

Nº 35
Tercer trimestre 2023

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número 35. Septiembre 2023

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

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

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

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

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

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

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

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

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

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

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

D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

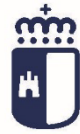
Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

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

D. Javier Mendoza Jiménez

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



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	12
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSIA DE LA OBRA PUBLICA

D. José Enrique Candela Talavero	17
--	----

TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda.....	62
-----------------------------------	----

DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA.

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....	117
------------------------------------	-----

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN LAS ENTIDADES LOCALES. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE REACCIÓN

D. Javier Martínez Hellín.....	170
--------------------------------	-----

COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

D. Alfonso Arellano Perezagua.....	260
------------------------------------	-----



LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA: LAS LEYES
FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y
DELIMITACIÓN DEL PODER
D. Alvaro Vecina Aznar332

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA TRIPLE MORALEJA: NO IMPORTA QUE EL ÓRGANO
QUE HA DE VALORAR LAS OFERTAS SEA INCOMPETENTE
Y CARENTE DE CUALIFICACIÓN APROPIADA SI LO QUE
PROCEDE ES UN RECURSO ADMINISTRATIVO
ORDINARIO
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....436

DELITOS DE ODIO: CRITERIOS DE APLICACIÓN
D. David Miras Estévez454

BASES DE PUBLICACIÓN..... 462



EDITORIAL

En el número 35 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Enrique Candela Talavero con el artículo que lleva por título "La resolución del contrato en la controversia de la obra pública".

Analiza minuciosamente cuándo un incumplimiento provoca la resolución del contrato público según quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Julio Díaz-Maroto Maqueda que aborda con brillantez una breve caracterización general del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva de los fines propios de los dos bloques normativos que interactúan en este ámbito: el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno y el correspondiente a la legislación específica en materia de contratación del sector público. t



A continuación, D. José Joaquín Jiménez Vacas bajo el título "De la función administrativa de Fe pública" define con maestría la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

D. Javier Martínez Hellín con el título "La contratación administrativa irregular en las entidades locales" analiza la más reciente línea doctrinal que especialmente desde determinados órganos consultivos viene insistiendo en acudir al procedimiento para la revisión de los actos nulos, postura sobre la que formula un juicio crítico.

A continuación, D. Alfonso Arellano Perezagua aborda un tema de máximo interés como es el "Compliance ambiental y la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad" que hará las delicias de los lectores.

La sección nacional se cierra con el artículo de D. Álvaro Vecina Aznar con el título "La constitución histórica española: las leyes fundamentales de la monarquía como límite y delimitación del poder".

Dentro de la sección de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La triple moraleja: no importa que el órgano que ha de valorar las ofertas sea



incompetente y carente de cualificación apropiada si lo que procede es un recurso administrativo ordinario”.

Por último, D. David Miras Estévez realiza un análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



DELITOS DE ODIO: CRITERIOS DE APLICACIÓN

D. David Miras Estévez
Abogado

Resumen

Análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio. Exposición de las diferentes alternativas de calificación jurídico-penal con base en la última jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, en relación a los artículos 173.1º CP y 510.2 a). CP, y expresión de las disfunciones en la aplicación de la circunstancia agravante de discriminación del artículo 22.4º CP.

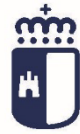
Actualmente las agresiones y ataques discriminatorios, conductas de odio propiamente dichas, tienen en el Código Penal español una regulación ambivalente y disfuncional, dado que el legislador utiliza modelos diferenciados de protección para tipificar conductas similares. Por un lado, el modelo basado en la intencionalidad del agresor ("animus model") previsto en el artículo 22.4º CP que regula el agravante por discriminación (racismo, xenofobia, homofobia, aporofobia, etc). Y por otro



lado, el modelo basado en los efectos individuales y colectivos del delito ("modelo de selección discriminatoria") que tiene su reflejo en el artículo 510 CP que habla de "fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia en aquel."

La jurisprudencia más reciente suele calificar las agresiones y ataques de odio del art. 510.2.a), que implican expresiones y mensajes con un contenido propio del "discurso del odio", como un delito cometido con ocasión de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, en su modalidad de lesión de la dignidad de la persona por razón de discriminación (SAP Madrid nº 14/2023, de 16 enero JUR/2023/72181; STSJ Madrid nº 456/2022, de 14 diciembre JUR/2023/12830; SAP Barcelona nº 303/2019, 72221/2019). Por el contrario, cuando se habla de delito de trato degradante, se está haciendo referencia al delito contra la integridad moral previsto en el art. 173.1º CP (SAP Madrid nº 23/2023, de 23 enero JUR/2023/76273).

Se han detectado disfunciones concretas en los delitos de maltrato y de agresiones discriminatorias observadas frecuentemente en los transportes públicos en casos de xenofobia, homofobia o transfobia, o en otros casos de ataques aporofóbicos a personas sin hogar (sinhogarismo) en oficinas bancarias o en la vía pública. **Estas denuncias cuando se tramitan como un Delito Leve no**



tienen una respuesta satisfactoria con la aplicación del agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4º CP, en vista de que el agravante tan sólo agrava la pena pero en ningún caso el hecho delictivo. No procederá aplicar, por lo tanto, la referida agravante de discriminación en los delitos leves, que habitualmente se sancionan con una pena de multa, ya que resultaría del todo insuficiente e inadecuado sancionar con una multa una agresión física que lesiona también el derecho a la igualdad y la dignidad de la persona.

El Consejo de Europa ha impulsado desde hace años, desde la Decisión Marco 2008/913/JAI, actuaciones concretas de lucha contra manifestaciones de racismo y xenofobia, reclamando sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias en toda la UE. Fruto de este impulso, se han creado secciones especializadas en delitos de odio y discriminación en la mayoría de las Fiscalías Provinciales, y se ha reclamado un Turno de Oficio con especialización en delitos de odio, que ya está operativo en Colegios de Abogados como el de Madrid o el de Málaga. La Fiscalía de Barcelona fue pionera en la difusión de criterios de interpretación que tuvieron resonancia en las primeras sentencias de condena en agresiones de aporofobia sobre personas sin hogar, tomando como base un criterio de mínimos, con la protección prevista en el art. 173.1º CP que sanciona genéricamente el trato degradante e inhumano y la violación grave de la dignidad humana inherente a cualquier agresión de tipo discriminatorio.

Asimismo, la Circular 7/2019, de 14 de mayo,



de la Fiscalía General del Estado, introdujo **pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, haciendo referencia a los denominados indicadores de odio o de "polarización radical", que son parámetros que hacen referencia tanto a la víctima como al autor y al contexto para determinar si existe una concurrencia del móvil de odio** (STS nº 437/2022, de 4 de mayo). Los casos de aporofobia son paradigmáticos en este sentido, porque no suele estar presente un discurso o un mensaje concreto y específico de odio, supuesto en el que será de aplicación el delito troncal contra la integridad moral del 173.1º CP, que recoge un estándar mínimo de protección contra los ataques discriminatorios.

En lo que se refiere a los insultos, expresiones injuriosas y vejaciones injustas de carácter leve con un contenido discriminatorio, es necesario diferenciar si son aislados, puntuales o fruto de una situación incontrolada y momentánea, dado que éstos se encuentran actualmente despenalizados, excepto en el ámbito doméstico (SAP Barcelona nº 641/2022, de 2 noviembre JUR/2023/20048). En caso contrario, **si las expresiones injuriosas y degradantes son reiteradas, continuadas o públicas, y se detecta una conducta meditada, consciente y deliberada de animadversión por motivos discriminatorios, se tendrá que perseguir como un delito de odio previsto en el 510.2º a. CP, o como un delito contra la integridad moral del 173.1º CP, según el principio de especialidad** (SAP Madrid nº 535/2022, de 11 octubre JUR/2022/366921).



Por su parte, la doctrina científica también ha reclamado mayor profundidad en la redacción del agravante de discriminación del 22.4º CP, para atender y dar cabida a todos los supuestos, pero con olvido que esta agravante no está en condiciones de ofrecer una protección adecuada en los delitos más habituales y comunes. Del estudio jurisprudencial se deduce como en la práctica, todos los supuestos de agresiones y ataques de odio y discriminación se califican sobre la base del delito contra la integridad moral del 173.1º (delito de trato degradante contra las personas), y a partir de este delito troncal y genérico, con base en el principio de especialidad se aplicaría la ramificación resultante, que según el concurso de normas (art. 8.1º y 77 CP) puede dar lugar a un delito de odio previsto en el art. 510.2º a. CP (STSJ Cataluña nº 161/2022, de 3 mayo JUR/2022/210454, P. Mir Puig).

En todos estos casos, tanto si se opta por la aplicación del delito de trato degradante (173.1º) como si se opta por la aplicación específica del delito de odio (510.2º a.), la condena vendrá acompañada también por el delito contra la integridad física correspondiente en régimen de concurso ideal, con las particularidades previstas en el art. 177 CP, castigándose separadamente los delitos resultantes, de manera que todo el injusto y el desvalor del resultado quede reflejado correctamente en la condena. **Así, encontramos actualmente sentencias que recogen el concurso de delitos contra la integridad moral con el delito de amenazas** (SAP Madrid nº 23/2023, de 23 enero



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

JUR/2023/76273), **y en supuestos todavía más graves de agresiones físicas, que pueden alcanzar al homicidio, o incluso en el delito de asesinato** (SAP Barcelona nº 36/2023, de 30 junio, P. Solaz Ponsirenas).