

LA EJECUCIÓN FORZOSA DE RESOLUCIONES JUDICIALES NACIONALES EN CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

ENFORCEMENT OF DOMESTIC JUDICIAL DECISIONS IMPLEMENTING EUROPEAN UNION ENVIRONMENTAL LAW

Alicia I. Saavedra-Bazaga*

RESUMEN: ¿Puede una autoridad pública terminar en la cárcel por una cuestión medioambiental? Este trabajo comenta el asunto C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*, en el cual el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, en Alemania, presenta una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Lo hace porque cargos públicos ignoran sus resoluciones firmes que les conminan a cumplir la Directiva 2008/50/EC sobre calidad de aire. Surge una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la libertad. Por un lado, se busca garantizar que cargos públicos cumplan una resolución judicial que, manifiesta y reiteradamente, han ignorado. Por otro lado, surge la duda de si al amparo del Derecho de la Unión, una medida coercitiva privativa de libertad, existente en el Derecho interno, pero no aplicable a cargos públicos, “podrían”, o lo que sería más importante, incluso estarían “obligados”

* Profesora en el área de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva e investigadora en el *European University Institute* de Florencia. Correo-e: alicia.saavedra@dpub.uhu.es; alicia.saavedra-bazaga@eui.eu. ORCID ID: 0000-0002-9706-3432

Agradezco los comentarios de los participantes en “The 5th Annual Meeting of the Spanish Hub on European Case Law”, donde una versión preliminar de este trabajo se presentó el 15 de mayo de 2020.

El presente trabajo no ha contado con ninguna financiación directa o indirecta procedente de entidad alguna, pública o privada, con o sin ánimo de lucro.

los jueces nacionales a aplicarla a esos titulares del poder ejecutivo, con el fin de que la Directiva se cumpla. Este trabajo presenta el asunto centrándose en cómo el TJUE esclarece esta controvertida dualidad cuyas implicaciones van más allá del caso concreto.

PALABRAS CLAVE: medio ambiente; autoridad pública; tutela judicial efectiva; derecho a la libertad.

ABSTRACT: Could a public authority end up in jail for an environmental issue? This work presents the case C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*, in which the Higher Administrative Court of Bavaria, *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*, in Germany, requests a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union (CJEU). It concerns the enforcement of national judgements on the implementation of Directive 2008/50/EC on air quality, which are not complied with by public officials. A controversial duality arises: the right to an effective judicial remedy vs. the right to liberty. On the one hand, compliance with a final national judgement by non-compliant public officials should be guaranteed. On the other hand, the question arises as to whether, under the legal basis of Union law, a coercive measure like detention, –having a legal basis in domestic law, but not applicable to public officials, “could”, or more importantly, “must” be applied by domestic judges to public officials. This paper presents the issue by focusing on how the CJEU sheds light on this controversial duality whose implications go beyond the specific case.

KEYWORDS: environmental law; public officials; effectiveness of EU law; right to liberty.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. ASUNTO C-752/18 *DEUTSCHE UMWELTHILFE/FREISTAAT BAYERN*: 1.1 Contextualización y litigios nacionales.—2. MARCO JURÍDICO: DERECHO INTERNACIONAL; DERECHO DE LA UNIÓN; DERECHO ALEMÁN.—3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO RELEVANTES PARA EL CASO: 3.1. Principio de efectividad, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la libertad y principio de proporcionalidad. 3.2. Principio de la responsabilidad del estado. 3.3. Principio de autonomía procesal de los Estados miembros, principio de equivalencia y principio de primacía del derecho de la unión.—4. RELEVANCIA DEL ASUNTO C-752/18 PARA EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN FORZOSA DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN ESPAÑA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE AUTORIDADES PÚBLICAS: 4.1. La multa coercitiva. 4.2. El delito de desobediencia. 4.3. *Checks and balances* y el Derecho de la Unión.—CONCLUSIÓN.—FUENTES CITADAS.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo comenta el asunto C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*, que surge como consecuencia de la imposibilidad de ejecución de una sentencia nacional. Pero de esta situación de partida llegan a suscitarse cuestiones que no se circunscriben al caso concreto. Una de ellas

versaría sobre el alcance del Derecho de la Unión para garantizar la aplicación de una Directiva cuando los medios disponibles en el Derecho interno resultan insuficientes. El principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva así como el principio de autonomía procesal de los Estados miembros han de tenerse presentes. Pero aún han de considerarse otras cuestiones como la temática. No se trata de un tema sin importancia, antes al contrario, puesto que la salud pública y el medio ambiente son bienes jurídicos cuya desprotección tiene un alcance mayúsculo, al ser los ciudadanos en su conjunto los perjudicados. Además, cuando los encargados de garantizar la protección de tales bienes jurídicos son quienes incumplen, es decir, altos cargos públicos, titulares de la Administración Pública, el asunto cobra mayor interés porque reviste especial gravedad. Interés y gravedad que se acrecientan cuando el incumplimiento es manifiesto y reiterado, como lo es el pago de las multas coercitivas que no sirven más que para disminuir las arcas públicas. Es entonces cuando se plantean medidas más coactivas, es decir, la privación de libertad. El derecho fundamental a la libertad aparece en escena.

En primer lugar, se describirá el caso en sus dos ámbitos, por un lado, los litigios nacionales y, por otro, la cuestión prejudicial. A continuación, se comentará brevemente el marco jurídico para seguir con los principios de Derecho de la Unión que se tienen en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Se pasará entonces a analizar la relevancia del caso para el derecho interno español haciendo un repaso de las medidas coercitivas existentes en el Derecho administrativo destinadas al cumplimiento de sentencias judiciales firmes así como de otras posibles medidas disponibles cuando las multas coercitivas no llegaran a cumplir su objetivo. Antes de concluir, se hará un breve repaso de las relaciones jurisprudenciales entre los altos tribunales españoles y con respecto a la Unión Europea cuando de cuestiones prejudiciales se trata.

1. ASUNTO C-752/18

DEUTSCHE UMWELTHILFE/FREISTAAT BAYERN

El 3 de diciembre de 2018, el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera, en Alemania o *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*, plantea una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal del Justicia de la Unión Europea (TJUE, en lo sucesivo), en virtud del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en lo sucesivo), constituyendo así el objeto del asunto *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern* (2019) que nos ocupa. Esta cuestión prejudicial se sitúa en el contexto de un prolongado litigio en los tribunales de lo contencioso-administrativo alemanes entre una ONG para la protección del medio ambiente *Deutsche Umwelthilfe eV* (DU,

en lo sucesivo)¹, que persigue el efectivo cumplimiento de la normativa de calidad del aire europea, y el estado federado de Baviera, Alemania, *Freistaat Bayern*, que se niega al mismo.

1.1. Contextualización y litigios nacionales

En el plano nacional, nos encontramos ante un litigio que se ha dilatado en el tiempo, desde 2012, y en el que el asunto de fondo, a pesar de sucesivas multas coercitivas, siempre queda pendiente de resolverse. Habría que remontarse al año 2005 para detectar los incumplimientos que en Alemania vienen sucediéndose en esta materia y que preceden a este caso. Detengámonos por un momento en estos antecedentes sobre las medidas que los tribunales han ido imponiendo en Alemania en materia de calidad del aire antes de pasar al asunto C-752/18, para así contextualizarlo adecuadamente.

En efecto, fue en 2005, cuando Dieter Janecek inicia el primer caso sobre calidad del aire contra el Estado federado de Baviera. El objeto de este litigio fue obligar a este último a establecer un plan de acción para la calidad del aire en la zona de la *Landshuter Allee*, en Múnich, donde Janecek vivía. El plan debía incluir las medidas que habrían de adoptarse a corto plazo para garantizar el respeto del límite autorizado por la legislación comunitaria en cuanto a las emisiones de partículas finas PM₁₀ en el aire y cuyo valor límite se habían superado más de 35 veces anualmente. En este litigio, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Alemania, *Bundesverwaltungsgericht*, decide plantear una petición de decisión prejudicial, mediante resolución de 29 de marzo de 2007, recibida en el TJUE el 14 de mayo de 2007, con arreglo al art. 234 CE, convirtiéndose así en el asunto *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*.

El 25 de julio de 2008 el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) falla dando la razón a los particulares directamente afectados, quienes, cuando haya riesgo de que se superen los valores límite, deben “poder obtener de las autoridades nacionales competentes que se elabore un plan de acción, incluso cuando dispongan, en virtud del Derecho nacional, de otros medios de acción para conseguir que dichas autoridades tomen medidas de lucha contra la contaminación atmosférica” (párrafo 1 del fallo). A raíz de este pronunciamiento, el 1 de octubre de 2008 Múnich introduce la normativa Euro 4 para restringir los niveles de emisiones de PM₁₀ en el aire.

He ahí uno de los casos más conocidos en la materia, que como sabemos por el caso *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern* que pasamos en seguida a comentar, no zanjó los incumplimientos en el Estado. Fue en 2012, el 9 de octubre, cuando el estado federado de Baviera volvió a verse en una situación

¹ Para un análisis sobre el papel de las ONG ante el incumplimiento de la normativa en materia de medio ambiente *vid.* Eliantonio (2018).

similar a la descrita puesto que fue conminado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Múnich (*Verwaltungsgericht München*) a que tomara medidas en beneficio de la calidad del aire. Se le exigía que modificara el plan de acción e incluyera medidas consistentes en prohibiciones de circulación para ciertos vehículos diésel en algunas zonas, con el propósito de lograr así, cuanto antes, respetar el valor límite de dióxido de nitrógeno previsto en la Directiva. Esta resolución traía causa de una demanda que la ONG DU había interpuesto.

El Tribunal de Múnich, viendo que no modifica el plan, dicta una nueva resolución casi cuatro años más tarde, el 21 de junio de 2016, por la que apercibe al Estado federado de que su incumplimiento conllevaría una multa coercitiva. Esta resolución es recurrida por el Estado federado ante el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera, *Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof*.

El Tribunal Superior desestima el recurso, pero también, mediante resolución de 27 de febrero de 2017, tras comprobar que aún no había cumplido la sentencia de 2012, le apercibe nuevamente de que su incumplimiento conllevaría varias multas coercitivas por un total de 10.000 euros.

Ocho meses después, el plan seguía intacto. Es por ello que la ONG, DU, insta al Tribunal de Múnich a que liquide una de esas multas coercitivas. Tal liquidación se produce mediante resolución de 26 de octubre de 2017. El estado federado no apela esta vez, paga y continúa en su pasividad. El 28 de enero de 2018, a instancias de la ONG, tuvo lugar otra liquidación de esas multas coercitivas ya impuestas además de otro apercibimiento de una nueva de 4.000 euros.

La ONG también había solicitado la imposición de un arresto coercitivo a quien ostentaba el cargo de ministro de medio ambiente o, en su defecto, al ministro presidente de Baviera. Pero esta pretensión, en cambio, fue desestimada por el Tribunal de Múnich, por lo cual la ONG acudió al Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera con la finalidad de impugnarla. Se pretendía imponer la privación de libertad como medida coercitiva conducente al cese del incumplimiento del Derecho no nacional. Es este el momento en el que les surge la duda a los jueces alemanes sobre la pertinencia o no de esta medida no pecuniaria y preguntan al TJUE al respecto.

Antes de pasar a la cuestión prejudicial, sería pertinente “hacer un paréntesis” para señalar que no ha sido esta herramienta la única utilizada para que el TJUE tome cartas en el asunto ante el incumplimiento de la Directiva 2008/50 en Alemania. El recurso por incumplimiento también se ha utilizado. El 11 de octubre de 2018, la Comisión interpuso este recurso contra la República Federal Alemana (Asunto C-635/18), porque, como se deduce de lo ya expuesto, los niveles de contaminación del aire en Múnich no son los

adecuados². En virtud del art. 260 TFUE, si el TJUE confirma este incumplimiento, tras exigirle que ponga fin al mismo, podrá imponerle el pago de multas tanto por incumplimientos pasados, desde 2010 (sanciones) como futuros (multas disuasorias). Por lo tanto, el incumplimiento de esta directiva en Alemania ha suscitado recientemente, además de la cuestión prejudicial que a finales de 2019 se resolvió, este recurso por incumplimiento cuya resolución está pendiente.

1.2. La cuestión prejudicial

Como ya se ha apuntado, en ese litigio se planteaba la pertinencia de que el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Baviera ejecutara forzosamente el cumplimiento de las obligaciones sobre circulación de vehículos con el fin de que el Estado federado de Baviera respetara las obligaciones derivadas de la Directiva 2008/50/CE relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, mediante la imposición de un arresto coercitivo, que se traduciría en el arresto domiciliario de las autoridades públicas incumplidoras, ya que las multas coercitivas no cumplían su objetivo. Es entonces cuando se plantea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la figura de la cuestión prejudicial. Detengámonos por un momento en esta figura y en su relevancia para el Derecho interno.

La cuestión prejudicial, dicho brevemente, y en teoría, se usa para resolver un conflicto entre partes cuando la correcta interpretación del Derecho de la UE está en tela de juicio y ello sea determinante para dictar sentencia, como establece el TFUE. El art. 267 TFUE establece que el TJUE será competente para pronunciarse: “a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”. Además, este artículo establece la obligatoriedad de la presentación de la cuestión prejudicial cuando sea un órgano jurisdiccional nacional de última instancia quien la plantee, es decir, aquel órgano “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”, continúa el artículo. Tribunales de última instancia que tratándose de los españoles cabe mencionar el papel protagonista que en torno al tema de las cuestiones prejudiciales han tenido. En este sentido, recuérdese que España fue el primer Estado miembro en ser condenado mediante el recurso por incumplimiento previsto en el art. 258 del TFEU, en el asunto Comisión/España C-154/08, concretamente contra una sentencia judicial. El objeto de este recurso fue la sentencia de 12 de julio de 2003, dictada en el marco de un recurso de casación en interés de ley por la Sala de lo Contencioso-

² Para un análisis sobre el grado de cumplimiento de las sentencias del TJUE que recaen sobre los Estados miembros con motivo de recursos de incumplimiento y la nueva estrategia de la Comisión para perseguir a los incumplidores, *vid.* Falkner (2018).

Administrativo del Tribunal Supremo. Asunto en el cual si bien la falta de petición de la cuestión prejudicial no formó parte del fondo del asunto, es un paso que no debía haberse omitido y así advirtió el TJUE en su sentencia esta posible infracción del art. 267 TFUE. A su parecer no entraba dentro de la doctrina del “acto claro” la interpretación que de la jurisprudencia del TJUE habría realizado el Tribunal Supremo en su sentencia y que de haber sido así lo habría eximido del planteamiento de cuestión. Omisión de cuestión prejudicial que más adelante veremos cómo ha vuelto a repetirse recientemente en nuestro país.

En la práctica, la relación que los tribunales nacionales tengan con el TJUE a través de las cuestiones prejudiciales tiene repercusiones en el Derecho interno. Como el magistrado Fernández Seijo (2016) nos indica, la cuestión prejudicial es una figura con la que se puede ir mucho más allá de un asunto *inter pares*, e incluso de la interpretación del Derecho supranacional. La cuestión prejudicial, como puede indicar las discrepancias entre Derecho nacional y supranacional, es un instrumento con el que se mide el grado de armonía entre ambos Derechos en función de las discrepancias que sea capaz de identificar (derivados, por ejemplo, de transposiciones de directivas incompletas o fuera de plazo). Con la cuestión prejudicial, los jueces nacionales abren así el debate sobre los problemas de normativa interna ante el TJUE, por muy incómoda que esta situación resulte para los Estados que quedan a merced del escrutinio supranacional.

Precisamente, en el caso germano que nos ocupa, el Tribunal bávaro decide acudir al tribunal supranacional por razones de Derecho constitucional, por una aparente contradicción entre normas de Derecho interno identificada con la ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que impediría, según interpreta, la ejecución forzosa de una sentencia por vía de arresto coercitivo cuando existe un incumplimiento de la normativa europea. Sobra decir que una labor interpretativa del Derecho interno no parece ser la que a través del mecanismo de la cuestión prejudicial compete al TJUE, puesto que ni el apartado a) “sobre la interpretación de los Tratados”; ni el b) “sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión”, del art. 267 inducen a esa conclusión. Efectivamente, el Tribunal europeo, no interpreta el Derecho interno en este caso. Como el Abogado General indica en el punto 38 de sus conclusiones en el caso, el TJUE debe atenerse a la interpretación que del Derecho nacional haga el órgano remitente. Por ello, interpreta el Derecho de la Unión, aclarando qué requisitos deben concurrir para que el uso de una medida de privación de libertad, como medio de ejecución forzosa de una sentencia de un tribunal nacional en que se obliga a cumplir con el Derecho europeo, no solo sea una posibilidad sino una obligación, ante el incumplimiento de sus autoridades.

El TJUE establece tres requisitos, que si se dan obligan a los tribunales nacionales a la aplicación del arresto coercitivo: primero, que exista una situación caracterizada por “la negativa persistente de una autoridad nacional

a dar cumplimiento a una resolución judicial que la conmina a ejecutar una obligación clara, precisa e incondicional derivada de dicho Derecho”; segundo, que “en las disposiciones del Derecho interno exista una base legal para la imposición de tal arresto que sea suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación”; y tercero “que la limitación del derecho a la libertad, [...] que ese arresto supondría satisfaga los demás requisitos establecidos al respecto en el artículo 52, apartado 1, de la mencionada Carta [de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea]”. Solo si se cumplen todos estos requisitos el tribunal nacional competente deberá imponer el arresto coercitivo. Por lo tanto, el tribunal nacional competente no estaría facultado, ni obligado por el Derecho de la Unión, si no existe una base legal en el Derecho interno. El tribunal nacional alemán competente tendrá que interpretar si el Derecho interno permite imponer un arresto coercitivo a la luz del derecho fundamental a la libertad y si existe, estará obligado a imponer el arresto con el fin de que se cumpla el Derecho de la Unión.

2. MARCO JURÍDICO: DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO DE LA UNIÓN Y DERECHO ALEMÁN

En la sentencia se indica que la decisión prejudicial se solicita con el fin de aclarar la interpretación de los siguientes artículos con la finalidad de dar cumplimiento a la Directiva 2008/50/CE: el art. 9.4 del Convenio de Aarhus, en el que se establece la obligación de garantizar un recurso efectivo en materia de medio ambiente, es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva; el art. 47 párrafo primero de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta, en lo sucesivo), que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva; el art. 4.3, del Tratado de la Unión Europea (TUE), que establece el principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados miembros, con arreglo al cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones europeas; el art. 19.1 TUE, que impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la tutela judicial efectiva (establecido en el art. 47 de la Carta) en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión; y, por último, el art. 197.1, de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que recoge el principio de aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros.

El marco jurídico de este asunto es más amplio, como vemos a continuación.

En primer lugar, se recurre a normas de Derecho internacional, el Convenio de Aarhus, ya mencionado, cuyo art. 9 prevé un amplio acceso del público a la justicia. En segundo lugar, normas de Derecho de la Unión, en particular, la Directiva 2008/50/CE, arts. 9.4, 13 y 23, que establece los valores límite y umbrales de alerta para la protección de la salud, en concreto, los límites dió-

xido de nitrógeno y obliga a los Estados a elaborar planes de calidad del aire, en las zonas en que se superen los niveles máximos.

Por último, Derecho alemán, que pasamos a detallar. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), art. 2.2, que consagra el derecho fundamental a la libertad personal, y art. 104.1, que establece la reserva de ley formal para las restricciones de libertad de las personas. La Ley de jurisdicción contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGo*), art. 167.1, sobre la aplicación para la ejecución, con carácter general, de las medidas contempladas en el libro octavo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo disposición especial en contrario (disposición especial que existe en la *VwGo*, y que por tanto también forma parte de este marco, sería el art. 172 de la misma). Y la Ley de Enjuiciamiento Civil (*Zivilprozessordnung, ZPO*), arts. 888.1 y 2 y 890.

Además de esta normativa, cobra protagonismo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, *Bundesverfassungsgericht*. Por un lado, la resolución de 13 de octubre de 1970 (1 BvR 226/70), que establece un requisito para medidas que supongan privación de libertad. Y, por otro, la resolución de 9 de agosto de 1999 (1 BvR 2245/98) que indica que los tribunales de lo contencioso-administrativo tienen el deber de considerar su no vinculación a las restricciones del art. 172 de la *VwGO*. Veamos cuál es el problema que la normativa nacional a la luz de esta jurisprudencia suscita para impulsar al Tribunal bávaro a plantear esta cuestión prejudicial.

Este caso es el primero en que Alemania hace uso de medidas de ejecución ya que normalmente las autoridades cumplen con los dictados de los jueces. De hecho, aquí residiría la principal explicación de que las multas de Derecho administrativo fueran más moderadas que las de Derecho civil: los medios coercitivos que se usan frente al Estado y la Administración rara vez se utilizan porque no suelen desatender lo que un juez les compele a realizar, como apunta el Abogado General en el punto 39 de sus conclusiones. Pero, en este caso, que es excepcional, como se ha visto, la desobediencia es tal que se plantean medidas que podrían llevar al arresto de las autoridades incumplidoras, una medida que la *VwGO* no contempla. La primera cuestión que surge es que mientras que la ley alemana que establece el procedimiento administrativo (*VwGO*) no la contempla directamente, el art. 167.1 de la *VwGO*, interpreta el Tribunal Bávaro, sí permitiría que se aplicasen, en principio, medidas de otra ley, las de Ley de Enjuiciamiento Civil (*ZPO*), en concreto las que contempla su art. 888.1 entre las que se encuentra el arresto.

No obstante, el Tribunal de Baviera, también considera que la *ZPO* no podría aplicarse en este caso por razones de Derecho constitucional. La explicación, considera el Tribunal, es que no se estaría cumpliendo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Primero, no se cumpliría el requisito que estableció en 1970, a saber: que el objetivo que se persigue con la privación de libertad quede englobado en la intención del legislador cuando se creó la norma, en este caso el art. 888 *ZPO*. El Tribunal de Baviera

aduce que al tratarse de titulares de una función que implica el ejercicio del poder público, no se está cumpliendo con tal requisito puesto que es una normativa civil. Por otro lado, como tras la resolución de 9 de agosto de 1999, se modificó el art. 172 VwGO incrementándose el importe máximo de las multas coercitivas aplicables a la Administración para así hacerlas más eficaces, interpreta el Tribunal bávaro, no estaría justificado acudir al Derecho civil, puesto que ya existe un importe de multa incrementado específicamente para incumplimientos de la Administración.

Por lo tanto, se da la paradoja de que las medidas coercitivas que consisten en multas pecuniarias no son eficaces, pero tampoco considera el Tribunal bávaro que el Derecho interno le permita aplicar otro tipo de medidas que pudieran ser más eficaces, con lo que el incumplimiento continuaría, como manifiestamente expresan los propios dirigentes.

Ante este panorama, el TJUE analiza los principios de Derecho europeo relevantes para el caso de cara a dar respuesta a la cuestión prejudicial y ayudar al cumplimiento del Derecho europeo³ que se persigue por el Tribunal bávaro, siempre a la luz de la interpretación que del Derecho alemán había realizado el órgano jurisdiccional remitente. El TJUE debe así ceñirse a la interpretación que del Derecho alemán efectúa el tribunal nacional, como así lo pone de manifiesto el Abogado General en sus conclusiones (punto 38).

3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO RELEVANTES PARA EL CASO

A continuación, los principios de Derecho europeo relevantes se tratarán en torno a dos aclaraciones que el TJUE hace, una con un alcance más general, otra con un alcance más específico. En primer lugar, deja claro que la obligación de asegurar la eficacia del Derecho de la Unión y la tutela judicial efectiva corresponde a los tribunales nacionales. En segundo lugar, que esta obligación no es absoluta, puesto que está limitada por el derecho fundamental a la libertad.

3.1. Principio de efectividad, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la libertad y principio de proporcionalidad

Los tribunales nacionales están obligados a asegurar que se garantice el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva que viene consagrado en el art. 47 de la Carta. El TJUE, en el punto 35 de la sentencia, indica que este se vulnera si una normativa nacional conduce a una situación en

³ Para un análisis sobre cómo la Carta ha forzado a los Estados miembros y la Unión europea a tratar cuestiones constitucionales que van más allá de la protección de los derechos fundamentales *vid.* Sarmiento (2013).

la que una resolución de un tribunal queda inoperante por carecer de los medios de cumplimiento. También se estaría vulnerando, indica el Tribunal, pero esta vez a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuando son las autoridades públicas quienes no cumplen una resolución judicial firme y ejecutiva. A ello añade el TJUE la importancia de la materia puesto que tal vulneración se traduciría en un peligro para la salud de las personas.

No obstante, advierte de que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto, tiene límites. Esos límites vienen determinados en este caso por el derecho fundamental a la libertad, garantizado por el art. 6 de la Carta. La base legal que permite la limitación del derecho a la libertad debería cumplir con las exigencias del art. 52.1. de la Carta: “la ley que faculte al juez para privar de libertad a una persona debe ser *suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación*, con objeto de evitar cualquier riesgo de arbitrariedad” (cursivas añadidas). La detención del ministro o presidente estaría entonces condicionada a que la ley nacional que lo prevea cumpla con esas tres características. El principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva no constituyen, según se deduce de la sentencia, una base suficiente para que el juez nacional pueda imponer un arresto coercitivo limitando sin más el derecho a la libertad. Los requisitos mencionados deben estar presentes. Pero todavía habría que tener en cuenta otro principio: el de proporcionalidad.

Precisamente por estar potencialmente en conflicto varios principios fundamentales, el de proporcionalidad aparece en escena. Es necesario, como el Abogado General indica en sus conclusiones (punto 86), que solo se recurra a una medida que suponga la privación de libertad cuando no haya otra menos coactiva con la que pueda alcanzarse el mismo objetivo. Aunque estas conclusiones no son vinculantes para el TJUE, este sugiere al tribunal nacional que considere alternativas a esa privación de libertad con las que pudiese lograr el resultado pretendido. Así, propone cambios concretos para que las multas coercitivas que el tribunal nacional impone sean de verdad efectivas. Si la inefectividad de las multas coercitivas, como apunta el Tribunal bávaro, hace que tengan que buscarse medidas no pecuniarias, siendo el problema de esa inefectividad la procedencia del dinero con que se pagan, el TJUE, propone que se procure que la cuantía de las multas coercitivas no se abone redundando en “beneficio del presupuesto del que provienen” (punto 40 de la sentencia). Sugerencia que puede servir de referencia para otros casos como este, en los que, la ineficacia de la multa reside en el origen y destino del dinero con que se paga la multa. Idea sobre la que se volverá más adelante.

3.2. Principio de la responsabilidad del Estado

Como se ha comprobado, el Derecho europeo condiciona la aplicación del arresto en el sentido que acabamos de tratar. Pero, merece la pena destacar en este punto una cuestión resaltada por el Abogado General en sus conclu-

siones (punto 78) y que supondría un obstáculo adicional. Los potenciales sujetos de un arresto coercitivo, al ser autoridad pública, órganos responsables del Estado federado, gozarían en este caso de inmunidad parlamentaria. Aun llegando a poder aplicarse el arresto coercitivo por cumplirse con los requisitos que el Derecho europeo impone para ello, el arresto quedaría inoperante por la inmunidad parlamentaria.

Llegados a este punto, el principio de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión Europea podría ofrecer una solución. El Tribunal menciona este principio como último recurso si finalmente no se logra el cumplimiento. Este principio permite que los particulares recurran a él por los daños que violaciones de Derecho de la Unión les hayan causado independientemente de la autoridad pública responsable. También se conoce como *doctrina Francovich e.a.*, por ser en ese asunto en el que por primera vez proclamó el principio el TJUE, en 1991, aunque, como apunta el profesor Alonso García (2016), tuviéramos que esperar a 1996, en los asuntos *Braserie du Pêcheur* y *Factortame*, para contar con un verdadero régimen de responsabilidad.

No obstante, dos cuestiones importantes surgen a este respecto. En primer lugar, el problema de fondo aquí seguiría presente puesto que lo que se pretendía desde un primer momento tanto con las multas coercitivas como con el arresto coercitivo no era la sanción en sí sino el cumplimiento de una obligación que seguiría quedando incumplida. La contaminación del aire seguiría produciéndose y, por lo tanto, el perjuicio a la ciudadanía continuaría incluso después de haber resarcido los daños y perjuicios pasados. En segundo lugar, cuantificar el daño sufrido por los residentes de Múnich derivados del incumplimiento entrañaría no pocas dificultades. Además de estas dos complejas cuestiones, si se recurriera en este caso a este principio sería la primera vez que el TJUE lo hace en materia de medio ambiente⁴.

3.3. Principio de autonomía procesal de los Estados miembros, principio de equivalencia y principio de primacía del Derecho de la Unión

En virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, las modalidades de aplicación de los mecanismos nacionales de ejecución

⁴ Aunque en el asunto *Leth* (2013) se intentó por la interesada aplicar esta doctrina en materia de medio ambiente, el tribunal consideró que el particular no tenía el derecho a obtener la reparación del perjuicio puramente patrimonial causado en este caso. El particular alegaba que el valor de su inmueble había disminuido como consecuencia de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto en el que se había omitido la evaluación de impacto ambiental, contraviniendo así la Directiva 85/337 del Consejo, del 27 de junio de 1985, que exige una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente que puedan tener los proyectos públicos o privados. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

forzosa forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, siempre que se respete el principio de equivalencia y el de efectividad. El principio de equivalencia, que como indica el Abogado General no es objeto de controversia en este caso (punto 53 de sus conclusiones), consistiría, en que no se pudieran adoptar modalidades menos favorables para la ejecución del Derecho de la Unión, que las que se adoptarían para la ejecución del Derecho interno; y, en virtud del principio de efectividad, el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere no puede dificultarse excesivamente o imposibilitarse.

A estas alturas quedan patentes las dificultades que el Tribunal de Baviera encontró en el camino de cara a que todos los principios apuntados hasta el momento estuvieran en equilibrio. Y ahora que la sentencia del TJUE deja en manos del tribunal nacional la decisión, se pueden extraer de la sentencia y de la opinión del Abogado General posibles pistas que facilitarían la tarea. Por un lado, el TJUE, en su considerando 40, parece estar invitando al tribunal a ir más allá de lo que la ley de jurisdicción contencioso-administrativa permite, para que se atreva a ampliar la búsqueda al resto del ordenamiento jurídico nacional, en sus propias palabras: “tomando en consideración el Derecho interno *en su conjunto*” (cursivas añadidas). Esta posibilidad de no limitar el marco de actuación del Tribunal de Baviera a la ley de jurisdicción contencioso administrativa en materia procesal ya existe, por cierto, en el ámbito interno puesto que ha sido el propio Tribunal Constitucional Federal de Alemania quien expresamente ha declarado que “los tribunales de lo contencioso administrativo tienen, en principio, el deber de considerar, en su caso, que no están vinculados por las restricciones que resultan del artículo 172 de la VwGo” (considerando 25 de la sentencia).

Por último, por otro lado, antes de recurrir a la responsabilidad del Estado, y si de la visión holística que el Tribunal propone no se obtiene una solución, el Abogado General (punto 60) sugiere que se compruebe si el principio de primacía del Derecho de la Unión podría servir para superar los obstáculos de este caso. Este principio, según afirma, se ha utilizado para permitir superar no pocos “obstáculos de carácter procesal procedentes del Derecho interno, en el contexto de litigios basados en el Derecho de la Unión. En algunos casos, ha podido llevar al juez nacional a aplicar reglas de procedimiento y a adoptar medidas en situaciones no previstas por el Derecho nacional”. Pero también el Abogado General (punto 67) considera que el juez nacional no debería, con el fin de dotar de eficacia a un artículo de una directiva y un artículo de la Carta, ir tan lejos en la interpretación del Derecho nacional como para dejar de aplicar una jurisprudencia, del Tribunal Constitucional Federal, que protege al justiciable. Un principio que, por lo tanto, de aplicarlo el Tribunal alemán, no estaría exento de consecuencias en la relación Derecho constitucional–Derecho de la Unión.

4. RELEVANCIA DEL ASUNTO C-752/18 PARA EL RÉGIMEN DE EJECUCIÓN FORZOSA DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN ESPAÑA ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE AUTORIDADES PÚBLICAS

4.1. La multa coercitiva

Acerca del tema de la eficacia de las sentencias del TJUE sobre los actos nacionales que infringen el Derecho de la Unión se ha escrito más (p. ej., de Witte *et al.*, 2016; también Nuñez Lozano, 2017) que sobre la eficacia de los medios con que los ordenamientos jurídicos internos cuentan para ejecutar sus propias sentencias que conminan al cumplimiento del Derecho de la Unión que se ha infringido. Vistos los posibles mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico alemán para ejecutar una sentencia, según la información que este caso nos ha proporcionado, miremos hacia dentro para saber cómo se comportaría nuestro ordenamiento ante un caso similar. El principal mecanismo que el ordenamiento jurídico español establece dirigido a lograr el cumplimiento de fallos judiciales cuando quienes han de hacerlo son los titulares de una administración pública y estos se niegan a ello es la multa coercitiva. Se trata de una medida de ejecución que viene contemplada en el art. 112 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Este art. 112 nos indica que, una vez vencidos los plazos indicados para el cumplimiento del fallo, el juez o tribunal, adoptará, tras acreditar la responsabilidad, medidas consistentes en:

“a) Imponer multas coercitivas de *ciento cincuenta a mil quinientos euros* a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como *reiterar estas multas hasta la completa ejecución* del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.

b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la *responsabilidad penal* que pudiera corresponder” (cursivas añadidas).

La multa coercitiva puede ser judicial o administrativa. Se trata de un tipo de medida dirigida al cumplimiento del fallo, sin carácter sancionatorio, pues no se sigue el procedimiento sancionatorio con las garantías que correspondería a la imposición de sanciones. El Tribunal Constitucional en su sentencia 215/2016, de 15 de diciembre, negó, como había venido ya haciendo, con carácter general “la existencia de una función retributiva, propia de las sanciones, en aquellas medidas, entre otras, que tiene la finalidad de constreñir a la ‘realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta’”⁵. Y en el mismo sentido, el Tribunal Supremo hace referencia a la misma

⁵ STC 215/2016, de 15 de diciembre, continúa haciendo referencia a su doctrina: “Así, por lo que respecta en particular a las multas coercitivas en el ámbito adminis-

doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 2179/2018, de 5 de junio, diferenciando la finalidad de la multa coercitiva de la de la sanción, así, con carácter general, la primera, señala, se impone “con la finalidad de vencer la resistencia del destinatario del acto a cumplir una decisión administrativa”. Concluye, conforme a la doctrina constitucional, que, en definitiva, se trata de “obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa”⁶. Por lo tanto, solo se cumple con el objetivo de la multa coercitiva una vez se produce el cumplimiento del fallo, es decir, se ejecuta la resolución, no cuando se paga la multa. De ahí la ineficacia de la misma cuando se paga pero no se logra el cumplimiento.

trativo, ha declarado que: “[e]n dicha clase de multas [...] no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, cuya adecuada previsión normativa desde las exigencias constitucionales del derecho a la legalidad en materia sancionadora pueda cuestionarse, sino que consiste en un medida de constreñimiento económico adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración [...] respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE [...] esto es: de la libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse), ya que, como se ha dicho, no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediando la oportuna conminación o apercibimiento’ (STC 239/1988, FJ 2)”, STC 239/1988, FJ 2; doctrina reproducida, entre otras, SSTC 164/1995, FJ 4; 276/2000, FJ 4; 48/2003, FJ 9, y 185/2016, FJ 13.

⁶ Y continúa el Tribunal Supremo en la misma línea que el Tribunal Constitucional y añade los medios de ejecución forzosa que la vigente ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece como expresión de la autotutela ejecutiva de la Administración: “Por el contrario, la multa como sanción administrativa es una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, que tiene un fin represivo o retributivo, del que carece la multa coercitiva, por la realización de una conducta anterior, que se encuentra tipificada como falta administrativa. Son, por tanto, dos categorías jurídicas que responden a diferentes finalidades y que tienen un régimen jirimiqueo distinto. Son independientes la una de la otra y compatibles entre sí, como ya señalaba el art. 99.2 de la Ley 30/1992, y ahora reitera el art. 103 de la Ley 39/2015, pues la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas. Tradicionalmente las multas coercitivas se han situado fuera de la órbita de la potestad administrativa sancionadora, al ser una expresión de la autotutela ejecutiva de la Administración que pretende que el comportamiento renuente o rebelde del destinatario se ajuste a lo declarado por la Administración. Acorde con ello, entre los medios de ejecución forzosa, que han de respetar el principio de proporcionalidad, se sitúa, junto al apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria y la compulsión sobre las personas, la multa coercitiva. Así lo establecía el art. 96 de la Ley 30/1992, y ahora el vigente art. 100 de la Ley 39/2015”.

También cabe mencionar que no tienen carácter de resarcimiento de daños y perjuicios. Aclarada la finalidad de la multa coercitiva, cabe reflexionar sobre su eficacia. Un factor determinante de la eficacia de la multa coercitiva como hemos visto, es el origen y destino del dinero con que se paga. En el caso germano-europeo se ha comprobado cómo el propio Tribunal bávaro, así como el Abogado General, apuntaban a que el dinero provenía de las arcas públicas. Además del perjuicio para la salud que el incumplimiento que se combate produce, la ciudadanía ve menguado su presupuesto público. Los ciudadanos están pagando, literalmente, por el incumplimiento de sus representantes públicos, mientras estos no rectifiquen. No hace mucho, el 25 de julio de 2018, el TJUE condenaba a España (asunto C-205/17) por incumplir una de sus sentencias que en 2011 condenaba al Estado miembro por incumplimiento de una Directiva en materia ambiental, en concreto, sobre tratamiento de aguas residuales urbanas. Once millones de euros en concepto de multa coercitiva le fueron impuestos por cada semestre de retraso, en total son 18 años de retraso. En este caso, en cambio, el incumplimiento lo declaró el TJUE en 2011 a raíz de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra España en 2010. El hecho de que tanto la infracción como la no ejecución de la sentencia conminando al cumplimiento de la Directiva se hayan prolongado durante tanto tiempo invita a reflexionar sobre la importancia que tanto el origen del dinero como la individualización de la responsabilidad tienen en la eficacia de las multas coercitivas.

Para el cumplimiento de un fallo judicial, para su eficacia, hay quien aboga por que se interprete el art. 112 a) de la LJCA de tal manera que sea necesario individualizar la responsabilidad en la persona incumplidora. Si “la autoridad o empleado responsable” es quien responde, la eficacia de la multa será mayor que si la responsabilidad se encuentra detrás del velo de una figura más abstracta como es la Administración Pública en general. Si la multa coercitiva la paga la Administración Pública, en abstracto, se volvería inefectiva al estar pagándose con recursos públicos (De Diego Diez, 2017). En efecto, en el caso que nos ocupa, el abono de las multas coercitivas impuestas al Estado federado de Baviera por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se realizaba imputándolo a una partida del presupuesto de ese Estado, contabilizándose ese mismo importe como ingreso en la caja central del Estado federado. De ahí que la multa coercitiva pierda todo sentido y se vuelva inefectiva, como el propio Tribunal bávaro apuntó al observar que el incremento del importe de las multas coercitivas no aminoraba en lo más mínimo la determinación con la que el poder ejecutivo manifestaba su incumplimiento de las resoluciones judiciales (párrafo 21, asunto *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*). Lo cual es lógico si el montante no entraña pérdida patrimonial alguna, como apunta el Abogado General en su opinión (punto 22).

En España, la multa puede seguir reiterándose mientras no se cumpla el fallo judicial, como indica el apdo. 10 del art. 48 de la LJCA, pero a la tercera multa otro mecanismo aparece: el órgano jurisdiccional debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos de cara a depurar responsabilidades

penales. En este caso ya se estaría planteando una cuestión más afín a la que surgió en el caso germano-europeo. La posibilidad de que autoridades públicas que incumplan reiteradamente un fallo judicial respondieran penalmente existiría, por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, el art. 112.b) LJCA conectaría el Derecho administrativo con el Derecho penal.

Cuestiones diferentes serían, por un lado, si nuestro Derecho penal permitiría la imposición de penas que fueran privativas de libertad en este tipo de casos. Y, por otro, si la base legal que lo permitiera en España, de cara al cumplimiento del Derecho europeo, reúne, como en la sentencia del TJUE se establece, los requisitos para que el derecho a la libertad no se viera menoscabado. Veamos de qué delito estaríamos hablando y qué penas conllevaría esa conducta antijurídica en el ámbito penal.

4.2. El delito de desobediencia

El apartado primero del art. 410 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, de Código Penal, recoge una modalidad del delito de desobediencia, el cometido por autoridad pública con respecto a resoluciones judiciales. Dice así:

Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. (Cursivas añadidas).

Como se deduce del asunto *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*, Alemania no parece contar en el orden penal con un delito específico de desobediencia de autoridades públicas, aunque de su ley de enjuiciamiento civil se pudiera llegar a derivar la imposición de una pena privativa de libertad (de no ser por la interpretación de la jurisprudencia en contrario que se ha mencionado). En nuestro ordenamiento, en cambio, además de las medidas de Derecho administrativo, el art. 112 LJCA que las contiene se conecta con el art. 410 del Código Penal para permitir que se depuren responsabilidades penales con respecto a aquellas autoridades públicas que incurran en las mismas. Detengámonos por un momento en este artículo para compararlo con el asunto objeto de este estudio. La conducta que prohíbe, el tipo penal, sería “negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes” que provengan de los sujetos pasivos del delito, es decir, jueces o autoridad superior. El sujeto activo de este delito serían las “las autoridades o funcionarios públicos”. De momento, estos elementos encajan con la situación del caso *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern*. Dista más de la situación en la que se encontró el Tribunal bávaro el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, el art. 410 del CP, no contemple la privación de libertad entre las posibles penas para quienes incurran en este delito. Así, es-

tablece “incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”. En efecto, este artículo no pondría en peligro el derecho fundamental que en la sentencia del TJUE en el asunto *Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern* es el centro de gravedad: el derecho a la libertad. Se podría pensar que las penas que conlleva un delito en el orden penal son privativas de libertad, pero ello no es siempre así, como el art. 410 demuestra. Las “penas de multa” vienen reguladas en el art. 50 de Código Penal y se trata de multas pecuniarias que se rigen por el sistema de días de multa. Por cada uno de los cuales se establece una cantidad a pagar durante el periodo que dure la multa. Además de este tipo de pena no privativa de libertad, el art. 410 señala la inhabilitación para el ejercicio de la función pública. Pero nada menciona sobre penas de prisión.

En España, las personas que ostenten ese cargo público no podrán ser privadas de libertad cuando se produzca la desobediencia, aun cuando lo que esté en juego sea proteger un bien jurídico como la salud pública y el medio ambiente, que nuestra carta magna recoge en sus arts. 43 y 45 respectivamente. Desobediencia que, sin embargo, si se produce por parte de un particular (que obviamente no es responsable de tan significativas encomiendas constitucionales) y consiste en conductas que impidan el cumplimiento de lo dispuesto por la autoridad judicial, sí podría desembocar en penas de prisión de 3 meses a 1 año, según el art. 556.1 del mismo texto en los casos más graves. También el art. 710.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la desobediencia por parte del particular como el “delito de desobediencia a la autoridad judicial” cuando se trata de obligaciones de no hacer, una reiteración en el incumplimiento y previo a percibimiento.

Como ilustración de la aplicación del art. 410 CP en un caso concreto sirva la que realizó el Tribunal Supremo, en el famoso caso Homs, donde poder ejecutivo y poder judicial se mezclan con tintes políticos. El Tribunal Supremo, en su sentencia 972/2017, de 22 de marzo de 2017, condenó al diputado en el Congreso del ahora llamado Partido Demócrata Europeo Catalán, Francesc Homs, por ser responsable en la realización de la consulta ciudadana del 9 de noviembre de 2014. Una consulta que el Tribunal Constitucional español había prohibido el 4 de noviembre de 2014. El Tribunal Supremo condenó a Homs a 13 meses de inhabilitación y al pago de una multa de 30.000 euros por el incumplimiento del fallo del Tribunal Constitucional. Un incumplimiento que el Tribunal Supremo consideró que se realizó “abiertamente”, como el artículo requiere. Sirva este breve resumen del caso para ilustrar la aplicación de este artículo cuya base constitucional podemos encontrar en los arts. 103.1 y 106.1 de la Constitución Española, que respectivamente reconocen los principios de jerarquía y del sometimiento de la Administración Pública a las resoluciones judiciales.

Quedaría por ver la aplicación del artículo que comentamos en un caso en que se incumplieran sentencias cuyo fundamento se encuentre en el Derecho de la Unión. El primer paso para que pudiera darse una situación de incum-

plimiento similar a la de las autoridades bávaras, en particular, en el ámbito del medio ambiente ya lo ha dado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de junio de 2020, al establecer la obligatoriedad de las Comunidades Autónomas de elaborar los planes y programas para la protección de la atmósfera y para minimizar los efectos negativos de la contaminación atmosférica sin necesidad de que el Estado haya elaborado previamente los Planes respectivos que le competan. Se trata de la primera declaración de obligatoriedad de planes autonómicos de calidad del aire que hace el Tribunal Supremo.

Por lo tanto, en España, ante el incumplimiento de una sentencia que obliga al cumplimiento del Derecho de la Unión por parte de sus autoridades, según lo establecido por el TJUE en la sentencia de este caso que nos ocupa, los jueces estarían obligados a aplicar el art. 410 del Código Penal si las multas coercitivas que la LJCA no surten el efecto deseado, si no existen otros medios que logren el objetivo de cese en el incumplimiento de una resolución judicial que obliga al cumplimiento del Derecho de la Unión. Así recaería sobre los incumplidores las penas de multa e inhabilitación para el ejercicio de la función pública, en las cuantías que considere el juez. Pero no recaería pena de prisión, por no existir base legal en nuestro ordenamiento para ello, por lo que el respeto al derecho a la libertad no estaría en peligro.

4.3. *Checks and balances* y el Derecho de la Unión

Una última cuestión me parece interesante destacar cuando el art. 410 se aplique, o si se quiere, más en general, cuando ocurra como en el caso alemán, es decir, cuando el juez conmine al poder ejecutivo al cumplimiento de sus dictados en virtud del Derecho de la Unión. El poder judicial, al aplicarlo, estaría ordenando al poder ejecutivo lo que tiene que hacer en su propio ámbito de actividad. Hasta dónde puede y no puede llegar el juez sería, sin duda, un tema que permitiría iniciar un vasto debate. ¿Afectaría esta situación al principio de división de poderes en un Estado de Derecho? Como se ha mencionado brevemente en líneas anteriores, en nuestro ordenamiento, esta situación está constitucionalmente reconocida en los arts. 103.1 y 106.1, en virtud de los principios de jerarquía y del sometimiento de la Administración Pública al control jurisdiccional. Este último precepto constitucional, en conexión con el art. 24 del mismo texto, garantiza que la actuación de la Administración será revisada por un órgano jurisdiccional, imparcialmente.

En ese sentido, apuntaré brevemente algunas ideas sobre como interpretan nuestros tribunales de última instancia la obligatoriedad de plantear una cuestión judicial ante el TJUE y los conflictos que ello ha generado. La tarea de aplicar y hacer cumplir el Derecho de la Unión corresponde a los jueces nacionales, quienes contribuyen a una interpretación unificada del mismo a través del uso de la cuestión prejudicial. Pero saber cuándo tienen que recurrir a ella y cuándo bastaría con inaplicar una ley nacional priorizando el Derecho

Europeo requiere de un conocimiento preciso tanto del Derecho europeo como de la jurisprudencia del TJEU, como apunta Martín Rebollo (2016), y como veremos a continuación no ha de ser una distinción fácil en la práctica.

En España, la relación del Tribunal Supremo con el Derecho de la Unión Europea ha sido a veces preocupante por el alcance de ciertas tendencias, como pone de manifiesto Sarmiento (2012). En la jurisprudencia de la Sala Tercera, la de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo se ha observado la tendencia a la desestimación de pretensiones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión, que se basaban en este Derecho supranacional, ignorando la jurisprudencia consolidada del TJUE aplicable en estos casos y sustituyéndola por interpretaciones propias, sin planteamiento de cuestiones prejudiciales cuando todo apuntaba que era obligatorio, con lo que el principio de primacía y el sistema de fuentes europeo resultaba incorrectamente aplicado.

Más recientemente, también han surgido conflictos en torno a la obligatoriedad o no del planteamiento de la cuestión prejudicial. El origen de este desencuentro, en particular, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se sitúa en la STS 2546/2018, del 9 de julio de 2018. En esta, el Alto Tribunal declaró la competencia de los tribunales nacionales de lo contencioso-administrativo para controlar que los poderes públicos cumplan las obligaciones que el Derecho de la Unión imponga, llegando, cuando sea necesario a anular actos internos que las contradigan a la vez que se establezcan las medidas que hagan que se cumplan⁷. Es la primera vez que el TS lo establece, en sus palabras: “A partir de los anteriores razonamientos debemos concluir que, dada la eficacia directa de las Decisiones [de la Unión Europea] objeto de la presente controversia, resulta posible que el control de su cumplimiento pueda realizarse por los tribunales nacionales” (FJ 7) y también: “Esta Sala no comparte los argumentos de la contestación a la demanda y considera que tiene competencia para ejercitar el control de la actividad de la Administración nacional en el cumplimiento y ejecución de las obligaciones derivadas de la normativa de la Unión” (FD 5). Para entonces, el mismo Tribunal Supremo ya había inaplicado una ley que según su criterio contradecía el Derecho Europeo, mediante sentencia recaída en el procedimiento ordinario 1-960-2014, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo el 24 de octubre de 2016. En concreto, dejó sin aplicar el art. 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico (LSE) entonces en vigor, que establece el régimen de financiación del bono social eléctrico, al considerar que era incompatible con el art. 3.2 de la Directiva 2009/72/CE.

Poco después llegaría el problema para el TS, puesto que el Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 37/2019, de 26 de marzo, entendió que el TS

⁷ Para un análisis detallado de la sentencia *vid.* Font i Llovet *et al.* (2018). Y también Lozano Cutanda (2019).

debería haber planteado antes una cuestión prejudicial ante el TJUE y no valerse la doctrina del “acto aclarado”. Esta doctrina permite preterir una norma estatal por incompatibilidad con el Derecho de la Unión sin plantear cuestión prejudicial. Pero, esta doctrina, que el TS fundamenta en los asuntos *Federutility* y *Anode*, considera el TC, que no es idéntica materialmente al caso que el TS resuelve. Tampoco considera el TC que los principios de primacía y efecto directo justifiquen en este caso la inaplicación una norma interna en beneficio de una de la Unión. Falla el TC declarando que se ha vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE) puesto que la inaplicación de la ley nacional ha dado lugar a una “preterición del sistema de fuentes, con desconocimiento de las garantías de las garantías que integran el proceso debido”. El TS, como consecuencia, ha planteado sendas cuestiones prejudiciales mediante auto de 9 de julio de 2019. Habrá que esperar hasta su resolución por el TJUE para comprobar si el Derecho nacional termina por poder inaplicarse.

El sentido de este pronunciamiento no es la primera vez que lo vemos en la doctrina del TC. Ya en 2004, mediante Sentencia 58/2004, de 19 de abril, consideró que el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE era un paso un previo que tenía que darse cuando se pretendía inaplicar una norma nacional para aplicar el Derecho de la Unión⁸. Así como la cuestión prejudicial es un paso previo que el TC considera obligatorio para el TS, no tendría que serlo menos para él mismo. Que el TC asuma la labor de intérprete de la jurisprudencia y legalidad ordinarias tanto nacional como europea, en el marco de un recurso de amparo, a fin de valorar si la materia de las sentencias del TJUE *Federutility* y *Anode* son o no idénticas a la del litigio, desdiciendo al TS en este aspecto, podría adolecer del mismo defecto que del TS se aduce. En primer lugar, tal labor interpretativa corresponde más al TS que al propio TC. En segundo lugar, si el TC discrepa sobre la identidad temática entre un caso nacional y un caso europeo de cara a la aplicación de una doctrina como es la del caso aclarado, no estaría menos obligado que el TS al planteamiento de una cuestión prejudicial que aclarase el alcance de tales casos por parte del TJUE⁹. Máxime cuando esta apreciación es determinante en el fallo del TC. Y es que si, ante la duda, no plantea la cuestión prejudicial, podría entenderse que el TC está protegiendo más la aplicación del Derecho interno que del Derecho de la Unión, cuando ambos deberían tener igual grado de protección (principio de equivalencia)¹⁰.

Conviene no olvidar la importancia del tercer poder: la labor del legislador. Que la producción normativa nacional esté en sintonía con el Derecho

⁸ Para un análisis detallado *vid.* Huelin Martínez de Velasco (2020).

⁹ Sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por el Tribunal Constitucional, *vid.* Arroyo Jiménez (2011).

¹⁰ *Vid.* en este sentido el punto 4 del voto particular del magistrado don Andrés Ollero Tassara en relación con la Sentencia del Pleno de 26 de marzo de 2019 dictada en el recurso de amparo núm. 593-2017.

Europeo es crucial para una interpretación conforme. El papel del legislador, de la actividad parlamentaria, es la piedra angular en que se sustenta la labor interpretativa del juez. Que no se ponga en duda si sus competencias traspasan los límites constitucionalmente establecidos depende en gran medida del grado de sintonía entre el Derecho nacional y el Derecho europeo. El legislador también ha de contribuir a esta unificación de interpretación europea desde su posición de creador del Derecho¹¹.

CONCLUSIÓN

Cuesta imaginar cómo un ministro podría terminar en la cárcel por una cuestión de Derecho administrativo. Así formulado cuesta más imaginarlo que cuando se piensa en que una autoridad pública desobedece los mandatos del Derecho, de la Unión en este caso, y además lo hace de forma repetida, manifiesta y con la intención de no rectificar, puesto que las bases del Estado de Derecho estarían en peligro, como el propio Abogado General apunta (punto 40 de sus conclusiones). No parecería tan descabellado pensar que lo lógico sería que un juez restaurara la legalidad. Pero hasta dónde puede llegar la labor interpretativa del juez nacional para ello es una línea que en la práctica es difícil de trazar cuando de hacer cumplir el Derecho supranacional se trata y en Derecho nacional carece de una base legal para lograrlo. Una medida como el arresto coercitivo que propone la ONG DU, además de probablemente conseguir el cumplimiento y suscitar los conflictos entre derechos fundamentales analizados, impediría que los altos cargos públicos siguieran ejerciendo todas sus funciones, incluida la de gobernar, dejando desatendidos los asuntos públicos, algo que la ciudadanía tampoco desea¹².

Igualmente, cabría plantearse la misma situación desde otra perspectiva que nos permitiera hacernos otro tipo de preguntas: ¿los tribunales nacionales pueden tener poderes de ejecución del Derecho de la Unión sobre autoridades públicas? Esta cuestión ya había surgido en otro caso ante el TJUE

¹¹ Así como se recalca la importancia del poder legislativo, podría extenderse esa importancia a la influencia que otros poderes no estatales vienen ejerciendo en la creación del Derecho en un mundo globalizado (aunque este sería un tema que por interesante menciono pero que excede del cometido de este trabajo). Reguladores privados e instituciones cuasi judiciales cobran importancia debido a su alto nivel de especialización en materias que requieren conocimientos muy técnicos, como, por ejemplo, en la estandarización de productos. Se empieza a dejar traspasar las fronteras clásicas del Estado a estos nuevos actores. Este fenómeno es particularmente notorio en el ámbito del Derecho administrativo. Se recomienda leer en este sentido la obra del profesor Cassese (2009/2010).

¹² En opinión del propio presidente del Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) en un artículo de prensa publicado el 18 julio de 2019, antes de que el TJUE dictara sentencia, en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, según informa el Abogado General en sus conclusiones (*vid.* nota al pie 44 de las mismas).

(asunto *Lies Craeynest y otros/Brussels Hoofdstedelijk Gewest y otros*, 2019), medio año antes del que nos ocupa y que resolvió afirmando que los tribunales nacionales son competentes para adoptar cualquier medida necesaria, con respecto a la autoridad nacional en cuestión, que garantice el cumplimiento del Derecho de la Unión. No parecía estar refiriéndose en particular a medidas que supusieran privación de libertad (aunque tampoco descartándolas)¹³. En el caso aquí comentado, tanto el Abogado General como el TJUE dejan claro que si una medida privativa de libertad está prevista en una ley clara, previsible, accesible y no arbitraria, el Derecho de la Unión no solo autoriza sino que obliga al juez nacional adoptarla con el fin de hacer cumplir el Derecho de la Unión. El juez nacional tiene la última palabra para determinar si su Derecho interno cumple esas condiciones puesto que, como se ha mencionado ya, al TJUE no le corresponde cuestionar la interpretación que da el órgano jurisdiccional remitente del Derecho nacional. Y en este caso, por lo que nos señala el Abogado General no parece que la interpretación del Derecho interno esté tan clara, en sus palabras: “de los autos se desprende, cuando menos, que existen serias dudas sobre la interpretación del Derecho nacional y, por tanto, sobre el grado de claridad y de previsibilidad de este” (conclusiones, punto 75). Ardua tarea la que el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo alemán parece tener por delante.

FUENTES CITADAS

A. Bibliografía

- Alonso García, R. (2016). Treinta años de *ius publicum commune* europeo en España, *Revista de Administración Pública*, 200, 341-360. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.17>.
- Arroyo Jiménez, L. (2011). Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4.
- Cassese, S. (2010), *El derecho global: justicia y democracia más allá del estado*. Trad. de J. J. Gutiérrez Alonso, M. Martines Neira y J. Barnés. Global Law Press (Trabajo original publicado en 2009).
- De Diego Díez, L. A. (2017). Multas coercitivas a autoridades y funcionarios hostiles al cumplimiento de las sentencias. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 49-50, 290-317.

¹³ Así, declaraba el TJUE: “Dado que el justiciable tiene derecho a que un órgano jurisdiccional compruebe si la normativa nacional y su aplicación se han mantenido dentro de los límites del margen de apreciación establecido por la Directiva en lo concerniente a la elección de la ubicación de los puntos de muestreo, dicho órgano jurisdiccional también es competente para adoptar cualquier medida necesaria con respecto a la autoridad nacional en cuestión -como por ejemplo un requerimiento- para garantizar que esos puntos se ubiquen de conformidad con los criterios establecidos en la Directiva”.

- De Witte, B.; Mayoral, J. A.; Jaremba, U.; Wind, M., y Podstawa, K. (Eds.) (2016). *National Courts and EU Law*. Edward Elgar Publishing. DOI: <https://doi.org/10.4337/9781783479900>.
- Eliantonio, M. (2018). The role of NGOs in environmental implementation conflicts: 'stuck in the middle' between infringement proceedings and preliminary rulings? *Journal of European Integration*, 40 (6), 753-767, DOI:10.1080/07036337.2018.1500566.
- Falkner, G. (2018). A causal loop? The Commission's new enforcement approach in the context of non-compliance with EU law even after CJEU judgments. *Journal of European Integration*, 40 (6), 769-784, DOI:10.1080/07036337.2018.1500565.
- Fernández Seijo, J. M. (2016). "Sin perdón": Algunas reflexiones informales sobre la comodidad de los jueces de instancia ante las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *WP IDEIR*, 31.
- Font i Llovet, T., Peñalver i Cabré, A., Rodríguez Pontón, F. y Tornos Mas, J. (2018). Notas de jurisprudencia contencioso-administrativa. *Revista de Administración Pública*, 207, 289-299. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.10>.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2020). Tribuna: La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea (Comentario a la STCo 37/2019). *Revista Jurisprudencia*, 1. <https://elderecho.com/la-tormentosa-relacion-del-tribunal-constitucional-con-el-derecho-de-la-union-europea-comentario-a-la-stco-37-2019>.
- Lozano Cutanda, B. (2019, 24 enero). ¿Son competentes los Tribunales españoles para declarar el incumplimiento por el Estado español del Derecho de la Unión Europea? *Publicaciones on-line de Gómez-Acebo & Pombo*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/son-competentes-los-tribunales-espanoles-para-declarar-el-incumplimiento-por-el-estado-espanol-del-derecho-de-la-union-europea/>.
- Martín Rebollo, L. (2016). Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control, *Revista de Administración Pública*, 200, pp. 173-192, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.200.09>.
- Nuñez Lozano, M. C. (2017). La eficacia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los Actos Nacionales. En: *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa* (pp. 549-614), Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2017, ISBN 978-84-7351-589-4. INAP.
- Sarmiento, D. (2012). La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis, *WP IDEIR*, 13.
- Sarmiento, D. (2013). Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, *Common Market Law Review*, 50 (5), pp. 1267-1304.

B. Legislación y jurisprudencia

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. «DOUE» C 202 (7 de jun. de 2016).
- Conclusiones AG (2019). *Deutsche Umwelthilfe eV/Freistaat Bayern*, C-752/18. ECLI:EU:C:2019:972.
- Constitución Española. *BOE* n.º 311 (29 de dic. de 1978).
- Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa. *DOUE* L 152 (11 de jun. de 2008).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *BOE* n.º 7, (8 de ene. de 2000).

- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *BOE* n.º 167 (14 de jul. de 1998).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, de Código Penal. *ES. BOE* n.º 281 (24 de nov. de 1995).
- Recurso de incumplimiento 2018/C 436/45 (2018). *Comisión Europea / República Federal de Alemania* (C-635/18).
- Sentencia TC 215/2016 (15 dic.). ECLI:ES:TC:2016:215.
- Sentencia TC 37/2019 (26 mar.). ECLI:ES:TC:2019:37.
- Sentencia TC 38/2019 (26 mar.). ECLI:ES:TC:2019:38.
- Sentencia TJEU (2019). *Deutsche Umwelthilfe eV/Freistaat Bayern*, C-752/18. ECLI:EU:C:2019:1114.
- Sentencia TJUE (2008). *Janecek*, C-237/07. ECLI:EU:C:2008:447.
- Sentencia TJUE (2013). *Jutta Leth/Austria, Land Niederösterreich*, C-420/11. ECLI:EU:C:2013:166.
- Sentencia TJUE (2018). *Comisión Europea/Reino de España*, C-205/17. ECLI:EU:C:2018:606.
- Sentencia TJUE (2019). *Lies Craeynest y otros/Brussels Hoofstedelijk Gewest y otros* (C-723/17). ECLI:EU:C:2019:533.
- Sentencia TS 2179/2018 (5 jun). ECLI: ES:TS:2018:2179.
- Sentencia TS 2546/2018 (9 de jul.). ECLI:ES:TS:2018:254.
- Sentencia TS 830/2020 (22 de jun.). ECLI:ES:TS:2020:830.
- Sentencia TS 972/2017 (22 mar.). ECLI:ES:TS:2017:972.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada). *DOUE* C 202 (7 de jun. de 2016).
- Tratado de la Unión Europea (versión consolidada). *DOUE* C 202 (7 de jun. de 2016).
- Voto particular del magistrado don Andrés Ollero Tassara en Sentencia TC 37/2019 (26 de mar.). ECLI:ES:TC:2019:37.

