversas fuentes jurídicas, se llega a la conclusión de que el concepto «allegado» carece de una definición jurídica precisa, ello genera ambigüedad en su interpretación y de cara a su aplicación dentro del marco legal. Dicho término, en resumen, no se ajusta a la terminología propia de un Código Penal, especialmente considerando que, a tenor de este precepto pueden imponerse penas privativas de libertad (Manzanares Samariego, 2023, 6).

La argumentación contenida en el párrafo analizado, sin duda corresponde a casos concretos, como los de la joven sevillana Marta del Castillo, contenida en Sentencias como la del TS 62/2013, de 29 de enero (rec. 10145/2012). Además, se aprecia una coincidencia llamativa, y es que dicho texto se identifica casi literalmente con parte de la Exposición de motivos de la proposición de Ley de modificación de la L.O. 10/1995 del Código Penal de fecha 27 de diciembre de 2021<sup>68</sup>, en la que se pretendía la ampliación de la pena de prisión permanente revisable, al supuesto de la desaparición del cadáver o no dar razón del paradero del mismo, realizada por el autor de un asesinato.

Sin embargo, en el preámbulo de la Ley, cuyo análisis nos ocupa, respecto del texto que le sirve de base, omite una frase determinante: que la acción, «...pone de manifiesto una acción concurrente con el delito de asesinato en sí, que es la de causar un daño concreto y específico a los familiares y allegados de la víctima...», supresión que es intencional, y con la que se desvincula, el comportamiento con el delito de asesinato.

Avanzando en el análisis, se incluye a continuación el siguiente párrafo del Preámbulo IV:

Por ello, resulta necesario que, en estos y otros casos parecidos, el hecho de ocultar el cadáver se castigue penalmente, con independencia de la pena que corresponda, en su caso, por el delito previo que haya ocasionado la muerte, pues se trata de un injusto añadido que merece una respuesta penal diferenciada. Al tratarse de un injusto diferenciado que atenta contra un bien jurídico distinto, el castigo de esta conducta no puede realizarse en el marco de los delitos contra la vida, como el delito de homicidio o el delito de asesinato.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, debido precisamente a ese carácter diferenciado, el hecho de ocultar el cadáver también puede merecer un reproche penal cuando quien lo lleva a cabo no se ha visto implicado en ningún delito previo contra la vida.

Cabe aquí enfatizar en la continua confusión, respecto de dos conceptos totalmente distintos, como son la ocultación material del cadáver y la negativa a informar sobre el paradero del cadáver. Parece obviar el preámbulo de la Ley, que lo que se pretende castigar es la ocultación de información sobre la ubicación del cuerpo fallecido, pues constantemente hace alusión a la acción de ocultar el cadáver, hecho que no se castiga en la modificación pretendida. En la prosecución del análisis, se detalla el párrafo siguiente:

Tampoco en el Derecho comparado la ocultación del cadáver se regula como modalidad agravada o específica de los delitos contra la vida. Por lo general, tal conducta puede dar lugar a un delito contra la dignidad o el respeto de los muertos (artículo 412 del Código Penal italiano y 168 del Código Penal alemán) o a un delito de obstrucción a la justicia (artículo 434-7 del Código Penal francés), sin diferenciar en ningún caso en función de si quien comete el delito es a su vez el autor de un previo delito de homicidio o asesinato.

68. BOCG nº211-1 de 27/12/2021.

Parece obviar, el legislador, en sus explicaciones, que lo que se pretende con esta modificación normativa, es la introducción de un delito *ex novo*, que como tal, no se contempla en ninguna norma penal de nuestro entorno, al menos en el mismo sentido, ya que:

- El Código Penal Alemán, en su artículo 168 de los delitos relacionados con la religión y la concepción del mundo (*Straftaten, welche sich auf Religion und Weltanschauung beziehen*), dice: «Quien, sin autorización, sustrae de la custodia del legitimado para tenerla, el cuerpo de una persona fallecida, un feto muerto, partes de los mismos o las cenizas de una persona fallecida o los ultrajase, será castigado...»
- El Código Penal Italiano, en su artículo 412 dedicado a los delitos contra la piedad para con los difuntos (*Dei delitti contro la pietà dei defunti*), dice: «Quien oculta un cadáver o una parte del mismo o esconde sus cenizas es condenado a...»
- El Código Penal Francés, en su artículo 434-7 de los delitos de obstrucción al ejercicio de la justicia (*Des entraves à la saisine de la justice*), dice: «El hecho de receptar o de esconder el cadáver de una persona víctima de un homicidio o fallecida como consecuencia de actos de violencia, será castigado...»

Esto, en cuanto a los codificados a los que hace alusión el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, pero veamos otros, relacionados con la misma materia (ocultación de cadáver):

- El Código Penal Portugués, en su artículo 254 de los delitos de profanación de cadáver o lugar fúnebre (*Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre*), dice que se castiga, entre otros, a quien: «Sin autorización del custodio, sustrae, destruye u oculta un cadáver o parte del mismo, o cenizas de persona fallecida»
- El Código Penal Mexicano, en su artículo 280 de la violación de las Leyes sobre inhumaciones y exhumaciones, dice que se castiga, entre otros, a quien: «Al que oculte, destruya o sepulte un cadáver o un feto humano, sin la orden de la autoridad que deba darla o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil y Sanitario o leyes especiales; Al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia.»
- El Código Penal Tailandés, en su artículo 199 de la obstrucción a la Justicia, dice que: «Cualquiera que entierre, oculte, retire o destruya sigilosamente un cadáver o parte de él para ocultar el nacimiento, la muerte o la causa de la muerte, será condenado a...»
- El Código Penal Colombiano, en su artículo 454-B de los delitos contra medios de prueba y otras infracciones, dice que: «El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en...»
- El Código Penal Belga, en su artículo 340 sobre el quebrantamiento de condena y algunos actos de encubrimiento (*De la rupture de ban et de quelques*



*recelements*), dice: «Cualquiera que haya ocultado o hecho ocultar, escondido o hecho esconder el cadáver de una persona asesinada o fallecida a consecuencia de golpes o heridas, será castigado con...»

En el Estado de Wisconsin (USA), en la sección 940.11, sobre delitos contra la vida y la seguridad corporal (*Crimes against life and bodily security*), se dice que: «Quien mutile, desfigure o desmembre un cadáver, con la intención de ocultar un delito o evitar la aprehensión, el enjuiciamiento o la condena por un delito, es culpable de un delito grave ... Quienquiera que esconda o entierre un cadáver, con la intención de ocultar un delito o evitar la aprehensión, el enjuiciamiento o la condena por un delito..., es culpable de un delito grave ...»

Considerando lo anteriormente expuesto, se puede deducir que resulta inexacta la afirmación de que la ocultación de cadáver no se contempla en el Derecho comparado, en ningún caso, como dentro del grupo de los delitos contra la vida. Aunque es cierto, que la ausencia de la necesidad de que el delito esté precedido por otro contra la vida dificulta su inclusión dentro de esta categoría de delitos (Manzanares Samariego, 2023, 5), es importante señalar que se ha identificado un caso en la legislación penal del Estado de Wisconsin, en los Estados Unidos, dentro de los delitos contra la vida y la seguridad corporal, así como un precedente en nuestra legislación penal histórica, dentro de los delitos contra las personas<sup>69</sup>.

Indudablemente, el delito de no informar sobre el paradero de un cadáver constituye una novedad en el ámbito jurídico global, no habiéndose identificado precedentes similares en ninguna legislación nacional. Desde una perspectiva de Derecho comparado, no se observa una conexión directa entre este delito y los delitos contra la integridad moral. No obstante, la corriente predominante, mayoritariamente en Derecho comparado, lo ha clasificado como un tipo de obstrucción a la justicia.

Para finalizar el análisis del preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, a continuación transcribo, los últimos párrafos del preámbulo de dicha Ley:

La ocultación del cadáver constituye, más bien, como ha apuntado el propio Tribunal Supremo, un atentado contra la integridad moral de los familiares o allegados, que se ven privados de esta forma de disponer del cuerpo de la persona querida según sus costumbres o creencias religiosas.

Aunque la regulación actual del delito contra la integridad que se recoge en el artículo 173 del Código Penal ya permite castigar el acto de ocultar el cadáver, ante la preocupación social que han generado algunos casos recientes, y visto el especial

---

69. Realizando un recorrido por los distintos Códigos, encontramos la ocultación del cadáver, incluida dentro del primer Código Penal español vigente en España desde el inicio del proceso codificador en esta rama del derecho, el de 1822 (Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos, & Ruiz de Gordejuela López, 2002, Vol. I, 141). Tal asunto, se incluye dentro del Título I del CP de 1822, correspondiente a los delitos contra las personas, dándose una circunstancia llamativa, y es que se equipara penalmente la realización de determinadas acciones tales como «tormentos, u otro acto de ferocidad o crueldad» sobre cuerpos vivos para causarles la muerte, y en los cadáveres después de haberles dado muerte (art. 609 CP 1822). Y así en el artículo 633 de dicho Código Penal de 1822, se pena la ocultación de un cadáver, con penas de prisión que van de cuatro meses a dos años, en caso de «*persona muerta de resultas de heridas o de otra violencia, y con señales exteriores de ella*» y con «*arresto de ocho días a dos meses*», o «*multa de cuatro a treinta duros*» si no tiene «*señal exterior de violencia*».

sufrimiento ocasionado a los familiares y allegados de las víctimas de algunos delitos cuando los responsables se han negado a dar cuenta del paradero del cadáver, es procedente hacer una referencia expresa en dicho precepto a este tipo de supuestos, contemplando además un agravamiento de la pena por razón del especial desvalor que tal hecho merece.

De nuevo, se vuelve a confundir el hecho de la ocultación del cadáver, con el hecho de no dar información sobre el paradero del cadáver (que es lo que se pretende castigar con esta modificación legal). Asimismo, se contempla una afirmación, cuanto menos inexacta, ya que el actual artículo 173 de nuestro Código Penal, no castiga el acto de ocultar el cadáver. Más bien, dicho artículo castiga el infligir un trato degradante, menoscabando gravemente la integridad moral de otra persona. Ello puede estar relacionado, con el hecho de la ocultación dolosa del cadáver de una persona a la que previamente, se le ha dado muerte, y la negativa a facilitar su paradero, y así lo ha entendido determinadas decisiones judiciales.

La comisión del delito contemplado en el artículo 173 del Código Penal (previo a la modificación pretendida en la Ley Orgánica analizada), requiere según la jurisprudencia dimanante del Tribunal Supremo, una serie de elementos: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Se contempla en distintas Sentencias del Tribunal Supremo<sup>70</sup> la comisión de un delito contra la integridad moral en hechos delictivos en que el autor, tras acabar con la vida de la víctima, oculta su cadáver y no facilita su localización. La existencia del delito, en estos casos, se fundamenta en el hecho de ofrecerse versiones cambiantes por parte del acusado sobre el paradero del cadáver, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, impidiendo a los familiares llevar un proceso de duelo normal. Sin embargo, en otros casos similares<sup>71</sup>, los Tribunales no han considerado la comisión de un delito contra la integridad moral<sup>72</sup>, cuando han apreciado que la intención del acusado, al ocultar el cadáver, no ha sido la de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la víctima, sino que su proceder ha respondido a la intención de evitar ser descubierto o a la ocultación de pruebas. Es por ello, dada la doble vertiente jurisprudencial, que la afirmación categórica realizada en el preámbulo, respecto de que «... la regulación actual del delito contra la integridad que se recoge en el artículo 173 del Código Penal ya permite castigar el acto de ocultar el cadáver...», es bastante atrevida, ya que a tenor de la jurisprudencia analizada, ello no se da en todos los casos.

Por tanto, si lo que se pretende es castigar un hecho como la ocultación de un cadáver, se debe tipificar expresamente dicho comportamiento, ya que no siempre la ocultación de cadáver ha tenido cabida jurisprudencial, como delito contra la integridad moral.

70. A tal efecto STS 62/2013 de 29 de enero (rec. 10145/2012), y STS 701/2020 de 16 de diciembre (rec. 10115/2020).

71. En los que tras acabar con la vida de la víctima, el autor, oculta su cadáver y no facilita su localización.

72. A tal efecto STS 549/2018 de 13 de noviembre (rec. 10165/2018); STS 889/2016 de 25 de noviembre (rec. 10227/2016); y STSJ de la Comunidad Valenciana 53/2023, de 6 de marzo (rec. 314/2022).

Este hecho se justifica en la necesidad de que se cumplan ciertos elementos específicos que, en algunos casos, no estaban presentes en la conducta considerada.

Puestos a analizar el concreto articulado, que dice literalmente:

Igual pena se impondrá a quienes, teniendo conocimiento del paradero del cadáver de una persona, oculten de modo reiterado tal información a los familiares o allegados de la misma (art. 173.1 CP)

Podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- La alusión en exclusiva al cadáver, como objeto material del delito, sin contemplar otras formas de manifestación post mortem como cenizas, fetos, restos cadavéricos u otros similares, podría originar la imposibilidad de la aplicación de este precepto, en casos donde la víctima se haga desaparecer mediante la eliminación del cuerpo utilizando agentes destructivos tales como ácido o fuego.
- La interpretación jurisprudencial y doctrinal, entiende a efectos penales, que existe un cadáver, como tal, siempre que se mantenga una cierta configuración humana (Manzanares Samariego, 2023, 6). Esta definición restringida del objeto material del delito limitaría la aplicabilidad del tipo penal a una categoría específica de objetos materiales.

El delito sería de los considerados mixtos, pues es susceptible de ser perpetrado tanto por acción como por omisión. La omisión se configura cuando se retiene información acerca de la ubicación de un cadáver, mientras que la acción se materializa al proporcionar información incorrecta sobre el paradero del cadáver con pleno conocimiento de su falsedad. En ambas modalidades, se trataría de un delito de mera actividad, ya sea en su forma activa o pasiva<sup>73</sup>.

#### 4.10. Creación de un registro oficial de ausentes voluntarios

En 1993 el programa de televisión «Quien sabe dónde»<sup>74</sup> trajo a la palestra un problema que afectaba a determinados desaparecidos voluntarios: ¿Y si alguien, mayor de edad, desaparece voluntariamente y no quiere que se le localice?. Ese caso, se dio en dicho programa, y así su presentador, Paco Lobatón, en una entrevista al medio digital «El Confidencial»<sup>75</sup>, cuenta que un hombre le llamó, claramente angustiado, para pedirle que no le buscara.

Ello motivó que dentro de dicho espacio televisivo, se creara la denominada «lista reservada» (lista R), de las que formaban parte aquellas personas que habían mostrado su

73. *Delito de ocultación del paradero de un cadáver*. Guías Jurídicas. Editorial La Ley.

74. Quien sabe dónde, fue un programa de telerrealidad que se retransmitió por Televisión Española desde 1992 hasta 1998. El programa, presentado por Paco Lobatón, se centraba en la búsqueda de personas desaparecidas, siendo muy popular y de mucho éxito durante la década de los 90 en España.

75. PRIETO, C. (17 de marzo de 2019). La doble vida del señor R: El desaparecido al que Lobatón prefirió no encontrar. *El Confidencial.com*. Recuperado el 20 de diciembre de 2023 de: [https://www.elconfidencial.com/cultura/2019-03-17/paco-lobaton-television-quien-sabe-donde-tve\\_1875194/](https://www.elconfidencial.com/cultura/2019-03-17/paco-lobaton-television-quien-sabe-donde-tve_1875194/).

deseo de no ser buscadas. Se puede considerar dicha lista, como el antecedente a lo que posteriormente se reclamará desde el tercer sector social, y que ocupa el presente epígrafe.

Asociaciones como Sos desaparecidos o la Fundación QSD Global<sup>76</sup>, entre otros, justifican la existencia de dicho tipo de registros de personas que no quieren ser localizadas. Dichos registros, constituirían una herramienta fundamental de cara a los siguientes objetivos<sup>77</sup>:

- En primer lugar, se conseguirían reducir significativamente las cifras relacionadas con denuncias activas de personas desaparecidas.
- En segundo lugar, se lograría prevenir la utilización innecesaria de recursos y esfuerzos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como de las asociaciones civiles colaboradoras, en la búsqueda de individuos que han optado de manera voluntaria por su ausencia.
- Otro logro sería, que se conseguiría brindar una sensación de tranquilidad relativa, a las familias y el entorno social de aquellos individuos que han decidido de forma voluntaria ocultar su paradero. Esto, además, contribuiría a disipar dudas e hipótesis distintas a lo que en sí constituye una desaparición voluntaria en dichos entornos.
- Por último, se garantizarían los derechos relacionados con la libertad de movimiento, el derecho a establecer un domicilio, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos personales de aquellos individuos que, de manera libre y voluntaria, elijan ocultar su nueva ubicación.

## V. CONCLUSIONES

Tras la redacción del presente artículo, me hago la siguiente reflexión: nos encontramos en un mundo en el que las luces tecnológicas han alumbrado senderos antes inexplorados, dotando a la humanidad de herramientas capaces de desentrañar los enigmas más oscuros, en que las técnicas forenses se han sofisticado, las estrategias de búsqueda se han vuelto más agudas, y los medios tecnológicos han acortado distancias insospechadas. Sin embargo, yace un abismo oscuro: la falta de una legislación, acorde con los tiempos que corren, que cubra todas las necesidades en un fenómeno como es el de la desaparición de personas.

Es un contraste doloroso entre la potencia de las herramientas a nuestra disposición y los grilletes de la ley que nos atan a plazos incompatibles con la urgencia del presente. En un mundo donde la desaparición de una persona se vuelve cada vez más difícil de concebir, donde las redes digitales y la vigilancia son omnipresentes, los tiempos previstos para acceder a los derechos de quienes lo necesitan en estos casos, resultan anacrónicos e injustos.

---

76. A dicho registro se le denominará Registro Oficial de Ausentes Voluntarios (ROAV), por parte de la Asociación Sosdesaparecidos, o Registro de Desapariciones Voluntarias, por parte de la Fundación QSD Global.

77. Dichos objetivos, son considerados en la propuesta realizada por la Asociación Sosdesaparecidos al CNDES, en nota de prensa publicada en su página web. Recuperado el 12/03/2024 de: <https://sosdesaparecidos.es/registro-oficial-de-ausentes-voluntarios/>.

La regulación normativa, que ha ido de la mano de los sucesos trágicos que iban aconteciendo, si bien ha intentado mitigar el sufrimiento de aquellos que buscan desesperadamente a sus seres queridos perdidos en el laberinto de la ausencia, ha sido un ejercicio fallido en muchos aspectos. La premura por cubrir vacíos legales ha resultado en leyes ambiguas, redactadas con errores evidentes que dejan grietas por las cuales se escapan las esperanzas de los afectados.

Y es que, más allá de los fallos en el texto de la ley, reside una falta de conexión empática con las necesidades reales de quienes sufren la agonía de la incertidumbre. Los familiares de las personas desaparecidas ven en estas normativas una fría respuesta burocrática, lejos de la cálida empatía y la acción efectiva que anhelan en sus horas más oscuras.

Así pues, en este ocaso de reflexión, queda patente que el progreso tecnológico y la evolución de las estrategias de búsqueda contrastan con la inmovilidad de la legislación, dejando a los afectados en un limbo de esperanza y desesperanza. Mientras el mundo se transforma a pasos agigantados, la justicia y el amparo legal a quienes sufren la desaparición de un ser querido, se estancan en un tiempo que ya no es el nuestro, en un espacio donde la realidad se desdibuja entre la necesidad de avanzar y la obligación de respetar un ordenamiento que parece ser, no acompaña suficientemente, a las personas que sufren la ausencia inexplicable de alguien cercano.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., & RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (2002). *Códigos Penales españoles: Recopilación y concordancias*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE).
- CANO, J. (4 de enero de 2023). *15 años sin noticias de Amy Fitzpatrick, la menor desaparecida en Mijas*. Diario Sur. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.diariosur.es/sucesos/desaparicion-menor-amy-mijas-20230103074557-nt.html>.
- CARRATALÁ, A., & PALAU-SAMPIO, D. (2017). *Sensacionalismo o servicio público en las informaciones sobre menores desaparecidos*. El profesional de la información, pp. 172-180.
- CECCHINI, D. (13 de noviembre de 2022). *El misterio de Alcásser: el secuestro, violación, tortura y muerte de tres niñas y un asesino que se esfumó*. Infobae. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.infobae.com/historias/2022/11/13/el-misterio-de-alcasser-el-secuestro-violacion-tortura-y-muerte-de-tres-ninas-y-un-asesino-que-se-esfumo/>.
- Cereceda Fernández-Oruña, J., & Tourís López, R. M. (2019). *Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante casos de personas desaparecidas*. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA. *Sagrada Biblia*. Recuperado el 16/11/2023, de: <https://www.conferenciaepiscopal.es/biblia/>.
- COPE (5 de julio de 2022). *Cronología del caso Marta Calvo: tres víctimas, cocaína y un asesinato despiadado*. Recuperado el 23/12/2023 de: [https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/todas-las-claves-del-caso-marta-calvo-20220705\\_2180292](https://www.cope.es/actualidad/sociedad/noticias/todas-las-claves-del-caso-marta-calvo-20220705_2180292).
- COPE (12 de noviembre de 2022). *Las víctimas califican de «insuficiente» el castigo por la ocultación de cadáver y piden la prisión permanente*. Recuperado el 25/12/2023 de: [https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/las-victimas-califican-insuficiente-castigo-por-ocultacion-cadaver-piden-prision-permanente-20221112\\_2393919](https://www.cope.es/actualidad/espana/noticias/las-victimas-califican-insuficiente-castigo-por-ocultacion-cadaver-piden-prision-permanente-20221112_2393919).
- CORONAS GONZÁLEZ, S. M. (1983). *La ausencia en el Derecho Histórico español*. Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), pp. 290-333.

- CUNHA, J. (6 de agosto de 2021). *Diana Quer: su desaparición y la historia del caso*. Caso Criminal. Recuperado el 22/12/2023 de: <https://casocriminal.org/es/casos-internacionales/diana-quer-su-desaparicion-y-la-historia-del-caso/>.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Violencia vicaria*. Recuperado el: 16/03/2024 de: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/violenciaVicaria/home.htm>.
- DELGADO, D., POYATO, F., & BAQUERO, P. (7 de octubre de 2021). *Diez años del crimen de Bretón. El caso que pudo resolverse en horas y el fallo que alargó la tragedia*. ABC. Recuperado el 21/12/2023 de: [https://sevilla.abc.es/andalucia/cordoba/sevi-errores-tragedia-cordoba-enf-202110071940\\_noticia.html](https://sevilla.abc.es/andalucia/cordoba/sevi-errores-tragedia-cordoba-enf-202110071940_noticia.html)
- DIARIO DE ALMERIA (5 de septiembre de 2022). *2018: el atroz asesinato del niño Gabriel Cruz conmocionó a España*. Recuperado el 22/12/2023 de: [https://www.diariodealmeria.es/xv-aniversario-diario-de-almeria/asesinato-Gabriel-Cruz-conmociono-Espana\\_0\\_1696631313.html](https://www.diariodealmeria.es/xv-aniversario-diario-de-almeria/asesinato-Gabriel-Cruz-conmociono-Espana_0_1696631313.html).
- DOMÍNGUEZ, T. (3 de noviembre de 2019). *Caso Alcàsser: el crimen que marcó a todo un país*. Levante-emv.com. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.levante-emv.com/sucesos/2019/11/13/caso-alcasser-analisis-crimen-marco-pais-23032461.html>.
- ESCOBAR, S. (16 de diciembre de 2020). *Las claves del 'caso Gabriel Cruz': ¿por qué Ana Julia Quezada es condenada a la máxima pena?* El Confidencial. Recuperado el 22/12/2023 de: [https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2020-12-16/claves-caso-gabriel-cruz-juicio-ana-julia-quezada\\_2200943/](https://www.elconfidencial.com/espana/andalucia/2020-12-16/claves-caso-gabriel-cruz-juicio-ana-julia-quezada_2200943/).
- FÓRMULA TV (19 de julio de 2018). *Año 1993: '¿Quién sabe dónde?', programa revelación de la temporada*. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.formulatv.com/noticias/6121/>.
- GABINETE DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS. Secretaría de Estado de Seguridad. (2019). *Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante casos de personas desaparecidas*. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior.
- GARCÍA BARCELÓ, N., FERNÁNDEZ ORUÑA, J. C., & GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L. (2019). *Personas desaparecidas: un estudio piloto de casos*. Madrid: Ministerio del Interior. Gobierno de España.
- GARCÍA BARNES, H. (19 de octubre de 2019). *Así se desaparece sin dejar rastro en España: «Hay mucha gente, más de lo que pensamos»*. Obtenido de El confidencial.com: [https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-19/desaparecer-sin-dejar-rastro-espana-813\\_2176539/](https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2019-10-19/desaparecer-sin-dejar-rastro-espana-813_2176539/).
- HERRERO, N., & BONO, F. (1 de septiembre de 2022). *La Audiencia condena a 159 años de prisión al acusado de matar a Marta Calvo y dos mujeres más, tras intoxicarlas con cocaína*. El País.com. Recuperado el 23/12/2023 de: <https://elpais.com/sociedad/2022-09-01/la-audiencia-condena-a-159-anos-de-prision-al-acusado-de-matar-a-tres-mujeres-entre-ellas-marta-calvo-tras-intoxicarlas-con-cocaina.html>.
- HIDALGO, C. (18 de septiembre de 2015). *El caso del niño de Somosierra: la desaparición más extraña de Europa*. ABC.es. Recuperado el 12/12/2023 de: <https://www.abc.es/madrid/20150918/abci-nino-camion-somosierra-caso-201509171948.html>.
- IBAÑEZ, C. (8 de octubre de 2021). *Diez años del caso Bretón: empezar a hablar de violencia vicaria*. El Caso.com. Recuperado el 21/12/2023 de: [https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/diez-anos-caso-jose-breton-cordoba-ruth-jose-violencia-vicaria\\_856974102.html](https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/diez-anos-caso-jose-breton-cordoba-ruth-jose-violencia-vicaria_856974102.html).
- IBAÑEZ, C. (3 de agosto de 2021). *Isidre y Dolors, los hermanos que se esfumaron en el hospital de Manresa*. ElCaso.com. Recuperado el 13/12/2023 de: [https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/isidre-dolors-orrit-pires-hermanos-desaparecidos-hospital-manresa-sant-joan-deu\\_854472102.html](https://elcaso.elnacional.cat/es/noticias/isidre-dolors-orrit-pires-hermanos-desaparecidos-hospital-manresa-sant-joan-deu_854472102.html).

- La Ley digital. *Delito de ocultación del paradero de un cadáver*. Recuperado el 04/03/2024 de: <https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNzCwsLA7Wy1KLizPw8WyMDI2MDEwMTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqA-FRAWDQ1AAAWE#I5>.
- La Ley digital. *Minoría de edad*. Recuperado el 13/02/2024 de: [https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjI0tLtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAcX6kCzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjI0tLtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAcX6kCzUAAAA=WKE).
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., BRAVO VALVERDE, M., VINUESA FABIÁN, N., PAVÓN BONILLA, J., GÓMEZ HERRERO, F., CARRASCO DEL REY, T., . . . GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (2023). *Informe anual personas desaparecidas durante el año 2022*. Ministerio del Interior. Centro Nacional de Desaparecidos.
- LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., BRAVO VALVERDE, M., MARTÍN HERNÁNDEZ, M., PAVÓN BONILLA, J., GÓMEZ HERRERO, F., CARRASCO DEL REY, T., . . . GUIADO MURILLAS, A. (2022). *Informe anual personas desaparecidas durante el año 2021*. Ministerio del Interior. Centro Nacional de Desaparecidos.
- LÓPEZ VEIGA, L. (2022). *Aplicación de la autopsia psicológica para determinar perfiles de desaparecidos* [Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Alicante]. Rua. [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/124554/1/APLICACION\\_DE\\_LA\\_AUTOPSIA\\_PSICOLOGICA\\_PARA\\_DETERMINAR\\_PERF\\_Lopez\\_Veiga\\_Lidia.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/124554/1/APLICACION_DE_LA_AUTOPSIA_PSICOLOGICA_PARA_DETERMINAR_PERF_Lopez_Veiga_Lidia.pdf).
- MANZANARES SAMARIEGO, J. L. (2023). *El supuesto delito de «ocultación de un cadáver»*. Diario La Ley.
- MANZANO, C. (15 de noviembre de 2019). *Cristina Bergua, la ausencia que dejó huella*. La Vanguardia. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.lavanguardia.com/local/baix-llobregat/20191115/471602008832/cristina-bergua-desaparecida-ausencia-dejo-huella-cornella-llobregat.html>.
- MARTÍN-ARROYO, J. (23 de noviembre de 2021). *Las lagunas del 'caso Marta del Castillo'*. El País. Recuperado el 21/12/2023 de: <https://elpais.com/television/2021-11-23/las-lagunas-del-caso-marta-del-castillo.html>.
- MIGELEZ, X. (12 de julio de 2019). *'Quién sabe dónde' Así reventó el caso Alcàsser las audiencias de Paco Lobatón*. El Confidencial. Recuperado el 13/12/2023 de: [https://www.elconfidencial.com/television/programas-tv/2019-07-12/quien-sabe-donde-paco-lobaton-caso-ninas-alcasser-netflix\\_2108991/](https://www.elconfidencial.com/television/programas-tv/2019-07-12/quien-sabe-donde-paco-lobaton-caso-ninas-alcasser-netflix_2108991/).
- MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. (2023). *Guía de recomendaciones para la atención en las oficinas de asistencia a las víctimas del delito de las víctimas indirectas en el caso de personas desaparecidas*. Madrid.
- MINISTERIO DEL INTERIOR & CENTRO NACIONAL DE DESAPARECIDOS. (2022). *Plan estratégico en materia de personas desaparecidas. 2022-2024*. Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad.
- Minuesa Tomás, P. J., Bravo Valverde, M., Pavón Bonilla, J., Gómez Herrero, F., Vinuesa Fabián, N., Carrasco del Rey, T., . . . García Fernández, M. (2024). *Informe anual personas desaparecidas durante el año 2023*. Ministerio del Interior. Centro Nacional de Desaparecidos.
- MORCILLO, C., & MUÑOZ, P. (14 de agosto de 2007). *Anabel Segura El siniestro «negocio» de unos asesinos*. ABC. Recuperado el 13/12/2023 de: [https://www.abc.es/espana/abci-anabel-segura-siniestro-negocio-unos-asesinos-200708140300-164378119515\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-anabel-segura-siniestro-negocio-unos-asesinos-200708140300-164378119515_noticia.html).
- MORILLO, T. (24 de noviembre de 2021). *Josué, el niño de Sevilla que desapareció bajo la sombra de la violencia vicaria*. El periódico de España. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.epe.es/es/sucesos/20211124/josue-nino-sevilla-desaparecio-sombra-12894126>.

- MORILLO, T. (4 de noviembre de 2021). *Yéremi Vargas: ¿qué sabemos y qué no sobre su desaparición?* El Periódico. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.elperiodico.com/es/sucesos/20211105/yeremi-vargas-desaparicion-12674543>.
- MORILLO, T. (6 de marzo de 2023). *Malén Ortiz: la niña que desapareció en veinte minutos subida en su patinete*. Diario de Mallorca. Recuperado el 21/12/2023 de: <https://www.diariodemallorca.es/sucesos/2023/03/06/malen-ortiz-nina-desaparecio-veinte-57832796.html>.
- ORTEGA, S. (18 de agosto de 2019). *Una muestra de ADN y una criba pueblo a pueblo: el caso de Eva Blanco 19 años después*. Público. Recuperado el 21/12/2023 de: <https://www.publico.es/sociedad/crimen-eva-blanco-muestra-adn-criba-pueblo-pueblo-caso-eva-blanco-19-anos-despues.html>.
- ORTÍZ, A. M. (11 de agosto de 2019). *Mari Luz Cortés, el llanto que se hizo multitud y reescribió el Código Penal*. Diario El Mundo. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.elmundo.es/espana/2019/08/11/5d4ebcbcfdddff46b68b4694.html>.
- ORTIZ, A. M. (12 de marzo de 2023). *La desaparición más larga de España: 50 años buscando a Albertito*. *Elmundo.es*. Recuperado el 31/05/2023 de: <https://www.elmundo.es/espana/2023/03/12/640c62d821efa0ee0e8b45a8.html>.
- PÉREZ MATEO, E. (2 de noviembre de 2023). *Caso Rocío Wanninkhof, el asesinato que se convirtió en uno de los mayores errores judiciales de España*. Telecinco. Recuperado el 16/12/2023 de: [https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20231102/caso-rocio-wanninkhof-asesinato-error-judicial-aniversario-aparacion-cadaver-4gend4\\_18\\_010839322.html](https://www.telecinco.es/noticias/sociedad/20231102/caso-rocio-wanninkhof-asesinato-error-judicial-aniversario-aparacion-cadaver-4gend4_18_010839322.html).
- PONTEVEDRA, S. R. (18 de octubre de 2023). *Violación y muerte de Elisa Abruñedo: un cazador cazado por ser pelirrojo*. El País. Recuperado el 21/12/2023 de: <https://elpais.com/espana/galicia/2023-10-18/violacion-y-muerte-de-elisa-abrunedo-un-cazador-cazado-por-ser-pelirrojo.html>.
- Prieto, C. (17 de marzo de 2019). *La doble vida del señor R: El desaparecido al que Lobatón prefirió no encontrar*. El Confidencial.com. Recuperado el 20 de diciembre de 2023 de: [https://www.elconfidencial.com/cultura/2019-03-17/paco-lobaton-television-quien-sabe-donde-tve\\_1875194/](https://www.elconfidencial.com/cultura/2019-03-17/paco-lobaton-television-quien-sabe-donde-tve_1875194/).
- QSD GLOBAL. *Estatuto de la persona desaparecida sin causa aparente*. Recuperado el 13/03/2024 de: <https://www.qsdglobal.com/wp-content/uploads/2020/06/PUNTO-7.-BORRADOR-ESTATUTO-DE-LA-PERSONA-DESAPARECIDA.pdf>.
- RADA, J. (14 de agosto de 2016). *El misterio del niño pintor de Málaga al que se tragó la tierra en 150 metros*. ElEspañol.com. Recuperado el 12/12/2023 de: [https://www.lespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160811/146985965\\_0.html](https://www.lespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160811/146985965_0.html).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la lengua española* (23ª edición). Recuperado el 12/12/2023 de: <https://dle.rae.es/>.
- ROSARIO, L. D. (21 de noviembre de 2021). *El legado de Olivia y Anna: desenmascarar la violencia vicaria*. Canarias7.es. Recuperado el 25/12/2023 de: <https://www.canarias7.es/sociedad/legado-olivia-anna-20211122143535-nt.html>.
- RTVE. *Archivo Histórico*. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://www.rtve.es/play/videos/quien-sabe-donde/>.
- RUIZ SALMERON, M. (2023). *Violencia vicaria: El menor como el arma más poderosa de un maltratador*. [Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Sevilla]. iDUS. [https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/151168/PER\\_RUIZSALMERON\\_Memoria%20TFG.pdf?sequence=2](https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/151168/PER_RUIZSALMERON_Memoria%20TFG.pdf?sequence=2).
- SAAVEDRA RUIZ, J. (2007). *Artículo 224*. En C. Conde-Pumpido Tourón, & J. López Barja de Quiroga, *Comentarios al Código Penal* (Vol. 3). Barcelona: Bosch.



- SANTANA BELTRÁN, C. (29 de julio de 2021). *Quince años sin Sara Morales*. Canarias7. Recuperado el 16/12/2023 de: <https://www.canarias7.es/sucesos/quince-anos-sara-20210730192317-nt.html>.
- SOSDESAPARECIDOS (2020). *Carta al Ministro del Interior*. Recuperado el 24/01/2024 de: <https://sosdesaparecidos.es/wp-content/uploads/Ministerio-INTERIOR-PROPUESTAS-Y-MEDIDAS-02.03.2020-1.pdf>.
- SOSDESAPARECIDOS. (2021). *Propuestas y sugerencias de Asociación Sosdesaparecidos para el «Primer Plan Estratégico en Materia de Personas Desaparecidas»*. Recuperado el 02/02/2024 de: <https://sosdesaparecidos.es/wp-content/uploads/Propuestas-y-sugerencias-del-Plan-Estrategico-CNDES-17-October-2021.pdf>.
- VÁZQUEZ MACIÁ, N. (22 de febrero de 2021). *El caso Alcàsser, de un crimen a un espectáculo mediático*. Universidad Miguel Hernandez. Recuperado el 13/12/2023 de: <https://historiatercerocaup2021.umh.es/2021/02/22/el-caso-alcasser-de-un-crimen-a-un-espectaculo-mediatico-noelia-vazquez/>.
- VEGA, G., & JIMÉNEZ BARCA, A. (12 de junio de 2021). *La juez, sobre Gimeno: «Mató a las niñas de forma premeditada y para provocar un dolor inhumano a la madre»*. El País.com. Recuperado el 25/12/2023 de: <https://elpais.com/sociedad/2021-06-12/la-guardia-civil-intercepto-en-la-entrada-del-puerto-a-tomas-gimeno-cuando-ya-habia-tirado-a-sus-hijas-al-mar.html>.

## REFERENCIAS LEGISLATIVAS

- Código Civil. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&p=20230301&tn=2>
- Código Penal. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.
- Código Penal Alemán (Versión que incluye la modificación de la Ley de 4 de diciembre de 2022). Recuperado el 18/02/2024 de: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/586418>.
- Código Penal Belga (Versión actualizada a 1 de enero de 2012). Recuperado el 23/02/2024 de: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/262695>.
- Código Penal Colombiano (Versión actualizada a 31 de diciembre de 2023). Recuperado el 23/02/2024 de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html).
- Código Penal Francés (Versión actualizada a 22 de febrero de 2024). Recuperado el 22/02/2024 de: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070719](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719).
- Código Penal Italiano, Real Decreto nº1398, de 19 de octubre de 1930 (Versión actualizada a 22 de enero de 2024). Recuperado el 22/02/2024 de: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>.
- Código Penal Mexicano (Versión que incluye la modificación DOF 08/05/2023). Recuperado el 23/02/2024 de: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/>
- Código Penal Portugués (Versión que incluye la modificación de la Ley 54/2023 de 4 de septiembre). Recuperado el 22/02/2024 de: <https://www.codigopenal.pt/>.
- Código Penal Tailandés. Recuperado el 23/02/2024 de: <https://www.thailandlawonline.com/table-of-contents/criminal-law-translation-thailand-penal-code>.
- Comisión Especial para el estudio de la problemática de las personas desaparecidas sin causa aparente. Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 290, de 23 de diciembre de 2013, pp. 86-103.
- Constitución española. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.
- Declaración institucional 140/000033. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 478, de 16 de noviembre de 2010, p. 12.

- Estatutos del Estado de Wisconsin (Versión actualizada a 2022). Recuperado el 23/02/2024 de: <https://law.justia.com/codes/wisconsin/2022/>.
- Instrucción 1/2009, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación policial ante la desaparición de menores de edad y otras desapariciones de alto riesgo. <https://issuu.com/franjimenez1/docs/desaparicionesaltoriesgo>.
- Instrucción 1/2017, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualiza el «Protocolo de actuación policial con menores». <https://www.seguridadpublica.es/wp-content/uploads/2017/05/INSTRUCCIONES1-2017PROTOCOLOPOLICIALCONMENORES.pdf>.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Boletín Oficial del Estado núm. 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27061-27176.
- Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Boletín Oficial del Estado núm. 307, de 23 de diciembre de 2022, pp. 179570-179592.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Boletín Oficial del Estado núm. 11, de 12 de enero de 1996, pp. 793-803.
- Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Boletín Oficial del Estado núm. 251, de 19 de octubre de 2007, pp. 42517-42523.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Boletín Oficial del Estado núm. 101, de 28 de abril de 2015, pp. 36569-36598.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Boletín Oficial del Estado núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, pp. 84473-84979.
- Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 211-1, de 27 de diciembre de 2021. [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-211-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-211-1.PDF).
- Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Boletín Oficial del Estado núm. 303, de 20 de diciembre de 2023, pp. 167808-167994.
- Recommendation CM/Rec (2009)12 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 9 December 2009 to member states on principles concerning missing persons and the presumption of death.
- Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024. Boletín Oficial del Estado núm. 43 de 17 de febrero de 2024, pp. 19462-19471.




## Propuesta de *lege ferenda* desde el Derecho civil a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental\*

THE SPANISH ENVIRONMENTAL RESPONSIBILITY LAW: A PROPOSAL FROM PRIVATE LAW FOR LEGISLATIVE REFORMS

**Luis Corpas Pastor**

Universidad de Málaga

lcorpas@uma.es  0000-0003-4655-532X

Recibido: 15 de marzo de 2024 | Aceptado: 30 de mayo de 2024

### RESUMEN

Sin desdeñar el sentido y alcance de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, de 23 de octubre de 2007 (en adelante, LRM), basada en un modelo administrativista de responsabilidad objetiva y, supuestamente ilimitada, que tiene como principio «quien contamina paga», en nuestra opinión requiere una adecuación de sus planteamientos orientada hacia la responsabilidad civil en aquellos casos en los que se afecte el medio ambiente y se produzcan con ello daños a la salud de las personas. La relación entre el derecho medioambiental y la seguridad y salud es clara: se debería reducir la exposición a riesgos ambientales que pueden dañar la salud, como la contaminación del aire y del agua, a través de normas para garantizar un medioambiente seguro y que no nos enferme. Sin embargo, habría que cambiar el foco de la regulación, ya que más que gestionar los recursos naturales, previniendo la contaminación y preservando la biodiversidad con la imposición de prácticas sostenibles en diferentes industrias, dicha regulación debería enfocarse hacia una responsabilidad civil derivada del efectivo daño a la salud provocado en las personas por parte de quien contamina. Desde luego que es importante la gestión de residuos, la prevención de derrames tóxicos y el uso de energías limpias; pero más importante aún es garantizar la indemnización de las personas que sufren daños directos e indirectos por contaminación. Proponemos una relectura de la LRM, de acuerdo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, la cual tiene a las personas entre sus ejes principales.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil  
Responsabilidad medioambiental  
Daños a la salud  
Protección ambiental  
Contaminación

\* El presente trabajo ha sido realizado en el seno del grupo de investigación SEJ-163 Universidad de Málaga - Junta de Andalucía.

## ABSTRACT

Without disregarding the meaning and scope of the Spanish Environmental Liability Law of 2007, based on an objective responsibility administrative model—and supposedly, unlimited liability—which has a «polluter pays» principle based, this regulation of 2007 October 23th, requires an adaptation of its approaches towards non-contractual civil liability in those cases in which the environment is affected and damage to people's health occurs. The relationship between environmental law and health and safety is clear: the aim is to reduce exposure to environmental risks that can harm health, such as air and water pollution, through regulations to guarantee a safe environment that does not make population sick. However, the focus of regulation should change, since rather than managing natural resources, preventing pollution and preserving biodiversity with the imposition of sustainable practices in different industries, it should focus on civil liability derived from effective damage to health. caused in people by the polluter. Of course, waste management, the prevention of toxic spills and the use of clean energy are important; But even more important is to guarantee compensation for people who suffer direct and indirect damage due to pollution. We propose a reform of the 26/2007 Spanish Law, in accordance with the Sustainable Development Goals and the 2030 Agenda, which has people among its main axes.

## KEYWORDS

Civil liability  
Environmental liability  
Health damage  
Environmental protection  
Pollution.

## I. INTRODUCCIÓN

La conservación y mejora del medioambiente podría tener un encaje jurídico propio y diferente de su articulación únicamente a través de instrumentos de derecho público, por más que esta sea la visión imperante en la actualidad, como parece desprenderse de la regulación de la responsabilidad medioambiental a través de la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (en adelante, LRM).

Ello es debido a la multiplicidad de bienes jurídicos «de titularidad múltiple –tanto individual como colectiva–, que abarca» (Simón Yarza, 2012, 158) y que son objeto de protección por el ordenamiento en relación con el medioambiente.

El derecho medioambiental puede considerarse como una disciplina jurídica con entidad propia, diferente del derecho administrativo propiamente dicho; ya que el concepto derecho medioambiental engloba aspectos jurídicos tanto de derecho público como de derecho privado. En este sentido, «la conceptualización del derecho al ambiente es un desafío que corresponde asumir con valentía a la doctrina y a la jurisprudencia» (Delgado Piqueras, 1993, 54), dado que se trata de «una materia interdisciplinaria y de contenido complejo», donde el Derecho civil siempre ha estado presente, cuyos primeros planteamientos «fueron civiles (arts. 590 y 1908 Cc)» pues existe una «utilidad medioambiental de las instituciones de Derecho civil» (Llodrà Grimalt, 2008, 21-23).

Siguiendo a esta autora, la utilidad medioambiental del derecho civil es claramente incardinable en tres divisiones concretas del mismo, como son el *derecho de la persona*, el *derecho de obligaciones*, tanto en cuestiones de las obligaciones en general, como

algunos aspectos de formación del contrato, o tipos de contrato con relevancia ambiental, el incumplimiento y la responsabilidad civil extracontractual por daños al medio ambiente, aspecto del cual se afirma que es el que «más se ha tratado en Derecho del medio ambiente»; así como los *derechos reales* (Llodrà Grimalt, 2008, 21-23). Remitimos decididamente al estudio pormenorizado que realiza esta autora sobre las diferentes especialidades del derecho de propiedad, las modificaciones en su contenido, la alusión a sus límites externos, relacionados con la «función social que éste cumple», límites por interés público (arts. 390, 553.1 y 2, 589 CC y otros en leyes especiales) o particular (basados en las relaciones de vecindad y en las servidumbres), así como el Registro de la Propiedad, a la que se refiere como «oficina de información ambiental» poniendo como ejemplo la utilidad de la publicidad mediante nota marginal anotada en la escritura de que un suelo está «contaminado» y las implicaciones que ello tiene para ulteriores adquirentes «puesto que la transmisión del título no exime de las obligaciones contraídas», con una reflexión final sobre la protección jurídica del derecho de propiedad particular como «protección indirecta del medio ambiente» donde la autora realiza una cuidada revisión doctrinal sobre las inmisiones, la acción negatoria y la cesación como medios «para corregir las actividades contaminantes que dañen o pongan en peligro intereses particulares» y, aludiendo a la tutela sumaria prevista en la LEC, con la que estamos plenamente de acuerdo.

En línea con este planteamiento, no es de extrañar que el medioambiente goce de protección, la cual incluye la exigibilidad de responsabilidad cuando se transgrede, pues la Justicia antropocéntrica no puede ni debe excluir a los recursos naturales «del debido status jurídico» de protección, extrayendo «de tal valor y de su construcción jurídica el deber inexcusable del respeto por la vida, lo que podría comportar hasta el reconocimiento de derechos [...] a sus integrantes». Esto es, por extensión, «los demás elementos del mundo natural que proporcionan la base de la vida» (Parejo Alonso, 2015, 46-47). Por eso no es de extrañar tampoco que el derecho a un ambiente saludable (concretamente, el «acceso a un medio ambiente limpio y sostenible») haya sido recientemente reconocido dentro de los derechos humanos universales (ONU, 2022) en tanto en cuanto se trata de una expresión de la dignidad, que expresa el derecho fundamental que tienen todas las personas, amparado por el art. 10 de la Constitución Española (en adelante, CE) y reconocido al más alto nivel dentro de los derechos humanos, que «comporta una exigencia [...] de buen uso y aprovechamiento de tales recursos, preservando los equilibrios básicos de los sistemas ecológicos» que demanda el «principio de responsabilidad con la naturaleza» (Parejo Alonso, 2015, 46-47).

En nuestro derecho, la responsabilidad medioambiental es compatible actualmente con la reparación de daños civiles ocasionados a consecuencia de la producción de daño medioambiental a tenor de lo previsto en el art. 5 de la LRM, pese a dejarla fuera de su ámbito. De hecho, el art. 5.2 LRM especifica que «los particulares perjudicados a que se refiere el apartado anterior no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado», de lo cual parece extraerse el corolario de «quien contamina paga, pero quien la sufre no cobra» (Llamas Pombo, 2010, 58) que reproduce la aguda crítica al régimen de responsabilidad administrativa por los daños medioambientales y la obligación de reparar tales daños en la forma prevista en la LRM; de la cual se afirma que «sigue sin existir en el cuerpo normativo estatal una ley

reguladora del medioambiente que reconozca el derecho del particular a ser indemnizado por el mal causado por la contaminación que ha sufrido» (Martí Martí, 2007). Opinión quizás derivada de una lectura crítica (y algo apresurada, en nuestra opinión) de este precepto pues, si bien esa es la dicción literal de dicho art. 5.2 LRM, lo hace en relación a daños medioambientales «en la medida en la que tales daños queden reparados» bajo las previsiones de la LRM. De hecho, dicho apartado 5.2 *in fine* afirma textualmente que el responsable del daño medioambiental «que hubiera hecho frente a esa doble reparación podrá reclamar del perjudicado la devolución o la compensación que proceda». Por tanto, no tiene origen en la LRM que quien sufra el daño medioambiental «no cobre», sino que quien contamine pague, pero «no pague doble»...

Con respecto a su regulación a través de la LRM en la que su Preámbulo conecta el derecho a disfrutar de un medioambiente «adecuado como condición indispensable para el desarrollo de la persona», anudando así dignidad y necesidad de protección del medioambiente basada en la obligación de «utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza», con la obligación a la reparación del daño causado «con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan» cuando se incumpla la obligación de uso racional de los recursos naturales y de conservación de la naturaleza, el art. 5.1 LRM especifica que «se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación» las acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, pérdidas económicas u otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales; «aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental». Todo ello en consonancia con su Preámbulo, en el que se afirma que se separa la responsabilidad medioambiental «de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial».

Por otra parte, existe un debate doctrinal muy profundo, que comenzó en la sociedad estadounidense alrededor de los años setenta del siglo pasado, que supuso una toma de conciencia colectiva sobre los efectos de la contaminación en la salud del ser humano, en concreto, sobre el uso de determinados pesticidas y otros productos químicos, denominado «ambientalismo» (Sustein, 2006) que conlleva la necesidad de la evaluación medioambiental en términos de análisis coste-beneficio en la toma de decisiones ejecutivas o políticas, sobre la reducción racional de riesgos, tomando en consideración parámetros científicos desde el punto de vista de la toxicidad (pero de toxicidad científica, no sobre meras especulaciones carentes de dicha base científica), presentando curvas «lineales» y «sublineales» de toxicidad de ciertas sustancias, «relaciones de umbral» en las que no existe peligro, siempre que la dosis se encuentre por debajo, y las «relaciones supralineales», donde la respuesta a la dosis excede de la proporcionalidad o las «relaciones en forma de u», como la de ciertas sustancias químicas (nutrientes esenciales, vitaminas, o flúor, por ejemplo, con efectos beneficiosos en dosis bajas, acoplados con efectos tóxicos en dosis altas); pero también del análisis de parámetros científicos sociales aparejados de morbo-mortalidad, en relación con los beneficios monetizados derivados de la regulación normativa medioambiental (Sustein, 2006).

Desde este punto de vista, qué duda cabe que el derecho a gozar de una calidad del aire y del agua, a la biodiversidad y la prevención de la contaminación, la conservación y protección de los recursos naturales compartidos, como los océanos, ríos y bosques,

y del patrimonio ecológico común y que deben ser gestionados de manera sostenible; son claramente tributarios de su regulación por instrumentos de derecho público. Sin embargo, no es menos cierto que existen otros bienes personales, tales como salud, integridad e incluso dignidad de una persona, u otros derechos patrimoniales de contenido más tangible, como puede ser el derecho de propiedad, que son susceptibles de menoscabo por efecto de la alteración del medio ambiente y, por tanto, de repararse o compensarse por quien contamina, mediante la indemnización a los particulares damnificados.

De antiguo, doctrina consolidada defendía el papel que la jurisdicción civil tiene en la protección medioambiental (Auger Liñán, 1988, Conde-Pumpido, 1989). Así, la jurisdicción civil puede presentarse como un «medio complementario de protección ambiental» porque «nada obsta para que los intereses y derechos de índole privada que están también afectados por una posible degradación del medio ambiente, puedan ser protegidos ejercitando acciones civiles» (Conde-Pumpido, 1989, 30) pues cuando se actúa civilmente en la protección de los derechos e intereses privados, resultan «beneficiados los intereses colectivos del medio ambiente» (Auger Liñán, 1988, 111). Estos postulados, aplicados al derecho sustantivo civil, los comparte el Tribunal Supremo. Así se recoge en la STS 26 noviembre 2010 (FD 6º), cuando afirma:

El art. 590 CC sirve de marco para proteger el medioambiente en las relaciones de vecindad, ya que constituye el núcleo que permitió con posterioridad el desarrollo de la teoría de las inmisiones; se trata de un precepto genérico, que resulta efectivo porque la técnica utilizada en el mismo, la remisión a la legislación administrativa, facilita su adaptación a las necesidades de cada momento. Al no establecer directamente sanciones, sino únicamente los supuestos de hecho de la prohibición de lesión ambiental a las propiedades vecinas, debe completarse con lo dispuesto en el art.1908 CC.

El art. 590 CC contiene el supuesto de hecho consistente en la construcción, instalación y montaje de toda una serie de obras, artefactos y fábricas, junto a la cercanía de una pared. Ahora bien, ello no se ha interpretado por la jurisprudencia en el sentido restrictivo que pretende la parte recurrente. La doctrina ha repetido ya desde antiguo que no es preciso que la pared sea ajena o medianera, sino que se aplica a cualquier zona colindante o próxima, llegando a decir algún autor que «la pared por sí sola no cuenta». Actualmente se entiende que la proximidad se determina en función de la influencia que ejerza una finca sobre otra.

Es de señalar que el Tribunal Supremo no cede la jurisdicción civil en «asuntos administrativos» cuando de la acción de cesación se trata, al amparo del art. 590 CC. Esto es, como afirma la STS 26 noviembre 2010, que «la remisión a las normas administrativas efectuada en el art. 590 CC no implica que se produzca una ‘huida’ al derecho administrativo de toda la materia de las relaciones de vecindad por implicar la falta de competencia de la jurisdicción civil», recordando, entre otras cuestiones, que la «sentencia de 10 abril 1957, que declaró la ilicitud de un pozo negro construido junto a una finca, se apoyó en el art 590 CC. La sentencia de 27 octubre 1988 manifestó que la litigiosa era una cuestión estrictamente civil porque estaba regulada en el art. 590 CC [...] Y ello porque cuando el art. 590 CC remite a los reglamentos reguladores de la actividad que está causando un daño a las propiedades vecinas, no está transformando la norma civil

en norma administrativa, sino integrando en el ordenamiento civil los criterios para la calificación de la actividad que genera las inmisiones» (STS 26 noviembre 2010).

Doctrina consolidada se pregunta si hubiera sido mejor potenciar los instrumentos propios de la responsabilidad civil clásica «que tanto parece despreciar la norma» para adecuarlos a las «peculiaridades del daño ambiental» (Llamas Pombo, 2010, 59). Más adelante concluye que «el llamado ‘daño ambiental’, que en realidad no es sino un daño a la persona o al patrimonio de ésta, derivado de la contaminación de algún elemento integrante del medioambiente, es siempre un daño de caracteres muy peculiares (despersonalizado, o anónimo, masivo, ‘inevitable’, continuado cuando no es permanente o progresivo, económicamente grave...). En algunos casos es ‘puramente económico’, y en otros casos una verdadera tragedia personal» (Llamas Pombo, 2010, 105).

En nuestra opinión, es precisamente la protección penal o administrativa expresa del medioambiente que se desprende de la LRM, la que hace pasar su protección civil casi de forma desapercibida. Sería deseable una reforma de la LRM que precisara cómo abordar la reparación de los daños a los particulares irrogados como consecuencia de la inobservancia del deber de protección del medio ambiente, pues la declaración de responsabilidad civil se ve dificultada con frecuencia por la necesidad de probar la concurrencia del mecanismo de imputación subjetivo que le es propio a la responsabilidad aquiliana, y sobre ello, se afirma de antiguo que «en materia de daños ambientales, son muchos los supuestos en los que no es posible probar la culpabilidad o ilicitud de la conducta, pues el agente causante de los mismos puede escudarse en el cumplimiento de la normativa medioambiental protectora, en que tiene y cumple con todas las autorizaciones administrativas para el ejercicio de la actividad, o en que la Administración no ha detectado, en las posibles inspecciones realizadas, ninguna anomalía o incumplimiento» (Lozano Cutanda, 2008, 172). Nuestro Tribunal Supremo ha declarado que tales autorizaciones administrativas no eximen la responsabilidad por los daños (patrimoniales) irrogados a particulares, que tienen todo el derecho del mundo a pedir una indemnización por responsabilidad civil extracontractual, cuando de inmisiones nocivas se trata (STS 12 junio 2008): «El ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos», con cita de la STS 12 diciembre 1980.

En línea con lo expuesto, el propósito de este trabajo es poner en valor la importancia del derecho civil en el régimen jurídico medioambiental, pues los daños personales y patrimoniales como consecuencia de la alteración del medio ambiente son posibles, a la vez que difíciles de reparar en ocasiones, debido en parte a que los efectos de la contaminación (y probablemente el cambio climático subsiguiente) suelen ser de lenta evolución y difíciles de probar bajo parámetros jurisdiccionales estrictamente civiles.



## 1.1. El medioambiente

Resulta un buen punto de partida acercarse al concepto de medioambiente a través de su definición por la Real Academia Española (RAE) como «conjunto de componentes físicos, químicos, y biológicos externos con los que interactúan los seres vivos», la cual parece excluir a las personas de dicho concepto. Pero, englobadas como «seres vivos» que se relacionan interactuando con el medioambiente, en nuestra opinión, las personas están también involucradas en el mismo.. Por lo tanto, si bien, en principio, el medioambiente es un sistema externo a los seres vivos, claramente las personas pueden producir alteraciones en dicho sistema y, a su vez, el medioambiente puede afectar a las personas. En esta interacción, en lo que a las personas nos interesa, podemos identificar por un lado la parte que contamina y, por otro, la que sufre un daño por dicha contaminación.

De todas formas, la definición de medio ambiente es difícil, debido fundamentalmente a que existen «distintas disciplinas jurídicas que lo intentan delimitar», junto con otros factores, tales como «la constante evolución» a la que se somete una interacción evidente entre el «desarrollo económico, el deterioro ambiental y la propia concienciación del mismo por el ser humano»(Aviñó Belenguer, 2015, 33-34). Así, «un sector doctrinal relaciona el concepto del medio ambiente con todos aquellos aspectos vinculados con el hombre, incluida la cultura o el patrimonio histórico (punto de vista amplio) [...] Otros autores relacionan el concepto de medio ambiente con todos aquellos factores que fomentan un adecuado desarrollo físico, emocional y estético del hombre respecto de la naturaleza, incluidos, por ejemplo, aquellos factores naturales que pueden contribuir al goce o disfrute de los bienes de la naturaleza, como el silencio o la tranquilidad, o la calidad de vida, aunque «el concepto de medio ambiente hay que definirlo desde una concepción estricta, comprensiva del conjunto de elementos naturales (agua, suelo y aire) y organismos vivos que determinan las características de un lugar»; siguiendo las prescripciones del art. 2.1 LRM (Aviñó Belenguer, 2015, 33-34).

No es de extrañar, por tanto, que el concepto jurídico de medioambiente haya sido objeto de concreción por parte del Tribunal Constitucional, en la STC 102/1995 (BOE núm. 181, de 31 de julio), definiéndolo como:

el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. [...], en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aúna lo útil y lo grato. [...] comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción (FJ 4º).

Por su parte, el Tribunal Supremo también alude a este concepto en su STS 2 febrero 2001, cuando afirma:

Por ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de

relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre (FD 5º).

## 1.2. La responsabilidad medioambiental y su régimen jurídico

En relación a la LRM de 2007, doctrina consolidada afirma que «desde la vertiente del Derecho español, en el plano judicial, el reconocimiento de la doctrina de la *responsabilidad objetiva* se remonta ya al año 1943. No obstante, aunque la nueva Ley de Responsabilidad Medioambiental pudiera calificarse, por una parte como un avance demasiado tardío, por otro lado, es cierto que a través de sus garantías de cobertura de daños a terceros y la aceptación de la *responsabilidad objetiva* aunque no absoluta, puesto que, como sabemos, el operador puede exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran, se ha dado un indudable paso adelante» (Viguri Perea, 2009, 371-373).

Sin embargo, para comprender el régimen jurídico de la responsabilidad medioambiental actual hay que tener en cuenta la evolución histórica de la responsabilidad civil en este campo, que ha estado enfocada principalmente en asegurar la justicia social mediante la efectiva reparación de daños (Marques Sampaio, 2017, 63-162). Partiendo de que «los daños medioambientales son de naturaleza social y trascienden del ámbito particular del patrimonio lesionado» (Fernández Aparicio, 1999, 1117), no es de extrañar que la protección del medioambiente se realice a través de instrumentos de derecho público y pivote sobre una responsabilidad de carácter objetivo, fundamentalmente. Esta responsabilidad objetiva había ido abriéndose paso a nivel transnacional, desde la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, no ya desde la perspectiva europea, sino también desde la óptica del Derecho angloamericano y japonés (Viguri Perea, 2009, 371-373). Así, la LRM se basa en un modelo administrativista de responsabilidad objetiva e ilimitada a cargo de «quien contamina» y enfocada hacia una indemnidad real del medio ambiente, devolviendo los recursos naturales a su «estado original en el que se encontraban antes de producirse el daño» (Aviñó Belenguer, 2015, 75). A partir de la reforma operada por la Ley 11/2014, de 3 de julio, la responsabilidad medioambiental pasa a regular aspectos relativos a la obligación de constituir garantías financieras, y, en su caso, su carácter voluntario para aquellos operadores que no quedan obligados a su constitución. Además, dicha reforma da respuesta a la necesidad de elaborar un análisis de riesgos medioambientales, y los consiguientes costes asociados para ciertos operadores, entre otras modificaciones. A través de sus disposiciones finales, se modifican aspectos de la *Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera* y de la *Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional*, a la par que se aclara el «carácter de legislación básica de protección del medio ambiente» que se otorga a la LRM y con ello, su carácter de mínimos en la competencia compartida con las Comunidades Autónomas en este ámbito, al amparo de lo previsto en el art. 149.1.23.ª CE). Esta reforma se plantea sobre la base de los principios de prevención y la máxima de «quien contamina paga», abarcando la restauración de recursos naturales dañados y sus costos asociados, sin considerar culpa o negligencia en una serie de actividades tasadas. Por lo tanto, serán los agentes contaminantes quienes tengan que afrontar el

pago de los daños medioambientales que provoquen (y no las administraciones o el erario público).

Mucho antes, la precitada STS 2 febrero 2001, sostenía al respecto que «su regulación jurídica interna, habrá de tener en cuenta los principios rectores de: Realidad telúrica del llamado ecosistema. Solidaridad de todos los factores implicados, así como, de los entes territoriales en que se produce la opresión en ese medio y, cuya tutela jurídica que transita desde la política de prevención hasta la reparación de los ilícitos, funda la responsabilidad de sus autores y, encuentra dentro del Ordenamiento la adecuada tutela» (FD 5º).

En 2007, la LRM transpuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, en cuyo art. 3, establecía un ámbito objetivo doble: por un lado, debía aplicarse tanto a los «daños medioambientales» causados (o que sean inminentes) por cualquiera de las actividades descritas en su Anexo III, y por otro, a las amenazas inminentes y los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por «actividades profesionales distintas» a las anteriores. En la Directiva se establece claramente una responsabilidad objetiva para ciertas actividades dañinas o potencialmente peligrosas para el medio ambiente, pero también una responsabilidad medioambiental subjetiva «por culpa o negligencia» del agente que desarrolle otras actividades distintas a las enumeradas en dicho Anexo III.

Cabe aclarar que las actividades a las que hace referencia el Anexo III de la Directiva 2004/35/CE, son las relativas a la explotación de *instalaciones sujeta a un permiso* (con remisión al Anexo I de la Directiva 96/61/CE, salvo las utilizadas en investigación, elaboración y prueba de nuevos productos y procesos), la *gestión de residuos peligrosos* y actividades relacionadas, los *vertidos* en aguas interiores superficiales y en aguas subterráneas, los vertidos o la contaminación de aguas superficiales o subterráneas, la captación y represamiento de aguas, todas ellas sujetas a autorización previa. Otras actividades recogidas en dicho Anexo III son la fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente y transporte *in situ*, de *sustancias y preparados peligrosos*, productos fitosanitarios y biocidas; así como el *transporte de mercancías peligrosas* o contaminantes, la liberación atmosférica de sustancias contaminantes derivada de la explotación de ciertas instalaciones industriales. También incluye dicho Anexo III toda utilización confinada de *microorganismos modificados genéticamente* y su liberación intencional en el medio ambiente, su transporte y comercialización. Finalmente, se contempla en dicho Anexo III, el *traslado transfronterizo* de residuos dentro o desde la Unión Europea que esté prohibido o sujeto a autorización.

Parece extraerse, por tanto, que la responsabilidad medioambiental que dibuja la Directiva 2004/35/CE se configura ciertamente como objetiva, pero únicamente en relación a los daños y amenazas de daños medioambientales provocadas por las Actividades descritas en su Anexo III, pero no es así en cuanto a las amenazas inminentes y a los daños efectivamente causados «a las especies y hábitats naturales protegidos» debidos a actividades profesionales diferentes, cuya responsabilidad derivada del daño y del riesgo de provocarlo se configura de forma subjetiva. Es decir, siempre que se dé «culpa o negligencia por parte del operador» (González Hernández, 2012, 190).

Como hemos expuesto, la LRM es aplicable a daños y amenazas inminentes causados por actividades específicas e impone obligaciones de prevención, reparación y

garantías financieras; incluyendo un régimen de sanciones de hasta dos millones de euros para infracciones muy graves. En su Preámbulo, afirma que no todos los recursos naturales están protegidos por esta ley, sino únicamente los «daños significativos» a las aguas, al suelo (incluyendo «los riesgos significativos de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana»), a la ribera del mar y de las rías y a las especies de la flora y de la fauna silvestres presentes permanente o temporalmente en España, así como a los hábitats de todas las especies silvestres autóctonas; excluyendo los «daños al aire» y «los daños a las personas y a sus bienes (salvo que estos últimos constituyan un recurso natural)». Es decir, protege el medio ambiente como tal.

Por su parte, el Real Decreto 2090/2008 de 22 de diciembre, de desarrollo parcial de la LRM establecía un régimen de reparación de daños medioambientales por el que los operadores que produzcan (o amenacen con ocasionar) daños o perjuicios a los recursos naturales, debían adoptar medidas adecuadas para prevenirlos o bien, para limitar o impedir mayores daños medioambientales una vez producidos; así como revertir a su estado anterior los recursos naturales dañados. Este Real Decreto se modificó, mediante el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, con objeto de reducir las cargas administrativas y simplificar ciertos aspectos relativos a la garantía financiera establecida en el art. 24.3 LRM (Lozano Cutanda y Poveda Gómez, 2015), sobre la idea de la elaboración de los análisis de riesgos medioambientales que se sustituía «por una declaración responsable que deberán presentar los operadores que queden obligados a constituir garantía financiera y a llevar a cabo análisis de riesgos medioambientales» (González Iglesias, 2015, 182-183).

De conformidad con lo previsto en el art. 17 de la Directiva de 2004,, el ámbito temporal de exigencia de la responsabilidad medioambiental se establece de forma negativa (en treinta años como máximo desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que causó los daños medioambientales), como reza el art. 4 LRM, cuando dice que «la Directiva 2004/35/CE no tiene efectos retroactivos y no se aplica a: los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se haya producido antes del 30 de abril de 2007; los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se haya producido después del 30 de abril de 2007, cuando éstos se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha; ni a los daños, si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, suceso o incidente que los produjo» (González Vaqué, 2006, 1-11).

Por su parte, el art. 2.2 LRM define como «daños» cualquier «cambio adverso y mensurable de un recurso natural o el perjuicio de un servicio de recursos naturales», provocados tanto directa como indirectamente. Paralelamente, se entiende como «daño medioambiental» aquellos cambios adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de recursos naturales (hábitat o especies, aguas, ribera del mar y de las rías, suelo). Esto incluye cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debido al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo (art. 2.1 LRM).

En cuanto al ejercicio de acciones indemnizatorias, se excluye expresamente su ejercicio «por lesiones causadas a las personas» (art. 5.1 LRM), especificando que «se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación» tanto las lesiones a las personas, como otros daños a la propiedad privada o daños patrimoniales diferentes a los

medioambientales «aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental». Esta es una forma de exponer que la LRM asegura que cualquier daño al medio ambiente debe ser reparado a expensas del responsable que ocasionó dicho daño, evitando así que los costos de la recuperación recaigan sobre el Estado o las Comunidades Autónomas, es decir, sobre los ciudadanos. De esta manera, quien genere un daño medioambiental está obligado a repararlo. Pero si además causa daño en sus bienes jurídicos protegidos a los particulares, se aplicarán los mecanismos de responsabilidad civil pertinentes a cada caso.

La doctrina insiste que es en el orden civil, precisamente, «donde los particulares obtienen con mayor frecuencia una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial», pero bajo la premisa de que esté «perfectamente identificado su origen»; en este caso refiriéndose a la contaminación acústica (Ordás Alonso, 2017, 57).

Con anterioridad a la promulgación de la LRM, el Tribunal Supremo ya había tenido la ocasión de pronunciarse sobre los daños a particulares como consecuencia de la contaminación, por ejemplo, en la STS 2 febrero 2001, cuando señalaba como objeto de tutela la calidad de vida en agresiones medioambientales y como concepto indemnizable el «riesgo notorio» a desarrollar enfermedades incluso «sin llegar a ocasionar enfermedad somática objetivable» (FD 5º) y el perjuicio moral irrogado a quien soporta «la contaminación medioambiental intensa, masiva, continua y generalizada» (FD 4º), otorgando carta de naturaleza a la responsabilidad civil extracontractual derivada de tales daños y con fundamento en el «deterioro ambiental continuado» (FD 5º), tomando como mecanismo de imputación la creación de riesgo por parte de quien contamina. Así lo afirma cuando dice:

...no hay que olvidar que la contaminación medioambiental intensa, masiva y continua (además de generalizada al tratarse de emanaciones de polvo, humos, ruidos, quema por asfixia de los cultivos e imposibilita la cría de animales) supone un peligro latente para la vida de la población próxima por el riesgo notorio de llegar a desarrollar graves dolencias, como ha llegado a ocurrir [...] y ello integra un claro perjuicio moral a quien lo soporta que debe ser indemnizado. (S.T.S. 16-1-89). El Motivo, habida cuenta las razones, incluso, de carácter sociológico y de protección de la Ordenación Universal al Medio Ambiente aducidas, precisa subrayar «ab initio» que, por parte de la Sala sentenciadora, se debían haber tenido en cuenta al evaluar el «quantum» indemnizatorio derivado de esa conducta transgresora, elementales deberes, incluso, subsumibles dentro de la órbita amplia de la responsabilidad aquiliana/extracontractual –ex art. 1902 C.c.–, por cuanto que los Tribunales, cuando fijan tras la ponderación de esa conducta negligente la cuantificación de los daños irrogados, han de contemplar esas circunstancias no sólo estrictamente jurídicas o de Derecho positivo emanadas tanto del Derecho Nacional como del Derecho Internacional e, incluso del Derecho Comunitario, sino las atinentes a los distintos elementos que cualquiera que sea su procedencia económica o profesional, cultural o sociológica, sean factores determinantes o coadyuvantes en la apreciación del hecho ilícito y, sobre todo, en la verificación de los resultados dañosos (FD 4º, STS 2 febrero 2001).

En estos casos, la jurisprudencia tiende a «prescindir de la culpabilidad o ilicitud de la conducta para declarar la obligación de resarcir los daños cuando se trata de actividades productoras de riesgo, reconociendo una suerte de *responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo*» y lo explica con cierto reflejo utilitarista de la teoría redistributiva y las

externalidades en el juego de la economía, donde el productor de daños ambientales cuenta con los mismos como parte del juego «suma cero», es decir, como un componente más de las utilidades en las que se traduce su actividad industrial lucrativa, pero con externalidades negativas, daños, que eventualmente son causa de resarcimiento a particulares «como una especie de contrapartida de la utilidad proporcionada por la actividad peligrosa» (Lozano Cutanda, 2008, 172). Es de destacar que, acertadamente, esta concepción objetiva de la responsabilidad por daños derivados de las actividades productoras de riesgo ha ido incorporando cierta producción normativa que establece un régimen de responsabilidad objetiva, tales como la Ley 25/1964, de 29 de abril (Ley reguladora de la energía nuclear), o la Ley 10/1998, de 21 de abril (Ley básica de residuos) y «el régimen jurídico establecido para los residuos tóxicos y peligrosos», vigente en ese momento (Lozano Cutanda, 2008, 172).. Hay que aclarar que esa misma forma de afrontar los daños producidos por actividades ciertamente peligrosas es el mantenido en la reciente Ley de seguridad nuclear (Ley 11/2023, de 8 de mayo). Por su parte, la nueva redacción del art. 4.1 de la Ley 12/2011 «delimita con mayor precisión el alcance de la responsabilidad (objetiva) del explotador de una instalación nuclear» que será responsable de los «daños a las personas y a los bienes, daños medioambientales, lucro cesante...), si se determina que tales daños han sido causados por un accidente nuclear ocurrido en esta instalación o debido a las sustancias nucleares procedentes de dicha instalación», incluyendo, como novedad, los daños acaecidos «en el transporte de las sustancias nucleares». El art. 7.2 de dicha Ley 12/2011, establece que para los transportes entre territorio español y el territorio de un Estado que no sea Parte del Convenio de París, el explotador de la instalación nuclear de origen o destino situada en territorio español será responsable «de los daños nucleares causados por aquellos accidentes nucleares que ocurran antes de que se hayan descargado del medio de transporte en el cual hayan llegado al territorio de dicho Estado que no sea Parte del Convenio de París o después de que se hayan cargado en el medio de transporte por el cual abandonen el territorio de dicho Estado que no sea Parte del Convenio de París, según sea el caso»; a diferencia de la legislación anterior, en la que «la responsabilidad quedaba circunscrita a los accidentes nucleares acaecidos en territorio español» (Mendoza Losana, 2023).

Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento se han señalado diversas acciones civiles protectoras del medioambiente (Nieto Alonso, 2017), tales como la *negatoria* (destinada a evitar que se cause el daño derivado de «las actividades que causan perturbaciones ilegítimas potencialmente dañinas del medio ambiente») y que no necesita probar daño alguno, sino únicamente que la inmisión sea intolerable, la *indemnizatoria* (en el seno de la responsabilidad extracontractual derivada del principio general de indemnidad ínsito en el art. 1902 del código civil y transitando entre criterios culpabilísticos y la responsabilidad por riesgo o de creación de peligro que se concreta en un daño cierto).

Hay que aclarar que la indemnización de los daños y perjuicios «no se encuentra entre las pretensiones de la acción negatoria por varias razones: i) no existe regulación de la acción negatoria en nuestro derecho civil, por lo que cualquier configuración de la misma ha de hacerse teniendo en cuenta las leyes, los principios generales y la jurisprudencia consolidada; ii) la acción negatoria tiene una naturaleza preventiva del daño, mientras que la acción de responsabilidad civil es eminentemente reparadora», distin-

guiendo perfectamente entre la acción de tutela preventiva pura ex art. 590 CC (donde no es preciso la prueba del daño) de la tutela reparadora, «indemnización de daños y perjuicios», basada en la producción de un daño en cosa ajena, sobre los presupuestos de los arts. 1902 y 1908 CC (Aviñó Belenguer, 2015, 201-202). Otras acciones civiles, también protectoras del medio ambiente (Nieto Alonso, 2017), son la de *responsabilidad civil contractual* (resolución contractual de alquiler por conductas prohibidas al inquilino, por ejemplo), e incluso las *acciones derivadas del condominio* dentro de la propiedad horizontal contra el copropietario que realice actividades nocivas o insalubres, molestas para los demás vecinos o el interdicto (actual *tutela sumaria* reconocida en la Ley de Enjuiciamiento Civil) «para la protección de un interés medioambiental» (privado), *acción negatoria* (o acción de cesación) con base en el art. 590 del código civil sobre la respuesta del ordenamiento «jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones» (Nieto Alonso, 2017). Esta doctrina reclama «una nueva normativa relativa al Derecho vecinal que se sitúe en el ámbito de la regulación de los Derechos reales y que aglutine los diferentes remedios de los que puede disponer el particular frente a agresiones dañosas; por ejemplo, tratando de encontrar un lugar para la regulación de las acciones negatoria, de prevención y de cesación de inmisiones; sin que las diferentes normas abocadas a un mismo fin aparezcan desperdigadas en diferentes capítulos e incluso libros del Código civil (piénsese por ejemplo, en el encaje sistemático del art. 590 y de los arts. 1902, 1903 y 1908 del Código civil), sin perjuicio de las remisiones pertinentes a principios generales como el de la buena fe o la interdicción del abuso del derecho» (Nieto Alonso, 2017).

Otra acción civil en este caso de naturaleza indemnizatoria pero enmarcada en la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro* (BOE núm. 250, de 17 de octubre) es la *acción directa* (Betancor Rodríguez, 2018, 157-167). En relación a la naturaleza civil de la acción directa (en un caso mediático, como fue el hundimiento del *Prestige*), se afirma que «el aseguramiento de la responsabilidad por daños ambientales tiene dos finalidades. La más inmediata es, propiamente, la de la cobertura de los riesgos derivados de una actividad singularmente peligrosa, desde el punto de vista ambiental. Esto significa que el operador, en terminología de la Ley de responsabilidad ambiental (Ley 26/2007), de la actividad peligrosa, traslada al asegurador, el riesgo de que el peligro se actualice ocasionando los daños correspondientes con la consiguiente obligación de su compensación y la pérdida patrimonial que supondría» (Betancor Rodríguez, 2018, 157-167), por lo que tendría una finalidad de reparación. La segunda, contribuye a la protección ambiental con una finalidad preventiva: «la empresa aseguradora, al asumir los riesgos de la actividad, contribuye, con su examen y control, a que se adopten las medidas adecuadas para su minoración o, en caso contrario, o no se produce el aseguramiento o la prima se incrementa para asumir el riesgo» y, por otro lado, «el abono de la prima, su cantidad, en función de los riesgos, contribuirá a que el asegurado adopte las medidas adecuadas de prevención. Tanto asegurador como asegurado trabajarán, necesariamente, para evitar que el daño se produzca» en una actividad (la del transporte marítimo de hidrocarburos) esencialmente peligrosa, por lo que «el aseguramiento es obligatorio» (Sierra Noguero, 2016). Sobre las particularidades del seguro en este ámbito, doctrina consolidada sostiene que los seguros de responsabilidad por

daños ambientales y los seguros de responsabilidad y saneamiento ambiental son uno de los «aspectos que hay que mejorar en la defensa del medio ambiente [...] puesto que el artículo 24 (*infra*) de la nueva Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental solamente se ocupa de las llamadas garantías financieras en relación a las actividades incluidas en el Anexo III» como antes incluso, a pesar de su posterior reforma a través de la Ley, de 3 de julio, de modificación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

Tal y como hemos señalado (y así se mantiene en la actual LRM), el ordenamiento español permite la concurrencia de diferentes acciones judiciales, incluyendo las civiles en materia protección del medio ambiente (Conde-Pumpido Tourón, 1998, 30-35). Algunas de estas acciones son, como hemos visto, la *negatoria* (destinada a evitar que se cause el daño derivado de «las actividades que causan perturbaciones ilegítimas potencialmente dañinas del medio ambiente») y que no necesita probar daño alguno, sino únicamente que la inmisión sea intolerable, la *indemnizatoria* (en el seno de la responsabilidad extracontractual derivada del principio general de indemnidad ínsito en el art. 1902 del código civil y transitando entre criterios culpabilísticos y la responsabilidad por riesgo o de creación de peligro que se concreta en un daño cierto), la de *responsabilidad civil contractual* (resolución contractual de alquiler por conductas prohibidas al inquilino, por ejemplo), e incluso las *acciones derivadas del condominio* dentro de la propiedad horizontal contra el copropietario que realice actividades nocivas o insalubres, molestas para los demás vecinos o el interdicto (actual tutela sumaria reconocida en la Ley de Enjuiciamiento Civil) «para la protección de un interés medioambiental» (privado), acción negatoria (o acción de cesación) con base en el art. 590 del código civil, como hemos expuesto.

Sin embargo, algunos autores (Nieto Alonso, 2017) sugieren la necesidad de «una nueva normativa relativa al Derecho vecinal que se sitúe en el ámbito de la regulación de los Derechos reales y que aglutine los diferentes remedios de los que puede disponer el particular frente a agresiones dañosas; por ejemplo, tratando de encontrar un lugar para la regulación de las acciones negatoria, de prevención y de cesación de inmisiones; sin que las diferentes normas abocadas a un mismo fin aparezcan desperdigadas en diferentes capítulos e incluso libros del Código civil (piénsese por ejemplo, en el encaje sistemático del art. 590 y de los arts. 1902, 1903 y 1908 del Código civil), sin perjuicio de las remisiones pertinentes a principios generales como el de la buena fe o la interdicción del abuso del derecho».

A menudo resulta complicado para la parte perjudicada demostrar la relación de causalidad entre la contaminación ambiental y los daños a su salud, especialmente en los casos en que la afectación a la salud se produce tras largo tiempo de exposición a la contaminación. Además, el daño al medio ambiente es «especialmente difuso» (Fernández Aparicio, 1999, 1100) debido a que sus efectos se extienden a generaciones futuras. «Ese carácter difuso da lugar a una evidente complejidad no solo en la individualización del nexo causal, sobre todo cuando los efectos negativos se manifiestan de forma progresiva y a largo plazo» (Fernández Aparicio, 1999, 1100); sino «entre los diversos perjuicios ocasionados por un mismo hecho generador» (Marques Sampaio, 2017, 167). Además de la dificultad que con frecuencia reviste la prueba de la existencia del daño «debido al *carácter colectivo o difuso*» de los recursos naturales cuando las lesiones se producen a bienes de uso común o de carácter inmaterial, se señalan otros



dos aspectos problemáticos que dificultan que las acciones de responsabilidad prosperen, como son, por un lado, «la prueba de *la relación de causalidad entre la acción u omisión ilícita y el daño causado*» y por otro, la insolvencia del agente responsable. En estos casos, «al igual que cuando se desconoce al causante del daño o no puede probarse la relación de causalidad», queda sin cobertura una eventual reparación del medioambiente, que, en la esfera internacional, ha propiciado la creación de «fondos de compensación» (Lozano Cutanda, 2008, 174-175) para hacer frente a estos daños, nutriéndose bien de los presupuestos públicos (como el fondo estatal de reparación de daños medioambientales, gestionado por el Ministerio de Medio Ambiente y dotado con recursos procedentes de los PPGG del Estado, a tenor del artículo 34 LRM), o bien financiándose «mediante las tasas o impuestos que pagan las industrias potencialmente contaminantes», reflejo más cercano al principio de «quien contamina paga» (Lozano Cutanda, 2008, 174-175).

En la STS 28 enero 2004<sup>1</sup>, se incide en la protección del medioambiente. De la que se afirma (FD 2º) que, proclamada en nuestra Constitución (art. 45.1 CE), se encuentra

regulada en numerosas normas administrativas y la responsabilidad civil se desprende de las arcaicas previsiones de los números 2º y 4º del artículo 1908 del Código civil que hablan de humos y emanaciones, pero cuya formulación se extiende a las inmisiones intolerables y a las agresiones al medio ambiente.

Esta última puede considerarse en abstracto, como protección al ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, y en concreto, como protección específica a derechos subjetivos patrimoniales.

El Tribunal Supremo refuerza esta tesis con la cita de numerosa jurisprudencia que parece centrarse exclusivamente en la protección civil de los derechos patrimoniales. Sin embargo, en nuestra opinión, nada obsta para que se protejan civilmente también derechos extra patrimoniales cuando son vulnerados a consecuencia de la contaminación<sup>2</sup>. Los efectos perjudiciales de la contaminación en la salud de las personas a

1. STS núm. 31/2004, de 28 de enero. Sala de lo Civil. Ponente Excm. Sra. María del Carmen ZABALEGUI MUÑOZ (Roj: STS 400/2004 - ECLI:ES:TS:2004:400).

2. N. B. El Tribunal Supremo parece considerar ajeno del Derecho Civil la protección del medioambiente como tal: «difícilmente puede serlo en el ámbito del Derecho civil» (dice). Sobre la protección específica a derechos subjetivos patrimoniales, «tiene –aunque no siempre se ha indicado explícitamente– una reiterada jurisprudencia civil: daños en fincas por emisión de sustancias contaminantes por una central térmica, sentencia de 12 de diciembre de 1980, que trata en general de la inmissio in alienum; daño en arbolado por el polvo contaminante emanado de fábrica de cemento, sentencia de 17 de marzo de 1981; lo mismo, en naranjos, por polvo industrial, sentencia de 14 de julio de 1982; daños en fincas por humos sulfurosos procedentes de una central térmica, en sentencia de 27 de octubre de 1983; muerte de ganado por beber en aguas contaminadas por vertido de sustancias tóxicas en un río, sentencia de 31 de enero de 1986; muerte de truchas en la piscifactoría por vertidos en un río, sentencia de 13 de julio de 1988; daños en fincas y cosas por emisión de polvo por hornos de cal, sentencia de 16 de enero de 1989. La sentencia, más reciente, de 7 de abril de 1997, que reitera la doctrina de la anterior de 24 de mayo de 1993, contempla la responsabilidad civil por daños causados en fincas colindantes por emanaciones tóxicas de una fábrica y dice literalmente: «el número segundo del artículo 1908 del Código Civil, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados ‘por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades’». Sin embargo, nada obsta a

veces se manifiestan tardíamente y también se dificulta su ejercicio efectivo porque estas acciones, casi siempre de responsabilidad civil extracontractual, no prosperan en demasiadas ocasiones, debido también a la alegación de prescripción por parte de la entidad contaminante (aun resultando efectivo el daño, probada la relación de causalidad y siendo solvente el responsable contaminante), cosa que no debería suceder si se tiene en cuenta que generalmente se trata de daños continuados, y, en todo caso, la acción no nace hasta el momento «que lo supo el agraviado», a tenor literal del art. 1968.2 CC *in fine*, puesto en concordancia con el art. 1969 CC<sup>3</sup>. Autoras de reconocida solvencia estiman la conveniencia de «unificar los plazos para el ejercicio de las correspondientes acciones y concretar el *dies a quo* para el cómputo del plazo» (Nieto Alonso, 2017, 1064).

En nuestra opinión, el plazo establecido para interponer estas acciones resulta demasiado breve, especialmente en situaciones en las que el daño a la salud se produce como resultado de los efectos retardados de la contaminación, particularmente en lo que respecta a la contaminación del suelo, una de las pocas situaciones que contempla expresamente la LRM, es decir, el concepto de daño medioambiental incluye además los riesgos significativos de que se produzcan efectos adversos sobre la salud humana (art. 2.1, apartado «d», LRM). El plazo general de acciones de los artículos 1968.2 y 1964.2 del código civil (en sede de responsabilidad civil extracontractual y contractual, de uno y cinco años, respectivamente) parece insuficiente y resulta exageradamente corto en comparación con el plazo de la responsabilidad medioambiental de treinta años, computados «desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño» (art. 4 LRM, párr. 2º).

En España, las bases de la protección medioambiental del suelo se encuentran en la legislación autonómica, enmarcada por la Ley del Suelo de 2007, y el posterior Texto refundido del año siguiente (actualmente superado por el *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*. BOE núm. 261, de 31 de octubre) que establecía «las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico», con carácter de mínimos autonómicos (Martínez Martínez, 2010, 47 y ss.).

Como hemos explicado, la propia LRM afirma ser compatible con la responsabilidad civil de quien contamina, en la indemnización de los daños a la salud de las personas que se deriven de la contaminación; aunque la deja fuera de su ámbito de aplicación. Por

---

que los daños personales (concretamente, a la salud, en tanto que daños cuantificables económicamente, no puedan ser objeto de tutela civil).

3. *Vid.* STS núm. 31/2004, de 28 de enero, que afirma (FD 4º): El *dies a quo*, conforme al artículo 1969, es el de *actio nata* y ésta no es viable hasta que se conocen los daños y en los que son continuados, no se computa desde la producción de cada uno de ellos. Las sentencias [...] de 24 de mayo de 1993 y 7 de abril de 1997 dicen: «Es consolidada doctrina de esta Sala (Sentencias de 12 de Diciembre de 1980, 12 de Febrero de 1981, 19 de Septiembre de 1986, 25 de Junio de 1990, 15 y 20 de Marzo y 24 de Mayo de 1993, entre otras) la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia («dies a quo») hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, como ocurre en el presente supuesto litigioso, en el que los daños en las respectivas fincas de los actores se han venido produciendo sucesiva e ininterrumpidamente desde el año ... hasta la fecha de interposición de la demanda iniciadora del proceso al que este recurso se refiere.»

tanto, reconocemos que la LRM perdió una oportunidad única de regular y garantizar en un mismo cuerpo legal la posibilidad de lograr una indemnización efectiva a las personas por los daños directos e indirectos en su salud producidos como consecuencia de la contaminación ambiental. Pensemos, por ejemplo, en la Ley de Expropiación Forzosa (*Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa*. BOE núm. 351, de 17 de diciembre): de la misma manera que en su art. 4 se impone la citación «preceptiva» en el expediente de expropiación de ciertos titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos» que consten en los diferentes registros públicos; hubiera sido también deseable que se impusiera la misma obligación a la autoridad administrativa responsable de la tramitación de los expedientes iniciados por daño medioambiental. En nuestra opinión, la LRM perdió también una buena oportunidad para facilitar las acciones indemnizatorias de los particulares perjudicados por el daño medioambiental.

Cierto es que el mandato constitucional (art. 45.2 CE) se dirige a los poderes públicos, los cuales, apoyándose en la solidaridad colectiva, «velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente» pero no menos cierto es que, acto seguido, el art. 45.3 CE deja en manos del legislador (en los términos que la ley fije, dice) «la obligación de reparar el daño causado» para quienes violen el uso racional de los recursos naturales, afectando a el medio ambiente y con ello, la calidad de vida de las personas. Parte de la doctrina no entiende porqué se optó por una responsabilidad «sin responsabilidad» y se pregunta si no hubiera sido interesante «potenciar los instrumentos propios [...] de (la) responsabilidad civil clásica [...] para adecuarlos a las peculiaridades del daño ambiental» o, por otra parte, dar cabida a acciones colectivas, presentes en la LEC (y añadimos nosotros, en el propio TRLGDCU) que facilitaran una respuesta para que el perjudicado que sufre en su patrimonio o en su persona una lesión, pueda ser indemnizado.

Por otra parte, existe cierto paralelismo entre nuestro ordenamiento (y la protección europea del medio ambiente) con el derecho norteamericano, en el que la ley federal permite que un Estado «pueda imponer normas más estrictas en la defensa del medio ambiente que las existentes en el resto del país»; de forma similar a las directivas comunitarias donde «el único requisito imperativo es que se haya cumplido con los niveles mínimos nacionales previstos a tales efectos» (Viguri Perea, 2009, 369). Así, de la misma manera que el art. 6 LRM establece la compatibilidad de la responsabilidad medioambiental «con las penas o sanciones administrativas» que puedan aplicarse, habría sido deseable que también se hubieran establecido expresamente en la LRM reglas claras y específicas en los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con responsabilidad civil, sobre todo teniendo en cuenta que la Directiva de 2004,, como todas las demás, tiene carácter de mínimos y, aunque no concede a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos, esta limitación se establece «sin perjuicio de la legislación nacional pertinente» (art. 3.3, Directiva 2004/35/CE).

Como veremos en el siguiente apartado, desde la perspectiva de los ODS, centrados en las personas y la Agenda 2030, no estaría de más dedicarle una mirada a estos temas.

Definitivamente, creemos, es necesario una relectura de la LRM desde un punto de vista más antropocéntrico porque, no en balde, cuidar de las personas y pagar los daños tiene un «efecto mariposa» frente al responsable de la contaminación. Efecto mucho más potente que la mera carga administrativa de cumplir con unas exigencias destinadas a la prevención mediante los estudios ambientales y a una descontaminación efectiva o indemnización más que a reparar el daño a los perjudicados directos.

## II. LA SALUD Y EL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El derecho a la integridad física y moral, positivizado a través de su reconocimiento como derecho fundamental, junto a la vida, en el art. 15 CE, se conecta con el art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Ordás Alonso, 2017, 53). Nuestra Carta Magna dispone un mandato a los poderes públicos para su defensa, a través del art. 43 CE, que garantiza el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, así como la obligación de los poderes públicos de tomar medidas para proteger la salud pública y proporcionar los servicios necesarios para lograr este objetivo. Por su parte, el art. 45 CE reconoce el deber de los poderes públicos de garantizar la preservación del medio ambiente, al tiempo que señala (45.1 CE) que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Los artículos 43 CE y 45 CE se refieren a derechos fundamentales relacionados respectivamente con la protección de la salud y el medio ambiente y establecen la responsabilidad de los poderes públicos en su protección y conservación. Esta formulación constitucional sitúa ambos derechos entre los principios rectores de la política social y económica del Estado, por lo que no se trata de derechos que puedan invocarse directamente por los particulares, en nuestra opinión, en línea con la opinión de otros autores (Aviñó Belguier, 2015, 35) aunque según otros, se trataría de principios informadores dotados de cierta «fuerza vinculante» a la hora de interpretar las normas (Beltrán Aguirre, 1994, 286). De hecho, algunos autores sostienen que el derecho a la protección de la salud consagrado en el art. 43 CE tiene una configuración constitucional análoga al derecho al medioambiente del art. 45 CE, como «derecho prestacional, una norma de acción dirigida a los poderes públicos que supone una acción positiva del Estado como medio para llevar a la práctica una serie de derechos y conquistas sociales que van más allá del propio ámbito de los derechos subjetivos y personales» (Delgado Piqueras, 1993, 53). La relación entre el medio ambiente y la salud «queda claramente puesta de manifiesto en el art. 191.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>4</sup> (TFUE) al establecer que la política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar, entre otros, la protección de la salud de las personas» (Ordás Alonso, 2017, 58).

En nuestra opinión, la exigencia constitucional de una protección del medioambiente por parte de los poderes públicos es compatible con su protección por parte del derecho privado común. Concretamente bajo los postulados del derecho civil «constitucionalizado». Esto es así porque parece haber existido un «desarrollo y pujanza de numerosos ámbitos y relaciones jurídicas con repercusión civil que tradicionalmente habían tenido escasa consideración (el llamado Derecho de consumo, la responsabilidad civil extracontractual, algunos aspectos del régimen jurídico de la vivienda o del

Derecho urbanístico y medioambiental, etc.)», donde el legislador ha tenido un papel primordial en la articulación interna de la relación entre la CE y el derecho civil, en la que debe imperar el respeto a la constitucionalidad del mismo en la interpretación «(o reinterpretación constitucional)» de ciertos preceptos legales conjurando el peligro de «socavar larvadamente el sistema» (Gutiérrez Santiago, 2011, pp. 49-86). Sin embargo, como hemos ido sosteniendo, la responsabilidad medioambiental tiene en España un marcado carácter de derecho público. Dicho carácter se percibe a través de las disposiciones de la LRM, quizás influenciada por ideas políticas socialdemócratas de nuestro entorno.

Prácticamente todos los textos constitucionales contienen algún tipo de previsión ambiental. «Ninguno admite, sin embargo, un auténtico derecho individual al medio ambiente como tal, esto es, un poder inmediatamente invocable para proteger el entorno natural», lo cual afirma ser «algo comprensible», teniendo en cuenta que el medioambiente se trata de un bien colectivo generalmente, cuya protección debe abarcarse «desde un *status procuratoris*, categoría que no se corresponde con el reconocimiento de un derecho individual» (Simón Yarza, 2012, 178-179). Nuestra Constitución «fue una de las primeras del mundo en reflejar la preocupación social por la tutela del medio ambiente», siguiendo el modelo de la Constitución portuguesa de 1976 (López Ramón, 2015, 2) y se propone una interpretación del *derecho al medio ambiente* como derecho subjetivo de goce o disfrute (y, por tanto, susceptible de tutela judicial), puesto en conexión con «la comprensión de la necesidad de que los elementos ambientales sean explotados, aunque conforme a los principios de ‘utilización racional de todos los recursos naturales’ y de ‘indispensable solidaridad colectiva’ (artículo 45.2 de la Constitución)» (López Ramón, 2015, 9). El texto constitucional promueve las sanciones pertinentes «en los términos que la ley fije» (45.3 CE), «así como la obligación de reparar el daño causado» para quienes violen la protección del medioambiente que dispensa el artículo 45.2 CE, el cual insta a los poderes públicos a velar por el uso racional de todos los recursos naturales, con el fin de «proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente». La «obligación de reparar», por tanto, se corresponde con un mandato constitucional dirigido al legislador; de manera que este debe fijar legalmente los términos en los que se pueda hacerse efectiva dicha obligación. La LRM obliga a pagar a quien contamina el medioambiente. Es decir, establece la obligación de correr con los gastos de regeneración del equilibrio ambiental de quien lo ha roto, si bien no excluye los mecanismos habituales de reparación establecidos en el ordenamiento cuando se afecten bienes y derechos de las personas, incluidos daños a la salud como consecuencia de la contaminación del medioambiente y, a tenor literal del art. 5.1 LRM,

no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental.

Por lo tanto, salvo en el caso de que el daño a las personas provenga de la contaminación del suelo, la LRM excluye de su ámbito los daños a particulares, es decir, la reparación del daño a la salud como consecuencia de la alteración del medioambiente «por

lesiones causadas a las personas». (La exclusión afecta también a las pretensiones de reparación de los daños causados a la propiedad privada, las acciones indemnizatorias por pérdidas económicas o el ejercicio de derechos relativos a este tipo de daños que los particulares puedan ejercitar frente a los responsables, acciones que «se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación»).

Pero esto no significa, en nuestra opinión, que no pueda acudir al instituto de la responsabilidad civil extracontractual (ex art. 1902 CC), si lo que se trata es reparar daños, en general, y particularmente a los artículos relativos al derecho de inmisiones (art. 590 y 1908 CC). Un eventual daño a las personas, sea patrimonial o extrapatrimonial, como consecuencia de la contaminación podrá ser indemnizado conforme a las reglas generales, que, por regla general, una acción de responsabilidad civil por contaminación «se fundamenta en el artículo 1902 Cc cuando los daños son ocasionados por culpa o negligencia, lo que encuentra un acoplamiento más difícil en la responsabilidad por inmisiones en sentido estricto». Así, «se aplica el artículo 1902 Cc cuando se insta el resarcimiento por daño derivado de la lesión de un bien, salud, o derechos de la personalidad [...] en lugar del 1908 Cc», específico para las inmisiones, abandonando su «aplicación exclusiva» debido a «la dificultad práctica que presentan a la hora de solucionar problemas medioambientales».

En definitiva, el derecho a la salud y el derecho a una calidad de vida son principios rectores constitucionales del ordenamiento, los cuales, a su vez, constituyen un mandato al legislador. En el tema que nos ocupa, ambos principios tienen defensa Código Civil en mano y, ya promulgada hace muchos años la LRM, no estaría de más una relectura de la misma desde el derecho civil, motivo de este trabajo.

### III. EL DERECHO MEDIOAMBIENTAL Y LA AGENDA 2030

Entendemos que el derecho medioambiental en conexión con la protección de la salud debería tender a reducir la exposición a riesgos ambientales como la contaminación del aire, del agua o del suelo que pudieran dañar la salud de las personas, a través de normas para garantizar un medioambiente seguro y saludable de forma sostenible y en este sentido, la LRM perdió una oportunidad única para dotar de un marco coherente a esta protección.

El desarrollo sostenible se define como «aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las futuras generaciones para satisfacer las propias» (López Ramón, 2015, 9), definición que toma del «Informe Brundtland»<sup>4</sup>, advirtiéndole que dicho término «es insuficiente si se entiende desde la perspectiva «contaminador-pagador», pues puede convertirse en excusa para que el que tenga más posibilidades económicas contamine» (Aviñó Belenguer, 2015, 35), proponiéndolo como un principio preventivo por el incentivo que el pago de los costes de reparación del daño provocado pueda tener para el eventual contaminador, con los consiguientes esfuerzos

4. BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987). *Our common Future*, Oxford, Oxford University Press. (Trad. en castellano en 1988 como *Nuestro futuro común*, Madrid, Alianza Ed.)

para la evitación del daño. y se caracteriza por un medio ambiente adecuado, como «justo equilibrio entre protección del medio ambiente y desarrollo económico».

La conexión entre el derecho al medioambiente y el derecho a la protección de la salud alcanza máxima actualidad con el reconocimiento internacional reciente del «acceso a un medio ambiente limpio y sostenible» como derecho humano universal (ONU, 2022), el cual venía gestándose desde antes, con la concreción de unos «Principios Marco sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente», aprobados en 2018 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Nox y Del Viso, 2018). Sin embargo, el reconocimiento adoptado por la Asamblea General de la ONU del acceso a un medio ambiente limpio y sostenible como derecho humano universal parece más político que jurídico, pues la propia Resolución señala que la promoción de este derecho «requiere la plena implementación de acuerdos ambientales multilaterales bajo los principios del derecho ambiental internacional» (ONU, 2022) y reconoce que está relacionado con otros derechos y el derecho internacional existente.

El problema reside en que los efectos de la contaminación sobre la salud, es decir, cuando la contaminación provoca enfermedad, suelen ser a largo plazo, y los mecanismos legales para lograr una indemnización en nuestro país pierden efectividad por los motivos expuestos. Si tenemos en cuenta que los Objetivos de Desarrollo Sostenible<sup>5</sup> (en adelante, ODS) definidos en la Agenda 2030, tienen a las personas como protagonistas, entendemos que merece la pena incidir en este aspecto si no solo deseamos una seguridad jurídica para los posibles damnificados de los efectos tardíos de la contaminación, sino una efectiva regulación de la responsabilidad ambiental.

#### IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Hay autores que defienden una reforma del Código Civil que incluya un «derecho de vecindad» (Nieto Alonso, 2017) que desarrolle con mayor profundidad el problema de las inmisiones «medioambientales», radicado «en el Libro correspondiente a los Derechos reales», proponiendo, básicamente, incluir en el Código Civil dos preceptos de naturaleza bien diferente: uno de naturaleza permisiva que disciplinase «las inmisiones lícitas o tolerables, consecuencia del uso normal de los inmuebles, que, al resultar inocuas o causar perjuicios no sustanciales, deben permitirse», y otro dedicado a «las inmisiones ilícitas, actividades [incluso, actitudes] persistentes, que causen daño, a las personas y a las propiedades, en general». También se argumenta, en relación a estas últimas, lo deseable de instrumentalizar «las acciones colectivas», tipo *class actions* americanas, «bien por medio de grupos perfectamente determinados o determinables, bien a través de asociaciones de vecinos; paralelamente, debería articularse la posibilidad de la responsabilidad colectiva de grupos o agrupaciones (por ejemplo, de empresas o de personas jurídicas), causantes de daños «medioambientales»» (Nieto Alonso, 2017, 1063-1065). En el mismo sentido, otros autores defienden que las acciones de clase o de defensa de intereses colectivos pueden ser de gran utilidad [...], facilitan el acceso a la justicia de los grupos afectados por daños medioambientales, velando por la economía, la rapidez procesal, y la segu-

5. ONU (2023). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Edición Especial*. [En línea] <https://n9.cl/0jnr1>

ridad del tráfico jurídico, puesto que impiden la existencia de sentencias contradictorias» (Viguri Perea, 2009, 370). Sin embargo, «el derecho ambiental necesita un procedimiento especial –hermético– para blindar su adecuada instrumentación» que permita conjugar la justicia ambiental con un procedimiento ambiental «accesible, flexible, acorde al derecho tutelado, sin preclusión de términos, obligando al juzgador a suplir defectos de forma y fondo [...] siempre en aras de preservar el bien público [...] con la finalidad de no permitir que por cuestiones procesales se exima al responsable de cumplir con la obligación de reparar el daño ocasionado» (Revueña Vaquero y Verduzco Moreno, 2012, 107).

Este modelo presenta oportunidades de mejora en su enfoque actual, a pesar de que, insistimos, no restringe la posibilidad de compensar los daños (a la salud, patrimoniales o morales de las personas) particulares que hayan sido causados por la contaminación del medio ambiente.

Si el derecho ambiental adolece de falta de eficacia real, como se ha observado en muchos países, debería orientarse hacia «mecanismos que garanticen la efectiva aplicación del mismo» (Jordano Fraga, 2012, 139), pensamos que sería recomendable un procedimiento tuitivo similar al régimen de protección de los consumidores y usuarios o las acciones colectivas reconocidas en la LEC, como defienden, entre otros, Llamas Pombo (2010) o Nieto Alonso (2017), dadas las características de la responsabilidad civil derivada de daños medioambientales que causen además daños a particulares.

En nuestra opinión, debería cambiar el foco de la regulación, ya que además de gestionar la protección de los recursos naturales, previniendo la contaminación y preservando la biodiversidad con la imposición de prácticas sostenibles en diferentes industrias, debería enfocarse hacia una responsabilidad civil de «quien contamina» derivada del efectivo daño provocado, sea patrimonial o personal con daño a la salud, como consecuencia de dicha contaminación. Desde luego que es importante la gestión de residuos, la prevención de derrames tóxicos y el uso de energías limpias; pero más importante aún es garantizar la indemnización de las personas que sufren daños directos e indirectos por contaminación. Además, existen efectos como el cambio climático que «afecta a la salud ambiental, animal y –directa e indirectamente– a la humana» (Fernández Marín, Ronquillo Muñoz y Cuerdo Vilches, 2023, 56); también relacionados con la contaminación y son origen de desastres, tributarios del estudio del bioderecho y la protección de los derechos humanos.

Una investigación centrada particularmente en el Acuerdo de París de 2015 (ratificado por España mediante el *Instrumento de ratificación del Acuerdo de París, hecho en París el 12 de diciembre de 2015*. BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2017), afirma que «los problemas relacionados con el cambio climático, el medio ambiente y las catástrofes» se pueden considerar «una amenaza para el ser humano» debido a las «situaciones de crisis» que provocan (Bautista-Hernández, 2018, 187). Concretamente, afirma

Climate change could be considered as a factor that intensifies disaster-related problems outstanding natural phenomena like droughts, floods, etc. [...] One of the progress achieved with the Agreement is the adoption of legally-binding text concerning climatechange obligatios for States. This moves forward the strengthening of a binding formula instead of a general pedge written down on a conference outcome



is worthy of praise. With Paris agreement, climate change framework enlarges on rules and renews its goals. (212-213)<sup>6</sup>

Se podría afirmar que el derecho a la calidad de vida positivado se convierte en una garantía del derecho humano a un medioambiente saludable, donde el derecho medioambiental destaca como una disciplina autónoma pero que, en nuestra opinión, guarda una íntima relación con el derecho civil, crucial para abordar la protección del medio ambiente desde una perspectiva legal. Es en el ámbito del derecho civil donde se establecen las bases para determinar la responsabilidad por daños ambientales y la reparación de los mismos, protegiendo indirectamente bienes jurídicos relacionados con el medio ambiente.

Como conclusión de este trabajo, se propone una relectura de la ley 26/2007 en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030, enfocándose en los derechos humanos y proponiendo reformas específicas en el derecho privado para una mayor protección del medio ambiente con tres aspectos principales para dicha reforma legislativa: la redefinición del derecho de vecindad, proponiendo una clarificación de plazos de prescripción de acciones indemnizatorias de daños a particulares como consecuencia de daño ambiental y la articulación del ejercicio de acciones colectivas en casos de daños ambientales que afecten bienes y derechos de los particulares, junto con diversos mecanismos mediante los cuales el derecho privado puede proteger el medio ambiente, incluyendo acciones de cesación, indemnización, y la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal, en conexión con el derecho al medio ambiente saludable, junto con la aplicación con toda su virtualidad de los artículos 590 CC y 1908 CC en casos de daños a particulares, como consecuencia de daños ambientales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AUGER LIÑAN, Clemente (1988). Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental, *Poder Judicial*, núm. Esp. 4, pp. 111-123.
- AVIÑÓ BELENGUER, David (2015). *Prevención y reparación de los daños civiles por contaminación industrial*, Aranzadi.
- BAUTISTA-HERNÁEZ, Andrés (2018). Climate Change and Disasters: the 2015 Paris Agreement legal standards applicable to disaster prevention. En Torres Cazorla, María Isabel y Sánchez Patrón, José Manuel (Coords.) *Bioderecho Internacional. Derechos humanos, salud pública y medio ambiente*. Tirant lo Blanch, pp. 187-214.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (1994). El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, 134, pp. 281-298.

---

6. [Trad. El cambio climático podría considerarse como un factor que intensifica los problemas relacionados con desastres, destacando fenómenos naturales como sequías, inundaciones, etc. [...]. Uno de los avances logrados con el Acuerdo es la adopción de un texto jurídicamente vinculante sobre las obligaciones de los Estados en materia de cambio climático. Esto supone un paso adelante y es digno de elogio el fortalecimiento de una fórmula vinculante en lugar de una promesa general escrita sobre el resultado de una conferencia. Con el acuerdo de París, el marco sobre cambio climático amplía sus reglas y renueva sus objetivos].

- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2018). *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*. Agencia Estatal BOE.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem (1987). *Nuestro futuro común*, Alianza Ed.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, Cándido (1989). Protección civil del medio ambiente. *Jueces para la democracia*, 8, pp. 30-35.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1993). Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13 (38), pp. 49-79.
- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel (1999). La problemática de la tutela civil en materia ambiental. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1844, pp. 1091-1128.
- FERNÁNDEZ MARÍN, Silvia, RONQUILLO MUÑOZ, Laura, CUERDO VILCHES, María Teresa (2023). El impacto del cambio climático en la salud: una aproximación desde el contexto urbano con enfoque One Health. *Rev. Salud ambient.* 23 (1), pp. 56-65.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut (2012). La responsabilidad civil por daños al medio ambiente. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLV, pp. 177-192.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel Ángel (2015). Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental [BOE n.º 83, de 7-IV-2015]. Responsabilidad Medioambiental. *Ars Iuris Salmanticensis*, 3, pp. 180-183.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis (2006). La responsabilidad medioambiental en la unión europea: la directiva 2004/35/ce. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 11, pp. 1-11. ([www.reei.org](http://www.reei.org)).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2011). La constitucionalización del Derecho Civil. *Estud. Derecho*, Vol. 68, núm. 151, pp. 49-86.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2006). Responsabilidad por daños al medio ambiente. En *Derecho del medio ambiente y administración local* (Coord. por José ESTEVE PARDO), Fund. Democracia y Gobierno Local, pp. 427-460.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2012). El futuro del derecho ambiental. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 23, pp. 117-146.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2015). El medio ambiente en la Constitución Española. *Ambienta*, 113, pp. 2-9.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2008). Nuevas perspectivas en materia de responsabilidad ambiental en la Unión Europea (Directiva 2004/35/CE), en *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*, 134. Consejo General del Poder Judicial, pp. 165-195.
- LOZANO CUTANDA, Blanca y Poveda Gómez, Pedro (2015). La reducción de las actividades a las que se exige garantía financiera obligatoria en el sistema de responsabilidad medioambiental (Real Decreto 183/2015). *Actualidad Jurídica Ambiental*, 25 abril. 6 pp. [En línea]. Disponible en <https://n9.cl/6cziu>
- LLAMAS POMBO, Eugenio (2010). Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones. La Ley.
- LLODRÀ GRIMALT, Francesca (2008). *Lecciones de Derecho ambiental civil*, Universitat de les Illes Balears.
- MARQUES SAMPAIO, Francisco José (2017). *Evolución de la responsabilidad civil y reparación de daños ambientales*. Bosch editor.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim (2007). Ley de responsabilidad medioambiental «quien contamina paga» pero «quien la sufre no cobra», *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, núm. 6830, de 18 de octubre.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2010). *Medio ambiente y uso del suelo protegido. Régimen jurídico civil, penal y administrativo*, Iustel.

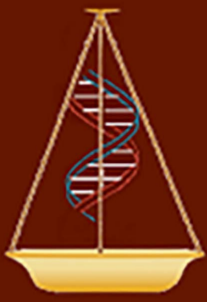
- MEDINA PEÑA, Rolando, AGUIRRE LEÓN, Gabriela y SARANGO ALCÍVAR, Juan (2017). La responsabilidad civil en la prevención del medio ambiente y sus ecosistemas: una mirada desde el Derecho privado. *Revista Universidad y Sociedad*, 9 (1), pp. 173-177.
- MENDOZA LOSANA (2023). Novedades en el régimen de responsabilidad civil por daños nucleares. Gómez-Acebo y Pombo, mayo, 6 pp. En línea, [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2023/05/Ley\\_11\\_2023\\_danos\\_nucleares.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2023/05/Ley_11_2023_danos_nucleares.pdf)
- NIETO ALONSO, Antonia (2017). Derecho de vecindad: la tutela del Derecho civil frente a inmisiones «medioambientales» ilícitas. *ADC*, tomo 70, fasc. III, pp. 959-1071.
- NOX, John y DEL VISO, Nuria, Trad. (2018). Principios marco sobre derechos humanos y medio ambiente. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 142, pp. 83-89.
- ONU (2023). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Edición Especial*. [En línea] <https://n9.cl/0jnr1>.
- ONU (2022). *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*. Resolución Asamblea General A/RES/76/300, de 28 de julio de 2022 (Pleno). [En línea] <https://n9.cl/1af0j>.
- ORDÁS ALONSO, Marta (2017). Ruidos, salud, medio ambiente, intimidad e inviolabilidad del domicilio. En *Derecho Privado y Constitución*, 31, pp. 53-19.
- PAREJO ALONSO, Luciano (2015). Cambio climático, riesgo global, innovación y Derecho. En *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático* (Coord. por Luciano PAREJO ALONSO), Tirant lo Blanch, pp. 15-54.
- REVUELTA VAQUERO, Benjamín y VERDUZCO MORENO, Claudia Alejandra (2012). El derecho ambiental y su naturaleza jurídica. *De Iure*, Tercera Época, Año 11, 8, pp. 84-109.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo (2016). *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques. Especial referencia a los seguros obligatorios*. Fundación MAPFRE.
- SIMÓN YARZA, Fernando (2012). El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, pp. 153-179.
- SUSTEIN, Cass R. (2006). *Riesgo y razón. Seguridad, ley y medio ambiente*, Katz.
- VIGURI PEREA, Agustín (2009). *Globalización y defensa del medio ambiente en el derecho privado: aplicación del principio «quien contamina paga» y régimen de responsabilidad civil objetiva: Derecho español, europeo, norteamericano y japonés*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- ZABALLOS ZURILLA, M. (2023). El Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: aspectos clave. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (46), pp. 68-86. [https://doi.org/10.18239/RCDC\\_2023.46.3336](https://doi.org/10.18239/RCDC_2023.46.3336)

## Jurisprudencia citada

- STS núm. 390/1980, de 12 diciembre. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. Jaime De Castro García (Roj: STS 5079/1980 - ECLI:ES:TS:1980:5079).
- STS núm. 70/2001, de 2 de febrero. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerada Gómez (Roj: STS 646/2001 - ECLI:ES:TS:2001:646).
- STS núm. 31/2004, de 28 de enero. Sala de lo Civil. Ponente Excmo. Sra. María del Carmen Zabalegui Muñoz (Roj: STS 400/2004 - ECLI:ES:TS:2004:400).
- STS núm. 568/2008 de 12 de junio. Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán (Roj: STS 2906/2008 - ECLI:ES:TS:2008:2906).
- STS núm. 793/2010, de 26 de noviembre. Sala de lo Civil. Ponente: Excmo. Sra. María Encarnación Roca Trías (Roj: STS 6121/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6121).

## Normativa medioambiental

- Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DOUE núm. 143, de 30 de abril).
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2007)
- Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (BOE núm. 296, de noviembre)
- Ley 11/2014, de 3 de julio, por la que se modifica la ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 162, de 4 de julio)
- Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (BOE núm. 85, de 9 de abril)
- Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (BOE núm. 110, de 9 de mayo).
- Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (BOE núm. 316, de 31 de diciembre)
- Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 308, de 23 de diciembre)
- Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 83, de 7 de abril)
- Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental (BOE núm. 219, de 12 de septiembre)
- Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, por la que se establece el orden de prioridad y el calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales a partir de las cuales será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria, previstas en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 154, de 29 de junio)
- Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre, por la que se establece la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de Responsabilidad Medioambiental, clasificadas como nivel de prioridad 1 y 2, mediante Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, y por la que se modifica su anexo (BOE núm. 263, de 30 de octubre)



## Los biobancos, las nuevas tecnologías, y los desafíos del presente y del futuro\*

BIOBANKS, NEW TECHNOLOGIES AND THE CHALLENGES  
OF THE PRESENT AND THE FUTURE

**Simona Fanni**

Università di Cagliari

[simona.fanni@outlook.it](mailto:simona.fanni@outlook.it)  0000-0001-6865-6530

Recibido: 15 de abril de 2024 | Aceptado: 30 de mayo de 2024

### RESUMEN

El presente estudio se enfoca en la dimensión de los biobancos, en cuanto protagonistas de la dimensión de la investigación científica y, en particular, biomédica. En esta óptica, se aborda el tema de la corporalidad informativamente proyectada, que los datos genéticos y de salud almacenados en los biobancos encarnan, a la búsqueda de un *Habeas Data* capaz de proporcionar repuestas efectivas y una protección adecuada en la era digital y algorítmica. Desde este punto de vista, se analiza el escenario multifacético, innovador y prometededor marco normativo de la Unión Europea, que actualmente lidera el panorama global en la esfera de la protección de los datos, de la inteligencia artificial y de la creación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios. Conclusivamente, se sugiere que justamente el marco normativo de la Unión Europea puede representar un válido modelo universal para la gobernanza de los biobancos.

### ABSTRACT

This study focuses on biobanks and their crucial role in the field of scientific and, in particular, biomedical research. From this perspective, it tackles the issue of informationally projected corporality, which «embodies» the genetic and health data stored in biobanks, for the purpose of defining a modern *Habeas Data*, capable of providing effective responses and an adequate protection in the digital and algorithmic era. From this viewpoint, the innovative legal landscape

### PALABRAS CLAVE

Biobancos  
Corporalidad informativamente  
proyectada  
Investigación científica y  
biomédica  
Inteligencia Artificial  
Espacio Europeo de Datos  
Sanitarios

### KEYWORDS

Biobanks  
Informationally projected  
corporality  
Scientific and biomedical research  
Artificial Intelligence  
European Health Data Space

\* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto PID2021- 122143NB-I00: «Medio ambiente, seguridad y salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI (MESESA)». Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación/AEI/10.130.39/501100011033/FEDER/UE.

of the European Union is analysed, placing emphasis on its global leadership in the fields of data protection, artificial intelligence and the creation of the European Health Data Space. Conclusively, this study suggests that the legal framework of the European Union may provide a valuable model for the definition of global governance for biobanks.

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 2009, la renombrada revista «Time» definió los biobancos como una de las diez invenciones capaces de cambiar el mundo (Parks, 2009). Quince años después, se puede afirmar que esta visión fue profética en su día, y consiguió captar el espíritu y la poderosa promesa que los biobancos encarnan, para la ciencia y para el ser humano.

En efecto, los biobancos han demostrado su capacidad de evolucionarse, de aceptar el desafío del tiempo y de las tecnologías, transformándose y adaptándose. A partir de su limitada dimensión inicial, cuando se configuraban, en su versión embrionaria, como colecciones de tejidos y células que surgían de la práctica médica y quirúrgica, se han convertido en verdaderas protagonistas del desarrollo de soluciones y enfoques diagnósticos y terapéuticos avanzados y novedosos.

En este sentido, los biobancos se han destacado de forma particular en el marco de la pandemia de COVID-19, convirtiéndose en ese crítico momento en auténticos «game-changers» que almacenaban y contribuían a la circulación de materiales biológicos y datos cruciales para la salud pública y global.

La importancia actual de los biobancos es innegable: desempeñan un papel fundamental para el progreso científico, especialmente biomédico, por fomentar los avances de áreas tan innovadoras como la medicina personalizada, la farmacogenómica o farmacogenética, y la producción de terapias celulares y terapias avanzadas.

Sin embargo, los retos que se vislumbran son complejos, a veces contradictorios, y sólo una apropiada gobernanza y regulación internacional puede fomentar soluciones coherentes y compartidas.

Ante todo, los biobancos siguen enfrentándose con el primordial desafío definitorio que, de manera elocuente, Matteo Macilotti ha llamado el «rebus definitorio», puesto que, actualmente, aún falta una definición compartida de «biobanco».

Además, las nuevas tecnologías vienen afectando de forma cada vez más profunda la esencia ontológica de los biobancos, sobre todo por transformar la propia corporalidad, que constituye el núcleo de los biobancos. Desde este punto de vista, la dicotomía entre el cuerpo humano «materialmente fragmentado», en la forma de muestras biológicas, y el cuerpo «informativamente proyectado», a través de los datos, viene fortaleciéndose, y caracterizando el debate sobre la evolución de la propia gobernanza de los biobancos y de los derechos de los donantes. A este respecto, la imparable evolución digital y el creciente protagonismo de la inteligencia artificial, que consiente procesar de forma inédita los *Big Data*, constituyen factores de primaria importancia en la afirmación de esta transformación de la corporalidad y de la propia identidad de los biobancos que, según se sugiere desde la doctrina, se convierten progresivamente en «integrated computational databanks» (Frascarelli *et al.*, 2023).

En esta dimensión los retos para el derecho se multiplican, desvelan la no idoneidad de algunos paradigmas actuales e impulsan una adaptación del marco jurídico. Además, se trata de retos que los Estados no pueden enfrentar separadamente, puesto que la globalización de la ciencia viene desdibujando las fronteras políticas, normativas y tecnológicas, y exige una creciente cooperación y circulación concertada internacionalmente.

A pesar del papel crucial y estratégico de los biobancos, el derecho *lags behind science* (García San José, 2013, 99-100). Si bien no faltan herramientas útiles para la definición de un marco normativo, el retraso del derecho internacional en la adopción de respuestas específicas es evidente. A nivel regional, cabe destacar que la Unión Europea (UE) viene liderando la dimensión –global– de la inteligencia artificial, a través de la Ley de Inteligencia Artificial, y viene promoviendo la creación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios. Sin embargo, las referencias a los biobancos aún son limitadas en este escenario, y la visión contemplada en los *Draft Compromise Amendments*, adoptados en el mes de noviembre de 2023 y actualizados a través del reciente *Political Agreement* del mes de marzo de 2024, contiene algunas interesantes pero limitadas disposiciones en este ámbito.

A la luz del escenario descrito, el presente estudio tiene como objetivo analizar la dimensión de los biobancos frente a los desafíos planteados por las nuevas tecnologías, haciendo especial hincapié en los retos de la era digital y algorítmica, que se relacionan particularmente con la protección de la corporalidad informativamente proyectada y la inteligencia artificial. El hilo de narración que se adopta es justamente el lenguaje de la corporalidad material, sobre todo fragmentada, y de la corporalidad informativamente proyectada, un dualismo que marca la transformación de las fronteras y de las limitaciones del cuerpo humano en su interacción con la ciencia y las nuevas tecnologías. La perspectiva normativa adoptada es principalmente la óptica del derecho de la UE, sin pasar por alto el derecho internacional, sobre todo la protección de los derechos humanos y algunas herramientas de *soft law* en el campo de la bioética.

A este fin, la sección 2 reconstruye y analiza el actual escenario normativo, enfocándose en la transformación de la corporalidad y procurando definir su estatuto. En esta óptica, se hace hincapié en la esfera de los derechos humanos y la transformación del régimen original basado en la privacidad, entendida como *ius excludendi*, hacia la afirmación de la autodeterminación informativa.

A la luz de este análisis, la sección 3 explora el fenómeno de la desmaterialización de la corporalidad y los riesgos que conlleva. Posteriormente, la sección 4 analiza los avances normativos y se enfoca más detenidamente en el marco de la UE, que podría representar un modelo adecuado para definir un cuadro y un régimen global para los biobancos, a través de la inspiración que se puede traer de una herramienta destacada como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), también en virtud de su interacción con instrumentos novedosos tales como la Propuesta de Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios y, en cierta óptica, de la Ley de Inteligencia Artificial, formulando algunas ideas críticas.

Finalmente, en la sección 5, se formulan algunas consideraciones conclusivas, según un enfoque propositivo.

La metodología adoptada se ha centrado en el estudio de las fuentes normativas relevantes, identificándolas en el panorama del derecho internacional y del derecho del UE. Además, se ha analizado el escenario doctrinal relevante en español, en inglés y en italiano, lo cual ha sido valioso para desarrollar una perspectiva comparativa en relación con la interacción entre el cuadro europeo y las peculiares experiencias nacionales.

Finalmente, antes de adentrarnos en el análisis y en el desarrollo del presente estudio, parece oportuno recordar que algunas consideraciones expresadas en el presente trabajo aún vienen paulatinamente evolucionándose conforme al desarrollo del marco normativo europeo. En efecto, de momento, el Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos de Salud no ha sido adoptado; por lo tanto, las consideraciones críticas formuladas se refieren a un panorama cuya identidad es dinámica.

## II. LA CORPORALIDAD EN LA ERA DIGITAL Y ALGORÍTMICA: DEFINIENDO UN NUEVO ESTATUTO

«Los cambios tecnológicos son ahora tan intensos y rápidos que están desdibujando las fronteras entre los mundos físico, digital y biológico, debido a la creciente fusión de los avances científicos y tecnológicos en esferas como la inteligencia artificial, la robótica, la impresión en 3D, la biotecnología, la ingeniería genética, las computadoras cuánticas y la gestión de macrodatos.

Estas innovaciones podrían cambiar no solo la sociedad y el comportamiento humano, sino incluso a los propios seres humanos[...]»(CESCR, E/C.12/GC/25, párra. 72).

Las palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, contenidas en la Observación General núm. 25 (2020) sobre el derecho a la ciencia, captan y expresan el proceso de transformación que la corporalidad humana viene conociendo en virtud de su creciente interacción con las nuevas tecnologías.

Se trata de un proceso profundo, que «desdibuja» las limitaciones físicas e integra los horizontes tecnológicos, a veces a través de su incorporación material en la esfera corporal, en otros casos, determinando una proyección de la corporalidad hacia una dimensión exterior, tal y como ocurre con la corporalidad informativamente proyectada.

Esta dicotomía se puede observar críticamente a la luz de algunas destacadas visiones doctrinales, que han sido capaces de captar el dualismo que atañe al ser humano. En efecto, ella refleja la dicotomía entre la *intimité* y la *extimité* teorizada por Alain Gras, realizándose la exteriorización a través de un proceso llamado *exosomatization*<sup>1</sup> (Gras, 2009, 63-68, 64, 23), comparable a la proyección informativa. Además del pensamiento de Gras, se puede emblemáticamente recordar también la fascinante concepción de Ortega y Gasset, enfocada en el dualismo entre el «intracuerpo» y el «extracuerpo» (Ortega y Gasset, 1962).

En particular, la *exosomatization* describe eficazmente la trascendencia de la corporalidad material, lo cual implica la exigencia de reconsiderar los paradigmas jurídicos de protección, un proceso de repensamiento que se puede definir como la búsqueda de un *Habeas Data* (Rodotá, 2012, 318 ss., 397 ss.), que representa un nuevo estatuto, una

1. Literalmente, una proyección del cuerpo hacia el exterior.



diferente y adecuada dimensión de derechos y de tutela de la persona inspirada en el *Habeas Corpus*.

El *Habeas Data* exige la adopción de un nuevo enfoque y de nuevos estándares de protección para la persona –en concreto, los donantes– en la esfera de los biobancos.

En este sentido, una contribución importante a la definición de un estatuto de la corporalidad en el contexto de los biobancos procede de la esfera de la corporalidad en la investigación biomédica. Desde esta perspectiva, la definición de un estatuto jurídico para una dimensión corporal en transformación no representa un desafío inédito: de hecho, los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia han sido transversales y multinivel, destacándose la habilidad hermenéutica de la jurisprudencia norteamericana. Al principio, el primer indispensable paso que se dio fue la definición de un estatuto jurídico de la corporalidad fragmentada, que fuese capaz de superar el estigma propietario y de la esfera de control de índole real sobre los materiales biológicos, para convertirse en una forma de autodeterminación concreta y operacionalmente encarnada por el consentimiento informado. Las sentencias dictadas por las *Courts* norteamericanas, en la renombrada tríada *Moore, Greenberg y Catalona* (Gómez-Salvago Sánchez, 2014) han desempeñado un papel fundamental para la corporalidad material fragmentada que ya compartía con la corporalidad informativamente proyectada su alejarse y diferenciarse del cuerpo humano y de la persona en su dimensión integral e intacta. Sin embargo, la prevención de la mercantilización de las muestras biológicas humanas en virtud de la dignidad que encarnan fue una respuesta satisfactoria, así como el consentimiento informado representó una adecuada forma de control sobre estas porciones del ser humano generosa y solidariamente ofrecidas a la ciencia. El consentimiento informado consentía realizar la indisoluble conexión entre el individuo-donante y su corporalidad fragmentada, «distribuida» en los biobancos, que contenía elementos de su ser y de su identidad, es decir, los datos genéticos y de salud (Beltrán Pedreira y García Manrique, 2018)

Fue justamente el contenido informativo de las muestras biológicas humanas a marcar la emergencia de la corporalidad informativamente proyectada y a fomentar la invocación del *Habeas Data*, es decir, de un adecuado estatuto de protección, que se ha encontrado en el marco de la autodeterminación informativa.

La autodeterminación informativa –o, como se destacará posteriormente, bioinformativa– es el resultado de un interesante proceso jurídico, doctrinal y jurisprudencial. Al principio, se afirmó la idea de privacidad, elaborada por Warren y Brandeis (Warren y Brandeis, 1890) en el año 1890, cuyo núcleo se estructuraba según el *jus excludendi* característico del paradigma propietario y consistía en el «right to be left alone», el derecho a ser dejados solos. Sin embargo, esta concepción se volvió pronto inadecuada, incapaz de satisfacer las nuevas exigencias jurídicas y de representar un paradigma eficaz para enfrentarse con los desafíos planteados por la corporalidad informativamente proyectada. La obsolescencia fue superada a través de una diferente e innovadora concepción de la privacidad, teorizada por Alan Westin en la década de los años Setenta del siglo pasado, que se ha enfocado en el derecho de controlar el uso que los demás hacen de los datos inherentes a una determinada persona (Westin, 1968). Esta concepción se ha dilucidado y desarrollado a lo largo del tiempo y, de una forma aún más específica, se ha descrito como el derecho a mantener el control sobre

la información que nos pertenezca y a definir y construir nuestra esfera privada. En este concepto se puede destacar un contenido positivo, que contribuye a devolver al individuo el control sobre sus datos y, por ende, sobre su corporalidad «informativamente proyectada» (Rodotá, 2012, 318 ss., 397 ss.). Es a este respecto que la jurisprudencia constitucional alemana ha desarrollado la categoría de la autodeterminación informativa, reconociendo su naturaleza de derecho fundamental. Dando un paso más, la doctrina del mismo país ha teorizado, en el campo bioético y biojurídico, la autodeterminación bioinformativa (Lattanzi, 2011, 331). La autodeterminación informativa o bioinformativa representa el pilar de la protección de la corporalidad informativamente proyectada en el marco de los biobancos: en este contexto, ella sigue conviviendo con la corporalidad material y fragmentada pero, sin embargo, presenta una serie de ventajas. De hecho, las posibilidades de empleo de las muestras biológicas tienen una limitación por agotarse, con diferencia de los datos que se obtienen del material biológico. Se trata de datos tan cruciales para la investigación biomédica como sensibles, por revelar una información inherente a la esfera genética de la persona, con referencia por ende a la identidad tanto a nivel individual como a nivel colectivo, en relación con el grupo familiar o biológico o la población de procedencia (destacándose, en este sentido, también la importancia de la dicha *ancestry*). En este sentido, sin embargo, el derecho no ha pasado por alto el alcance de la elocuencia genética de la corporalidad informativamente proyectada, identificando como forma de protección la anonimización o la seudonimización.

Sin embargo, ya en el pasado se había reconocido la dificultad de «silenciar» la elocuencia genética en términos de identificabilidad del donante o sujeto fuente: no extraña que la UNESCO, en el artículo 22 de su Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, habiiera considerado el consentimiento *essential* o «indispensable» para realizar el *cross-matching* de los datos<sup>2</sup>. El advenimiento de las nuevas tecnologías, especialmente de la inteligencia artificial y de su capacidad de procesar cantidades asombrosas de datos, que se definen emblemáticamente los *Big Data*, exacerba estos riesgos, y plantea ulteriores complejos retos para el derecho, como el perfilado y hasta la vigilancia. En efecto, los datos almacenados en los biobancos no son sólo los genéticos, sino se trata también de datos de salud y datos inherentes al estilo de vida que, además de ser valiosos para la investigación biomédica y de ser relevantes, por ejemplo, en el plan epigenético y epidemiológico, son susceptibles de una importante y sensible narración con respecto a la persona.

### III. LA CORPORALIDAD INFORMATIVAMENTE PROYECTADA: UNA PROCEDENCIA MULTIFACÉTICA Y MÚLTIPLES RIESGOS

A la luz de lo expuesto, aparece esencial ampliar nuestra mirada a la corporalidad informativamente proyectada desde una perspectiva más ancha, es decir, cabe aclarar el

---

2. El *cross-matching* o «obtención de datos cruzados» consiste en «el hecho de cruzar datos sobre una persona o grupo que consten en distintos archivos constituidos con objetivos diferentes», según la definición proporcionada por el artículo 2(xv) de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos.

alcance de la corporalidad informacionalmente proyectada en el campo médico, biomédico y científico y contextualizar su papel y su relevancia en la sociedad actual, digital, algorítmica y voraz con respecto a los datos. De hecho, la corporalidad informativamente proyectada no caracteriza solamente el escenario de los biobancos.

La desmaterialización del cuerpo es un fenómeno transversal y difundido, que se realiza a través de diferentes formas de interacción entre el cuerpo humano y las nuevas tecnologías. La proyección informativa puede realizarse de formas distintas: por ejemplo, en algunos casos mediante el empleo de los *wearables* –tales como los *smartwatches* como el *AppleWatch* o *Fitbit*– o de los *smartphones*, a través de aplicaciones de *fitness* y de salud. En este sentido, se podrían mencionar varios ejemplos: en particular, se puede recordar *Anura Lite*, que según la descripción proporcionada por *Google Play* consiste en «la primera aplicación del mundo que permite la evaluación de la salud sin contacto utilizando solo un video selfie de 30 segundos»; o *Health.io*, que permite utilizar la cámara del *smartphone* para realizar pruebas de laboratorio en casa<sup>3</sup>; o *Google Fit*, que fue creada en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la American Heart Association (AHA) y que permite al usuario «medir, registrar y almacenar [su] [...] información de entrenamiento en dispositivos móviles y relojes inteligentes»<sup>4</sup>, y como *Samsung Health*, que «ayuda a registrar y gestionar [...] [las] actividades de fitness [del usuario], como correr, montar en bicicleta, nadar».

Parece interesante recordar que se está estudiando el papel de ciertas *mobile apps* para la prevención del suicidio, como *MY3*, que consiente al usuario acceder a un plan para mantenerse a salvo y para ponerse en contacto con personas de confianza, o como *SERO* que, además de estas herramientas, realiza también un *tracking of mood* o un seguimiento del humor.

En este sentido, se realiza un proceso que el filósofo Byung-Chul Han describe magistralmente en su obra «Infocracia», en la que «la transparencia es el *imperativo sistémico del régimen de la información* [...] [y] [e]l imperativo de la transparencia reza así: *todo debe presentarse como información*» (Han, 2021, 15). En este contexto, «[l]a prisión digital es transparente». En particular, según destaca brillantemente Byung-Chul Han, nosotros mismos promovemos este proceso de *exosomatisation* de nuestra corporalidad, traduciéndola en datos, y creando una realidad en la que el riesgo consiste en la innecesidad de la intrusión del Gran Hermano. De hecho, son los mismos individuos quienes voluntariamente se convierten en datos, así generando también la corporalidad informativamente proyectada. A este respecto, el filósofo recuerda la etimología de «dato», que viene del latín *datum*, es decir «lo dado» (Han, 2021, 21).

La importancia de estas formas de interacción entre la corporalidad y las *apps* así como los dispositivos tecnológicos que venimos utilizando de forma creciente en nuestra vida diaria parece relevante no solo para describir de forma más completa el proceso de desmaterialización de nuestra esfera física y su conversión en la corporalidad informativa,

3. Según el sitio de AECOC, la Asociación de Fabricantes y Distribuidores, disponible aquí: <https://www.aecoc.es/innovation-hub-noticias/healthy-io-es-una-aplicacion-medica-que-permite-utilizar-la-camara-del-smartphone-para-realizar-pruebas-de-laboratorio-en-casa/>.

4. Según la propia información proporcionada por Google y que se puede consultar en la siguiente página web: <https://support.google.com/fit/answer/6075067?hl=es-419&co=GENIE.Platform%3DAndroid>.

sino también porque permite aclarar las razones de la importancia de los datos de salud y genéticos para las empresas tecnológicas. De hecho, los datos son indispensables para entrenar los algoritmos utilizados por las herramientas descritas, y se necesita una cantidad cada día más ingente. En efecto, los avances del empleo de los algoritmos y de la inteligencia artificial y de la disponibilidad de notables cantidades de datos ha sido la combinación imprescindible y determinante para el advenimiento de la sociedad de los *Big Data*, y de la *data-driven economy*<sup>5</sup>. En esta óptica, se encuadran los riesgos, por un lado, de nuevas formas de mercantilización y explotación del ser humano, por la relevancia económica de sus datos para sujetos privados tales como la empresas, especialmente tecnológicas. También las instituciones y las entidades públicas son conscientes de la importancia estratégica de los datos. La Estrategia Europea de Datos, adoptada por la UE, es emblemática en este sentido, especialmente de recordar que tiene por «objeto crear un mercado único de datos que garantice la competitividad mundial y la soberanía de los datos de Europa»<sup>6</sup>.

En este sentido se podría trasladar a la esfera de los datos la narración de la *genetic gold race* elaborada por Dorothy Nelkin y Lori Andrews (Andrews y Nelkin, 2002) con respecto a la carrera para apoderarse de las muestras biológicas humanas, que vino exacerbándose a raíz del asombroso éxito del Proyecto Genoma Humano. En efecto, las dos brillantes estudiosas, ya en los finales de la década de los 1990s habían puesto la atención sobre algunos de estos riesgos en su artículo *DNA identification and surveillance creep*, destacando los riesgos de vigilancia que se podrían plantear debido a un uso no basado en la voluntad y en el consentimiento del ADN –y, por ende, de los datos genéticos– almacenados en los  *databanks*. En el año 2020, mientras la pandemia de COVID-19 sacudía al mundo, el autor americano Gordon Chang, quien es consejero asesor del *think tank* norteamericano *Gatestone Institute*, publicó su libro *The Coming Collapse of China* (Rivas, 2020, sin número de página), describiendo un escenario aterrador, digno de la mejor literatura distópica.

En concreto, Chang sostuvo que China «ha logrado recolectar más de 80 millones de perfiles, convirtiéndose en la base de datos de ADN más grande del mundo», «comprando empresas, subsidiando análisis de ADN y participando en la creación de vacunas, como la del COVID-19», con el propósito de alcanzar la hegemonía mundial mediante medios no ortodoxos tales como «crear armas biológicas orientadas a grupos étnicos, rastrear a los disidentes y establecer un estado de vigilancia en la población» (Rivas, sin número de página, 2020). Dirigiendo la mirada a un contexto muy distinto del chino, se han planteado riesgos de vigilancia en relación con los inmigrantes detenidos y hasta los solicitantes asilo en Estados Unidos, a la luz de las modificaciones que el U.S. Justice Department ha introducido en el *DNA Fingerprint Act* del año 2005 (Beit, 2021, sin número de página).

En este sentido, las palabras que el Profesor Lyon pronunció a finales del siglo XX, según las que «[the] human body has become again a source and a space for surveillance», suenan proféticas si relacionadas con el contexto actual de la realidad algorítmica

5. Según la definió Kiran Bhageshpur, el CEO de Igneous, en su entrevista con Forbes.

6. Según aclara la propia Unión Europea en su página <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/strategy-data>.

y digital. En concreto, como ya emerge del razonamiento que se viene exponiendo, los retos proceden tanto de la esfera pública como de la esfera privada.

En el año 2019, el Relator Especial sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos puso de relieve este doble orden de riesgos para la corporalidad informativamente proyectada, al reconocer «the irresistible attractions for governments to increase their reliance on digital technologies», y que «big technology companies operate in an almost human rights free zone», lo cual expone las personas al peligro de encontrarse desamparadas ante desafíos y riesgos de notable entidad.

En relación con la esfera pública, de hecho, además de los riesgos de vigilancia que se han puesto de relieve, viene emergiendo otra importante cuestión, es decir, la «soberanía» a ejercer sobre los datos. La voluntad política de calificar el control sobre los datos como una cuestión de soberanía emerge tanto del enfoque y del lenguaje de la UE, en particular en el marco del Mercado Único Digital y de la Soberanía Digital –en la que confluye la gobernanza de datos, como en la perspectiva adoptada en el marco normativo chino, que se articula en una serie de herramientas estratégicas tales como la Ley de Ciberseguridad, la Ley de Seguridad de Datos, y la Ley de Protección de la Información Personal. Estas leyes constituyen los pilares del enfoque chino, que ha venido desarrollándose en poco más de los últimos diez años (Cai y Chen, 2022).

En el enfoque de las herramientas normativas y de las *policies* dirigidas a la esfera de los datos se puede desatacar también un componente que podríamos describir como proteccionista, si bien con matices diferentes en los dos contextos que se han mencionado como ejemplos. Por ejemplo, se ha afirmado que el RGPD se caracteriza por su impacto extraterritorial, por establecer estándares de protección de los datos cuyo respeto representa una condición para el tratamiento transfronterizo de los datos fuera del territorio de la UE<sup>7</sup>. Enfocando la atención de forma más específica en el ámbito de la investigación biomédica, parece interesante recordar que recientemente China había extendido «its control over the use of genetic data from people in the country, including for scientific research» (Mallapaty, 2022, 405). En particular, se había introducido un riguroso régimen de control y autorización ejercido por el Ministerio de la Ciencia y de la Tecnología, que había resultado ser perjudicial para la colaboración internacional de los investigadores chinos con compañeros extranjeros y para el progreso de la investigación científica.

Dirigiendo la mirada al sector privado – y recordando la palabras del Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos sobre los riesgos que ello plantea, según se destacó anteriormente– para las empresas tecnológicas es preciso contar con una gran disponibilidad de datos, especialmente para el entrenamiento de los algoritmos y el desarrollo de dispositivos cada vez más avanzados y sofisticados. En este sentido, se pueden recordar dos importantes casos en los que fue frustrada y socavada la confianza, como componente imprescindible de la relación entre los biobancos y el sector sanitario.

Una reciente investigación de *The Observer* denunció que el biobanco británico *UK Biobank*, entre el año 2020 y el año 2023, había repetidamente consentido el acceso a los datos a su disposición a «insurance consultancy and tech firms for projects to create

7. Véanse, en particular, los Considerandos 56, 116 y 138, y el artículo 56 del RGPD.

digital tools that help insurers predict a person's risk of getting a chronic disease» (Das, 2023, sin número de página). A pesar de las aclaraciones proporcionadas oficialmente por UK Biobank<sup>8</sup>, este tipo de acontecimientos pueden tener un impacto importante en el complejo proceso de construcción y preservación de la confianza –o, para utilizar la expresión en el idioma inglés, *trust*– entre la sociedad y los biobancos.

En esta óptica, además de la preservación y la promoción de la confianza, la prevención de la cesión de los datos genéticos y de salud a la dimensión empresarial se relaciona con las preocupaciones relativas a la mercantilización. La cuestión se planteó con fuerza en Estados Unidos, cuando resultó que el National Health System (NHS) había vendido a Google los datos de 50 millones de americanos, en virtud del Proyecto *Nightingale* que el *tech giant* viene desarrollando con *Ascension*, uno de los sistemas médicos privados más grandes del país norteamericano. En este sentido si, por un lado, los ciudadanos americanos demuestran su favor para compartir sus datos con la dimensión de la investigación científica, por otro lado, son claramente recalcitrantes a compartirlos con las empresas tecnológicas.

Cuando el fenómeno del tratamiento transfronterizo llega a afectar a los países del Sur Global, el escenario se complica ulteriormente y plantea riesgos no solo de explotación de la vulnerabilidad económico-social –los que se encuentran también en las sociedades de los países desarrollados, como por ejemplo ocurrió en relación con las «donaciones» de sangre y la producción de medicamentos avanzados<sup>9</sup>– sino también surgen importantes riesgos de biocolonialismo y de la dicha *parachute research* (Stunton, C., De Vries, J. (2020). La dramática experiencia de la experimentación –clínica– de Kano, en Nigeria, ha marcado un precedente de inaudita gravedad (Lenzer, 2006), y la necesidad de adoptar soluciones coherentes, que permitan proteger los derechos de los donantes en los países en desarrollo sin obstaculizar el progreso científico representa un reto crucial. En este sentido, la propia África ha representado el objeto de interesante estudios, que han puesto de relieve la importancia de la *data science* para promover el desarrollo médico y científico en el continente, incluso con respecto a los biobancos (Adebamowo, 2023).

Ante el complejo y articulado escenario que se ha descrito en esta sección, el derecho intenta elaborar respuestas y soluciones efectivas. De momento, el derecho de la UE viene desarrollando un marco normativo destacado, que ha resultado ser novedoso y pionero desde múltiples puntos de vista. En particular, la esfera de la protección de datos, la regulación de la inteligencia artificial y la creación del Espacio Europeo de Datos de Salud representan las dimensiones más relevantes y, además el enfoque europeo podría representar un modelo interesante más allá de las fronteras de la Unión.

La próxima sección tiene como propósito destacar y analizar las herramientas más significativas para abordar estos desafíos, así como la orientación proporcionada por el Comité Europeo de Protección de Datos.

---

8. A este respecto, se puede consultar la página oficial de *UK Biobank* a través del presente enlace: <https://www.ukbiobank.ac.uk/learn-more-about-uk-biobank/news/response-to-highly-misleading-article-in-the-observer>.

9. El interesante documental «Harvesting the Blood of America's Poor: Big Pharma's Blood Plasma Business», accesible a través del enlace, trata justamente de esta dramática situación: <https://www.youtube.com/watch?v=HsvdHYd8BMg&t=2143s>.

Además, se ponen de relieve algunas soluciones que han resultado ser valiosas y que proceden de la experiencia concreta de los biobancos, pudiendo ofrecer una inspiración interesante para la gobernanza en el plan global.

#### IV. EL CUADRO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA: UN MODELO INTERESANTE

Según se puso de relieve en la sección anterior, la UE ha venido definiendo un interesante enfoque en relación con la dimensión de los datos y con la esfera digital y algorítmica. En este sentido, la UE viene construyendo un auténtico liderazgo, lo cual constituye una forma esencial de afirmación y ejercicio de prestigio e influencia a nivel global. La dimensión digital y algorítmica representa, en efecto, un ámbito crucial de expresión de la soberanía, un campo esencial en el que los Estados y entidades como la UE vienen definiendo su propia esfera de influencia, a la búsqueda de una auténtica hegemonía.

El desplazamiento de la construcción y del ejercicio del poder de la realidad concreta, material, al mundo desmaterializado, es un rasgo característico de la era algorítmica y digital, donde a menudo las tensiones y los conflictos se desencadenan y se desenvuelven en el ciberespacio y en el campo de los datos. El empleo de herramientas como *spyware* como Pegasus o los esfuerzos chinos para apoderarse de ingentes cantidades de datos, descritos en la sección anterior, representan un elocuente ejemplo.

Por consiguiente, la definición de un cuadro normativo a protección de los datos, especialmente de datos sensibles como los datos genético y de salud, representa no solo una responsabilidad sino una exigencia primaria para los Estados, y la UE se destaca por sus esfuerzos.

En efecto, es elocuente destacar que la particular atención que la UE dedica a la protección de los datos personales se expresa en las propias fuentes primaria y, en particular, es contemplada en el Artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y en el Artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE («la Carta» o la CDFUE) que protegen expresamente el derecho a la protección de datos de carácter personal, así complementando y especificando la protección que el Artículo 7 de la Carta brinda al respeto de la vida privada y familiar. A este respecto, es significativo recordar que, en virtud del Artículo 51(1), la CDFUE permea tanto la producción del derecho de la UE como su implementación o aplicación, vinculando tanto las instituciones, los órganos y los organismos de la UE como los Estados Miembros<sup>10</sup>.

La aptitud de la Carta de «permear» el ordenamiento jurídico de la UE y, por lo tanto, el derecho secundario de la Unión, resulta ser relevante de considerar que las herramientas que tienen una importancia especial para el presente estudio –el RGPD, la Ley de Inteligencia Artificial (LIA) y, para cuando finalmente se adopte, el Reglamento para crear el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (REEDS)– consisten en fuentes secundarias del derecho de la UE.

10. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha progresiva y crecientemente aclarado el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la CDFUE a partir de su sentencia en el caso *Åkerberg Fransson* (C-617/10, párras. 21, 22).

En este complejo y fascinante escenario normativo, como se ha puesto de relieve anteriormente, el RGPD constituye una herramienta destacada que, de forma coherente con su predecesora, la Directiva 95/46/CE, ha sabido captar la peculiar sensibilidad de los datos genéticos y de salud o sanitarios. Estas categorías de datos, tal y como, por ejemplo, los datos biométricos, se clasifican como «particulares» y gozan de un nivel de protección más elevado, definido por la arquitectura del artículo 9 del RGPD. Esta previsión, en el apartado 1, contempla una prohibición de tratamiento de estas categorías sensibles de datos personales, la cual se puede levantar en una serie de circunstancias explícitamente contempladas en el apartado 2 del artículo 9. En relación con los biobancos, aparecen particularmente relevantes las previsiones contenidas en el artículo 9(2)(a), que contempla el consentimiento «explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados»<sup>11</sup>, y en el artículo 9(2)(j), es decir la *research exemption*. En concreto, la *research exemption* permite el tratamiento de los datos «particulares» cuando «es necesario con fines de [...] investigación científica» y, por lo tanto, incluso de investigación biomédica (Valdés *et al.*, 2012)<sup>12</sup>. Sin embargo el artículo 9(2)(j) requiere la observancia de una serie de principios y garantías contemplados en el artículo 89(1) del propio RGPD, como la minimización y la seudonimización de los datos personales. En general, se deberán respetar todos los principios contemplados en el RGPD, es decir los principios de finalidad, estricta necesidad, proporcionalidad.

Este cuadro normativo tiene una importancia notable para los biobancos, en particular con referencia a los usos secundarios –o «uso ulterior», según la terminología empleada en el RGPD– es, decir, «[the] further processing of personal data beyond the purpose for which the data were initially collected» (Becker, 2022, sin número de página)<sup>13</sup>. De hecho, los biobancos se caracterizan ontológicamente no solo por almacenar las muestras biológicas humanas y los datos que de ellas proceden, sino también por facilitar el acceso a estos recursos cruciales a los investigadores, para llevar a cabo proyectos de investigación y fomentar el progreso científico.

Fomentar la circulación de las muestras biológicas y de los datos representa un componente crítico para posibilitar y promover la libertad de investigación, que ha sido reconocida por el Consejo de la UE como la «quinta libertad» de circulación en el marco de la Unión. Esta visión subyace al propio «Espacio Europeo de Investigación [que apunta a] [...] crear un mercado único de la UE para la investigación, la innovación y la tecnología[, y que] [...] [f]omenta la libre circulación de investigadores y de conocimientos y contribuye a armonizar las políticas y los programas de investigación nacionales»<sup>14</sup>. Además, esta perspectiva dinámica trasciende las fronteras europeas dada la creciente e indispensable globalización científica, tecnológica y de la investigación,

11. «[E] excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado», según aclara ulteriormente el artículo 9(2)(a).

12. Por ser la investigación biomédica una rama de la investigación científica.

13. «El empleo ulterior de los datos para un fin distinto del propósito por el que fueron recolectados». En las palabras de Becker en el texto original, «[secondary uses consist in] further processing of personal data beyond the purpose for which the data were initially collected».

14. La información sobre el Espacio Europeo de la Investigación es accesible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-research-area/>.



que la pandemia de COVID-19 ha demostrado con una contundencia particularmente intensa. De hecho, es innegable el papel crucial que compartir los datos de secuenciación y las pruebas de detección del SARS-CoV-2, así como las muestras biológicas humanas y los datos almacenados en los biobancos (Juozapaitė *et al.*, 2023), ha desempeñado en la lucha contra la pandemia y la elaboración de las vacunas<sup>15</sup>.

De observar críticamente el enfoque que el artículo 9 del RGPD adopta, se puede desprender la existencia de una tensión entre la esfera de la autodeterminación informativa y la esfera del interés público, es decir, en concreto, de los «fines de investigación científica». En este sentido, se atribuye la misma relevancia al interés de la colectividad y la esfera individual de la autodeterminación informativa, en una óptica solidaria. La misma perspectiva se encuentra en el artículo 6 del RGPD, que define la licitud del tratamiento e identifica las relativas bases legales: el consentimiento del interesado constituye solo una de las bases legales alternativas. Además, aparece significativo recordar que algunos países han contemplado la realización de la investigación biomédica como base jurídica para el tratamiento de los datos como alternativa al consentimiento, tal y como hizo Estonia –que se destaca por la creación del biobanco de población Estonian Biobank. Además, Finlandia ha expresamente considerado que el artículo 6(1)(e) del RGPD constituye una base legal para llevar a cabo la investigación científica, en cuanto el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público, en cuanto «tratamiento [...] necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público».

Aparece importante resaltar que la visión adoptada por el RGPD es coherente con la arquitectura de derechos humanos contemplada en la CDFUE que, en su artículo 8 sobre el derecho a la protección de los datos personales anteriormente destacado, considera el consentimiento de la persona afectada como una de las posibles bases legales para el tratamiento, como alternativa a «otro fundamento legítimo».

El RGPD, en las palabras del Consejo de la UE, consiste en «the strongest privacy and security law in the world»<sup>16</sup>, que se ha convertido en un modelo más allá de las fronteras de la Unión para países tan diferentes como, por ejemplo, Reino Unido y China. El RGPD establece un cuadro de esencial importancia para los biobancos, también el relación con los retos planteados por el progreso científico.

A la luz de lo expuesto, el equilibrio definido en el marco del RGPD aparece favorable a la dimensión de la investigación biomédica, en particular, con referencia a su idoneidad a justificar el uso secundario de los datos en esta dimensión, cuando sean manejados por los biobancos. Sin embargo, se plantean ulteriores desafíos y, ante todo, cabe enfrentarse con el interrogante de si se reconozca la posibilidad de invocar la *research exemption* para las *commercial entities*. En este sentido, el propio *Biobanking and BioMolecular resources Research Infrastructure - European Research Infrastructure*

15. Emblemáticamente, el propio National Health System (NHS) británico ha reconocido la importancia de esta práctica, haciendo justamente hincapié en el papel del biobanco de población UK Biobank. La relativa información se puede consultar en <https://transform.england.nhs.uk/key-tools-and-info/data-saves-lives/improving-care-through-research-and-innovation/uk-biobank-understanding-immunity-to-covid-19/>.

16. Esta información se puede consultar en: [https://www.consilium.europa.eu/en/policies/data-protection/data-protectionregulation/#:~:text=data%20protection%20rules,What%20is%20the%20GDPR%3F,the%201995%20data%20protection%20directive](https://www.consilium.europa.eu/en/policies/data-protection/data-protectionregulation/#:~:text=data%20protection%20rules,What%20is%20the%20GDPR%3F,the%201995%20data%20protection%20directive.).

*Consortium* (BBMRI-ERIC) ha expresado su preocupación, planteando la posibilidad de aplicar el artículo 89 del RGPD solamente a las investigaciones que se lleven a cabo con fines de interés público (Ducato, 2020).

El debate aún resulta abierto a varias soluciones. En concreto, se ha propuesto que no se haga hincapié exclusivamente en la naturaleza *profit* o *non-profit* de la entidad que lleva a cabo la investigación, sino en los fines perseguidos, por ejemplo afirmando que los sujetos que persigan prevalentes (si bien no exclusivos) fines comerciales no deberían poder invocar la *research exemption* para acceder a datos que no sean anonimizados o seudonimizados (Ciancimino, 2022, 56, 56-60; Schneider, 2019). Sin embargo, tampoco se puede descartar *a priori* la posibilidad de que el uso secundario con fines de investigación comercial persiga un interés de carácter público asimilable al «interés público esencial» contemplado en otra relevante disposición del GDPR, es decir, el artículo 9(2)(g) (Ciancimino, 56, 56-60; Schneider, 2019, 265)<sup>17</sup>. Por lo tanto, cabría inclinarse por la perspectiva de que no sería posible adoptar una visión absoluta y general *ex ante*, sino que sería oportuno analizar cada caso en concreto, lo cual, además, sería coherente con la posición expresada por el propio Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD)<sup>18</sup>.

Esta visión aparece significativa de enfocarse en la posibilidad de que los datos genéticos, sanitarios, inherentes al estilo de vida de los donantes, se compartan con entidades que persiguen fines de investigación comercial como, por ejemplo, las *technology companies*, que podrían invocar la índole pública del interés perseguido, por ejemplo, desarrollar herramientas beneficiosas para la salud humana, incluso dispositivos y *apps*. En concreto, encuadrar este tipo de interés en el marco del artículo 9(2)(g) del RGPD y, por lo tanto, invocar la existencia de un «interés público esencial» para justificar el tratamiento de los datos sensibles almacenados en los biobancos, tendría consecuencias importantes. De hecho, según se destacó también desde la doctrina, para aclarar el alcance y el contenido del «interés público esencial», se debería hacer referencia a la orientación proporcionada por el Considerando 46 del RGPD, que, a título

17. En particular, Schneider, 2019 remarca que: «when the scientific (data-intensive) research activities are carried out [...], the actual link of these data processing activities to public interest-related purposes should be accurately considered. Indeed, it must be noted that in cases where the processing appears to be carried out not for research but for commercial purposes, as it is very likely for digital companies, the ordinary data protection regime applies once more. The practical feasibility of the application of general data protection principles and rules, such as the rule of consent and the related purpose and proportionality principles, is however to be reasonably doubted with respect to secondary massive and automated data processing, once these rules and principles have not been respected with regard to the first processing on the basis of the above-recalled research exemption».

18. A este respecto, de hecho, se puede recordar la perspectiva expresada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (CEPD) en su documento *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, pág. 11, párra. 3.5, la cual ha aclarado que: «Under the GDPR, the role of research is understood to provide knowledge that can in turn 'improve the quality of life for a number of people and improve the efficiency of social services'. The GDPR assumes a broad conception of research, including technological development, fundamental and applied research and privately funded research and 'studies conducted in the public interest in the area of public health'. It also recommends that data processing 'take into account the EU's objective under Article 179(1) TFEU of achieving a European Research Area'. Therefore, not only academic researchers but also not-for-profit organisations, governmental institutions or profit-seeking commercial companies can carry out scientific research».

de ejemplo, hace hincapié en «fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano» (Georgieva et al., 379 ss.).

Una semejante rigurosa interpretación parecería capaz de asegurar un elevado nivel de protección de la corporalidad informativamente proyectada ante los desafíos planteados por el uso secundario de los datos, especialmente en el marco de la esfera empresarial y de las *technology companies*. Sin embargo, la adopción de un enfoque menos estricto y más flexible, que no excluya *a priori* y *ex ante* la posibilidad de invocar incluso la *research exemption*, aparece más pragmática y, además, más coherente con la visión que la Unión Europea viene desarrollando en el marco de otra herramienta crucial para definir la dimensión de los biobancos en la era digital y algorítmica, es decir la Propuesta de Reglamento para la creación del EEDS (o, según se destacó anteriormente, la Propuesta de REEDS).

El EEDS representa, en las palabras de la UE, «un pilar clave de la sólida Unión Europea de la Salud y es el primer espacio común de datos de la UE en un ámbito específico que surge de la Estrategia Europea de Datos»<sup>19</sup>. En el marco del EEDS se diferencian el uso primario de los datos, que apunta a «capacitar[...] a las personas para que asuman el control de sus datos sanitarios y facilitar[...] el intercambio de datos para la prestación de asistencia sanitaria en toda la UE», y el uso secundario, que «ofrecerá un sistema coherente, fiable y eficiente para la reutilización de los datos sanitarios en actividades de investigación, innovación, formulación de políticas y reglamentación»<sup>20</sup>.

Para implementar en concreto estos propósitos, la Propuesta de REEDS define el mecanismo de acceso a los «datos sanitarios electrónicos»<sup>21</sup> de los ciudadanos europeos, una categoría articulada que incluye los datos genéticos y sanitarios. Los sujetos que pueden realizar dicho acceso consisten en los *data users*, que necesitan primariamente contar con un *data permit*, que consiste en una decisión administrativa y que viene otorgado al *data user* por un *health data access body* o un *data holder*. El *data permit* autoriza «the secondary use purposes specified in the data permit based on conditions laid down in this Regulation» (PREEDS, 2022/0140(COD), artículo 2(2)(aa)), recomendando la PREEDS en su Considerando 57 la creación de mecanismos de solicitud del *data permit* conformes al *single application principle*, coherentemente con el principio de minimización, para agilizar su expedición en concreto.

19. Según la Comisión Europea destaca en la página web [https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space\\_es](https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_es).

20. Ibid.

21. Se trata de una categoría articulada y, en relación con los usos secundarios, el Considerando 39 de la Propuesta de REEDS, aclara que: «the categories of electronic health data that can be processed for secondary use should be broad and flexible enough to accommodate the evolving needs of health data users, while remaining limited to data related to health or known to influence

health. It can also include relevant data from the health system (electronic health records, claims data, disease registries, genomic data etc.), as well as data with an impact on health (for example consumption of different substances, socio-economic status, behaviour, including environmental

factors (for example, pollution, radiation, use of certain chemical substances). They can also include automatically generated data from medical devices and person-generated data, such as wellness applications».

Los *data users* representan una categoría articulada que, según el artículo 2(2)(z) del Proyecto de REEDS del pasado 24 de noviembre de 2023, incluye «a natural or legal person as well as Union institutions, bodies, offices and agencies, who has been granted lawful access, in accordance with this Regulation, [...] to personal or non-personal electronic health data for secondary use pursuant to a data permit». Por lo tanto, se colocan en sum arco aplicativo tanto sujetos públicos como privados, que podría acceder a los datos que confluirán en el EEDS. La procedencia y la naturaleza de los datos será heterogénea: en concreto, por ejemplo, el artículo 33 del Proyecto de REEDS del mes de noviembre 2023, hace referencia a categorías tales como los datos que proceden de las *Electronic Health Records* (EHR, es decir los registros electrónicos de datos de salud, en los que se vuelve a hacer hincapié en relación con el entrenamiento algorítmico), y también: *data on factors impacting on health, including social socio-economic environmental and behavioural determinants of health; healthcare-related administrative data, including claims and reimbursement data; extracts from human genetic, genomic and proteomic data, such as genetic markers; relevant pathogen genomic data, impacting on human health; automatically [...] person generated electronic health data, including via medical devices, wellness applications or other digital health applications; data from wellness applications after receiving the consent of the natural person; identification data related to healthcare providers and categories of health professionals involved in the treatment of a natural person or in research; population wide health data registries (public health registries); electronic health data from medical registries for specific diseases; electronic health data from clinical trials subject to transparency provisions.*

En relación con el presente estudio, aparece particularmente significativo que el mismo artículo 33 contemple explícitamente los datos almacenados en los biobancos, por incluir también los *electronic health data from biobanks and dedicated databases*.

A la luz de este complejo marco normativo, se puede desprender que el EEDS define y contempla una amplia corporalidad informativamente proyectada, que se vuelve accesible a la heterogénea categoría de los *data users*. Aparece evidente que es preciso definir un adecuado, sólido y coherente marco de protección y garantías para la corporalidad informativamente proyectada en la esfera del EEDS, capaz de reconciliarse con el propósito de promover la investigación científica amplia y reiteradamente contemplado y reafirmado en la Propuesta de REEDS.

Por un lado, la propia Propuesta de REEDS resalta al exigencia de que los datos que confluyen en el EEDS sean representativos de una forma acurada y realística de la corporalidad informativamente proyectada, según se puede observar también en su Considerando 36(a) que hace hincapié en el necesario *uptake of real-world data and real-world evidence*<sup>22</sup>. Por otro lado, el entramado de garantías que se contemplan en el marco del EEDS exigen algunas aclaraciones. Antes todo, una cuestión de primaria relevancia es la relación entre la Propuesta de REEDS y el RGPD. En este sentido, se ha

---

22. De hecho, afirma el Considerando 36(a) «The uptake of real-world data and real-world evidence, including patient-reported outcomes, for evidence-based regulatory and policy purposes as well as for research, health technology assessment and clinical objectives should be encouraged. Real world data and real-world evidence have the potential to complement health data currently made available» [...].

abordado desde la doctrina la cuestión de si el futuro REEDS constituya *lex specialis* en relación con el RGPD. Una valiosa orientación para responder a este interrogante crucial, se puede hallar en la Propuesta de REEDS, cuando aclara que: «[c]onsidering that a substantial amount of electronic data to be accessed in the EHDS are personal health data relating to natural persons in the EU, the proposal is designed in full compliance not only with the GDPR but also with Regulation (EU) 2018/1725 (EU Data Protection Regulation). The GDPR provides the rights to access, to portability and to accessibility/transmission to a new controller of data. It also designates data related to health as a ‘special category of data’, affording it special protection through the establishment of additional safeguards for its processing. The EHDS supports the implementation of the rights enshrined in the GDPR as applied to electronic health data [...]» (Li y Quinn, 2024, 11; Considerando 4 de la Propuesta de REEDS).

Por lo tanto, se puede desprender que, en el marco del EEDS, se aplicarán no sólo los principios consagrados en el RGPD, sino también, más específicamente, las garantías contempladas en el RGPD con respecto a las categorías particulares de datos en virtud del artículo 9 del RGPD, al que se refiere ampliamente también el Considerando 37 de la Propuesta de REEDS.

A este respecto, cabe destacar que, sin embargo, la dimensión del consentimiento adquiere matices específicos en el marco de la Propuesta del REEDS, que en la versión del mes de noviembre de 2023 introdujo la dicotomía entre el mecanismo – general – del *opt-out* para compartir los datos del EEDS con los *data users*, y el mecanismo más restrictivo del *opt-in* justamente en relación con los biobancos. Esta decisión ha levantado cierta perplejidad, por obstaculizar la circulación de los datos que proceden de los biobancos, que son protagonistas de la investigación científica y, en particular, biomédica, y que disponen de adecuados mecanismos de supervisión ética y de apropiada adquisición del consentimiento de los donantes.

La paradoja sería que los datos que proceden, por ejemplo, de una *fitness app* o una *health app* puedan circular más fácilmente, por no necesitar la explícita manifestación del consentimiento que el mecanismo de *opt-in* supone, si bien la forma de adquisición sea menos rigurosa de la que realizan los biobancos. Sin embargo, el Compromiso alcanzado por el Consejo y el Parlamento en el pasado mes de marzo de 2014, ha guardado solamente el mecanismo de *opt-out*, en virtud del que, según el artículo 34(1)(a) y 34 (1)(c), «for scientific research done for important reasons of public interest by public sector bodies, including a third party acting on behalf of or commissioned by such entities. These exceptions shall respect the essence of the fundamental rights and need to be proportionate. The assessment of the justifications will be done by the health data access body and the Member States should notify the Commission of adopted national law on the opt-out mechanism» (Proposal for a Regulation on the European Health Data Space - Analysis of the final compromise text with a view to agreement, 4).

De momento, por lo tanto, parece que en el marco del EEDS emerja el propósito de asegurar un adecuado equilibrio entre los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE en la esfera de la protección de sus datos genéticos y sanitarios, incluso en el marco de los biobancos, reconociendo la importancia de la investigación biomédica y su progreso para la sociedad, como si fuera una corporalidad colectiva y pública.

Una visión más clara y específica se podrá finalmente proponer solo cuando dispongamos del texto definitivo del REEDS. Sin embargo, para completar el análisis, cabe hacer brevemente referencia a la esfera algorítmica que la propuesta no ha pasado por alto. En este sentido, el artículo 34(1)(e), conforme a su formulación en el Compromiso entre el Consejo y el Parlamento del pasado mes de marzo de 2024, permite el uso secundario de los datos del EEDS con fines de «training, testing and evaluating of algorithms, including in medical devices, *in-vitro* diagnostic medical devices, AI systems and digital health applications» en el marco de la investigación científica relativa al sector sanitario y de cura, cuando se contribuya a propósitos destacados y de valor tales como «public health or health technology assessment, or ensuring high levels of quality and safety of health care, of medicinal products or of medical devices, with the aim of benefitting the end-users, such as patients, health professionals and health administrators». A este respecto, aparece significativo destacar que el Compromiso entre el Consejo y el Parlamento ha captado el papel crítico que la dimensión algorítmica y la Inteligencia Artificial desempeñan para la promoción de la salud tanto individual como pública. Esta visión que resulta ser consagrada en el Considerando 41, que ha adoptado una noción amplia de investigación científica y sus fines, que incluye «technological development and demonstration, fundamental research, applied research and privately funded research. Examples are innovation activities including training of artificial intelligence algorithms that could be used in healthcare or care of natural persons, as well as the evaluation and further development of existing algorithms and product for such purposes».

En este sentido, la Unión Europea viene desarrollando un enfoque prudente y, a la vez, ambicioso, sensible a la imprescindibilidad de las nuevas tecnología y, sobre todo, de la dimensión digital y algorítmica. Este enfoque se presenta cada vez más como un hilo rojo, que junta las herramientas con las que la UE apunta construir y consolidar no solo su soberanía sobre los datos, sino también su liderazgo digital y algorítmico.

La recientemente adoptada Ley de Inteligencia Artificial (LIA) representa un ejemplo paradigmático en este sentido. Significativamente, la LIA ha hecho explícita referencia al EEDS, calificando los algoritmos utilizados en este ámbito como algoritmos de alto riesgo, lo cual implica la implementación de garantías específicas, por ejemplo, elocuentemente, en términos de transparencia y de calidad de los datos. A la luz del actual escenario, estas sinergias aparecen virtuosas, si bien, una vez más, solo cuando se apruebe el REEDS se podrá formular una perspectiva más definitiva o cuando menos más detallada. Sin embargo, las opciones de implementación de este marco normativo ya vienen emergiendo: por ejemplo, introducir un mecanismo de entrenamiento algorítmico según el modelo de las *federated electronic health records*, por ejemplo en relación con los datos sensibles, al menos parcialmente o bajo ciertas circunstancias de peculiar vulnerabilidad –véanse, una vez más, las *technology companies* que desarrollan algoritmos– podría ser una opción interesante y más garantista que los *silos* de datos (Raab, 2023).

## V. CONCLUSIONES

El análisis del escenario normativo y tecnológico que se ha llevado a cabo permite hacer un viaje entre el pasado, el presente y el futuro. En el año 2009, la inclusión de los bio-

bancos entre las diez ideas capaces de cambiar el mundo habría podido aparecer fascinante; en concreto, se han revelado proféticas.

Actualmente, en el año 2024, los biobancos parecen haber cumplido aquella ambiciosa promesa, llegando realmente a encarnar, en las palabras del Profesor Lyotard, la «Encyclopedia of Tomorrow», en la era algorítmica y digital y en nuestra sociedad «biotecnodatificada», según la sugerente definición de la Profesora Itziar de Lecuona.

En este articulado panorama, en una realidad *data-driven* en la que la mercantilización de la persona y los retos para la protección de sus derechos fundamentales vienen desmaterializándose y proyectándose informativamente como una nueva corporalidad, los biobancos se demuestran capaces de preservar su protagonismo en el mundo de la investigación científica y, específicamente, biomédica. Perseguir exitosamente este propósito no es fácil, e implica también una adecuada flexibilidad y capacidad de evolucionarse, en las palabras del Profesor García San José, «[not to] lag behind science».

La habilidad de los biobancos de preservarse y adaptarse aparece aún más importante de recordar las debilidades normativas que caracterizan su esfera: a nivel global aún falta una herramienta que sepa reconocer, encarnar y regular la vocación global y universal de estos actores cruciales para la salud humana y la investigación biomédica y, en general, científica.

En un mundo globalizado, esta carencia necesita más que nunca una respuesta adecuada, que podría adoptarse por ejemplo, en el marco de la Organización Mundial de la Salud la cual, después de la pandemia de COVID-19, aparece revitalizada, tanto como para destacarse más de la UNESCO –que, hasta la fecha, había liderado el panorama bioético.

En este cuadro normativo, que necesita un cambio rápido y efectivo, a nivel regional, la UE viene proporcionando un modelo interesante y efectivo, que demuestra crecientemente saber entender y regular la realidad sinérgica y dinámica de la era digital y algorítmica. La UE no ha pasado por alto los biobancos: no solo ha promovido y establecido BBMRI, sino también ha incorporado en sus fuentes secundarias cruciales tanto el lenguaje de los datos como, en ciertos casos, una explícita referencia a los biobancos.

El modelo europeo, que aún viene desarrollándose, puede proporcionar un paradigma de referencia para la definición y adopción de respuestas globales. La insuficiencia y la «relatividad» de herramientas tales como los *data/material transfer agreements* se vuelve cada día más evidente. Sobre todo, se necesitan respuestas capaces de una antropología tecnológica sostenible y respetuosa de la dignidad humana, beneficiosa para el individuo y la sociedad, basada en la solidaridad, prudente y a la vez ambiciosa con respecto a los retos y a las oportunidades del presente y del futuro. El liderazgo de la UE en el campo de la inteligencia artificial a través de la LIA y la creación del EEDS son la clara evidencia de las ambiciones y de la capacidad de la UE, que viene demostrando también su capacidad de proteger sus ciudadanos de desafíos y amenazas de innegable calado.

La esfera de la vigilancia, representa un ejemplo fundamental y elocuente y los esfuerzos sinérgicos dentro de la UE son paradigmáticos, para evitar que el ser humano y su corporalidad se conviertan en un territorio desprotegido, expuesto a abusos que

pueden proceder tanto de la esfera privada y empresarial –como las *technology companies*– como del sistema de *law enforcement* o de sistemas y entidades públicas. La vocación de la CDFUE, que permea la adopción y la implementación del derecho secundario de la Unión, generaliza la narración de los derechos fundamentales, traduciéndolos también en efectivas garantías judiciales, como cuando, por ejemplo, se tradujeron en las palabras del Abogado General Yves Bot, al afirmar que «mass, indiscriminate surveillance is inherently disproportionate and constitutes an unwarranted interference with the rights guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter». Bastante recientemente, el propio RGPD ha demostrado su contundencia y su imprescindibilidad a la hora de proteger los ciudadanos de la UE del *data scraping* masivo realizado por la empresa Clearview AI en relación con los datos biométricos y las imágenes faciales.

A la luz de lo expuesto, si, de momento, los *digital twins* no forman parte de nuestro presente, sin embargo no aparecen más solo curiosos avatares tecnológicos, y la UE viene demostrando que el derecho puede realmente proporcionar respuestas para el presente e intentar proyectarse hacia el futuro, incluso en el mundo de la investigación científica y biomédica.

El cuadro europeo encarna el cumplimiento de la historia y las promesas del futuro, y su pragmatismo ofrece respuestas concretas y una protección importante: es a partir de este marco que se puede empezar a construir un *Habeas Data* global para la corporalidad informativamente proyectada en la imprescindible, fundamental dimensión de los biobancos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADEBAMOWO, C.A. *et al.* (2023). The promise of data science for health research in Africa. *Nature Communications*, 14, Article number: 6084.
- ANDREWS L., y NELKIN D. (2002). *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*. Giuffré.
- BECKER, R., *et al.* (2022). Secondary Use of Personal Health Data: When Is It «Further Processing» Under the GDPR, and What Are the Implications for Data Controllers?. *European Journal of Health Law*, disponible online: [https://brill.com/view/journals/ejhl/30/2/article-p129\\_1.xml](https://brill.com/view/journals/ejhl/30/2/article-p129_1.xml).
- BEIT, C. (2 de agosto de 2021). Genetic surveillance: Is our most sensitive information secure?. *Baylor College of Medicine*. <https://blogs.bcm.edu/2021/08/02/genetic-surveillance-is-our-most-sensitive-information-secure/>.
- BELTRÁN PEDREIRA, M.E., y GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.) (2018). *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- CAI, P., y CHEN, L. (2022). Demystifying data law in China: a unified regime of tomorrow. *International Data Privacy Law*, 12(2), 75-92.
- CIANCIMINO, M. (2022). Circolazione «secondaria» di dati sanitari e biobanche. Nuovi paradigmi contrattuali e istanze personalistiche - Nota a Cass. 7 ottobre 2021 n. 27325, *Diritto di famiglia e delle persone*, Anno LI(1), 26-69.
- DAS, S. (12 de noviembre de 2023). Private UK health data donated for medical research shared with insurance companies. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/2023/nov/12/private-uk-health-data-donated-medical-research-shared-insurance-companies>.
- DUCATO, R. (2020). Data protection, scientific research, and the role of information. *Computer Law & Security Review*, 37, Article 105412.



- FRASCARELLI, C. *et al.* (2023). Revolutionizing Cancer Research: The Impact of Artificial Intelligence in Digital Biobanking. *Journal of Personal Medicine*, 13(9), 1390 ss.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. I. (2013). *European Normative Framework for Biomedical Research in Human Embryos*. Editorial Aranzadi.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (2014). Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, Fascículo I.
- GRAS, A. (2009). L'homme machine ou l'homme sans essence: la tentation au coeur de progrès techno scientifique. En C. Hervé, M. Stanton Jean, P.A. Molinari, M.A. Grimaud, E. Laforêt (Coor.), *L'humain, l'humanité et le progrès scientifique*. Dalloz.
- HAN, B-C. (2021). *Infocracia*. Taurus.
- JUOZAPAITÉ, D, *et al.* (2023). The COVID-19 pandemic reveals the wide-ranging role of biobanks. *Frontiers in Public Health*, 11, <https://doi.org/10.3389/fpubh.2023.1256601>.
- LATTANZI, R. (2011). Ricerca genetica e protezione dei dati personali. En S Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, S., P. Zatti, (Coord.), *Trattato di Biodiritto. Il Governo del Corpo*, Tomo I. Giuffrè Editore, 319-350.
- LENZER, J. (2006). Secret report surfaces showing that Pfizer was at fault in Nigerian drug tests. *BMJ*, 332(7552), 1233.
- MALLAPATY, S. (2022). China expands control over genetic data used in scientific research. *Nature*, 605(7910), 405.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1962). «Vitalidad, alma, espíritu», Obras completas. *Revista de Occidente*, II, 455.
- PARK, A. (9 de mayo de 2009). 10 Ideas Changing the World Right Now – Biobanks. *Time*. [http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1884779\\_1884782\\_1884766,00.html](http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,1884779_1884782_1884766,00.html).
- RAAB, R. *et al.* (2023). Federated electronic health records for the European Health Data Space. *Lancet Digital Health*, 5, 840-847.
- RIVAS, O. (5 de diciembre de 2020). Informe responsabiliza a China de apoderarse del ADN mundial. *Panampost*. <https://panampost.com/oriana-rivas/2020/12/05/china-se-apodera-del-adn-mundial-con-intenciones-siniestras/>.
- RODOTÀ, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Laterza.
- SCHNEIDER, G. (2019). Disentangling health data networks a critical analysis of Articles 9(2) and 89 GDPR. *International Data Privacy Law*, 9(4), 253-271.
- STUNTON, C., DE VRIES, J. (2020). The governance of genomic biobank research in Africa: reframing the regulatory tilt. *Journal of Law and the Biosciences*, 7(1), 2020, 1-10.
- VALDÉS, G. S. *et al.* (2012). Principales características de la investigación biomédica actual, en Chile. *Revista Médica de Chile*, 140(4), 484-492.
- WARREN, S., y BRANDEIS, L.D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4(5), 193-220.
- LI, W., y QUINN, P. (2024). The European Health Data Space: An expanded right to data portability?. *Computer Law & Security Review*, 52, 1-13.
- WESTIN, A.F. (1968). *Privacy and Freedom*. Atheneum.

## FUENTES NORMATIVAS

### Fuentes del Derecho de la Unión Europea

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios.

## **Observación general del comité de derechos económicos, sociales y culturales**

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 30 de abril de 2020, E/C.12/GC/25.



## La acción popular en materia de medio ambiente. Propuestas de mejora

POPULAR ACTION ON THE ENVIRONMENT. IMPROVEMENT PROPOSALS

**Alberto Berrocal Acedo**

Universidad de Málaga

[berrocalacedo@uma.es](mailto:berrocalacedo@uma.es)  0000-0003-1130-9604

Recibido: 31 de marzo de 2024 | Aceptado: 30 de mayo de 2024

### RESUMEN

La acción popular está permitida únicamente en los casos y formas expresamente previstos en las Leyes, resultando que en materia medioambiental no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno una auténtica acción pública con carácter general, sino que esta ha sido reconocida solamente en algunos ámbitos concretos relacionados con el medio ambiente.

Teniendo todos «el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», según lo dispuesto en el artículo 45 de la Constitución Española, resultaría conveniente regular una acción popular genérica en el ámbito del medio ambiente, como ocurre, por ejemplo, en el campo del urbanismo.

No obstante, vemos cómo, en ocasiones, el ejercicio de la acción pública da lugar a efectos perniciosos, siendo por ello por lo que sería necesario establecer límites a la misma.

### ABSTRACT

Popular action is allowed only in the cases and forms expressly provided for in the Laws, resulting in the fact that in environmental matters there is no authentic public action of a general nature in our internal legal system, but rather it has been recognized only in some specific areas related to the environment.

Everyone having «the right to enjoy an environment suitable for the development of the person, as well as the duty to preserve it», as provided in article 45 of the Spanish Constitution, it would be convenient to regulate a generic popular action in the area of the environment, as occurs, for example, in the field of urban planning.

However, we see how, sometimes, the exercise of public action gives rise to harmful effects, which is why it is necessary to establish limits to it.

### PALABRAS CLAVE

Acción popular  
Acción pública  
Medio ambiente  
Legitimación

### KEYWORDS

Popular action  
Public action  
Environment  
Legitimation

## I. LA ACCIÓN PÚBLICA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

En palabras del Tribunal Supremo<sup>1</sup>, «la acción pública es un instrumento puesto al servicio de los ciudadanos que consiste en la atribución de legitimación para perseguir conductas que infrinjan la normativa aplicable a sectores especialmente vinculados a valores que afectan a la comunidad».

Como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013<sup>2</sup>, con esta acción se intenta garantizar la protección de determinados valores que por su relevancia requieren su defensa no sólo por quienes ostenten la consideración de interesados, sino también por cualquier persona que pretenda el cumplimiento de la ley. Y ello, hasta el punto de que, según indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2004<sup>3</sup>, carece de relevancia indagar en cuál sea la motivación que lleva a denunciar una determinada violación normativa, de manera que, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2004<sup>4</sup>, la acción popular no se encuentra sujeta a límites que no aparezcan en la norma que la reconozca o que no se desprendan del resto del ordenamiento jurídico.

## II. REGULACIÓN

La denominada acción pública o popular se encuentra reconocida en el art. 125 de la Constitución Española para el procedimiento penal, mientras que el art. 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la contempla de forma general para la vía judicial y, de un modo más específico, el art. 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la prevé para dicho orden jurisdiccional. No obstante, como punto común a estos preceptos, nos encontramos con que se permite el ejercicio de esta acción únicamente en los casos y formas expresamente previstos en las Leyes, entendidas estas en sentido formal.

En materia de medio ambiente, ya la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1992, establecía en su Principio 10 el deber por parte de los Estados signatarios de proporcionar un acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, al considerar que:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados.

Posteriormente se firmaría el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público<sup>5</sup> en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus

---

1. *Vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 1621/2019, de 21 de noviembre.  
2. Recurso de casación 1542/2010.  
3. Recurso de casación 2537/2002.  
4. Recurso de casación 2537/2002.  
5. En cuanto al concepto de público, el art. 2.5. del Convenio dice que es «el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones», aclarando «a los efectos de la presente definición, se

(Dinamarca), el 25 de junio de 1998, ratificado por España el 15 de diciembre de 2004 y que, desde su publicación en el BOE el 16 de febrero de 2005, forma parte de nuestro ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española. Este texto, conocido como el Convenio de Aarhus, tal y como expresa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo número 1188/2017, de 7 de julio, surge de la necesidad de proteger el medio ambiente, a fin de garantizar el bienestar humano y los derechos fundamentales y, particularmente, el derecho a la vida, reconociéndose en dicho convenio a los ciudadanos y a las organizaciones no gubernamentales un importante papel en la protección medioambiental.

En lo que aquí interesa, el Convenio de Aarhus dice en su artículo 9.3 que «cada Parte velará porque los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional». A tal fin, añade el apartado 4 del mencionado art. 9 que «deberán ofrecer recursos suficientes y efectivos, en particular una orden de reparación, si procede, y deberán ser objetivos, equitativos y rápidos sin que su costo sea prohibitivo», a lo que agrega el apartado 5 que «[p]ara que las disposiciones del presente artículo sean aún más eficaces, cada Parte velará porque se informe el público de la posibilidad que se le concede de iniciar procedimientos de recurso administrativo o judicial, y contemplará el establecimiento de mecanismos de asistencia apropiados encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia». Lo anterior, en la medida en que, según se recoge en el preámbulo del Convenio de Aarhus, «toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar, y el deber, tanto individualmente como en asociación con otros, de proteger y mejorar el medio ambiente en interés de las generaciones presentes y futuras», y «para estar en condiciones de hacer valer este derecho y de cumplir con ese deber», se dice que «los ciudadanos deben tener acceso a la información, estar facultados para participar en la toma de decisiones y tener acceso a la justicia en materia medioambiental».

El Convenio de Aarhus fue desarrollado por la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental (que garantiza en su artículo 6 el acceso a la justicia en los supuestos que relaciona), y por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (y que en su artículo 6 contempla la legitimación de las organizaciones no gubernamentales).

En nuestro Derecho interno, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (conocida como Ley Aarhus), da respuesta a los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio de Aarhus y a la transposición de las

---

considerará que tienen tal interés, las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno».

Directivas mencionadas. En lo que aquí interesa, es en el art. 22 de esta Ley, intitulado «Acción popular en asuntos medioambientales», donde se regula el derecho de acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales, en los siguientes términos:

Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2».

Ha de llamarse la atención, precisamente, sobre el ámbito subjetivo de la norma. El ejercicio de lo que la propia Ley califica como «una especie de acción popular» corresponde únicamente a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por el acto u omisión impugnados, quedando excluidas, por tanto, las personas físicas<sup>6</sup>. Por ello, más que ante una verdadera acción pública, nos encontramos, según se dice en la Exposición de Motivos de la Ley y como también advierte la Sentencia del Tribunal Supremo número 1188/2017, de 7 de julio, ante «una legitimación legal para tutelar un interés difuso como es la protección del medio ambiente a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales».

Expone la Sentencia del Tribunal Supremo número 1432/2016, de 16 de junio, en este sentido, que puede comprobarse fácilmente que no nos encontramos ante la acción pública prevista en algunos sectores de nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que la Ley 27/2006, de 18 de julio, establece unos límites hasta entonces desconocidos, como que no se reconozca la posibilidad de su ejercicio a las personas físicas, sino solamente a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente, de manera que, según el Alto Tribunal, nos estaríamos ante una acción pública «peculiar», pues lo esencial en la acción popular es que se pueda ejercitar por cualquier ciudadano, siendo la propia Ley 27/2006, de 18 de julio, la que, de hecho, duda de la verdadera naturaleza de esta habilitación, cuando en su exposición de motivos indica que se reconoce una «especie de acción popular».

Es más, la anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo número 1188/2017, de 7 de julio, recuerda, de forma aún más explícita, que ya en resoluciones anteriores, como su Sentencia de 16 de mayo de 2007<sup>7</sup>, ha declarado que «propiamente

6. *Vid.*, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013 (recurso de casación 1542/2010), en la que se concluye que:

«El recurrente en la instancia es una persona física, y respecto de estas la ley no reconoce la acción pública medioambiental».

7. Recurso de casación nº 8001/2003.

no existe una acción pública medioambiental» y que la Ley 27/2006, de 18 de julio, únicamente reconoce esta acción en su artículo 22 a las asociaciones ecologistas que cumplan los requisitos de su artículo 23.

Sobre este particular, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 954/2016, de 29 de abril, que lo que se reconoce en la Ley 27/2006 es «más bien, una habilitación legal», que «no opera de forma semejante a las acciones públicas, como atribución de legitimación a cualquier ciudadano sin necesidad de invocar títulos o intereses específicos, sino que limita esa legitimación a las entidades que cumplan las condiciones que ahí se detallan».

En esta misma línea, Teso Gamella (2009) dice que, siendo consustancial a la acción pública que cualquier persona física o jurídica pueda ejercitarla y encontrándonos en la Ley 27/2006 ante una habilitación efectuada en favor únicamente de las asociaciones que cumplan determinados requisitos, no se puede hablar en puridad de una acción pública.

En definitiva, en materia medioambiental no existe en nuestro ordenamiento jurídico interno una auténtica acción popular con carácter general, estando prevista esta acción pública solamente para ámbitos concretos del medio ambiente. En este sentido, pueden verse, por lo que respecta a la legislación estatal:

1. El art. 39 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, a tenor del cual:

Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales de justicia la estricta observancia de los preceptos relativos a los parques nacionales existentes en esta ley, en las leyes declarativas de los parques nacionales y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.

2. El art. 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que establece lo siguiente:

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación.
2. La Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador ya finalizado o en trámite, abonará a los particulares denunciadores los gastos justificados en que hubieran incurrido».

3. El artículo octavo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (piénsese, por ejemplo, en los jardines históricos, contemplados en el art. 14 de la Ley, o en los sitios históricos, definidos en el art. 15 de la Ley como «el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico»):

1. Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible,

- ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone.
2. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de lo bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español».

4. Asimismo, en el art. 47.1.b) de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, se dice que la acción para denunciar las infracciones definidas en esta Ley como administrativas es pública.
5. Por último, el art. 6 de la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, que, según indica Pérez de los Cobos Hernández (2023), establece una verdadera acción pública, disponiendo:

Cualquier persona física o jurídica está legitimada para la defensa del ecosistema del Mar Menor, y puede hacer valer los derechos y las prohibiciones de esta ley y las disposiciones que la desarrollen a través de una acción presentada en el Tribunal correspondiente o Administración Pública.

Dicha acción judicial se presentará en nombre del ecosistema del Mar Menor como la verdadera parte interesada. La persona que ejercite dicha acción y que vea estimada su pretensión tendrá derecho a recuperar todo el coste del litigio emprendido, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, procuradores, peritos y testigos, y estará eximido de las costas procesales y de las fianzas en materia de medidas cautelares».

De hecho, Ayllón Díaz-González (2023) pone de relieve que entre la acción popular y este instrumento para la defensa de la laguna del Mar Menor existen algunas diferencias que le llevan a hablar de una «súper acción popular de amplio espectro», como son: 1º) que en la Ley de personificación del Mar Menor se ha previsto para defender los derechos de esta, mientras que con la acción pública, tal y como ha venido siendo considerada hasta ahora, se trata únicamente de garantizar el cumplimiento de la legalidad y no los derechos de persona alguna, y; 2º) que la acción pública, al margen del ámbito penal, ha venido operando únicamente en vía administrativa y en la jurisdicción contencioso-administrativa, resultando que la Ley 19/2022 abre la vía también a su aplicabilidad en el orden jurisdiccional civil.

Al igual que ocurre en la legislación estatal, las Comunidades Autónomas solamente vienen estableciendo la acción popular para ámbitos concretos relacionados con el medio ambiente.

En el caso de Andalucía, dispone el art. 68.2 de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestres, que:

2. Será pública la acción para exigir ante las Administraciones públicas la observancia de lo establecido en la presente Ley y disposiciones de desarrollo y aplicación.



Y el art. 38 de la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, el cual dice que:

Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y Tribunales Contencioso-Administrativos la estricta observancia de las normas de los espacios naturales protegidos.

Sí contemplaba una acción pública genérica en materia de medio ambiente el art. 3.4 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, que rezaba literalmente que:

4. Será pública la acción para exigir el cumplimiento de lo previsto en esta ley, tanto en vía administrativa como jurisdiccional.

No obstante, fue declarada la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «como jurisdiccional» por la STC 15/2021, de 28 de enero, toda vez que, según razonaba el exégeta de nuestra Carta Magna, «solo el Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1.6 CE, puede determinar los supuestos de legitimación para accionar en vía judicial, ya sea por el título general del «derecho o interés legítimo», ya sea por los títulos especiales, entre los que se encuentra la acción popular, respecto de la cual ya advertimos que «la Ley 29/1998 [art. 19 h)] ha optado por excluir la acción popular jurisdiccional, salvo que una ley estatal la haya previsto específicamente» (STC 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 6)»<sup>8</sup>.

### III. PROPUESTAS DE MEJORA

Lo que se ha visto hasta ahora contrasta con lo que sucede con otras materias, en las que sí se prevé una acción popular general. Tal es el caso, por ejemplo, del urbanismo, íntimamente ligado al medio ambiente, hasta el punto de que en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) número 48/2020, de 29 de enero (ECLI: ES:TSJCV:2020:121), se dice que «volvemos una y otra vez a movernos en el espinoso tema «acción medioambiental/acción urbanística», difíciles de deslindar en el momento actual donde inserto en la ordenación de territorio se encuentra el medio ambiente». En este sentido, ya fue reconocida la acción pública en materia urbanística en el artículo 223 de la primigenia Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, manteniéndose en todas las leyes del suelo posteriores, hasta llegar al actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en cuyo artículo 5.f) se establece que todos los ciudadanos tienen derecho a «[e]jercer la acción pública para hacer respetar las

---

8. En atención a lo declarado por Tribunal Constitucional en relación con la norma vasca a la que se hace referencia, en mi opinión, la expresión «y Tribunales Contencioso-Administrativos» empleada en el art. 38 de la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y se establecen medidas adicionales para su protección, podría ser inconstitucional».

determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora», disponiendo el artículo 62 de este cuerpo normativo en su apartado 1 que «[s]erá pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística».

Pues bien, recordemos que el art. 45 de la Constitución Española, al hablar de los «principios rectores de la política social y económica», establece que «[t]odos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», mientras que, siguiendo con el ejemplo puesto, no se reconoce en la Constitución Española el derecho a disfrutar de un urbanismo adecuado, ni el deber de conservarlo.

Por lo tanto, nos parece incongruente:

1. Que la Ley Aarhus, en su Exposición de Motivos, reconozca que la Constitución Española «configura el medio ambiente como un bien jurídico de cuyo disfrute son titulares todos los ciudadanos y cuya conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto», para continuar señalando que «[t]odos tienen el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente» y, sin embargo, no habilite legalmente para actuar en defensa del medio ambiente más que a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente.
2. Que en el caso del urbanismo aparezca consagrada una acción pública genérica, sin que ocurra lo mismo en el caso del medio ambiente, donde, insistimos, no hay tal acción popular más que en unos cuantos ámbitos determinados, a pesar del reconocimiento del llamado derecho al medio ambiente adecuado y del deber de conservarlo, sin que obste a ello el hecho de que se trate de un principio rector de la política social y económica y no de un derecho fundamental. Sobre esto último, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008<sup>9</sup> y de 25 de mayo de 2010<sup>10</sup>, que se hace eco de la primera, declaraban «la especial y decidida protección del medio ambiente por parte del artículo 45 de la Constitución Española, y el carácter amplio, difuso y colectivo de los intereses y beneficios que con su protección se reportan a la misma sociedad ---como utilidad substancial para la misma en su conjunto---, que obliga a configurar un ámbito de legitimación en esta materia».
3. Con la conciencia social, cada más preocupada por el medio ambiente, así como con lo que los poderes públicos han calificado como emergencia climática.

Así las cosas, resultaría conveniente reconocer una auténtica y genérica acción popular en materia medio ambiental, tanto en el ámbito administrativo como en el orden

9. Recurso de casación 905/2007.

10. Recurso de casación 2185/2006.

jurisdiccional contencioso-administrativo, pues ello contribuiría positivamente a la preservación y mejora del medio ambiente.

No obstante, vemos cómo, en ocasiones, el ejercicio de la acción pública da lugar a efectos perniciosos. A fin de evitar situaciones indeseables, sería necesario establecer expresamente como límites legales al ejercicio de la acción popular el mero interés de protección de la legalidad sin trascendencia para el medio ambiente, así como el uso abusivo del derecho.

En relación con lo primero, esto es, con la defensa de la legalidad formal sin trascendencia para el medio ambiente, podemos poner como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo número 1432/2016, de 16 de junio, que analiza un supuesto en el que la asociación recurrente proclamaba la caducidad de unas concesiones mineras, negada por la Administración, razonando el Alto Tribunal que resulta necesario dilucidar si en la solicitud formulada se estaba atacando una omisión de la Administración que pudiera afectar a alguno de los sectores a los que se refiere el artículo 18 de la Ley 27/2006, concluyendo en el caso concreto, de la lectura del escrito, que ninguno de los motivos aducidos tenía trascendencia directa o indirecta para la protección del medio ambiente, sino que en la solicitud solamente se hacía un control de legalidad formal, por lo que no resultaría posible arbitrar el mecanismo previsto en el artículo 23 de la Ley 27/2006<sup>11</sup>.

Pero también sucede en ocasiones que lo que aparentemente es un problema medioambiental esconde, realmente, un conflicto entre particulares o incluso entre un particular y la propia Administración, buscándose exclusivamente el perjuicio de la parte a la que se enfrenta, más que el beneficio propio de la acción popular. Es más, la ya antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 dice que «la doctrina ha llegado a captar hasta la existencia de una auténtica picaresca, como es la de obtener una compensación por el desistimiento». Nos encontramos, en tales casos, ante un ejercicio abusivo del derecho, consistente, según el artículo 7.2 del Código Civil, en «[t]odo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho», y que, de mediar, ha de conducir al Juzgado o Tribunal, en nuestra opinión, a rechazar fundadamente la pretensión articulada, a tenor de lo dispuesto en el número 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Puede servir como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 919/2008, de 13 de abril<sup>12</sup>, en la que la recurrente alega actuar en defensa de los intereses de las empresas fabricantes de

---

11. Concretamente, la asociación recurrente solicitó la declaración de caducidad por los siguientes motivos del art. 109 del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, Reglamento General para el régimen de minería:

- por la letra d), relativa a incumplimiento de la obligación de iniciar los trabajos en el plazo de un año a partir del otorgamiento de la concesión.
- por la letra f), por incumplimiento de la obligación de presentar, dentro de los plazos reglamentarios, el plan de labores anuales.
- por la letra e), por haber sido incumplido el plan de labores, pero ello no por realizar algún tipo de actividad, sino por estar las concesiones en inactividad.

12. ECLI: ES:TSJM:2008:29503.

hormigón que están asociadas, afirmando que constituye un acto de competencia desleal el instalar una planta de fabricación sin haber obtenido las oportunas licencias, a lo que opone la Sala que no resulta suficiente para exigir la clausura invocando un título como la competencia desleal.

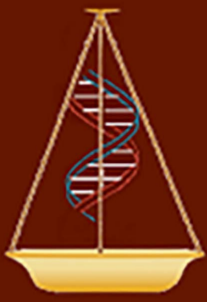
Otra muestra de ejercicio abusivo del derecho es el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares número 556/2008, de 7 de julio, en la que el Juzgado *a quo* estima que con la denuncia planteada el representante legal de la parte recurrente únicamente persigue el daño concreto a los titulares de la actividad, precisamente por ser familia directa de la Alcaldesa, con quien aquel mantiene una situación de conflictividad. No obstante, en el caso concreto, la Sala no le da relevancia a este extremo, al entender que bajo el manto del abuso del derecho puede desvirtuarse, en gran medida, el sentido de la acción popular.

Sobre este particular, hemos de señalar que un límite general al ejercicio de las acciones como es el abuso del derecho no debe admitir excepciones y, de hecho, la legislación urbanística de Andalucía va en esa vía, al establecerse expresamente en el art. 10.6 *in fine* de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, que:

El ejercicio de la acción pública tendrá como límites el abuso del derecho y el ejercicio del derecho en fraude de ley.

## BIBLIOGRAFÍA

- AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J. M. (2023). Sobre derechos y otras prosopopeyas jurídicas, a propósito de una persona llamada «Mar Menor». *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 138. <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2023/09/2023-07-18-Ayllon-Naturaleza-Mar-Menor-MODIFICADO.pdf>.
- BERROCAL ACEDO, A. (2019). *La reposición de la realidad física alterada en la actividad urbanística* [Tesis doctoral, Universidad de Málaga]. <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/19102>.
- CAMPOY MIÑARRO, M. (2020). Medio ambiente. ¿Existe la acción pública? Lefevre. Recuperado el 23 de octubre de 2023 de <https://elderecho.com/medio-ambiente-existe-la-accion-publica>.
- DORESTE HERNÁNDEZ, J. (2021). Sentencia del Tribunal Constitucional 15/2021, de 28 de enero, Cuestión de inconstitucionalidad 1772-2020. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 110, 88-92. [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2021/03/2021\\_03-Recopilatorio-110-AJA-marzo.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2021/03/2021_03-Recopilatorio-110-AJA-marzo.pdf).
- PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E. (2023). La acción popular como instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva del mar menor y su cuenca». *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n.º 41. <https://huespedes.cica.es/gimadus/41/41-01-elisa.html>.
- PONS PORTELLA, M. (2018). La acción popular en asuntos medioambientales. *Revista de Administración Pública*, n.º 206, 179-209. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/38422rap20606pons-portela.pdf>.
- TESO GAMELLA, P. (2009). Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales. *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 36, 71-89. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9935/10221>.



## An Analysis of the Sources of International Responsibility of States in the Face of Climate Change: *a Customary Rule in the Making?*

UN ANÁLISIS SOBRE LAS FUENTES DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO: ¿UNA NORMA CONSUECUDINARIA EN FORMACIÓN?

**Gustavo de la Orden Bosch<sup>1</sup>**

Universidad de Deusto

[gustavodelaorden@deusto.es](mailto:gustavodelaorden@deusto.es)  0000-0002-8779-5904

Recibido: 26 de marzo de 2024 | Aceptado: 30 de mayo de 2024

### ABSTRACT

This paper addresses some questions that climate change raises for international law. It focuses in particular on the request for an advisory opinion submitted by the United Nations General Assembly to the International Court of Justice (ICJ) on 29 March 2023. This request is analysed as a further manifestation of the international community's concern to clarify the international responsibility of states to prevent, mitigate and remedy the damage caused by climate change. The study argues that the ICJ could clarify obligations under existing treaties. There may also be a particular opportunity for the Court to expand its jurisprudence on other sources of international law. In particular, it asks whether the ICJ could confirm the emergence of a specific customary rule on the issue.

### KEYWORDS

Climate change  
International responsibility  
Advisory jurisdiction  
International Court of Justice  
International law of climate change  
International Human Rights Law  
Customary norms

1. Associate researcher, Institute of Human Rights Pedro Arrupe, University of Deusto. Member of the research teams «Human Rights and Sociocultural Challenges in a World in Transformation», financed by the Basque Government (RETOS IT-1468-22), and «The European Pact on Migration and Asylum and the Mediterranean States in the post-covid context (EURASYLUM II)» (DER 113999RB-100), financed by the Spanish Ministry of Science and Innovation and the European Regional Development Fund (ERDF).

## RESUMEN

Este artículo aborda algunas cuestiones que el cambio climático plantea al Derecho internacional. Se centra, en particular, en la solicitud de opinión consultiva presentada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) el 29 de marzo de 2023. Esta solicitud se analiza como una manifestación más de la preocupación de la comunidad internacional por aclarar la responsabilidad internacional de los Estados para prevenir, mitigar y remediar los daños causados por el cambio climático. El estudio sostiene que la CIJ podría aclarar las obligaciones derivadas de los tratados existentes. También puede haber una oportunidad particular para que la Corte amplíe su jurisprudencia sobre otras fuentes del Derecho internacional. En concreto, se pregunta si la CIJ podría confirmar la aparición de una norma consuetudinaria específica sobre la cuestión.

## PALABRAS CLAVE

Cambio climático  
Responsabilidad internacional  
Jurisdicción consultiva  
Corte Internacional de Justicia  
Derecho Internacional del medio ambiente  
Derecho internacional de los derechos humanos  
Normas consuetudinarias

## I. INTRODUCTION

In 2023, a number of requests for advisory opinions have been submitted to various international tribunals to clarify the international responsibility of states to prevent and mitigate the damage caused by climate change. This paper focuses on one such request: the one submitted by the United Nations General Assembly to the International Court of Justice (ICJ) on 29 March 2023. The latter is analysed as one of the manifestations of the international community's growing concern about climate change.

The interest of this paper is to explore what contributions the Hague Tribunal could make to the development of international climate change law. The analysis seeks to develop some lines that the Court could draw in its jurisprudence. This objective is linked to the need to transcend the status quo of the prevailing discourse in international law, which is laden with programmatic language that condemns it to indefinite repetition. Given the lack of specific jurisprudence on climate change in the ICJ, the analysis of the advisory opinion request focuses on the sources of international law that the Court could apply or develop in this area. In particular, the study focuses on the analysis of international custom, its elements and the difficulties in identifying them in the field of climate change.

In view of the different meanings of the term «climate change», this paper adopts the concept set out in Article 1.2 of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), which defines it as follows: «a change in climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods».

## II. A BRIEF OVERVIEW OF PROGRESS TOWARDS INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES TO ADDRESS CLIMATE CHANGE

Since the 1980s, the international community has been seeking political and legal instruments to mitigate the effects of climate change. The problem is undeniably global

in nature and requires joint action. The first attempts began almost simultaneously with the scientific evidence that climate change was already a clear reality, and were mostly channelled through the United Nations system via intergovernmental mechanisms<sup>2</sup>. Since then, international law has become an enabling environment for achieving the goals of mitigation and adaptation to the environmental crisis (Giles Carnero, 2021). Such goals are of common interest to the international community.

However, the first responses were mainly soft law, unable to establish precise rules and concrete obligations, despite a growing global concern<sup>3</sup>. At the beginning of the 21st century, recent developments increasingly point to the construction of binding legal norms by States, which are beginning to assume that international responsibility in this area must be collective and requires precise rules<sup>4</sup>. This is demonstrated at least by the gradual –if sometimes interrupted<sup>5</sup>–, transition of legal instruments from soft to hard law. Although these advances are doubtful and mostly ineffective in practice, it is possible to identify the beginnings of a certain consensus on the imperative nature of international law in the face of global warming and the climate emergency.

---

2. In 1988, the United Nations Environment Programme (UNEP) and the World Meteorological Organization (WMO) established the Intergovernmental *Panel on Climate Change* (IPCC). Today, the IPCC is the main international body for the assessment of climate change, with 195 member states. Also in 1988, the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (adopted in 1985) entered into force, which aims to promote international cooperation in scientific research and assessment of the ozone layer. This Convention is the first convention to receive the signature of all parties involved, and in 2009 it achieved universal ratification. However, the convention does not provide for concrete measures. Subsequently, the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer was adopted in 1987 and entered into force in 1989, providing for more specific measures to phase down the production and consumption of ozone-depleting substances. See: Von Bassewitz, 2013, 102.

3. The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) was adopted in 1992 in the framework of the Rio de Janeiro Summit, based on the studies carried out by the IPCC, with the main objective of stabilising greenhouse gas concentrations. The Convention entered into force in 1994 and has so far been ratified by 197 states. Due to its claim to universality, the Convention establishes the principle of common but differentiated responsibility (CBDR), in order to distribute the latter in proportion to the damage caused between industrialised and industrialising countries (Art. 3.1).

4. The Kyoto Protocol to the UNFCCC was adopted on 11 December 1997 and entered into force on 16 February 2005. It has now been ratified by 192 States. This Protocol represents the first international agreement to establish mitigation obligations for States. The obligations are spread over different time periods. During the first period, in application of the RCD principle, the Protocol only obliges 36 industrialised countries and the European Union (Annex B) to reduce emissions. The objective is to achieve an average emission reduction of 5% compared to 1990 levels in the five-year period 2008-2012. The remaining countries committed themselves to taking on obligations in a second period. On 8 December 2012, the Doha Amendment to the Kyoto Protocol was adopted with the intention of establishing a second commitment period between 1 January 2013 and 31 December 2020. However, the minimum number of 144 instruments of ratification for the entry into force of the amendment has so far not been reached. In addition, the Kyoto Protocol introduces flexible market mechanisms, which allow trading of emission permits (international emissions trading - Art. 17, Clean Development Mechanism - Art. 12, and Joint Implementation - Art. 6). Subsequently, the states parties to the UNFCCC adopted the Paris Agreement, which obliges states to contribute to «keeping the global average temperature increase well below 2°C above pre-industrial levels, and to pursue efforts to limit this temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels» (art. 2.1.a).

5. See, for example, the analysis on the negotiations of the Global Compact for the Environment in Fajardo del Castillo, 2019.

For their part, national and international courts have been key actors in the development of international environmental law and the recognition of the right to a healthy environment as an independent and justiciable human right. Both the International Court of Justice and some national courts, as will be analysed below, have issued rulings of great impact in this area, mainly in the context of resolving disputes between states. Similarly, regional human rights courts have issued judgments that have broadened the understanding and philosophy of human rights in the natural environment. In the latter respect, the Inter-American Court has been particularly active, for example, in protecting the rights of indigenous peoples and their relationship with the habitat<sup>6</sup>. Likewise, in its Advisory Opinion 23/17 on human Rights and the environment<sup>7</sup>, the Inter-American Court ruled that human rights cannot respond exclusively to the interests of individuals, but must be adapted to the protection of the natural environment in which life develops.

In 2023, a new strand has arisen on the international judicial scene, with a particular focus on international law in the face of climate change. International tribunals have been called upon to use their contentious and advisory jurisdiction to address the obligations of States to prevent, mitigate and remedy the damage caused by climate change. Various bodies have been asked or consulted to pronounce on aspects that have hitherto depended on the will of the state and the greater or lesser environmental awareness of governments in power. The ICJ, the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) have received a series of requests for advisory opinions on this issue<sup>8</sup>. Although the opinions were requested by representatives of States, civil society has played a decisive role in their implementation through the promotion of their respective approaches by non-governmental organisations. For example, the request to the ICJ was promoted by the World's Youth for Climate Justice (WYCJ), and the request to the Inter-American Court of Human Rights was promoted by the Centre for Justice and International Law (CEJIL).

Indeed, the consequences of the climate emergency are of particular interest in the field of international human rights law (IHRL). Since the beginning of the codification process in the twentieth century, IHRL has been marked by the simultaneous expansion of political liberalism. Even earlier, the earliest antecedents of codification, in the context of the French Revolution, were driven by liberal political currents. In both cases, political liberalism was accompanied by economic liberalism. Similarly, since the end of the Cold War in the late 1980s, the economic justification for globalisation has to some extent been characterised by an alleged link with the exercise of the most basic individual

---

6. See, for instance, Inter-American Court of Human Rights (IACHR), Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 17 June 2005. Series C No. 125; IACourHR. Case of Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of February 6, 2020. Series C No. 400.

7. IACourHR. Advisory Opinion OC-23/17 of 15 November 2017. Series A No. 23. Environment and human rights (State obligations in relation to the environment in the framework of the protection and guarantee of the rights to life and personal integrity - interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1), in relation to Articles 1(1) and 2 of the American Convention on Human Rights).

8. Between the submission and peer review of this paper, the ITLOS delivered unanimously the advisory opinion requested: ITLOS, 21 May 2024, Case No. 31, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Islands States on Climate Change and International Law. Advisory Opinion*.



freedoms. However, in the current conditions of climate emergency, unbridled economic growth may ultimately be contradictory and incompatible with respect for human rights, particularly those affected by violations of the right to a healthy environment. Since the second decade of the 21st century, extreme right-wing or related political parties that advocate positions that deny the existence of climate change have been gaining strength in a number of countries<sup>9</sup>. Such parties advocate the strengthening of neo-liberal economic processes, deregulated or with minimal state intervention, which can exacerbate the climate emergency. In a break with the traditional combination of political and economic liberalism, the new parties push for authoritarian political regimes that promote neoliberal, deregulated policies.

Against this background, in the specific field of the protection of human rights, the question arises as to the role of international law in determining the responsibilities stemming from the environmental crisis. Although there are a number of concerns about the effectiveness of IHRL in addressing climate change (Mayer, 2021, 412)<sup>10</sup>, this issue has been raised before the Inter-American Court of Human Rights following a request for an advisory opinion by the States of Chile and Colombia. To answer this question, the Court has important precedents in the field of international environmental law. In particular, the aforementioned Advisory Opinion 23/17 represents a fundamental decision in clarifying the relationship between human rights and the environment. In it, the Court recognised the right to a healthy environment as an autonomous and justiciable human right<sup>11</sup>, and stated that «environmental degradation and the adverse effects of climate change impair the effective enjoyment of human rights»<sup>12</sup>. The same criterion has been used by the Inter-American Court in some cases concerning the protection of environmental defenders<sup>13</sup>. Likewise, within the Inter-American system, the Inter-American Commission has developed some specific criteria for the human rights obligations of the States of the region in the face of the climate emergency<sup>14</sup>.

9. On the threat of climate change to liberal political regimes, see Kang *et al.*, 2023.

10. Mayer outlines that these concerns relate to diffuse responsibilities, the lack of a distinct class of victims, and the speed or effectiveness of state action to mitigate climate change. Building on these doubts, the author argues that from an interpretation of human rights treaties as a source of a state's obligation to mitigate climate change, it is possible to affirm that a state must cooperate on climate change mitigation only if and to the extent that cooperation on climate change mitigation can effectively protect the enjoyment of the right in question by individuals within its territory or jurisdiction (2021, 413).

11. IACourHR, Advisory Opinion OC 23-17, cit., para. 55. Also: IACourHR, Case of Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat Association (Nuestra Tierra) v. Argentina. Interpretation of the Judgment on the Merits, Reparations and Costs. Judgment of 24 November 2020. Series C No. 420, para. 202.

12. In a similar vein, the United Nations Human Rights Council had previously pronounced in Resolution 7/23, «Human Rights and Climate Change», UN Doc., 28 March 2008: «climate change creates an immediate and far-reaching threat to people and communities around the world and has implications for the full enjoyment of human rights».

13. IACourHR, Case of Baraona Bray v. Chile. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 24, 2022. Series C No. 481, para. 114; Case of Kawas Fernández v. Honduras. Merits, Reparations and Costs. Judgment of April 3, 2009. Series C No. 196, para. 148. In a similar sense: Inter-American Court. Case of Claude Reyes *et al.* v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 19, 2006. Series C No. 151.

14. Inter-American Commission on Human Rights (IACHR); Rapporteurship on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA). Resolution 3/2021. «Climate emergency and inter-American

In fact, the issue has not only been channelled through the advisory channel of the international courts, but also through other functions carried out by various international bodies. Thus, previously, within the Inter-American system, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the Office of the Special Rapporteur on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA) published the Resolution 3/21 «Climate Emergency: Scope of Inter-American Human Rights Obligations»<sup>15</sup>. For its part, the European Court of Human Rights (ECHR) is hearing a number of contentious cases against states for damages that could be linked to their inaction in the face of global warming<sup>16</sup>. Similarly, the Committee on the Rights of the Child issued a General Comment in the specific context of climate change, stating that «States must protect children not only from present environmental harm, but also ensure their well-being and development, taking into account future risks and harms»<sup>17</sup>. With regard to the latter, as McMenemy (2023, 219) outlines, the ICJ could enrich its analysis by considering the general comments and views in individual communications issued by the Human Rights Committee and other treaty bodies.

The activation of the advisory competence of the different international bodies, as well as the general observations and contentious cases in progress, demonstrate the growing concern of the international community on this issue. They also show that international law is being called upon to play a leading role in clarifying the obligations of States. The simultaneous handling of these different processes runs the risk of

---

human rights obligations». Adopted by the IACHR on 31 December 2021. [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion\\_3-21\\_SPA.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/Resolucion_3-21_SPA.pdf).

15. Ibid.

16. European Court of Human Rights (ECtHR), cases *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others* (no. 39371/20) *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (no. 53600/20); *Carême v. France* (no. 7189/21). In February 2023 the ECtHR decided to stay proceedings in other cases also related to alleged climate change violations, pending the Grand Chamber's decision (see ECtHR press releases of 3 February 2023 (ECHR 035 - 2023) and 9 February 2023 (ECHR 046 - 2023)). The suspended cases are: *Uricchiov v. Italy and 31 Other States* (no. 14615/21); *De Conto v. Italy and 32 Other States* (no. 14620/21); *Müllner v. Austria* (no. 18859/21); *Greenpeace Nordic and Others v. Norway* (no. 34068/21); *The Norwegian Grandparents' Climate Campaign and Others v. Norway* (no. 19026/21); *Soubeste and four other applications v. Austria and 11 Other States* (nos. 31925/22, 31932/22, 31938/22, 31943/22 and 31947/22); *Engels v. Germany* (no. 46906/22). On the other hand, two cases have been declared inadmissible by the ECtHR on the grounds that the applicants were not sufficiently affected to claim to be victims of a violation of the Convention or its Protocols within the meaning of Article 34 (right of individual petition). The inadmissible cases are: *Humane Being and Others v. the United Kingdom* (no. 36959/22) and *Plan B. Earth and Others v. the United Kingdom* (no. 35057/22), according to the decisions of 1 December 2022 and 13 December 2022 respectively. Between the submission and peer review of this paper, the ECtHR decided three of the pending cases mentioned before: the claims in *Carême v. France* and *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Others* were dismissed on admissibility grounds (mainly due to the lack of proof about the damage suffered by the applicants); while in *KlimaSeniorinnen*, the Court acknowledged for the first time the interplay between Convention rights and climate change. In this case in particular, the Strasbourg Court found a violation of the right to private and family life (Article 8) because of the State's failure to mitigate climate change, and a violation of the right to a fair trial (Article 6) because of the judicial failure to challenge the State's inaction.

17. Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/26, 22.8.23, General comment No. 26 on children's rights and the environment, with a special focus on climate change, para. 17: «States should not only protect children against environmental harm, but also ensure their well-being and development, taking into account the possibility of future risk and harm».

accentuating the fragmentation of a system that is still evolving and in search of certainties. However, these processes can also be seen as complementary tools (Jiménez Pineda, 2023, 6). In particular, the simultaneous development of the various consultative processes can be enriched by a dialogue between international bodies in their respective fields of competence.

### III. REQUESTS FOR ADVISORY OPINIONS PENDING BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS

This paper focuses its analysis on the request for an advisory opinion submitted to the ICJ. However, there are two other requests for opinions pending before the Inter-American Court and the ITLOS, respectively. The activation of the advisory function of various international tribunals is a sign of the concern of states to clarify their responsibilities arising from the global impacts of the climate emergency.

The request to the ICJ was submitted by a resolution of the UN General Assembly, adopted by consensus of the 193 Member States<sup>18</sup>. The initiative was registered at the 77th session of the General Assembly by a group of 18 States, led by the Republic of Vanuatu, an island State in the South Pacific whose existence is threatened by the foreseeable rise in sea levels. Through this application, the Assembly asks the Court, firstly, what obligations States have under international law to ensure the protection of the climate system and other elements of the environment from anthropogenic emissions of greenhouse gases for the benefit of States and present and future generations. Secondly, the request asks what legal consequences flow from these obligations for States which, by their acts and omissions, have caused significant damage to the climate system and other elements of the environment, with respect to: (1) States, including, in particular, small island developing States, which, because of their geographical circumstances and level of development, are adversely affected or particularly affected by, or particularly vulnerable to, the adverse effects of climate change; and (2) Peoples and individuals of present and future generations affected by the adverse effects of climate change.

Many other States are currently in similar geographical and environmental situations to those of the Republic of Vanuatu (Aznar Gómez, 2023). Such is the case of Chile, which, together with Colombia, submitted a request for an advisory opinion to

---

18. Although the resolution was reached by consensus, the United States expressed doubts about the timing and effects of the ICJ submission: «We have considered this carefully, recognizing the priority that Vanuatu and other Small Island Developing States have placed on seeking an advisory opinion from the International Court of Justice with the aim of advancing progress towards climate goals. However, we have serious concerns that this process could complicate our collective efforts and will not bring us closer to achieving these shared goals. We believe that launching a judicial process - especially given the broad scope of the questions - will likely accentuate disagreements and not be conducive to advancing ongoing diplomatic and negotiations processes. In light of these concerns, the United States disagrees that this initiative is the best approach for achieving our shared goals, and takes this opportunity to reaffirm our view that diplomatic efforts are the best means by which to address the climate crisis» (Explanation of Position on Resolution Entitled Request for an advisory opinion of the International Court of Justice, Nicholas Hill, Deputy U.S. Representative to ECOSOC, New York, 29.3.2023, available at: <https://usun.usmission.gov/explanation-of-position-on-resolution-entitled-request-for-an-advisory-opinion-of-the-international-court-of-justice/>).

the Inter-American Court. In this request, the two Latin American States ask the Inter-American Court to «clarify the scope of State obligations, in their individual and collective dimension, to respond to the climate emergency in the framework of international human rights law»<sup>19</sup>.

In addition, in December 2022, a group of island States, led by Antigua and Barbuda and Tuvalu, submitted a request for an advisory opinion to the ITLOS<sup>20</sup>. On this occasion, the Tribunal is requested to rule on the obligations of States, on the one hand, to prevent, reduce and control pollution of the marine environment in relation to the effects arising or likely to arise from climate change, including ocean warming and sea level rise, and ocean acidification, caused by anthropogenic emissions of greenhouse gases into the atmosphere; and, on the other hand, to protect and preserve the marine environment in relation to such effects of climate change.

#### **IV. POSSIBLE QUESTIONS ABOUT SOURCES BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: SIGNS OF A CUSTOM IN THE MAKING?**

The ICJ has not yet had the opportunity to make a specific pronouncement on the responsibilities of States in the face of climate change. The request for an advisory opinion opens a new door for the development of international law, for the identification of legal obligations in this area and, in particular, for the determination of the sources of international law from which they may emanate. Although climate change is a new issue in the jurisprudence of the Hague Tribunal, some of its judgments resolve conflicts between States related to international environmental law and closely linked to the harmful effects of human activities on the environment (Fitzmaurice, 2014; Bodansky, 2023).

Given the questions that the General Assembly has put to the Court, it is interesting to ask what sources of law the Court will consult in its search for legal answers to the question. According to the wording of Article 38 of the ICJ Statute, most of the sources mentioned do not regulate climate change or the damage it may cause. Specifically, there is only one binding convention (the aforementioned UNFCCC and its protocols), while the rest of the written instruments are contained in declarations and resolutions without direct binding effect. At the same time, the International Court could draw on the jurisprudence of other national and international judicial bodies. Although jurisprudence is not a rich source for identifying precise and concrete rules, the Court already has at its disposal the jurisprudence of the Inter-American Court, Resolution 3/2021 of the Inter-American Commission or General Comment 26 of the Committee on the Rights of the Child (cited above), which opens up the possibility of dialogue between the different international bodies.

---

19. IACtHR. Request for an Advisory Opinion on Climate Emergency and Human Rights to the Inter-American Court of Human Rights from the Republic of Colombia and the Republic of Chile, of 9 January 2023. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc\\_1\\_2023\\_es.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf).

20. ITLOS, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Case No. 31/2022)*, 12 December 2022.

Given the lack of clarity regarding the other two sources of law, i.e. international custom and general principles of law, the next question is what their respective usefulness might be. These two sources are probably the most difficult to grasp because of their higher level of abstraction and the lack of explicit legal acts indicating their origin. However, the jurisprudence of the International Court of Justice since its inception has been particularly rigorous and abundant in resolving cases submitted to its jurisdiction through the application of both sources of law.

The established jurisprudence of the Court emphasises international custom as the product of the two elements set out in Article 38 of the Statute<sup>21</sup>. The Court has repeatedly pointed out that international custom as a source of law requires the integration of the objective and subjective elements. The objective element is the result of practice, which is embodied in the acts and omissions of States in a continuous manner over time, without there being specific and homogeneous periods for each situation. Each practice requires a particular exercise of interpretation, which depends to a large extent on the reality in which the State acts. On the other hand, the subjective element or *opinio iuris* is defined by Article 38 of the Statute itself as the conviction that the practice constitutes an obligation. Because of its subjective nature, this second element is in most cases more difficult to explain, mainly because it seeks to unravel the subjective conviction of abstract entities such as States. However, the jurisprudence of the Court has clearly indicated that the subjectivity of States is inferred from the intentionality of their acts and manifestations.

In the exercise of applying the general theory of international custom to the specific field of climate change, it is necessary to analyse the emergence of each element separately. Firstly, the identification of a custom in this area would not require its maintenance over a long period of time, since it is a relatively recent phenomenon. The first alarms about climate change in the 1980s provide a timeline. Since then, the concern of states to prevent, mitigate and repair the damage caused by climate change has materialised at the international level through intergovernmental summits and the adoption of programmatic instruments. Beyond these formal agreements, it is not possible to point to actions or omissions that have taken place at a real level, at least in a widespread and shared way. The identification of the objective element becomes difficult in the absence of common and sustained actions or omissions over time.

In contrast to the objective element, the subjective element - or awareness - of an imperative to act is beginning to take shape in the international community. A germ of *opinio iuris* could be represented by the unanimous adoption of the General Assembly resolution to submit the request for an advisory opinion to the ICJ. This circumstance is reinforced by the submission of the other two requests to the Inter-American Court and ITLOS. In addition, the various summits held in the context of the Paris Agreement show a common awareness among states, regardless of their position in the Global North or the Global South. A significant event in this regard was the decision by the then US President Donald Trump to withdraw his country's ratification of the Paris Agreement (Zhang *et al.*, 2017; Fajardo del Castillo, 2018). Criticism of this decision showed that

---

21. For instance, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v United States)*, 1986, ICJ Rep 14.

it was not seen simply as a sovereign state expressing its position on an international agreement, but as a violation of the obligations that all states have in this area, especially those that contribute most to environmental degradation.

However, the logical relationship between the two elements of international custom is a matter of debate in doctrine (Evans, 2014, 98). The debate centres on the chronological order of practice and *opinio juris*: if the two elements do not occur simultaneously, does practice precede the awareness of binding force, or is practice the evidence or material confirmation of an earlier awareness? The latter would be consistent with what is happening in the area of climate change: the international community is showing signs of an emerging awareness of the need to act on climate change. The question that remains open, therefore, is whether it is possible to speak of an emerging international custom regarding the obligations of states to prevent, mitigate and reduce the effects of climate change. According to the elements of Article 38 of the ICJ Statute, subjective awareness would be separate and awaiting a practice that does not yet exist or has not yet been consolidated.

On the other hand, under the first hypothesis of the precedent character of the material element, the Court would have to find the existence of a constant, repeated, uniform practice which is subsequently accepted by the States concerned as the exercise of an obligation. The objective element would precede the subjective element. From this point of view, it is problematic at this stage to identify the formation of an international custom - even if it is still in the process of formation - with regard to the obligations of States, since it is not possible to establish the existence of a practice that meets the material requirements indicated. This could be an obstacle for the Court in analysing the application of this source of law to the advisory opinion. The preclusion of any court from creating law would prevent the Court from confirming the existence of a custom, even if only in its genesis, in the absence of the objective element.

In view of the difficulties of the latter argument, the question arises whether the possible *opinio iuris* without material practice is in fact the manifestation of a principle on climate change. In such a case, liability could derive from the general principle of responsibility for internationally wrongful acts and the principle of due diligence, following the rules of the Draft Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts. In particular, Principle 7 of the 1992 Rio Declaration, which affirms the duty to «cooperate in a spirit of global solidarity to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem»<sup>22</sup>, is useful from the perspective of common but differentiated responsibilities according to each State's respective contribution to environmental degradation.

---

22. Rio Declaration on Environment and Development. Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992, vol. I, Resolutions Adopted by the Conference (United Nations publication, Sales No. E.93.I.8 and corrigendum), resolution 1, annex I, Principle 7: «States shall cooperate in a spirit of global solidarity to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. Because they have contributed to varying degrees to the degradation of the global environment, States have common but differentiated responsibilities. Developed countries recognise their responsibility in the international pursuit of sustainable development, in view of the pressures their societies place on the global environment and the technologies and financial resources at their disposal».

Similarly, the obligation could derive from the principle of strict liability of States for the effects of conduct under their jurisdiction, based on the «do no harm» rule and the principle of good neighbourliness between States, as enshrined in Principle 2 of the 1992 Rio Declaration<sup>23</sup>. However, the precise limits and elements of this rule are under discussion (Mayer, 2016, 90). Moreover, the difficulties in applying the principles of responsibility - both generally for wrongful international acts and more specifically in environmental matters - have to do with the complexity of the behaviours that provoke and exacerbate the climate emergency, the attribution of the behaviour to the State, and the lack of a legal basis that delineates precise international obligations in this matter.

## V. CONCLUSIONS

Global warming is an urgent appeal to the international community in the face of a global phenomenon whose effects transcend the strict limits of territorial sovereignty and affect all people, regardless of their nationality or location in the Global North or South. The international community's responses to climate change have evolved in different ways over the past decades. For its part, international law has been a tool that has led to important agreements between states on the issue. To date, however, the legal norms in force have mainly been of a soft law nature. The latter can still be observed in those norms contained in international treaties or protocols that are binding, but their wording is ambiguous when it comes to determining the corresponding responsibilities, as they generally resort to formulas that are left to the discretion of the State. The requests for advisory opinions submitted in 2023 to various international tribunals demonstrate the above-mentioned urgency of the search for clearer and more precise criteria in the field of public international responsibility.

International jurisprudence has not yet developed significantly in this area. This may be due to uncertainty on the part of States themselves, as well as on the part of other members of the international community –including international organisations and individuals, non-governmental organisations and multinational corporations–. The extent of their respective responsibilities is unclear. Against this background, a number of cases have recently been brought before international and regional courts whose decisions are still pending (and some have been dismissed, as in the case of the ECtHR, for lack of proof of the specific and concrete scope of the alleged violations in relation to the plaintiffs as victims). In other words, the momentum is also beginning to build at the international judicial level. The main doubt is whether the forthcoming judgments will provide a fertile ground on which to set up clear and legally binding norms; or, on the contrary, whether courts will opt for positions deferential to state sovereignty on an issue of an undoubtedly global character.

---

23. Rio Declaration on Environment and Development, *op. cit.*, Principle 2: «In accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, States have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction».

In light of the soft-law nature of existing international law, the requests for advisory opinions submitted to the ICJ, the IACHR and the IMRT (as well as the contentious individual cases pending before the ECtHR) provide an opportunity to identify and clarify the obligations of states in the face of current and potential climate damage, and to identify what might be effective mechanisms of accountability. In order to avoid legal fragmentation, an inherent problem of the decentralised structure of international law, the overlapping timeframe of the different cases could serve to promote dialogue between the different international bodies.

In particular, the ICJ has the opportunity to promote the sources of international law on climate change. First, the Court will be able to interpret and shed light on treaty obligations already in force. But there may also be a particular opportunity for the Court to develop its jurisprudence on other sources of international law, such as custom or general principles. One of the main questions is whether the development of international conventions, together with recent acts of the international community in the judicial (as well as in the political) sphere, constitutes a possible international custom in the making. More specifically, the question arises as to whether we are facing an emerging *opinio juris*. The problem inherent in this hypothesis, however, is the lack of an objective element. Thus, the question remains as to what practices states will develop on the basis of the obvious concerns that are already evident and firmly established on the international scene. Moreover, the hypothesis of a customary norm in *statu nascendi* raises the question of whether it is possible for *opinio juris* to anticipate practice. As a further alternative hypothesis, the next question is whether, in the absence of custom, it is possible to argue for the emergence of a new climate change principle derived from the more general principles of state liability for damage and, in particular, the duty to cooperate in preserving, protecting and restoring the ecosystem.

## REFERENCES

- AZNAR GÓMEZ, M.J. (2023), El Estado sin territorio: La desaparición del territorio debido al cambio climático. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 26, 1-23.
- BODANSKY, D. (2023). The role and limits of the International Court of Justice in International Environmental Law. In C. Espósito, K. Parlett (eds.), *The Cambridge Companion to the International Court of Justice* (pp. 389-410). Cambridge University Press.
- EVANS, M.D. (2014). *International Law*. Oxford University Press.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2019). Avances y retrocesos en la negociación del Pacto Mundial por el Medio Ambiente. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 95, 8-52.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2018). El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 70, 1, 23-51.
- FITZMAURICE, M. (2014). The International Court of Justice and International Environmental Law. In C.J. Tams, J. Sloan, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice* (pp. 353-374). Oxford Academic.
- GILES CARNERO, R. (2021). *El régimen jurídico internacional en materia de cambio climático. Dinámica de avances y limitaciones*. Thomson Reuters Aranzadi.



- JIMÉNEZ PINEDA, E. (2023). Hacia una Opinión Consultiva sobre cambio climático: a propósito de la solicitud de dictamen de la Comisión de pequeños Estados insulares al Tribunal Internacional del Derecho del Mar. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 45, 1-23.
- KANG, S., HAVERCROFT, J., EISLER, J., WIENER, A., SHAW, J. (2023). Climate change and the challenge to liberalism. *Global Constitutionalism*, 12, 1, 1-10.
- MAYER, B. (2021). Climate change mitigation as an obligation under human rights treaties? *American Journal of International Law*, 115, 3, 409-451.
- MAYER, B. (2016). The relevance of the no-harm principle to climate change law and politics. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 19, 79-104.
- MCMENAMIN, R. (2023). Advisory Opinion on obligations of States in respect of climate change: Potential contribution of Human Rights Bodies. *Climate Law*, 13, 3-4, 213-223.
- VON BASSEWITZ, N. (2013). International climate change policy: Where do we stand?. In O.C. Ruppel, C. Roschmann, K. Ruppel-Schlichting (eds.), *Climate Change: International Law and Global Governance*, (pp. 101-169). Nomos.
- ZHANG, Y., CHAO, Q., ZHENG, Q., HUANG, L. (2017). The withdrawal of the U.S. from the Paris Agreement and its impact on global climate change governance. *Advances in Climate Change Research*, 8, 213-219.

