

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

57

Septiembre 2021

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

57

Septiembre 2021

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragonés.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4^a ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón

Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis ESTAÚN GARCÍA

Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos

Susana GARCÍA RODRÍGUEZ

Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

José Ramón IBÁÑEZ BLASCO

Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Andrés LEAL MARCOS

Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

José Luis PINEDO GUILLÉN

Secretario General Técnico de Presidencia y Relaciones Institucionales, Gobierno de Aragón

Esperanza PUERTAS POMAR

Directora General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

Esteban DEL RUSTE AGUILAR

Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO

Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN

Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ

Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA

Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO

Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 57 (septiembre 2021)

	Páginas
<i>Evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	6
<i>Colaboradores de este número de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	11
 ESTUDIOS	
M. SARASÍBAR IRIARTE: <i>La protección jurídica de las personas con discapacidad ante el cambio climático</i>	13
J. ESTEVE GIRBÉS: <i>El mito de la responsabilidad objetiva global de la administración pública (Pandemia por coronavirus como oportunidad para una reevaluación del sistema)</i>	43
L. COFRADÉS AQUILUÉ: <i>El papel de las diputaciones provinciales en la reforma local pendiente: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Aragón</i>	72
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Cambio climático y participación a la francesa</i>	119
 DEBATES	
M. FERNANDO PABLO y J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ: <i>Discriminación positiva como recurso contra la despoblación del medio rural: los canales cortos de comercialización agroalimentaria</i>	149
J.C. TEJEDOR BIELSA: <i>El impulso a la simplificación administrativa en Aragón</i>	191
F. GARCÍA RUBIO: <i>La tauromaquia patrimonio cultural inmaterial entre su protección y persecución</i>	221
S. ÁLVAREZ CARREÑO: <i>El debilitamiento de las funciones territoriales, urbanísticas y ambientales en virtud de la pandemia en Murcia</i>	264
A. POLO ROCA: <i>Las transferencias internacionales de datos: regulación actual y su incidencia en las relaciones exteriores de la Unión Europea</i>	325
 CRÓNICAS	
<i>American disputes over the «Administrative State»</i> (J.C. LAGUNA DE PAZ).....	371
<i>Las distancias en el Derecho administrativo de la emergencia por el coronavirus</i> (F. LÓPEZ RAMÓN).....	377
 BIBLIOGRAFÍA	
BOTO ÁLVAREZ, <i>Administración y doctrina de los actos administrativos propios, 2021</i> (I. SOBRINO GARCÍA)	382
CHAVES NOGALES, <i>Obra completa, 2020</i> (F. LÓPEZ RAMÓN)	387
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, <i>La década moderada y la emergencia de la administración contemporánea, 2020</i> (F. LÓPEZ RAMÓN)	389
GARCÉS SANAGUSTÍN, <i>La caracterización jurídico-pública de la Corona, 2020</i> (P. PASCUAL ALEJANDRE)	391
PEMÁN GAVÍN, <i>Banca, Derecho y Sociedad en tiempos convulsos, 2020</i> (O. HERRÁIZ SERRANO)	396

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALCARAZ, Hubert: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

ALENZA GARCÍA, José Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

BAYOD LÓPEZ Carmen: Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

BÉJAR RIVERA, Luis José: Profesor Derecho Administrativo, Universidad Panamericana de México.

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza (†).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor Contrato Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

BOIX PALOP, Andrés: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad de Valencia.

BOUAZZA ARIÑO, Omar: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: Profesor Titular de Derecho de Administrativo, Universidad de Vigo.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Burgos.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CANO CAMPOS, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Abogada, Barcelona.

CASADO CASADO, Lucía: Coordinadora de Investigación del Centre d'Estudis de Dret Ambiental, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo: Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de La Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

CUETO PÉREZ, Miriam: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

DELGADO PIQUERAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Málaga.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor Contratado Doctor, Universidad de Zaragoza.

EZQUERRA HUELVA, Antonio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

FANLO LORAS, Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

FONT I LLOVET, Tomás: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón: Coordinador de Relaciones Externas del Centre d'Estudis de Dret Ambiental, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

GAMERO CASADO, Eduardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de País Vasco, sede de Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

GIMENO FELIÚ, José María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

GUAYO CASTIELLA, Íñigo del: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

GUERRERO MANSO, Carmen de: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R.: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Monteávila de Caracas (Venezuela)

HUERGO LORAS, Alejandro: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

LECUCQ, Olivier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Université de Pau et des Pays de l'Adour (Francia).

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Investigador del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, Soria.

LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María:** Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.
- MORENO MOLINA, José Antonio:** Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Cuenca.
- MOREU CARBONELL, Elisa:** Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.
- NIETO GARRIDO, Eva:** Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo.
- NIETO MORENO, Juan Emilio:** Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba:** Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.
- NOGUERA DE LA MUELA, Belén:** Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.
- OCHOA MONZÓ, Josep:** Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.
- OLIVEIRA MIRANDO, João Pedro de:** Profesor de Derecho Administrativo, Universidade de Lisboa (Portugal).
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis:** Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo (†).
- PALÁ LAGUNAS, Reyes:** Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.
- PEMÁN GAVÍN, Juan:** Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre:** Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.
- PERNAS GARCÍA, Juan José:** Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.
- PIMENTO ECHEVERRI, Julián Andrés:** Profesor Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Externado (Colombia).
- PIPERATA, GIUSEPPE:** Profesor de Derecho Administrativo, Università IUAV di Venezia (Italia).
- POMED SÁNCHEZ, Luis:** Letrado del Tribunal Constitucional.
- PONT CASTEJÓN, Isabel:** Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín:** Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.
- REBOLLO PUIG, Manuel:** Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.
- RIVA, Ignacio M. de la:** Profesor Titular de Intervención Administrativa, Pontificia Universidad Católica Argentina en Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca:** Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.
- ROSA MORENO, Juan:** Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Navarra.

RUIZ GARCÍA, José Ramón: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de A Coruña.

RUOCO, Graciela: profesora titular doctora de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay.

SADDY, André: profesor de Derecho Constitucional, Universidade Federal Fluminense, Río de Janeiro (Brasil).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Alcalá (Madrid).

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIAS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

TORRES LÓPEZ, Asunción: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

TRIAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VALERO TORRIJOS, Julián: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

VERGARA BLANCO, Alejandro: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Chile.

VIGNOLO CUEVA, Orlando: Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Piura (Perú).

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

LISTA DE COLABORADORES

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago: profesor titular de Derecho administrativo, Universidad de Murcia.

COFRADES AQUILUÉ, Lucía: becaria de colaboración de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis: becario de investigación de Derecho administrativo, Universidad de Salamanca.

ESTEVE GIRBÉS, Jordi: profesor ayudante de Derecho administrativo, Universidad de Alicante.

FERNANDO PABLO, Marcos: catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Salamanca.

GARCÍA RUBIO, Fernando: profesor titular de Derecho administrativo, Universidad Juan Carlos I de Madrid.

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Valladolid.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

PASCUAL ALEJANDRE, Pedro: estudiante de Derecho, Universidad de Zaragoza.

POLO ROCA, Andoni: abogado, Colegio de Bizkaia.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: profesora titular de Derecho administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOBRINO GARCÍA, Itziar: investigadora predoctoral de Derecho administrativo, Universidad de Vigo.

TEJEDOR BIELSA, Julio César: catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

ESTUDIOS

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO^(*)

MIREN SARASÍBAR IRIARTE

Sumario: I. LA GRAVEDAD DEL CAMBIO CLIMÁTICO COMO EL GRAN PROBLEMA AMBIENTAL.– II. LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 1. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. 2. La Ley General española de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.– III. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. Las personas discapacitadas como sujetos vulnerables. 2. La aplicación inclusiva de las medidas de mitigación y adaptación del cambio climático a las personas con discapacidad.– IV. LA NECESARIA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA POLÍTICA DE CAMBIO CLIMÁTICO: 1. La obligada aplicación del principio de integración. 2. Marco jurídico español en materia de cambio climático: A) La Ley española sobre Cambio Climático: una oportunidad perdida para la integración de las personas con discapacidad. B) Propuestas del CERMI hacia una política climática inclusiva. C) La importancia de la participación pública de las personas con discapacidad. D) Las Comunidades Autónomas ante el cambio climático: una normativa pionera.– V. EJEMPLOS DE INCLUSIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD: 1. Ámbito educativo. 2. Ámbito sanitario. 3. Ámbito de la seguridad vial. 4. Cine y lectura.– VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El artículo trata sobre la necesaria protección jurídica de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de actuación, incluido el del cambio climático. Es necesario que existan medidas concretas en la normativa sobre cambio climático dirigida a las personas con discapacidad dadas las consecuencias perjudiciales que les provocan. La normativa vigente en ese ámbito resulta escasa en cuanto a la integración de este colectivo al contrario de lo que ocurre en otros sectores, como el de la educación, sanidad, seguridad vial y entretenimiento, entre otros.

Palabras clave: discapacidad; cambio climático; integración; normativa; sectores.

The legal protection of people with disabilities in the face of climate change

ABSTRACT: The article deals with the necessary legal protection of people with disabilities in all areas of action, including climate change. It's necessary the concrete

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 21/07/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 06/09/2021.

measures in the regulations on climate change aimed at people with disabilities, given the harmful consequences that they cause. The regulation in this area is deficient in terms of the integration of this group, contrary to what happens in other sectors, such as education, health, road safety and entertainment, among others.

Key words: disability; climate change; integration; normative; politics.

I. LA GRAVEDAD DEL CAMBIO CLIMÁTICO COMO EL GRAN PROBLEMA AMBIENTAL

En la actualidad, hay una cosa clara, que es que el cambio climático constituye un problema alarmante e incuestionable y constituye el mayor problema ambiental. Lo afirma, entre otros, el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático, que es el máximo órgano científico que estudia esta materia. El exceso de gases contaminantes produce ese calentamiento exagerado, lo cual produce efectos adversos de distinta índole comenzando, por ejemplo, por un aumento del nivel del mar producido por un proceso de deshielo de los glaciares, un aumento, igualmente, de las precipitaciones, aumento de fenómenos meteorológicos extremos, existencia frecuente de olas de calor, etc.

Este efecto invernadero que se produce en la atmósfera provocado por la acción humana ha sido motivo de preocupación por toda la comunidad internacional, iniciándose un debate importante, ya en la Cumbre de Río, sobre la necesidad de establecer unos objetivos de reducción de emisiones. Se trata de un fenómeno global, tanto por sus causas como por sus efectos y requiere una respuesta multilateral basada en la colaboración de todos los países.

Evidentemente, las consecuencias del cambio climático, como se ha dicho, son muy perjudiciales. Es un problema que afecta negativamente a la salud humana, en particular, y a la naturaleza, en general y, por las notas que caracterizan a la contaminación atmosférica, se trata de un problema que afecta a todo el planeta, que no se centraliza en un espacio determinado, sino que traspasa fronteras afectando a multitud de países. En la actualidad, el cambio climático se considera que es uno de los principales riesgos potenciales para la salud humana en la globalidad del planeta junto con la pobreza y el hambre (1).

Por ello, resulta necesario realizar investigaciones sobre la vigilancia y control de este tipo de enfermedades y tener en cuenta los distintos escenarios de cambio climático. Es preciso igualmente llevar a cabo estudios epidemiológicos para valorar el impacto del ozono y de otros contaminantes así como

(1) Véase VV.AA., «El Proyecto EMECAS: Protocolo Estudio multicéntrico en España de los efectos a corto plazo de la contaminación atmosférica sobre la salud», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 79, núm. 2, 2005, pp. 229-242.

desarrollar modelos de predicción de los efectos que el cambio climático y los cambios en la calidad del aire pueden tener sobre la salud (2).

Por ello, si la contaminación existente en las ciudades, por regla general, repercute negativamente a los niños, en especial, un exceso o aumento de la misma con la consecuencia de un cambio brusco en el clima es gravemente perjudicial, por lo que debería suponer un motivo más de alarma y preocupación que sirviera para imponer medidas más severas orientadas a la reducción de la contaminación atmosférica. Lo mismo ocurre con la población mayor de 65 años que también coincide que son el grupo de población que padecen enfermedades de tipo respiratorio o cardiovascular y que en consecuencia, son más vulnerables a un aumento considerable de las temperaturas y a un mayor nivel de contaminación atmosférica (3). La Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica advirtió que como consecuencia de la contaminación atmosférica fallecen personas tres veces más que por accidentes de tráfico y casi diez veces más que por accidentes laborales. Estas afecciones tan graves repercuten también negativamente en las personas con discapacidad, como personas especialmente vulnerables, como posteriormente se analizará.

Como antes he mencionado, las repercusiones del cambio climático son muy variadas siendo muchos los ámbitos los que son afectados como, por ejemplo, las alteraciones en los sistemas ecológicos, con incidencia en los vectores y parásitos, cambios en la ecología microbólica del agua y alimentos, cambios en la productividad de las cosechas, aumento del nivel del mar y alteraciones de la calidad del aire. Todas estas alteraciones son riesgos para la salud y la calidad de la vida humana (4), con mayor incidencia en las personas con discapacidad, como luego se verá.

De lo expuesto se deduce, la repercusión tan alta que el cambio climático ocasiona en los distintos sectores y en concreto en la salud humana. Todos estos

(2) BALLESTER, F., «Contaminación atmosférica, cambio climático y salud», *Revista Española de Salud Pública*, 79, 2005, pp. 159-175.

(3) NIETO SAINZ, J., «Cambio climático y Protocolo de Kioto: efectos sobre el empleo, la salud y el medio ambiente», *Información Comercial Española (ICE)*, 822, 2005, p. 29. De la misma manera, se puede advertir como el ozono es un gas altamente corrosivo que puede dañar a los pulmones y a los ojos principalmente [BENISTON, M., «El cambio climático y sus consecuencias potenciales sobre la salud humana», *Ars Medica. Revista de Humanidades*, 4, 2005, pp. 238-251]. También se refiere a las enfermedades relacionadas con el cambio climático INIESTA ARANDIA, N., RÍOS BLANCO, J. J., FERNÁNDEZ CAPITÁN, M. C. y BARBADO HERNÁNDEZ, F. J., «Cambio climático: ¿Nuevas enfermedades para un nuevo clima?, *Revista Clínica Española*, 209 (5), 2009, pp. 234-240].

(4) GRIMALT, J. O., «Impacto del cambio climático en la salud humana», *Cambio climático y sus consecuencias*, ed. Presidencia Generalitat Valenciana, Valencia, 2007, pp. 73-84 y TIRADO BLÁZQUEZ, M. C., «Cambio climático y salud. Informe SESPAS 2010», *Gaceta Sanitaria*, 24 (suplemento 1), 2010, pp. 78-84.

aspectos son motivos y fundamentos más que suficientes que reclaman una pronta y eficaz solución. Por ello, el ordenamiento jurídico interviene para controlar y reducir esas cuotas de contaminación tan altas y así disminuir las consecuencias tan graves del cambio climático y mejorar de esa manera la salud humana.

II. LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad

La norma cabecera de las personas con discapacidad se encuentra en la Convención de 2008 que regula sus derechos. La finalidad principal de esta norma es la de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. 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.

Es en el artículo 3 donde se regulan los principios que son, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

A algunos de estos principios me referiré en el apartado siguiente, pero quiero ya destacar que tomando como referencia el contenido de esta Convención, es evidente que las personas con discapacidad deben ser integradas en la sociedad, haciéndoles partícipes y adaptando las medidas que se vayan implementando a sus necesidades y características distintas a las de las personas sin discapacidad. De lo contrario, se estaría llevando a cabo políticas claramente discriminatorias, no inclusivas y nada accesibles.

La integración de la realidad de la discapacidad debe darse en todas y cada una de las políticas sectoriales y desde luego, en lo que respecta al cambio climático, es más que evidente, puesto que la afección de sus consecuencias perjudiciales y las medidas de adaptación a la nueva realidad creada tras el cambio climático, son totalmente distintas a las sufridas por las personas sin discapacidad, tal como se verá en apartados sucesivos.

2. La Ley General española de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Como establece su exposición de motivos, las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad.

Y es en su artículo 1, donde establece que la Ley pretende garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, tal como se ha visto en el apartado anterior.

En lo que respecta al principio de igualdad, la Ley establece en su artículo 7 que, para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio, así como de participación en los asuntos públicos.

Asimismo, las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías (5).

Por lo tanto, de esto se deduce que, en cada política sectorial, el legislador debe integrar a las personas con discapacidad en su articulado para que en

(5) BELTRÁN AGUIRRE, J.L. y EZQUERRA HUERTA, A., *Atención y protección jurídica de la discapacidad*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

ese ámbito reciban la protección que merecen ya que, de lo contrario, será discriminatorio. Y por supuesto, la normativa sobre cambio climático también debe ser cumplidora en este sentido, aspecto que se analizará posteriormente.

III. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE EL CAMBIO CLIMÁTICO

1. Las personas discapacitadas como sujetos vulnerables

Las personas discapacitadas tienen un riesgo mayor de sufrir las consecuencias perjudiciales del cambio climático por su especial vulnerabilidad, por lo que hay una clara desproporción que les perjudica claramente. Y desde luego, el cambio climático puede acentuar las desigualdades en materia de salud y gestión sanitaria ya que supone un menor acceso a sistemas sanitarios y puede agravar problemas de salud pública, como la malnutrición o problemas respiratorios, entre otros.

Como establece el «Estudio analítico sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en el contexto del cambio climático» (6) de Naciones Unidas, las personas con discapacidad experimentan los efectos de manera diferente y más intensa que los demás (7).

Como es sabido, el cambio climático origina la existencia de fenómenos meteorológicos extremos, como terremotos, huracanes y, evidentemente, esas situaciones alteran la disponibilidad de los servicios de salud y el acceso a ellos. Me refiero a la existencia, por ejemplo, de las barreras arquitectónicas en desalojos y derrumbes o al impedimento a refugios debido a sus discapacidades físicas o psíquicas (8). En este sentido, cabe destacar, por ejemplo, que las informaciones facilitadas en situación de alerta no son accesibles para las personas con discapacidad, de lo que se concluye, como he dicho anteriormente, la clara desproporción no sólo de las repercusiones sino también de las medidas que se establecen en esas situaciones provocadas por el cambio climático (9).

(6) Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, julio de 2020.

(7) Véase al respecto Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad, informe de síntesis, resumen para responsables de políticas.

(8) CBM, «Saving lives and leaving no one behind. The Gaibandha model for disability-inclusive disaster risk reduction» (2018).

(9) *Guidelines: Inclusion of Persons with Disabilities in Humanitarian Action*, Comité Permanente entre Organismos, 2019.

Es el caso también de la ayuda técnica bien sea en cuanto a la movilidad, al entendimiento, a la capacidad de oír o de ver, que debido a la urgencia e improvisación de los fenómenos se daña o pierde. De esto se deduce, que es necesario establecer instrucciones de emergencia adaptadas y accesibles a las personas con discapacidad, como la previsión de que haya también asistentes personales de apoyo, animales de compañía y equipos médicos que ayuden a esas personas (10). Si no, la discriminación es más que evidente (11). Las personas con discapacidad corren el riesgo de quedarse atrás en un entorno degradado y sin redes sociales y de apoyo cuando los miembros de su familia o comunidad se desplazan como consecuencia de los efectos de cambio climático (refugiados climáticos). A este respecto, las posibilidades de reasentamiento que tienen las personas con discapacidad suelen ser limitadas y las políticas de inmigración discriminatorias constituyen otro desafío al que se enfrentan cuando tratan de migrar a otros países.

Asimismo, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de vivir en la pobreza que las demás. De hecho, se prevé que el cambio climático agudizará la escasez de alimentos y la malnutrición en las regiones más pobres del mundo. La subida del nivel del mar y las inundaciones costeras afectan a las personas y las infraestructuras que se encuentran en zonas de costa de baja altitud, pequeños Estados insulares en desarrollo y otras islas pequeñas. Esta realidad es más acuciante para las personas con discapacidad, tal como es el caso de las personas indígenas con discapacidad que viven en territorios especialmente vulnerables a los efectos del cambio climático, como las zonas costeras, el Pacífico y el Ártico, y corren un mayor riesgo de experimentar situaciones de emergencia. Durante las emergencias, las barreras debidas al entorno pueden impedir a las personas con discapacidad acceder a refugios y espacios seguros.

Por otro lado, como expone el estudio citado, las personas que viven en la pobreza son las que corren un mayor riesgo de no poder acceder a recursos hídricos, en particular las personas con discapacidad, que ya encuentran barreras para acceder a agua salubre para el consumo, la higiene y el saneamiento y a las correspondientes instalaciones.

Por lo tanto, la vulnerabilidad de las personas con discapacidad en el ámbito del cambio climático es evidente, por lo que la política destinada a mitigar sus efectos y a adaptarse a la nueva realidad propiciada por aquél

(10) Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico, *Building Disability-inclusive Societies in Asia and the Pacific: Assessing Progress of the Incheon Strategy*, 2018.

(11) Las personas con discapacidad, en particular las mujeres y las niñas, corren mayor riesgo de sufrir violencia, lo que incluye los abusos, la explotación y la violencia de carácter sexual, durante las situaciones de emergencia, especialmente en los alojamientos de emergencia.

tiene que contemplar sus especiales características evitando una política discriminatoria.

2. La aplicación inclusiva de las medidas de mitigación y adaptación del cambio climático a las personas con discapacidad

En el ámbito del cambio climático, es obligado hacer referencia tanto a las medidas de mitigación como a las medidas de adaptación. Es un binomio que debe estar conectado ya que es una realidad el hecho de que las medidas de mitigación no son suficientes, por eso continúa el problema del cambio climático, por lo que las medidas de adaptación son necesarias también. La adaptación al cambio climático no es una opción singular frente a la reducción de las causas que lo originan sino que es considerado como un complemento necesario a las políticas de mitigación (12). Se trata de un binomio en el que los dos elementos, adaptación y mitigación, están íntimamente relacionados de tal manera que constituyen los pilares esenciales de la lucha global contra el cambio climático.

La política de mitigación está más dirigida a limitar la acumulación de gases de efecto invernadero en la atmósfera, mediante la reducción de dichos gases o mejorando los sumideros. Sin embargo, con la política de adaptación se quiere conseguir minimizar los riesgos, la vulnerabilidad e impactos derivados del cambio climático y al mismo tiempo rentabilizando las nuevas condiciones que ha creado. Asimismo, las acciones de mitigación requieren una respuesta conjunta y coordinada a nivel global, sin embargo, las de adaptación deben adoptarse a nivel nacional o incluso local, ya que los impactos del cambio climático son específicos de cada espacio físico y las medidas, en consecuencia, también deben ser de tal índole (13).

Es necesario pensar y reflexionar sobre las medidas de adaptación y mitigación que disminuyan esos efectos negativos y encontrar el modo de aclimatarse a los cambios y posibles desastres ocurridos por el calentamiento global. La adaptación al cambio climático es fundamental y consiste, por ejemplo, en mejorar las infraestructuras existentes para reforzar sus medios de resistencia a los posibles cambios que se puedan producir, invertir las tendencias que ocasionan un aumento de la vulnerabilidad, protegiendo especialmente las zonas más proclives a las inundaciones y zonas costeras y mejorar la con-

(12) SUMI, A., FUKUSHI, K. and HIRAMATSU, A. (eds.), *Adaptation and Mitigation Strategies for Climate Change*, 2010.

(13) KANE, S. and SHOGREN J. F., «Linking Adaptation and Mitigation in Climate Change Policy», in KANE, S. M. and YOHE G. W. (eds.), *Societal adaptation to climate variability and change*, 2000, pp. 75-102.

cienciación de la sociedad y su preparación para anticipar y prever futuros comportamientos y reacciones ante ciertas situaciones.

Hay que considerar que los efectos del cambio climático son específicos e interdependientes, porque se interrelacionan entre sí y dependen unos de los otros. Es decir, los efectos ecológicos influyen o afectan a los económicos y éstos a su vez en los sociales, con lo cual las medidas de adaptación deben considerar esa interdependencia para que el resultado sea el adecuado.

En conclusión, parece lógico que se intente conseguir el resultado de mitigación del cambio climático con elementos que tenemos a nuestra disposición, como es el caso de las energías renovables y los recursos naturales. Y desde luego, con más razón en los países subdesarrollados, donde no se pueden plantear esa clase de medidas que implican un grado de desarrollo mayor. Para ello, es fundamental, además de una lógica protección y conservación de nuestros bosques, una conservación de las reservas de carbono existentes y utilización de productos biológicos producidos mediante la utilización de técnicas sostenibles, como el uso de la madera en lugar de productos de la construcción con fuerte intensidad energética o el uso de la biomasa en sustitución de los combustibles fósiles.

En lo que respecta a la aplicación de estas medidas a las personas con algún tipo de discapacidad, hay que resaltar que ambas son muy importantes. Las medidas de mitigación son de gran trascendencia para cualquier persona ya que se trata de buscar la manera de aminorar los gases de efecto invernadero, que son los causantes del cambio climático. Y en lo referente a las medidas de adaptación, cabe destacar que son de especial relevancia para las personas discapacitadas porque se trata de buscar las maneras para que tengan medios e instrumentos para aclimatarse y adaptarse a esa nueva realidad, tal como se desarrollará en apartados sucesivos.

IV. LA NECESARIA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA POLÍTICA DE CAMBIO CLIMÁTICO

1. La obligada aplicación del principio de integración

Considero esencial, como ocurre en otros ámbitos, la aplicación del principio de integración. Al igual que es importante su aplicación en el ámbito del cambio climático ya que se trata de incorporar el problema del cambio climático en cada uno de los sectores existentes porque, desde un punto de vista ambiental, es la única forma de tratar adecuadamente el problema y de buscar soluciones eficaces. Encuadrando el problema en cada ámbito concreto, se pueden buscar medidas más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias y condicionantes peculiares de cada sector particular con la finalidad última

de conseguir un desarrollo sostenible. La experiencia en más de una ocasión ha demostrado cómo una medida en particular no tiene el mismo grado de aceptación ni surte los mismos efectos que se preveían en cada uno de los sectores en que se aplica (14).

Es importante y quizás de esa manera el problema del cambio climático se tendría más en consideración, si se incluyese más a menudo en las estrategias de desarrollo de los diferentes países, como el caso de los documentos estratégicos de reducción de pobreza y los informes estratégicos nacionales. El caso es que el tema del cambio climático no puede considerarse una cuestión al margen y desvinculada de cualquier otra materia, ya que es un problema que repercute en muchos sectores y lo lógico es incluirlo dentro de los objetivos a conseguir en cada una de las iniciativas.

Este mismo principio también se puede aplicar en lo relativo a las personas discapacitadas ya que en todas y cada una de las políticas sectoriales tiene que haber una referencia a las mismas, de la clase que sea su discapacidad, porque evidentemente, sus especiales características supone que las medidas que se plantean en cada uno de los ámbitos debe estar adaptada a sus necesidades.

A pesar de que la conexión entre cambio climático y discapacidad puede resultar *a priori* un tanto forzada, en mi opinión dicha conexión está clara ya que considero de gran importancia la integración expresa de medidas concretas para las personas discapacitadas en la normativa sobre cambio climático, ya que, de lo contrario, existe una clara desproporción situándose las personas con discapacidad en una posición de clara desventaja y desigualdad. En concreto, se deberían aplicar los principios de la Declaración de Discapacidad en todas las políticas sectoriales que les afecten y ésta es la única manera de que estén protegidos. Lógicamente, una mayor concienciación y sensibilización de la sociedad hacia las personas con discapacidad ayudaría a una mayor protección de las mismas.

Por ello, debería instaurarse la consideración de colectivo vulnerable a las personas con discapacidad debido a la afección severa de los efectos del cambio climático y, de esa forma, se consigue respetar los principios de igualdad y no discriminación.

En el estudio citado de Naciones Unidas, la adopción de un enfoque del cambio climático basado en los derechos humanos e inclusivo de la discapacidad implica una acción climática que incluya a las personas con discapacidad y las tenga en cuenta en todas las fases. Por ello, la eficacia de las medidas

(14) FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (Coord.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*, ed. Tirant Lo Blanch, 2008 y MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (Dir.), *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.

relacionadas con el cambio climático depende de que el enfoque incorpore los derechos humanos y la discapacidad en la acción climática. Este enfoque inclusivo de la discapacidad empoderará a las personas con discapacidad como agentes de cambio, prevendrá la discriminación en su contra y aumentará la eficacia de la acción climática.

2. Marco jurídico español en materia de cambio climático

A) La Ley española sobre Cambio Climático: una oportunidad perdida para la integración de las personas con discapacidad

En la actualidad, contamos en nuestro país con la Ley de Cambio Climático y Transición Energética, la Ley 7/2021, de 20 de mayo. Cabe decir que se trata de una norma muy esperada por tratarse de un gravísimo problema ambiental que requiere de la implantación de muchas medidas en diversos ámbitos pero que, sin embargo, resulta muy deficitaria en lo que respecta a las personas con discapacidad.

Echando la vista atrás, la norma cabecera internacional sobre el cambio climático, que es el Protocolo de Kyoto, tampoco se refiere en ningún momento a las personas con discapacidad, ni siquiera a las personas vulnerables a los efectos del cambio climático. En el Acuerdo de París se reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que, al adoptar medidas para hacerle frente, las Partes deberían respetar, promover y tener en cuenta sus respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional.

En lo que respecta a las medidas de adaptación, en el artículo 7, se establece que cada Estado tendrá en cuenta la evaluación de los efectos del cambio climático y de la vulnerabilidad a este, con miras a formular sus medidas prioritarias determinadas a nivel nacional, teniendo en cuenta a las personas, los lugares y los ecosistemas vulnerables. En consecuencia, la referencia es sutil, aunque por lo menos ha suplido en parte la carencia del Protocolo de Kyoto al respecto. Pero aún y todo, sigue siendo insuficiente.

Constatada esa laguna, debería haberse planteado el contenido de la Ley de cambio climático en España como mínimo en armonía con las disposiciones del Convenio de Derechos de personas con discapacidad (15), las directrices

(15) GONZÁLEZ MORÁN, L., «Discapacidad y Derecho: la integración del discapacitado por el Derecho», en el vol. col. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J. L. y PÉREZ MARÍN, J., *Sociedad y deficiencia mental*, ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2002, pp. 97-130.

del Comité Permanente entre Organismos sobre la inclusión de las personas con discapacidad en la acción humanitaria y la Estrategia de las Naciones Unidas para la Inclusión de la Discapacidad, pero tampoco ha sido así.

Como antes he mencionado, en el ámbito del cambio climático, hay que contemplar tanto las medidas de mitigación destinadas a la disminución de emisiones de gases de efecto invernadero como las medidas de adaptación, las cuales van encaminadas a buscar los medios para una adecuación a los efectos causados por el cambio climático. Por ejemplo, me refiero, por citar una medida, a que el transporte colectivo sea accesible para las personas con discapacidad. En lo que se refiere a las medidas de adaptación, es muy relevante la adecuación de espacios y, por ello, es esencial que exista una cooperación internacional para movilizar recursos y así apoyar un enfoque inclusivo de la discapacidad ante el cambio climático.

En este sentido, la Ley española de cambio climático, por ejemplo, se refiere en su artículo 14 a la movilidad sin emisiones, siguiendo las premisas establecidas por la Unión Europea, creando municipios con zonas de bajas emisiones, estableciendo medidas para fomentar desplazamientos a pie o en bicicleta, mejorando del uso de transporte público, fomentando del transporte eléctrico privado e impulsando la movilidad eléctrica compartida. Constatando que todas estas medidas son un acierto ya que están destinadas a una reducción importante de emisiones de gases de efecto invernadero que son los causantes del cambio climático, resultan deficientes en lo que respecta a las personas con discapacidad, una vez más. Resulta llamativo, como poco, que la Ley no haya hecho una mención expresa a las necesidades especiales que estas personas tienen en un ámbito tan básico como la movilidad.

El Borrador del Plan de Adaptación al Cambio Climático también considero que ha sido otra pérdida de oportunidad para una política inclusiva hacia las personas con discapacidad, ya que no se les otorga un lugar destacado. Sólo se menciona que el enfoque basado en derechos humanos se integrará en todas las medidas de adaptación, promoviendo el fortalecimiento de la capacidad de adaptación de todas las personas, especialmente aquellas más vulnerables.

Por otro lado, se establece que es necesario identificar los grupos vulnerables y su localización y desarrollar respuestas adaptativas socialmente justas. Estas diferencias de carácter social deben ser identificadas en los estudios de vulnerabilidad y consideradas en la definición de medidas de adaptación. Pero nuevamente, se tiene que presuponer que, dentro del colectivo de las personas más vulnerables, se encuentran las personas con discapacidad. Sin embargo, considero que no tiene que haber una presunción ni ser algo implícito, sino que tiene que existir una mención expresa a ellos en las medidas de adaptación, ya que requieren un tratamiento diferenciado y especializado, tal como se ha citado anteriormente.

Uno de los principios a destacar en el ámbito del cambio climático es el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, es decir, que cada Estado responda en función de su aportación al cambio climático, guardando equilibrio y proporción de acuerdo a las circunstancias de cada país y de las consecuencias, considerando también a los derechos de discapacitados. El estudio de Naciones Unidas citado anteriormente, establece en relación con este principio que los Estados deberían destinar más recursos a la cooperación internacional e intercambiar conocimientos especializados a través de esa vía a fin de aumentar la capacidad de los países y comunidades más afectados por el cambio climático y fomentar una acción climática inclusiva en esos territorios.

Es evidente que el cambio climático nos afecta a todos y también hay que decir que todos somos a su vez responsables del mismo. Esta afirmación debe ser matizada porque hay que tener muy presente el principio citado, el cual pretende establecer diferencias en cuanto a los compromisos y obligaciones exigibles a cada uno de los países afectados e implicados en el cambio climático. De lo contrario, se cometerían injusticias con aquellos países que contaminan menos y que, en consecuencia, contribuyen en menor medida a la existencia de un cambio climático.

En concreto, este principio de fundamenta en la protección y salvaguarda de los países subdesarrollados, ya que emiten menor cantidad de emisiones por lo que contribuyen en menor medida a la existencia de un cambio climático y, asimismo, disponen de menos recursos para poder hacer frente a este fenómeno y a sus consecuencias adversas. Lo lógico es que cada país responda de acuerdo al grado de contaminación que ha aportado según sus características y necesidades y teniendo en cuenta los compromisos que ha adquirido.

Por ello, todos tienen un deber de no propiciar que el cambio climático se acreciente y un deber también de buscar medidas para mitigarlo. Sin embargo, hay que precisar que existe una diferencia de grado importante porque la cantidad de emisiones de los países desarrollados es muy superior a la de los países en desarrollo y, por ello, se establece que los países desarrollados deben tomar la iniciativa para combatir el cambio climático y sus efectos adversos e incluso, enumera de forma diferenciada las obligaciones distinguiendo claramente los países desarrollados de los subdesarrollados. En esta valoración, haciendo analogía de este principio, también tiene que tenerse en consideración lógicamente a las personas discapacitadas y a sus necesidades, aplicando igualmente esa necesaria y justa diferenciación.

La única referencia, aunque no expresa, que se hace en la Ley española de cambio climático es en el artículo 2, donde se alude a la protección de colectivos vulnerables, con especial consideración a la infancia. En esa referencia de colectivo vulnerable, se puede deducir que se incluye a las personas con discapacidad, pero hubiera sido recomendable una referencia concreta y

expresa, tal como se ha hecho con la infancia. La discapacidad es una realidad palpable, se estima que hay 1.000 millones en todo el mundo (16), y llama mucho la atención que, en un ámbito como el del cambio climático, que conlleva unas repercusiones muy perjudiciales en muchos sentidos y donde es más que evidente que ante un fenómeno meteorológico extremo las personas discapacitadas van a tener muchas más dificultades que una persona sin discapacidad, no haya hecho alusión a la especial consideración que deben tener las personas discapacitadas por ser claramente un colectivo vulnerable. La Ley no lleva a cabo una visión inclusiva, dejando de lado claramente a la discapacidad, siendo esto una carencia muy importante y absolutamente criticable.

La Ley a lo largo de su articulado menciona colectivos vulnerables y se refiere a la infancia o juventud y en ningún caso a las personas con discapacidad. Es más, cuando se cita el término vulnerable lo asocia con territorios, con especies vegetales, con poblaciones, con sectores socioeconómicos, hábitats pero en ningún caso con personas con discapacidad.

Sin embargo, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con acierto, se plantean algunos de sus objetivos de forma inclusiva, tal es el caso del Objetivo 4 (educación de calidad), donde se exhorta a los Estados Miembros a que aseguren el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional, entre otras para las personas con discapacidad, o del objetivo 11 (ciudades y comunidades sostenibles) el cual prevé, entre otras cosas, la necesidad de asegurar el acceso a una vivienda digna, servicios y transporte y de proporcionar acceso universal a zonas verdes y espacios públicos, en particular para las personas con discapacidad, o el objetivo 17 (Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible) donde se exhorta a los Estados Miembros a incrementar el apoyo para la creación de capacidad prestado a los países en desarrollo a fin de aumentar la disponibilidad de datos desglosados en función de distintas variables, incluida la discapacidad.

B) Propuestas del CERMI hacia una política climática inclusiva

En este sentido, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) planteó una serie de enmiendas al Proyecto de Ley sobre Cambio Climático con la idea de incluir a las personas con discapacidad y sus necesidades en las medidas y previsiones que la Ley realiza para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y para adaptarse a las nuevas realidades que el cambio climático ha provocado.

Las enmiendas planteadas, en definitiva, consisten en introducir de forma expresa los principios de accesibilidad y de inclusión en las disposiciones de

(16) *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, Organización Mundial de la Salud (OMS) y Banco Mundial, 2011, p. 34.

la Ley. Por ejemplo, el CERMI constata que las personas con discapacidad sufren una mayor tasa de desempleo y pobreza, con dependencia de energías contaminantes y pocos recursos para transitar a una energía limpia, por lo que genera pobreza y vulnerabilidad energética en sus hogares. Asimismo, esta crisis climática es especialmente dañina con los llamados migrantes climáticos, que abandonan sus naciones por la escasez de recursos, siendo mucho más grave en personas con discapacidad que pueden quedar abandonadas por la dificultad que entrañan estos éxodos. Por otro lado, la excesiva contaminación del aire merma la calidad de vida e incluso la esperanza de vida de muchas personas con discapacidad cuya salud es más vulnerable. Cuando suceden desastres naturales y se destruyen infraestructuras, que, si ya son precarias en materia de accesibilidad, estos fenómenos acentúan mucho más esta realidad (sirva como ejemplo que el teléfono 112 todavía no es accesible para personas ciegas y sordociegas). Lo mismo ocurre con las olas de calor, que afecta especialmente a las personas con discapacidad ya que son más vulnerables y sensibles a estas altas temperaturas y a las enfermedades ligadas a ellas.

Además de la incorporación de dichos principios en las medidas previstas en la Ley, también plantearon la inclusión de artículos nuevos, como el derecho humano al medio ambiente (17), un apartado en el artículo dedicado a la consideración del cambio climático en la planificación y gestión del agua (18), otro apartado en el artículo donde se regulan los criterios de adjudicación de la contratación pública (19), una disposición adicional nueva dedicada a la medición del impacto y acción positiva con los grupos sociales y las personas en situación de vulnerabilidad (20) y una disposición

(17) Esta Ley realza el derecho humano a un medioambiente saludable, como garante para mitigar el cambio climático y para el goce y disfrute de resto de derechos humanos, especialmente en personas en situación de vulnerabilidad. En este sentido, esta Ley será un instrumento para asegurar el derecho al aire limpio, al agua potable, a los alimentos sanos, a un clima estable y a la protección de la biodiversidad y ecosistemas saludables para transitar a una España verde.

(18) Considerar a las personas y poblaciones en situación de vulnerabilidad incluyendo medidas y actuaciones consistentes en garantizar su seguridad y su salubridad hídrica y los impactos económicos en sus vidas.

(19) Aplicación de criterios de accesibilidad universal, evitando generar nuevas barreras.

(20) En todo el despliegue de lo establecido en esta Ley y en sus desarrollos normativos, se analizarán, medirán y considerarán especialmente los impactos y repercusiones de su aplicación en los grupos sociales y personas en situación de vulnerabilidad. Las actuaciones desarrolladas en virtud de esta Ley tendrán en cuenta la dimensión de género, edad, discapacidad y situación socioeconómica, al ser variables en las que cambio climático incide de manera más desfavorable. A tal fin, se promoverá, a partir de un dialogo civil intenso, una cooperación permanente y constructivas con las organizaciones más representativas de estos grupos sociales.

transitoria nueva en la que se regula la transición ecológica en el sector social y en la economía social (21).

De todas las enmiendas que el CERMI planteó, se incorporaron dos, la primera al regular la Estrategia para una transición justa en el artículo 27, que supone la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a trabajadores. En este sentido, la enmienda propuesta y aceptada fue que además de tener en cuenta la perspectiva de género para la aplicación de los instrumentos de aplicación y desarrollo de ésta, se tendrán en consideración los principios de inclusión social y accesibilidad universal. Es lógico contemplar a las personas con discapacidad para que esa transición sea justa ya que es una realidad la discriminación que las personas con discapacidad sufren en el entorno laboral unido a la exclusión y pobreza energética. Del mismo modo, lo que procede es que los discapacitados conozcan los riesgos e implicaciones vinculados al cambio climático y que puedan beneficiarse también de las oportunidades derivadas de la transición hacia una sociedad descarbonizada.

Y la segunda enmienda al regular los Convenios de Transición Justa en el artículo 28, se establece que en el marco de la Estrategia de Transición Justa se suscribirán convenios de transición justa con el objeto de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones. La enmienda consistió en incluir los colectivos en riesgo de exclusión en dicha transición, dando acogida, entre otras, a las personas con algún tipo de discapacidad.

En lo relativo a la fiscalidad justa, hay que destacar que los incentivos para energías renovables, eficiencia energética y salubridad en los hogares, también debe entenderse aplicable a las personas con discapacidad, pero nuevamente, queda de manifiesto que se omite en la Ley esa perspectiva integradora de dicho colectivo.

Por otro lado, la Ley alude a los incentivos de inversión y a la generación de empleo en el ámbito del cambio climático y de las energías renovables. En este sentido, cabe destacar que deberá tenerse en cuenta en este punto a las

(21) Los poderes públicos con atribuciones en las materias reguladas en esta ley dispondrán la inversión social necesaria para la adecuación de los dispositivos de servicios sociales y economía social a la transición a un sistema de energía eficiente y renovable, teniendo en cuenta la promoción de actividades de recuperación medioambiental y de compensación de los déficits y obstáculos de los grupos sociales vulnerables y territorios en desventaja para que logren alcanzar una transición justa.

personas con discapacidad y que se promueva la incorporación de los discapacitados. Nuevamente, considero que debería haber habido una referencia y no una presunción, ya que puede ocurrir que en la práctica no se les tenga en consideración.

En conclusión, se ha perdido la oportunidad en esta Ley de regular el cambio climático y las energías renovables de un modo integrador e inclusivo, incorporando medidas adaptadas a las personas con discapacidad, especialmente en un ámbito, insisto, en el que la realidad evidencia que las consecuencias perjudiciales del calentamiento en esas personas son más severas y, en consecuencia, las medidas de mitigación y adaptación deben ir en consonancia. Y esto, por desgracia, no se ha producido con la Ley.

C) La importancia de la participación pública de las personas con discapacidad

Como una propuesta destinada a integrar a las personas discapacitadas y a que adquieran el protagonismo que merecen como cualquier otro agente social, es que sean partícipes en los procesos de elaboración de la normativa sobre cambio climático, ya que, de esa manera, se pueden establecer medidas de reducción de riesgos y también medidas de adaptación al fenómeno del cambio climático desde un conocimiento en primera persona de las especiales afecciones a ese colectivo vulnerable de personas. Se puede citar al respecto la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se proclama el derecho a disfrutar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que el resto de personas, tal como se ha dicho anteriormente (22).

De esa manera, también se establece en el artículo 3 la obligación que tienen los Estados miembros de colaborar activamente en procesos de decisión de aspectos que afecten a su vida, como es también el cambio climático. Y, por otro lado, en el artículo 11, la obligación de protegerles en situaciones de riesgo.

Asimismo, considero que es una medida muy adecuada la creación de un grupo específico de personas con discapacidad en las negociaciones existentes sobre el clima consiguiendo de esa manera una mejor representación de todos los colectivos, incluidas las personas discapacitadas. La Ley ha previsto la creación de un Comité de Personas Expertas de Cambio Climático y Transición Energética en el artículo 37 como órgano responsable de evaluar y hacer recomendaciones sobre las políticas y medidas de energía y cambio climático, incluidas las

(22) TORRES LÓPEZ, M. A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 2012.

normativas. Nuevamente, se omite ninguna referencia a la necesidad de que las personas con discapacidad cuenten con representación en dicho órgano y así poder contemplar de forma directa las afecciones del cambio climático sobre ellos y establecer las medidas que sean las más adecuadas posibles.

En esta misma línea, el Derecho Internacional de Derechos Humanos considera muy relevante empoderar a las personas con discapacidad en procesos de participación plena y efectiva de la acción climática. En definitiva, se trata de llevar a cabo una perspectiva inclusiva, integradora, transversal, donde las personas con discapacidad tengan un protagonismo destacado y no sólo sean destinatarios pasivos, en el mejor de los casos, de las medidas previstas por el legislador. Las personas con discapacidad deben tener acceso a la información, las competencias y los conocimientos necesarios para comprender los efectos del cambio climático y actuar frente a ellos.

D) Las Comunidades Autónomas ante el cambio climático: una normativa pionera

En la normativa autonómica sobre el cambio climático poco se mejora respecto de lo previsto en la Ley sobre cambio climático del Estado. Pero hay que destacar que se tratan de leyes previas a la estatal, lo cual es meritorio y demuestra el interés de las Comunidades Autónomas en regular este grave problema ambiental sin contar con una ley estatal de referencia.

En primer lugar, en la Ley 8/2018, de 8 de octubre que regula las medidas en Andalucía frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético, no se hace una referencia expresa a las personas con algún tipo de discapacidad. Siguiendo la línea de la Ley estatal, aunque fue previa a ésta como he dicho, se refiere únicamente en su artículo 9.2 k), al regular el contenido del Plan Andaluz de Acción por el Clima, a las medidas para colectivos especialmente vulnerables a los efectos del cambio climático. Esa es la referencia que se puede presuponer que hace la Ley a las personas discapacitadas, por lo que al igual que en el Estado, resulta escasa.

Por otro lado, la Ley catalana que regula el cambio climático, la Ley 16/2017, de 1 de agosto, tampoco hace alusión a las personas con discapacidad. Sólo se refiere a los colectivos vulnerables en su artículo 23.2 al establecer que el Gobierno debe elaborar y aprobar planes especiales de protección para los grupos de riesgo más vulnerables. Nuevamente, tenemos que suponer que en la expresión «grupos de riesgo más vulnerables» se encuentran las personas con algún tipo de discapacidad. Al igual que he dicho de las anteriores normas, resulta insuficiente esta referencia tan sutil.

Por último, otro ejemplo de Ley autonómica en esta misma línea se da con la Ley balear sobre cambio climático y transición energética, la Ley 10/2019,

de 22 de febrero, que en su artículo 31.4 al regular las medidas de fomento, expone que las administraciones públicas establecerán programas de subvenciones, de ayudas y políticas fiscales destinadas a conseguir eficiencia energética en la rehabilitación de viviendas, con especial atención a los colectivos más vulnerables. Asimismo, se podrán establecer estrategias de financiación basadas en mecanismos de recuperación de las inversiones realizadas a partir del ahorro energético.

La conclusión a esta norma es la misma que he hecho con anterioridad, ya que no regula expresamente las medidas destinadas a las personas con discapacidad ni tan siquiera se refiere a ellas. Nuevamente, hay que presuponer que en el colectivo de sujetos vulnerables se encuentran las personas con discapacidad.

Por lo tanto, considero escasa tanto la regulación estatal como he dicho anteriormente y también la regulación autonómica, ya que es sorprendente que una realidad como la discapacidad, que afecta a tantas personas, no se incorpore en la normativa sobre cambio climático, un fenómeno por otro lado que no entiende de fronteras ni de tipos de personas, y que además coincide que es especialmente perjudicial para las personas con discapacidad.

V. EJEMPLOS DE INCLUSIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD

1. Ámbito educativo

Como he comentado anteriormente, es necesaria la inclusión de la discapacidad en todas y cada una de las políticas sectoriales ya que, de otra manera, sólo nos encontraríamos con normativa específica que regule a las personas con discapacidad y de esa forma no se conseguiría una adecuada protección global de dichas personas. Las medidas que contemplen a las personas con discapacidad deben estar integrados en todos los sectores, en todas las normas particulares, porque las diferentes políticas les afectan, como sujetos de derechos que son. El objetivo de este apartado es únicamente referenciar algunas políticas que sí han realizado esa regulación inclusiva e integradora de las personas con discapacidad.

En primer lugar, me refiero al ámbito de la educación en el que, por supuesto, se incluye a las personas con discapacidad. En concreto, en la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su artículo primero donde se describen los principios en los que se inspiran se menciona expresamente a las personas con discapacidad en la letra b) donde se señala «la equidad, que garantice la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportu-

tunidades, también entre mujeres y hombres, que ayuden a superar cualquier discriminación y la accesibilidad universal a la educación, y que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada en 2008, por España».

Es en el artículo 2 al definir los fines de la Ley, donde nuevamente se les incluye, al señalar como uno de ellos «la educación en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de nacimiento, origen racial o étnico, religión, convicción, edad, de discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquier otra condición o circunstancia».

En cuanto a los principios pedagógicos, hay una mención expresa a las personas con discapacidad. Se señala que «asimismo, corresponde a las Administraciones educativas regular soluciones específicas para la atención de aquellos alumnos que manifiesten dificultades especiales de aprendizaje o de integración en la actividad ordinaria de los centros, de los alumnos de alta capacidad intelectual y de los alumnos con discapacidad».

Además de estas referencias, la Ley dedica una sección concreta al alumnado con necesidad educativas especiales (art. 73 y ss.) que es «aquel que afronta barreras que limitan su acceso, presencia, participación o aprendizaje, derivadas de discapacidad o de trastornos graves de conducta, de la comunicación y del lenguaje, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, y que requiere determinados apoyos y atenciones educativas específicas para la consecución de los objetivos de aprendizaje adecuados a su desarrollo. El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para la detección precoz de los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, y para que puedan alcanzar los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos. A tal efecto, las Administraciones educativas dotarán a estos alumnos del apoyo preciso desde el momento de su escolarización o de la detección de su necesidad».

Y se hace una mención en este sentido a las Administraciones educativas ya que se les emplaza a «favorecer que el alumnado con necesidades educativas especiales pueda continuar su escolarización de manera adecuada en todos los niveles educativos pre y postobligatorios; adaptar las condiciones de realización de las pruebas establecidas en esta Ley para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran; proporcionar los recursos y apoyos complementarios necesarios y proporcionar las atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos de algún tipo durante el curso escolar». En esta misma línea, en el artículo 75 se prevé que «las Administra-

ciones educativas establecerán una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional para el alumnado con discapacidad».

Cuando se regula la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados, se vuelve a mencionar a las personas con discapacidad al exponer que «las Administraciones educativas establecerán una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional para el alumnado con discapacidad». Es en el artículo 110, al hacer referencia a la accesibilidad, sostenibilidad y relación con el entorno, se regula que «las Administraciones educativas promoverán programas para adecuar las condiciones físicas, incluido el transporte escolar, y tecnológicas de los centros y los dotarán de los recursos materiales y de acceso al currículo adecuados a las necesidades del alumnado que escolariza, especialmente en el caso de personas con discapacidad, de modo que no se conviertan en factor de discriminación y garanticen una atención inclusiva y universalmente accesible a todos los alumnos».

En definitiva, es sólo un ejemplo de una política inclusiva, integradora, que acoge las personas con discapacidad, atendiendo a sus especiales características que demandan diferentes medidas y atenciones que otro alumno sin discapacidad. En este sentido, las Administraciones deben involucrarse en esta integración promoviendo que, desde el sector público, se incluya a estos alumnos con otras capacidades en el sistema público de educación.

2. Ámbito sanitario

La Ley vigente que regula la salud pública en España es la Ley 33/2011, de 4 de octubre y es un ámbito esencial para todas las personas por lo que obligatoriamente las personas con discapacidad deben estar contempladas en el articulado de la Ley.

La protección del medio ambiente en el artículo 45 de la Constitución se fundamenta en la salvaguarda y conservación de los diferentes elementos naturales que configuran el ecosistema pensando tanto en las generaciones presentes como en las futuras. De esta concepción se alude de forma implícita a la salud humana al referirse este precepto a la calidad de la vida. En el artículo 43 se consagra el derecho a la salud y el deber por parte de los poderes públicos de velar por la salud pública mediante los servicios y prestaciones que sean necesarios. Pero en este precepto tampoco se alude expresamente al medio ambiente por lo que nuevamente se constata una falta de conexión entre los dos ámbitos (23).

(23) Véase por orden alfabético a BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 6, 1983, pp. 155-186 y «La universalización de la asistencia

Hay que hacer referencia a la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de la Salud pública, donde expresamente se hace mención directa del cambio climático como uno de los riesgos importantes para la salud humana. En la propia exposición de motivos, ya se alude a aspectos ambientales como la «calidad del aire que se respira» y «el entorno medioambiental de las personas». En su artículo 1 se menciona la necesidad de abordar el ámbito de la salud de forma transversal, lo cual supone incorporar la salud de las personas como objetivo a proteger en cada una de las políticas sectoriales y no sólo en la normativa sanitaria.

La Ley al regular sus principios inspiradores, se refiere al de equidad señalando que las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población. Igualmente, las actuaciones en materia de salud pública incorporarán la perspectiva de género y prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad.

Igualmente, en la Ley se regula el derecho a la información en el artículo 4 y, en concreto, se establece que los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tiene derecho a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones competentes. Y en concreto, se hace mención de las personas con discapacidad al señalar que toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo.

Como derecho fundamental, se regula en el artículo 6 el derecho a la igualdad en el que se enfatiza que todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2011, pp. 79-91; MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975 y PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

La prevención de la salud también es un tema importante en este ámbito y la Ley vuelve a referirse a los discapacitados, señalando que la prevención tiene por objeto reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar o eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias negativas mediante políticas acordes con los objetivos de esta Ley.

En consecuencia, como ocurre con la educación, el ámbito de la sanidad, es otro ejemplo de normativa inclusiva con las personas con discapacidad incorporando de forma expresa en su articulado, medidas dirigidas a las necesidades y características singulares de estas personas.

3. Ámbito de la seguridad vial

En tercer lugar, en el ámbito de la seguridad vial, también se incluye a las personas con discapacidad al referirse a las competencias del Ministerio de Interior y en concreto se establece la garantía de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, especialmente en su calidad de conductores, en todos los ámbitos regulados en esta Ley (art. 5). Siguiendo con el tema competencial, se señala que a los municipios les corresponde «la regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social» (art. 7).

Al regular en el artículo 8 el Consejo Superior de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible, se hace una mención expresa a la inclusión de las personas con discapacidad en la composición del mismo, siendo un claro ejemplo de la integración de este colectivo y de sus especiales necesidades, no como ocurre con la Ley española de cambio climático.

En la regulación de las normas de circulación, en el artículo 13, también se refiere expresamente a las personas con discapacidad al señalar que «el conductor debe estar en todo momento en condiciones de controlar su vehículo. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, debe adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, personas ciegas o en general personas con discapacidad o con problemas de movilidad». Asimismo, en el artículo 40, al regular las prohibiciones de parar, se hace mención particular de las zonas señalizadas para uso exclusivo de

personas con discapacidad y pasos para peatones y en zonas señalizadas para uso exclusivo de personas con discapacidad.

En ese mismo artículo, se regula las prohibiciones de estacionar, entre las que se incluye las zonas señalizadas para uso exclusivo de personas con discapacidad. Asimismo, es considerada infracción grave parar o estacionar en el carril bus, en curvas, cambios de rasante, zonas de estacionamiento para uso exclusivo de personas con discapacidad, túneles, pasos inferiores, intersecciones o en cualquier otro lugar peligroso o en el que se obstaculice gravemente la circulación o constituya un riesgo, especialmente para los peatones.

De nuevo, nos encontramos con normativa inclusiva y con una perspectiva integradora que incorpora a las personas con algún tipo de discapacidad y a sus características en un ámbito, el de la seguridad vial, donde claramente son partícipes y, por lo tanto, las normas deben incorporarles como sujetos de derecho.

4. Cine y lectura

El ámbito del ocio es otro espacio donde se reconocen importantes medidas inclusivas con las personas discapacitadas. En concreto, la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, al regular en el artículo 18, la cuota de pantalla, se establece que las salas de exhibición cinematográfica estarán obligadas a programar dentro de cada año natural obras cinematográficas de Estados miembros de la Unión Europea en cualquier versión, de forma tal que, al concluir cada año natural, al menos el 25 por 100 del total de las sesiones que se hayan programado sea con obras cinematográficas comunitarias. Y en ese cálculo, se incluyen las películas comunitarias que incorporen sistemas de accesibilidad para personas con discapacidad física o sensorial, en especial el subtitulado y la audiodescripción.

En la sección dedicada a las ayudas, se regula asimismo en el artículo 28 que se podrán conceder ayudas a distribuidores independientes para la realización de planes de promoción y distribución en España de películas de largo y corto metraje, comunitarias e iberoamericanas, a fin de estimular su distribución, principalmente en versión original, en salas de exhibición, con especial atención a la calidad de las películas, a la incorporación de nuevas tecnologías de la comunicación y a las facilidades de acceso a las películas para las personas con discapacidad.

Es importante esta previsión ya que incorpora como aspecto a considerar el hecho de que se contemplen medidas dirigidas a facilitar el acceso a las películas de aquellas personas que tienen algún tipo de discapacidad. De esta manera, se quiere incentivar que la industria del cine esté sensibilizada y se preocupe de integrar a las personas discapacitadas.

En concreto, se establece en la Ley que estas ayudas tendrán como objeto subvencionar hasta el 50 por 100 del coste del tiraje de copias, del subtítulo, de la publicidad y promoción, de los medios técnicos y de los recursos necesarios para el acercamiento de las películas a colectivos con discapacidades, con el límite máximo de la cantidad que se establezca reglamentariamente.

Asimismo, se regula en la Ley, en los términos que reglamentariamente se establezcan, se podrán conceder ayudas a la distribución de películas de largo metraje y corto metraje, comunitarias e iberoamericanas, en soporte videográfico o a través de Internet, siempre que incorporen un sistema de audiodescripción para personas ciegas y con discapacidad visual, así como un sistema de subtítulo especial que permita la comprensión de dichas películas por parte de personas sordas y con discapacidad auditiva (art. 28.5). En la misma línea, se encuentra el artículo 29.4 el cual se refiere a las ayudas dirigidas a adaptar las salas de exhibición a las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad y equipos técnicos para el subtítulo y la audiodescripción.

Las ayudas a la distribución en vídeo e Internet tendrán como requisito de acceso la incorporación de sistemas de audiodescripción para personas ciegas y con discapacidad visual, así como un sistema de subtítulo especial que permita la comprensión de dichas películas por parte de personas sordas y con discapacidad auditiva. En la concesión de ayudas a la distribución en salas de exhibición se valorará específicamente la incorporación de sistemas que faciliten el acceso a las películas para las personas con discapacidad. El Órgano Colegiado para la valoración de ambas ayudas podrá recabar el consejo de un experto independiente respecto de las condiciones de accesibilidad que se presenten (24).

Las empresas titulares de salas de exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales que dispongan de página o sitio de Internet informarán a través de ese medio de las condiciones de accesibilidad tanto de las salas como de las obras audiovisuales que exhiban, de modo que los potenciales usuarios con discapacidad puedan conocer esa información con la antelación suficiente. Asimismo, se promoverá que las salas de exhibición dispongan de espacios reservados para personas que utilicen silla de ruedas o que tengan algún tipo de discapacidad física que les impida acomodarse en las butacas de las salas.

(24) El Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales colaborará con el Consejo Nacional de la Discapacidad en aquellas iniciativas que aborden propuestas de acción y de mejora relativas a la situación y progresos de la accesibilidad del cine a las personas con discapacidad.

El Centro Español del Subtítulo y la Audiodescripción (CESYA) del Real Patronato sobre Discapacidad constituye el centro estatal técnico de referencia en materia de accesibilidad audiovisual para personas con discapacidad, en lo referente a la producción, distribución y exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales.

En resumen, el cine como espacio cultural y de ocio no puede quedar al margen de una parte de la sociedad y las medidas que promuevan su integración son desde todos los puntos de vista muy positivas. Se trata de una Ley que, a pesar de regular una actividad de ocio concreta y parecer un ámbito sectorial muy especializado, sin embargo, es un ejemplo de una norma inclusiva que apuesta por la integración de las personas con discapacidad, apostando por una política de fomento con importantes medidas dirigidas a tal fin.

Y, en segundo lugar, en lo que respecta a la lectura, en la Ley 10/2007, de 22 de junio de lectura, del libro y de las bibliotecas, se incluye expresamente en su articulado a las personas con discapacidad. Es el caso del artículo dedicado a los planes de fomento de lectura, en el que se establece que considerarán la lectura como una herramienta básica para el ejercicio del derecho a la educación y a la cultura, en el marco de la sociedad de la información y subrayarán el interés general de la lectura en la vida cotidiana de la sociedad, mediante el fomento del hábito lector. Los planes de fomento de la lectura tendrán especial consideración con la población infantil y juvenil y con los sectores más desfavorecidos socialmente, con especial atención a las personas con discapacidad, así como con el aprendizaje continuo de los ciudadanos de cualquier edad (art. 4).

Como uno de los principios en los que se inspira la Ley es la igualdad para que todos los usuarios accedan a los materiales, instalaciones y servicios de la biblioteca, sin discriminación por razón de origen, etnia, religión, ideología, género u orientación sexual, edad, discapacidad, recursos económicos o cualquier otra circunstancia personal o social. Por lo que las personas que tengan algún tipo de discapacidad no deben tener ninguna dificultad en acceder a las bibliotecas y sus recursos (art. 12).

Al mencionar en el artículo 14 el Sistema Español de Bibliotecas, que comprende el conjunto de órganos, centros y medios que, mediante relaciones de cooperación y coordinación, que actúan conjuntamente con la finalidad de desarrollar los servicios bibliotecarios, también se alude a que las bibliotecas integradas en el Sistema Español de Bibliotecas deberán ser necesariamente accesibles para las personas con discapacidad. Por lo tanto, las de nueva creación, lo serán desde su puesta en funcionamiento; las que ya existan, y que no reúnan los requisitos de accesibilidad, deberán acondicionarse con arreglo a las disposiciones y plazos establecidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

De forma expresa en el propio título del artículo 17, se regula en la Ley la calificación como infracción grave la discriminación, por razón de discapacidad, que impida tanto a los usuarios como a los propios profesionales de las

bibliotecas acceder a los materiales, instalaciones y servicios de la biblioteca en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

Igualmente, la Ley dedica una disposición adicional, en concreto la tercera, para las personas con alguna discapacidad. En primer lugar, se establece que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán el acceso de las personas con discapacidad a la lectura, al libro, y a las bibliotecas, velando por un uso regular, normalizado y sin discriminaciones de este tipo de servicios, bienes y productos culturales.

Por lo que, en un primer momento, se destaca la actividad de fomento por parte de la Administración para ayudar a las personas con discapacidad para que puedan leer y acceder a las bibliotecas sin ningún tipo de discriminación. En este sentido, el precepto incide en que los planes de fomento de la lectura y de la industria del libro tendrán en consideración las necesidades particulares de las personas con discapacidad, especialmente en la promoción, difusión y normalización de formatos y métodos accesibles, como los soportes en alfabeto braille, los soportes sonoros, los soportes digitales o los sistemas de lectura fácil. Para facilitar todas estas medidas, en el último párrafo del precepto se establece que el Ministerio de Cultura y las demás administraciones públicas suscribirán convenios de colaboración con las entidades de iniciativa social, sin ánimo de lucro, del sector de la discapacidad.

Nuevamente, como los sectores analizados en este apartado, se trata de un ámbito inclusivo en el que la normativa reguladora es integradora con las personas con discapacidad, siendo un ejemplo para otras políticas, como ocurre con la del cambio climático, la cual es avanzada en algún sentido, pero obsoleta en lo que respecta a las personas con discapacidad. Como antes he comentado, se ha perdido una buena oportunidad para incluir a las personas con discapacidad y sus derechos en el elenco de medidas para luchar contra el cambio climático.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto se deduce que el cambio climático es el problema ambiental más severo en la actualidad, fundamentalmente por sus efectos devastadores conocidos por todos. Cualquier efecto meteorológico extremo causa unos efectos muy perjudiciales en muchos ámbitos y obviamente, si hablamos de personas con discapacidad, especialmente vulnerables, esos efectos se elevan a la enésima potencia.

La única manera de proteger a las personas con discapacidad es integrando su realidad, como sujetos de derechos, en cada una de las políticas sectoriales y, en consecuencia, en la normativa que los regula. De esa manera,

se establecerán medidas adaptadas a sus necesidades y así conseguir una adecuada política climática, inclusiva y sin discriminación.

La normativa sobre el cambio climático no es ejemplo de integración en lo que respecta a la discapacidad, tal como se ha comentado. Y en lo que respecta a la Ley española y las leyes autonómicas sobre la materia se ha perdido una oportunidad de llevar a cabo una inclusión de la discapacidad tanto en las medidas de mitigación como en las medidas de adaptación. Si no se realiza, resulta discriminatorio y atenta al principio de igualdad, más en un ámbito donde la realidad demuestra que, una persona con una discapacidad física o intelectual va a tener muchas más dificultades, por lo que la perspectiva inclusiva e integradora en la legislación es la solución.

Por el contrario, sectores como, por ejemplo, el sanitario, educativo, seguridad vial y el del entretenimiento (cine y lectura, por ejemplo) son modelos a seguir en lo que se refiere a la perspectiva integradora de las personas con algún tipo de discapacidad ya que incorpora las necesidades especiales de estas personas para que en los distintos ámbitos se adopten las medidas necesarias para el reconocimiento de sus derechos en las mismas condiciones de las personas sin discapacidad.

Evidentemente, la tendencia de nuestra legislación debe ser hacia la integración e inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. Son ciudadanos, administrados, sujetos de derechos y obligaciones que son merecedores de las mismas medidas que el resto de ciudadanos que no tienen discapacidad. No pueden quedar aislados ni discriminados en ningún sentido. En concreto, en lo que respecta al cambio climático, es notorio que las afecciones de cualquier fenómeno meteorológico causado por el cambio climático van a ser más graves en una persona con alguna discapacidad, por lo que es necesario, que se prevean actuaciones concretas dirigidas a este colectivo, ya que, de lo contrario, se pone en riesgo su derecho a la vida, nada más ni nada menos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTER, F., «Contaminación atmosférica, cambio climático y salud», *Revista Española de Salud Pública*, 79, 2005, pp. 159-175.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 6, 1983, pp. 155-186.
- «La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2011, pp. 79-91.

- BELTRÁN AGUIRRE, J.L. y EZQUERRA HUERTA, A., *Atención y protección jurídica de la discapacidad*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- BENISTON, M., «El cambio climático y sus consecuencias potenciales sobre la salud humana», *Ars Medica. Revista de Humanidades*, 4, 2005, pp. 238-251.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Contaminación atmosférica y salud pública: una visión del cambio climático y sus repercusiones en la salud desde el derecho», *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 86, mayo-agosto 2012, pp. 91-123.
- FERRER LLORET, J. y SANZ CABALLERO, S. (Coord.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*, ed. Tirant Lo Blanch, 2008.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., «Discapacidad y Derecho: la integración del discapacitado por el Derecho», en el vol. col. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, J.L. y PÉREZ MARÍN, J., *Sociedad y deficiencia mental*, ed. Universidad Pontificia de Comillas, 2002, pp. 97-130.
- GRIMALT, J. O., «Impacto del cambio climático en la salud humana», *Cambio climático y sus consecuencias*, ed. Presidencia Generalitat Valenciana, Valencia, 2007, pp. 73-84.
- INIESTA ARANDIA, N., RÍOS BLANCO, J. J., FERNÁNDEZ CAPITÁN, M. C. y BARBADO HERÓNÁNDEZ, F. J., «Cambio climático: ¿Nuevas enfermedades para un nuevo clima?», *Revista Clínica Española*, 209 (5), 2009, pp. 234-240.
- KANE, S. and SHOGREN J. F., «Linking Adaptation and Mitigation in Climate Change Policy», in KANE, S. M. and YOHE G. W. (eds.), *Societal adaptation to climate variability and change*, 2000, pp. 75-102.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. (Dir.), *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual)*, ed. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- NIETO SAINZ, J., «Cambio climático y Protocolo de Kioto: efectos sobre el empleo, la salud y el medio ambiente», *Información Comercial Española (ICE)*, 822, 2005, p. 25-38.
- PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- SUMI, A., FUKUSHI, K. and HIRAMATSU, A. (eds.), *Adaptation and Mitigation Strategies for Climate Change*, 2010.
- TIRADO BLÁZQUEZ, M^ª C., «Cambio climático y salud. Informe SESPAS 2010», *Gaceta Sanitaria*, 24 (suplemento 1), 2010, pp. 78-84.

TORRES LÓPEZ, M. A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 2012.

VV.AA., «El Proyecto EMECAS: Protocolo Estudio multicéntrico en España de los efectos a corto plazo de la contaminación atmosférica sobre la salud», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 79, núm. 2, 2005, pp. 229-242.

EL MITO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA GLOBAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (PANDEMIA POR CORONAVIRUS COMO OPORTUNIDAD PARA UNA REEVALUACIÓN DEL SISTEMA)^(*)

JORDI ESTEVE GIRBÉS

SUMARIO: I. LA NECESARIA REEVALUACIÓN DEL SISTEMA: LA CRISIS POR COVID-19 COMO OPORTUNIDAD PARA LA REFLEXIÓN.- II. IMPLANTACIÓN DE LA FÓRMULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PÚBLICO.- III. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: STS DE 14 DE JUNIO DE 1991. DOS VISIONES, UNA MISMA PREMISA. IV. MITIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA: 1. Problemas de coherencia interna derivados del mito de la responsabilidad objetiva.- V. PERFILES TÉCNICOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: 1. Antijuridicidad objetiva. Significado. 2. Contrabalance técnicos del alcance de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español: A) Primer contrabalance técnico: juicio de antijuridicidad. B) Relación entre antijuridicidad y funcionamiento de los servicios. Juicio anticipado de imputación. C) Segundo contrabalance técnico: los títulos de imputación objetiva contenidos en la fórmula unitaria.- VI. PANDEMIA Y SACRIFICIO ESPECIAL: 1. Daños sacrificiales derivados de la vacunación frente al coronavirus.- VII. CONCLUSIONES.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El análisis de la aplicabilidad de la responsabilidad patrimonial a los daños derivados de la actual pandemia por coronavirus requiere necesariamente una previa reevaluación del sistema, con tal de superar posturas doctrinales aparentemente contrarias, pero tributarias de una misma idea de objetividad global, que creemos alejada del verdadero alcance dado al instituto por Eduardo García de Enterría en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Nuestra atención se centra en dos puntos clave, configuradores de la institución en el Derecho público español: la antijuridicidad objetiva y la existencia de una fórmula unitaria, capaz de albergar tanto supuestos de responsabilidad subjetiva como objetiva, esta última limitada a través de dos títulos de imputación ligados al funcionamiento normal de los servicios y que cobran gran protagonismo en la actualidad: riesgo y sacrificio especial.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial de la Administración; mito; responsabilidad objetiva; antijuridicidad; títulos de imputación.

(*) Trabajo recibido en esta Revista con fecha 29/06/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 05/10/2021.

ABSTRACT: The analysis of the applicability of the non-contractual liability of the public Administration to the damages derived from the current coronavirus pandemic necessarily requires a prior re-evaluation of the system, in order to overcome apparently contrary doctrinal positions, but based on the same idea of global strict-liability, which we believe is far from the true scope given to the institute by Eduardo García de Enterría at the LEF 1954. Our attention is focused on the two key points that shape the institution in Spanish public law: objective unlawfulness and the existence of a unitary formula, capable of accommodating fault and strict-liability cases, the latter limited through two bases of liability related to the normal operation of public services which gain prominence today: risk and special sacrifice.

Key words: non-contractual liability of the public Administration; myth; strict liability, unlawfulness; bases of liability.

I. LA NECESARIA REEVALUACIÓN DEL SISTEMA: LA CRISIS POR COVID-19 COMO OPORTUNIDAD PARA LA REFLEXIÓN

La pandemia por coronavirus se ha convertido en un evento lesivo de extensión mundial, cuya magnitud y duración han supuesto un verdadero *test* de esfuerzo para los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Desde que el 30 de enero de 2020 el Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional declarara el brote de coronavirus como emergencia de salud pública internacional, parece que estamos presos dentro del genial relato de Augusto Monterroso pues cada día, al despertar, *el dinosaurio sigue estando ahí* (1).

Paulatinamente, con mayor o menor grado de anticipación, los gobiernos de los distintos países han puesto en marcha múltiples instrumentos para contener el avance de la enfermedad. Estos nuevos marcos normativos de crisis (2) tratan de dar cobertura legal a medidas de gran impacto para los derechos de los ciudadanos como son los confinamientos domiciliarios, la imposición de prestaciones personales forzosas, las medidas sanitarias compulsivas como el uso obligatorio de mascarillas o, recientemente la vacunación (recomendada).

Concretamente en España, el Gobierno acordó declarar mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria en todo el territorio nacional. Esta disposición, junto a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción

(1) El brevísimo relato original del escritor Augusto Monterroso es el siguiente: «Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí». MONTERROSO (1998: 77).

(2) Utilizamos el término «crisis» y no «excepción» por las implicaciones jurídicas que este último comporta, evitando confusiones terminológicas. En este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA habla de «Derecho de necesidad». ÁLVAREZ GARCÍA (2020: 8).

y sitio, y diversas normas destinadas a tutelar la salud pública, han constituido el cuerpo legal con que tutelar derechos y deberes de los particulares.

Frente a esta red normativa, que se configuran como una suerte de dique de contención frente al avance de la epidemia, se sitúa la responsabilidad patrimonial (3), garantía de reparación de daños derivados de la actividad administrativa que no se tenga el deber jurídico de soportar. Siempre, como es sabido, que éstos sean imputables a la actuación administrativa y se cumplan el resto de requisitos para su exigibilidad (4).

Los daños relacionados con la pandemia presentan múltiples fuentes —formales o materiales— y pueden manifestarse de distinto modo. La gran cantidad de causas y efectos obligaría a presentar una taxonomía operativa, que incluyera diversos escenarios tipo, entre los que no podrían descartarse los daños derivados de la declaración de inconstitucionalidad del estado de alarma o de sus prórrogas (5). No obstante, aquí no pretendemos un estudio pormenorizado de los distintos tipos de daños y su eventual resarcibilidad; nuestra intención es proponer una previa reevaluación del sistema de responsabilidad patrimonial, que obliga a volver la vista hacia los planteamientos teóricos que se siguieron en su confección e implantación. La cuestión de la aplicabilidad del sistema a los recientes acontecimientos requiere reconsiderar el punto de partida (6).

Según creemos, la crisis sanitaria nos brinda un excelente pretexto —casi una obligación— para ajustar los perfiles técnicos de la institución, señalando sus elementos definitorios en el ámbito del Derecho público de daños.

(3) La máxima de Epicteto «*initium doctrinae sit consideratio nominis*» nos obliga a realizar una previa aclaración terminológica: el recurso al sintagma «responsabilidad patrimonial» que hagamos en el tránsito del presente trabajo no responde a una velada adscripción a tesis autonomistas, que consideran que el instituto de la responsabilidad administrativa es especial y sustancialmente distinto a la clásica responsabilidad civil extracontractual, sino que atiende a razones prácticas relacionadas con la cotidianidad de su uso. Siendo así, ambas expresiones se utilizarán indistintamente.

(4) El daño indemnizable debe reunir algunos requisitos: ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas. Además de la necesaria relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño sufrido por el particular. Artículo 32 LRJSP 40/2015.

(5) Recientemente la STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 ha declarado la nulidad parcial de los preceptos contenidos en el Decreto 463/2020 relativos a la restricción de circulación y habilitación al ministro de Sanidad para modificar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas.

(6) La idea de una necesaria reevaluación del sistema de responsabilidad patrimonial se la debemos a MÉDINA ALCOZ y está inspirada por su extraordinaria obra *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, de 2005. Su doctrina es el prisma a través del cual observamos la teoría general de la responsabilidad pública por daños extracontractuales.

II. IMPLANTACIÓN DE LA FÓRMULA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PÚBLICO

El instituto de la responsabilidad patrimonial ocupa hoy un lugar central dentro del Derecho administrativo, por ser la garantía con que cuentan los ciudadanos frente a los daños que los entes públicos puedan causar debido a su actividad formal o material, constituyendo «la única posibilidad jurídica de que el particular dispone para imponer en este sector del actuar público la sumisión de la Administración a la ley» (7).

El actual sistema de responsabilidad civil extracontractual de la Administración española, reconocido a nivel constitucional en el artículo 106.2 CE y recogido por la legislación ordinaria en el artículo 32 de la Ley 40/2015, fue introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, artífice de la fórmula plasmada en el artículo 121, afrontó decididamente el reto de modernizar el Derecho de daños en el ámbito público (8). Entre sus objetivos estaba revertir la «flagrante excepción» que suponía la irresponsabilidad administrativa en el Derecho español en relación con respecto el resto de países de nuestro entorno.

En el proceso de renovación tuvieron que salvarse importantes obstáculos, que lastraban la actualización y equiparación internacional de nuestro sistema; por un lado, era necesario superar el paradigma culpabilístico heredado de la doctrina civilista [impuesto por el lugar centralísimo que el artículo 1.902 del Código Civil (9) ha jugado en materia de responsabilidad extracontractual]. Además, había que encontrar una fórmula jurídica que permitiese ampliar el espectro de daños reparables (10), dotando de efectividad al principio de garantía patrimonial de los ciudadanos que inspiraba el nuevo modelo.

La voluntad modernizadora exigía la búsqueda de mecanismos que permitiesen la recepción abstracta de todo tipo de daños (11), tanto si derivaban

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA (1955: 1116).

(8) García de Enterría fue miembro de la Comisión que redactó el Anteproyecto de la Ley de Expropiación Forzosa, que pasaría a ser la Ley de 16 de diciembre de 1954, además de uno de los más destacados intérpretes del sistema y autor del artículo 121.

(9) En la práctica, durante el siglo XIX la imposibilidad de aplicación a la Administración de este artículo, unida a la limitación subjetiva impuesta por el artículo 1.903.5 CC (el famoso y escurridizo «agente especial» que como señalara SÁNCHEZ ROMÁN sólo parecía encajar en la figura del General Primo de Rivera) propició la casi irresponsabilidad administrativa. MARTÍN REBOLLO (1999: 330).

(10) Procuraremos utilizar el término genérico «reparación», frente a «indemnización» o «resarcimiento», que son especies del primero y llevan implícito la forma adoptada por la acción de reparación, concretamente la económica.

(11) Emplearemos «daño» en un sentido usual, para referirnos a los detrimientos, perjuicios, menoscabos sufridos por la víctima. Cabe decir que daño o perjuicio tendrían un

de conductas negligentes como de aquellos que trajesen causa de actividades perfectamente lícitas. El aumento de la actividad e intervención administrativa en la sociedad requerían de un nuevo enfoque; había que revertir la situación de práctica irresponsabilidad y someter a responsabilidad todas las modalidades de funcionamiento administrativo.

Es este contexto el que propició la adopción de un concepto objetivo de antijuridicidad, que centrarse la atención normativa en la lesión sufrida por la víctima, permitiendo la implantación de una responsabilidad patrimonial verdaderamente conmutativa, esto es, destinada exclusivamente a la reparación de daños. El dato subjetivo del actuar culposo o negligente quedaba a un lado, en favor del dato objetivo que constitúa el patrimonio del dañado. La lesión antijurídica susceptible de resarcimiento no iba a depender ya de la ilicitud de la conducta administrativa sino que podía nacer incluso por actuaciones plenamente diligentes.

La finalidad del nuevo Derecho público de daños no era ya sancionar conductas sino reparar toda lesión sufrida, sin importar su origen. Se instauraba así un principio de atipicidad.

Para poder atribuir estos nuevos daños a la conducta de la Administración fueron necesarias otras vías de imputación, otras «buenas razones» por las que hacer pechar a los entes públicos con la obligación de reparar, al margen del tradicional criterio de la culpa. El artículo 121 de la LEF contenía un segundo mecanismo; la cláusula general que reunía tanto parámetros de imputación subjetivos como objetivos, sin prelación alguna de unos respecto de los otros. A la culpa se sumaban otros títulos por los que obligar a la Administración a resarcir los perjuicios: el riesgo y el sacrificio especial (12).

Con todo, y pese a que GARCÍA DE ENTERRÍA publicase en 1955 en el Anuario de Derecho Civil la obra «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», exponiendo detalladamente los fundamentos técnicos que sustentaban la letra del precepto (13), la doctrina

sentido vulgar, puramente económico o material. En cambio, el concepto de «lesión» evoca aquel daño que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar. Así, «lesión», en Derecho público de daños, es un concepto jurídico que incorpora una nota particular: la antijuridicidad. Existen en la práctica, no obstante, diferencias amplias entre el uso de los conceptos, especialmente en la doctrina civil. Además, los textos legales como la LRJSP 40/2015 utilizan indistintamente ambos términos.

(12) Sobre la existencia de un número abierto o cerrado de títulos de imputación en nuestro ordenamiento, véanse las reflexiones contenidas en el fundamento jurídico sexto de la STC 112/2018 y el voto particular que formula el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, al que se adhiere el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar.

(13) «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», publicada en el Anuario de Derecho Civil en 1955. A esta obra siguieron dos reimpresiones, con idéntico contenido en 1989 y 2006.

administrativista de la época interpretó que se había instaurado en nuestro país un sistema de responsabilidad pública puramente objetivo, y que la normalidad o anormalidad a la que alude el artículo debía interpretarse como una total irrelevancia del tipo de funcionamiento administrativo en el juicio de responsabilidad, que quedaba reducido a la constatación de la efectividad del daño y su relación causal con la actividad pública desplegada. En otras palabras, se entendió que la imputación jurídica dejaba de existir en el ámbito público.

Como vemos, casi desde la entrada en vigor de la LEF, la idea de una responsabilidad administrativa objetiva ha ido calando paulatinamente en la conciencia jurídica colectiva, que ha llegado a situarla entre la panoplia de casos típicos de responsabilidad objetiva junto a los daños causados por animales (art. 1.905 del Código Civil), los provocados por la energía nuclear (art. 45 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear), los derivados de la caza (art. 33.5 Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza), o debidos a la navegación aérea (art. 120 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea).

Con todo, la idea de total objetividad no ha estado exenta de crítica. En la década de los noventa, un sector de la doctrina civilista encabezado por PANTALEÓN, dirigió duras objeciones, iniciándose un movimiento doctrinal reformista que a día de hoy goza de gran predicamento entre amplios sectores del Derecho administrativo.

Sin embargo, la propuesta doctrinal de algunos autores adscritos a esta corriente reformista no se opuso frontalmente a la idea de objetividad, sino que asumió sin reparos la premisa de partida para, desde ella, denunciar con fuerza un conjunto de disfunciones y peligros aplicativos. Es lo que, a nuestro juicio, ocurriría con MIR PUIGPELAT: «[...] debe discutirse seriamente, teniendo muy en cuenta los condicionantes económicos existentes y las funciones que se quieran atribuir a la responsabilidad de nuestras Administraciones Públicas, si cabe mantener una responsabilidad objetiva genérica como la actual, o si resulta preferible (como ocurre —es preciso recordarlo— en los países de nuestro entorno cultural) reservarla sólo para determinados sectores de la actividad administrativa, convirtiendo a la responsabilidad por culpa en la regla general» (14). Años después ha mantenido que «[e]l aspecto del sistema español de responsabilidad patrimonial más debatido en los últimos años ha sido el relativo a su alcance. En particular, si el sistema español acoge y debe acoger una amplísima responsabilidad objetiva global, insólita en el Derecho comparado, que obligue a indemnizar en todos los ámbitos de actuación de la Administración con independencia de si dicha actuación ha sido correcta (“funcionamiento normal”) o no (“funcionamiento anormal”)[...] el tenor literal de la cláusula general tradicional, recogida ahora en el artículo 139.1 LRJPC,

(14) MIR PUIGPELAT (2002: 40-41).

al situar en el mismo nivel al funcionamiento normal y al anormal, sigue abonando de *lege lata* la interpretación expansiva del sistema vigente [...]» (15).

Recientemente, el propio autor afirmó haber asumido de *lege lata* el dogma de la responsabilidad objetiva en su tesis doctoral (16), obra en que propuso la necesidad de un cambio de modelo —retorno a la culpa como título principal de imputación de daños— que corrigiese la insostenibilidad de un sistema de responsabilidad excesivamente generoso.

Nuestra postura se aleja de tales parámetros, pues consideramos que aquella crítica estaba internamente justificada —el objetivismo extremo llevaría necesariamente a todos los males y disfunciones que se le atribuyen; de las premisas se seguía la conclusión— pero no creemos que lo estuviera externamente, en tanto que la idea de la que partió dista de la que entendemos fue la configuración teórica original de la institución (17).

III. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: STS DE 14 DE JUNIO DE 1991. DOS VISIONES, UNA MISMA PREMISA

Tres décadas de concepción *ultraobjetivista* (18) de la responsabilidad influyeron notablemente a nivel aplicativo, de modo que una jurisprudencia inicialmente reticente a aplicar el nuevo sistema al margen de criterios culpabilísticos, terminó por escorarse en sentido contrario y asumir el antes citado «dogma de la objetividad». El ejemplo paradigmático de tal praxis judicial lo encontramos en la STS de 14 de junio de 1991 (ECLI:ES:TS: 1991: 3260) —«caso aneurismas gigantes de carótidas»—, en la que el Tribunal Supremo

(15) Mir PUIGPELAT (2009: 35-36).

(16) Mir PUIGPELAT (2020: 32).

(17) «Este giro en la fundamentación de la obligación de responder patrimonialmente, que pasa a ser contemplado desde la perspectiva del dañado y no desde la acción del agente causal, es a lo que convencionalmente se ha llamado “objetivización” de la responsabilidad patrimonial de la Administración». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2020:402).

(18) MEDINA ALCOZ usa el término «panobjetivistas» para referirse a aquel sector doctrinal que niega la importancia de los criterios o títulos de imputación dentro del sistema de responsabilidad patrimonial. Cf. MEDINA ALCOZ (2005). En el mismo sentido es empleado por LEGUINA VILLA, cuando, tras reproducir el texto de un pasaje de la STS, Sala 3º de 17 de mayo de 2004, en que el Alto Tribunal censura la tergiversación de la naturaleza objetiva de la responsabilidad, afirma: «Palabras certeras y concluyentes, bien alejadas de cualquier simplista veleidad de panobjetivismo o de causalidad puramente material». LEGUINA VILLA (2007: 679). Según el Diccionario de la lengua española, el prefijo «pan» es un elemento compositivo que significa «totalidad», por lo que describe bien las características del sector doctrinal al que va referido. Proponemos, no obstante, el uso del vocablo «ultraobjetivista» siendo «ultra» usado en el sentido de la segunda acepción del término, a saber, «en grado extremo».

condenó a la Administración pese a que su actuación había sido irreprochable en términos de funcionamiento del servicio.

Esta resolución supuso un hito que precipitó profundas críticas hacia un sistema que parecía configurado más para atender objetivos cercanos a la asistencia social que para dar cumplimiento al principio de estricta reparación. Dentro del sector reformista encontramos, junto a los citados PANTALEÓN (19) y MIR PUIGPELAT (20), encontramos otros autores como GARRIDO FALLA (21), MARTÍN REBOLLO (22), FONT I LLOVET (23) o PARADA VÁZQUEZ (24).

Sin negar valor a sus brillantes aportaciones doctrinales en la materia (25), nos parece que compartieron en algunas de sus obras la idea de un sistema de alcance puramente objetivo que no hizo justicia a las virtudes de nuestro actual sistema. Junto a esto, en muchos casos la crítica prescinde de una necesaria distinción entre la configuración teórica de la institución y su aplicación práctica. Esta distinción, que no presentan de forma clara, resulta muy oportuna para un mejor diagnóstico de los problemas y puntos de mejora.

Para el análisis doctrinal de cualquier figura jurídica conviene siempre discernir entre los planos conceptual y aplicativo. Si se nos permite, utilizando la clásica expresión, distinguir el sistema teórico o *real*, positivizado en los textos legales, del sistema *realmente existente*, esto es, aquel otro matizado o reinterpretado por la praxis judicial y que se aplica de hecho en la resolución de conflictos (26).

(19) PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1994): «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas» en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, pp. 239-253.

(20) Este autor realiza un amplio análisis crítico de la institución, destacando lo indicado en su obra *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Civitas, año 2002 y defiende una completa y urgente reformulación del sistema de responsabilidad patrimonial, que califica de objetivo global: «Un sistema de responsabilidad objetiva global de la Administración [un sistema en que la responsabilidad sea objetiva para todos y cada uno —sin excepción— de los ámbitos de actuación administrativa] como el que recoge el ordenamiento español desde hace más de cuarenta y cinco años resulta *inaceptable*, por muchas razones [...].» MIR PUIGPELAT (2002: 353).

(21) GARRIDO FALLA (1997: 173-188).

(22) MARTÍN REBOLLO (1999: 317-361).

(23) FONT I LLOVET (2000: 237-243).

(24) PARADA VÁZQUEZ (2000).

(25) Destacamos, entre los muchos ejemplos, la genial distinción hecha por MIR PUIGPELAT entre imputación de primer y segundo nivel que se enmarcan en su propuesta de implantar la teoría de la imputación objetiva al ámbito del Derecho público de daños. En la primera de ellas se analiza cuándo la conducta de una persona física es imputable a la Administración. La segunda, dividida a su vez en dos subniveles, determina cuándo un daño puede atribuirse a la conducta administrativa.

(26) Recurrimos a aquella clásica distinción entre el llamado «socialismo teórico», teorizado por Marx y Engels, y el «socialismo *realmente existente*», denominación que recibieron las ideologías puestas en práctica por los estados socialistas. En BAHRO, Rudolf (1979).

Esta distinción obligaría a apartar de nuestro examen aquellas resoluciones —muchas, pero no la totalidad— extravagantes, de aquellas otras que respeten el sentido de la norma, entendido como *voluntas legislatoris*. Se trata de evitar tomar la parte por el todo. Es necesario poner en contraste la jurisprudencia analizada con la interpretación auténtica de la institución, para detectar aquellas diferencias que merezcan ser objeto de crítica doctrinal.

En el caso del Derecho español se parte de dos absolutos que consideramos impiden una diagnosis más precisa: por un lado, se toma por cierta la existencia de un sistema objetivo global positivizado y, por otro, se hace especial hincapié en aquella práctica judicial errada por notorio exceso.

Si se asumen ambos factores resulta coherente —internamente— que se denuncie la utilización de «expedientes paliativos del objetivismo radical» (27) o de «modulaciones» de la responsabilidad objetiva, como sucede en materia de responsabilidad sanitaria. Así, por ejemplo, podría pensarse que fundamentar la obligación de resarcimiento en la vulneración de la *lex artis* supone efectivamente una incoherencia aplicativa, desde parámetros de total objetividad para los que la conducta no juega ningún papel relevante a efectos de condena. Pero esta incoherencia no es tal desde el prisma de la fórmula original, abierta a la recepción de responsabilidades subjetivas y objetivas, a través de causas de imputación variadas.

Por todo ello, nos parece que uno de los principales inconvenientes a los que se enfrenta a día de hoy la responsabilidad patrimonial es haber sufrido un proceso de mitificación. Y esto supone un problema jurídico de primer orden, en tanto que consigue opacar el funcionamiento de un instituto basilar dentro del ordenamiento jurídico.

El Derecho de daños es complejo, y esa complejidad se ve implementada por la ausencia de voces que trabajen en la reinterpretación de la responsabilidad pública extracontractual. A este respecto, MEDINA ALCOZ señala la existencia de tres corrientes interpretativas del alcance de la responsabilidad objetiva. La primera, monogenética o monista, defiende la existencia de una responsabilidad objetiva pura mientras las otras dos, poligenéticas, comparten la idea de la existencia de títulos de imputación objetivos y subjetivos aunque discrepan en el valor que debe darse a cada uno de ellos: en un caso propugnan la prevalencia de la culpa mientras que en el otro otorgan idéntico valor a todas las causas contenidas en la fórmula de responsabilidad (28).

Por nuestra parte, nos adscribimos plenamente a línea seguida por el autor antes citado, para quien, como señala y reconoce COSCULLUELA MONTANER en su Manual de Derecho Administrativo: «el régimen de responsabilidad patrimonial

(27) MEDINA ALCOZ (2020: 78).

(28) MEDINA ALCOZ (2009b: 94-97).

de la Administración Pública en el Derecho español ni es puramente objetivo, lo que supone prescindir de cualquier título que justifique la responsabilidad para basarse exclusivamente en la existencia del daño, como sostiene la mayor parte de la doctrina (y yo mismo en anteriores ediciones de este Manual), ni es prevalentemente subjetivo como sostienen otros (PANTALEÓN). El concepto de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal como se defendió en los trabajos clásicos de GARCÍA DE ENTERRÍA y LEGUINA, engloba varios títulos que fundamentan el deber de indemnizar».

Lo anterior nos lleva a negar la necesidad de un cambio del sistema, al menos si ello supone la vuelta a un monocentrismo (29) dominado por el «imperio de la culpa». Apoyándonos en la expresión utilizada por MIR PUIGPELAT, consideramos que antes de caminar *hacia un nuevo sistema*, convendría desandar lo andado y volver la vista hacia las premisas sobre las que GARCÍA DE ENTERRÍA edificó el sistema (30). Antes de decidirnos por la *ruptura*, apostar por una relectura —crítica, en lo oportuno— del *problema dogmático* magistralmente desarrollado por el maestro.

IV. MITIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA

Tradicionalmente se ha venido hablando desde sectores críticos del «dogma de la objetividad», con voluntad de resaltar su condición de principio innegable. Según hemos planteado, en realidad la idea de objetividad global de la responsabilidad patrimonial se ha convertido ya en un verdadero mito, cuya existencia comparten las dos posturas en que tradicionalmente se ha dividido la doctrina.

El significado de la palabra mito no esívoco y puede emplearse con distinta intención. En nuestro caso acogemos la clasificación de los mitos propuesta por BUENO, para distinguir así entre mitos luminosos —esclarecedores— y mitos confusionarios —oscurantistas (31)—. La creencia en una responsabilidad objetiva global encaja en este segundo grupo, y produce distorsiones sobre dos planos diferenciados: genera confusión respecto de sus partes internas —antijuridicidad objetiva y existencia de multiplicidad de títulos de imputación— y oscurece su contorno hasta el punto de impedir diferenciar la responsabilidad de otras figuras —expropiación, delimitación de derechos, asistencia social—.

(29) Sobre la expresión, detalladamente, Cf. MEDINA ALCOZ (2005).

(30) Esta postura es definida por MEDINA ALCOZ, uno de sus principales valedores, de este modo: «la concepción policéntrica resultante de la interpretación originaria del sistema, que admite responsabilidades objetivas en grupos acotados de casos sin por ello renunciar a la culpa como criterio de imputación en la mayor parte de los casos». MEDINA ALCOZ (2020).

(31) Cf. BUENO MARTÍNEZ (2006). y BUENO MARTÍNEZ (2016: 60-70).

LEGUINA definió de un modo muy certero estos efectos como «simplificaciones deformantes de nuestro sistema» (32).

Estas interpretaciones desvían la atención de la que es, a nuestro juicio, la característica más destacable del sistema, su mayor logro: la articulación en torno a una fórmula omnicomprensiva de distintos regímenes de responsabilidad, objetivo y subjetivo, a través de títulos de atribución muy precisos y sin ninguna relación de preferencia aplicativa de unos respecto de otros. Como señala MEDINA ALCOZ, «el Derecho español, de la mano de la doctrina iuspublicística, hizo suyos, circunscrito a los daños causados por la Administración, los postulados de la mejor doctrina extranjera (del Derecho administrativo y del Derecho civil), y no sólo porque adoptara esa concepción poligenética de la responsabilidad, sino también por el valor que adjudicaba a cada uno de los títulos de imputación reconocidos» (33).

Desde posturas reformistas, en cambio se ha venido defendiendo que «[u]na reforma legislativa de la citada cláusula general que concediera al funcionamiento anormal el papel preeminente que le corresponde contribuiría poderosamente a solventar dicha situación» (34), refiriéndose a que el mantenimiento de la paridad entre la responsabilidad nacida del funcionamiento normal y anormal favorece la vis expansiva de la idea de objetividad.

Creemos no obstante que la prelación de unas causas sobre otras —culpa sobre riesgo o sacrificio especial— no ayuda a una mayor tecnificación del sistema, sino que podría favorecer un efecto pendular en detrimento de la efectividad del principio de reparación integral, que es el valor superior que orienta la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La mayor o menor frecuencia con la que en la actualidad se aplican uno u otro régimen en la praxis judicial responde en nuestra opinión a cuestiones fácticas, estadísticas, y ello precisamente porque no existe una decisión legislativa que tome partido por un determinado modelo, condicionando la decisión de los tribunales. Como ejemplo, téngase en cuenta lo indicado en el Informe sobre la Justicia Administrativa de 2020, respecto de los títulos de imputación: «El segundo presupuesto de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la posibilidad de atribuir la producción de la lesión resarcible a la Administración demandada mediante uno de los títulos de imputación objetiva que reconoce la jurisprudencia. Es necesario señalar, con carácter previo, que el 40,4% de las sentencias incluidas en la muestra no abordan explícitamente la cuestión del título de imputación. Para el 59,6% de las sentencias que sí lo hacen [...] Se observa un predominio claro de la *lex artis* (47,7%), lo cual

(32) LEGUINA VILLA (2007: 680).

(33) MEDINA ALCOZ (2005: 145).

(34) MIR PUIGPELAT (2009: 36).

es coherente con el peso que tienen las reclamaciones de responsabilidad patrimonial en la muestra. Aunque con una frecuencia relativa muy inferior, también gozan de bastante predicamento la responsabilidad objetiva (15,7%), la ilegalidad (14,4%) y la culpa (13,9%). [...] Todos estos datos son coherentes en líneas generales con los observados en años anteriores» (35).

Tampoco otras propuestas de mejora, como la inclusión de una regla específica sobre la inversión de la carga de la prueba (36), presentan a nuestro juicio una fuerza justificativa suficiente que avale la necesidad de una reforma de tanto calado. No negamos la utilidad de la medida, ni los efectos positivos que podría tener de implantarse en vía administrativa. No obstante, advertimos que dicho instrumento jurídico ya está a disposición de nuestros tribunales; el artículo 217.7 LEC, aplicable en la jurisdicción contenciosa por vía de la disposición final primera de la LJCA de 1998, faculta al Juez a desplazar la carga probatoria en atención a la disponibilidad y facilidad que corresponde a cada una de las partes en litigio.

En suma, siguiendo a MEDINA ALCOZ, entendemos que «no puede combatirse el monocentrismo (objetivista) de la responsabilidad de la Administración española por el procedimiento de recuperar el monocentrismo (subjetivista) del paradigma clásico de la responsabilidad entre particulares, tal como proponen las voces partidarias de reforma» (37).

1. Problemas de coherencia interna derivados del mito de la responsabilidad objetiva

El *mito de la objetividad* genera problemas incluso entre quienes lo sostienen, que según la tesis que aquí defendemos, incluye no sólo a los partidarios del objetivismo radical, sino también a parte del sector reformista crítico (38). Así, los defensores de la ultraobjetividad requieren de artificios con tal de justificar objetivamente responsabilidades subjetivas. Para ello utilizan lo que MEDINA ALCOZ define como «técnicas habituales de asimilación»: la manipulación

(35) PASTOR MERCHANTE (2020: 172-173). La *lex artis* es en el ámbito sanitario el estándar a considerar para concluir que la Administración ha actuado con culpa.

(36) MIR PUIGPELAT (2008: 641-645).

(37) MEDINA ALCOZ (2020: 16).

(38) «El sistema de responsabilidad objetiva *global* instaurado por la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF) ha comenzado a tambalearse tras más de cuarenta años de pacífica aceptación doctrinal» (énfasis añadido). MIR PUIGPELAT (2002: 29). El autor distingue entre dos bloques doctrinales, a favor y en contra de una supuesta responsabilidad *objetiva global*. Entre los favorables se incluyen nombres como los de LEGUINA VILLA y el propio GARCÍA DE ENTERRÍA. Consideramos, no obstante, que ninguno de estos autores ha secundado estas tesis en sus trabajos o, al menos, no en el sentido de una responsabilidad completamente desligada de criterios culpabilísticos. La «*objetividad*» a la que hacen referencia éstos se contraponen a un modelo de «*monismo culpabilístico*».

de los conceptos de causalidad y daño, el eufemismo (sustitución del concepto de culpa por el de infracción de la *lex artis*) y la excepción (consideración de la culpa como regla excepcional) (39).

En cuanto a los reformistas, su dificultad no consiste tanto en querer justificar subjetivamente responsabilidades objetivas —algunos de ellos comparten la idea de una responsabilidad *poligenética* (40)—, sino en explicar cómo un sistema tan pretendidamente disfuncional ha podido llegar hasta nuestros días a través de una fórmula que apenas ha sufrido modificaciones desde el texto original del artículo 121 LEF, pasando por el artículo 40 de la LRJAE de 1957, el 139.1 de la LRJPAC de 1992 hasta el vigente artículo 32 de la ley 40/2015 RJSP. Todo ello sin que hayan acontecido los indeseables efectos que pronosticaron en los años noventa, o al menos, el que parece más importante: el criterio de la insostenibilidad económica: «[...]un sistema de responsabilidad objetiva global es —potencialmente— inasumible económicamente. En otras palabras: es demasiado caro» (41), «[...] me parece indudable que España no puede permitirse “gozar” del sistema de responsabilidad de la Administración más «avanzado», o sea, más caro del mundo» (42).

Seis décadas después de su implantación no parece posible defender que si el sistema no ha llegado a ser especialmente caro es porque la jurisprudencia no lo ha aplicado en sus justos términos: «De decidirse, por tanto, la jurisprudencia, a aplicar el sistema de responsabilidad objetiva de la Administración impuesto por la normativa vigente (de decidirse, en definitiva, a aplicar la Ley, a dejar de emanar sentencias ilegales, y a dar efectividad a la insólita combinación de responsabilidad objetiva global[...]), siguiendo el ejemplo de las sentencias aisladas que ya lo han hecho —con toda corrección, debe decirse—, se disparará, sin duda, el montante indemnizatorio que las Administraciones Públicas deberán satisfacer en concepto de responsabilidad patrimonial. Y se situará, a buen seguro, en magnitudes inasumibles» (43).

Lo anterior viene a confirmar que la creencia en un sistema legal objetivo puro ha sido un lugar común compartido también desde el reformismo y, al tiempo, refleja uno de los obstáculos derivados del mito a los que se enfrenta dicha corriente renovadora; ¿convendría instaurar un nuevo sistema (subjetivo) en sustitución del vigente (pretendidamente objetivo) en base a una supuesta insostenibilidad que no acontece *de facto* debido a su inaplicación en sede judicial?

(39) MEDINA ALCOZ (2012: 153-182).

(40) El término «poligenética» es utilizado por MEDINA ALCOZ en referencia a la inclusión, dentro de la cláusula general, de criterios subjetivos y objetivos de atribución de responsabilidad. MEDINA ALCOZ (2005: *Passim*).

(41) MIR PUIGPELAT (2002: 229).

(42) PANTALEÓN (1994: 239).

(43) PANTALEÓN (1994: 233).

Cuando desde estas posiciones se propone declarar la responsabilidad por funcionamiento anormal como regla general de un nuevo sistema, en realidad no se añade nada nuevo a lo manifestado por GARCÍA DE ENTERRÍA en su primera exégesis: «[...] Una segunda causa de imputación del daño a la Administración, que ha de ser, sin duda, la más habitual, es la de la comisión material directa, pero ya no lícita, como en el presupuesto anterior, sino ilícita por relación a la norma que preside la realización del servicio. Es la doctrina clásica de la culpa» (44) (énfasis añadido).

Mantenemos la convicción de que el sistema originario está perfectamente diseñado para ofrecer resultados razonables, sin que ello impida que se dicten algunas sentencias aisladas que desborden los límites de la institución.

V. PERFILES TÉCNICOS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Para precisar el verdadero alcance de la responsabilidad extracontractual administrativa se deben tratar con el máximo rigor técnico sus mecanismos definitorios, que identificamos con la «antijuridicidad» y las múltiples «causas de imputación» (45), y comprender su función dentro de los parámetros del sistema. Estas dos figuras dan forma a la institución de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración en el Derecho español.

1. Antijuridicidad objetiva. Significado

La antijuridicidad puede definirse como aquel criterio que mide la importancia jurídica de un daño, determinando si éste merece ser compensado en atención a los concretos valores que un ordenamiento busca proteger. Estos valores determinarán el «tipo» o teoría de antijuridicidad a la que se

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Eduardo. Potestad expropiatoria...*, op. cit., p. 1147.

(45) Interesa recordar lo indicado a este respecto por GARCÍA DE ENTERRÍA en su prólogo a la obra de MIR PUIGPELAT: «Quizás convenga aclarar que con el epígrafe “La configuración directa y objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración” (pp. 373-375) no se está aludiendo en el citado Curso al carácter “objetivo” de esta responsabilidad, en el sentido general con que suelen distinguirse de la responsabilidad por culpa, sino a esa nota de la antijuridicidad del daño que se entiende fundamentada en el principio “de protección y garantía del patrimonio de la víctima...frente a todo daño no buscado, no querido ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa”. Se está aludiendo a la regla, en efecto “objetiva”, de que la lesión no se entiende producida sino cuando el dañado “no tenga el deber jurídico de soportarlo” [...] El carácter objetivo se predica de la antijuridicidad del daño, pues, en un sentido análogo al que los penalistas califican de objetiva (y no coincide necesariamente con la conducta del agente) la antijuridicidad penal». En Prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA a la obra MIR PUIGPELAT (2002: 21, en nota).

adscriba el legislador encargado de configurar el sistema. Cuando se pretenda reprimir acciones contrarias a Derecho o, como sucedía en el modelo clásico, evitar la lesión de derechos absolutos, se preferirá una antijuridicidad de tipo subjetivo, en virtud de la cual los daños que importen sean aquellos derivados de conductas prohibidas. Siendo esto así, los daños antijurídicos serán el resultado de la violación del Derecho objetivo (46). En cambio, en aquellos casos en los que se busque la plena indemnidad de la víctima, la conducta del agente quedará fuera del foco normativo, pasando a un primer plano el dato objetivo del patrimonio del dañado. En estos casos hablamos de antijuridicidad objetiva.

En el caso de la responsabilidad extracontractual pública implantada por la LEF se optó por esta segunda opción, en lo que se conoció como «giro o desplazamiento» de la atención normativa desde la actuación del agente causante hacia la lesión sufrida por el patrimonio del dañado. Este mecanismo, al prescindir de toda valoración subjetiva, consiguió ampliar el concepto de daño resarcible, pues antijurídico pasaba a ser todo daño que la víctima no tuviera el deber jurídico de soportar o, dicho de otro modo, todo menoscabo causado por la Administración no justificado ni irrelevante.

En Derecho público, como señala MEDINA ALCOZ de forma gráfica «[e]l daño resarcible (antijurídico) dejaba de ser el producido *contra ius* (por violación de una norma) convirtiéndose simplemente en el realizado *non iure o*, lo que es lo mismo, el provocado con ausencia de un título jurídico legitimador o causa de justificación [...]» (47). En la actualidad, este giro propio del Derecho público de daños ha sido asumido por gran parte de la doctrina civilista en el ámbito de la responsabilidad privada extracontractual, aunque siguen existiendo posturas favorables a una antijuridicidad subjetiva o centrada en la conducta del agente (48).

Gracias a la figura de la antijuridicidad de tipo objetivo, las lesiones patrimoniales no quedan supeditadas, de entrada, a la existencia de una actividad culposa; la conducta del agente causante no es un factor a considerar en sede de antijuridicidad, y por tanto, no determina la relevancia del daño a efectos de su resarcibilidad. Esta afirmación deberá ser completada con ciertas puntualizaciones derivadas de lo que en este trabajo llamamos «juicio anticipado de imputación».

En el Derecho público de daños esta teoría permite la resarcibilidad en abstracto de daños relacionados con actividades administrativas lícitas, conse-

(46) MEDINA ALCOZ (2005: 129).

(47) *Ibid* (2005: 132).

(48) Cf. GARCÍA-RIPOLL MONTJUAN (2013: 1516-1523).

cuencia del normal funcionamiento de los servicios públicos (49). La conducta diligente podrá ahora ser considerada antijurídica y, si se cumplen el resto de condiciones, generar responsabilidad. Téngase en cuenta que los menoscabos por actividad diligente se presentan con mayor frecuencia en la actividad administrativa —obligada a buscar el interés general— que en las relaciones entre particulares, sin que ello signifique que éstos sean desconocidos para el Derecho común, por más que no se contemplen de forma conjunta la cláusula general del artículo 1.902 del Código Civil (50).

Esta idea, lejos de lo que pudiera parecer a tenor de las innumerables críticas, está presente en multitud de resoluciones del Tribunal Supremo, de la que es muestra la STS Sala 3^a de 10 de octubre de 2007, que define la responsabilidad objetiva en los mismos términos apuntados por GARCÍA DE ENTERRÍA. El párrafo precisa el concepto técnico-jurídico de antijuridicidad: «Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión...» (énfasis añadido).

Por todo lo expuesto cabe entender que en nuestro sistema sólo existen daños antijurídicos y no conductas antijurídicas pues éstas, a excepción de la ya mencionada valoración anticipada de imputación, quedan al margen del juicio de antijuridicidad. Rige un principio general: en materia de responsabilidad patrimonial todo daño es en abstracto resarcible, salvo que concurran algunas de las excepciones o razones cualificadas para negar el resarcimiento (51). No todos recibirán compensación, pero ninguno quedará excluido del juicio de resarcibilidad por el hecho de proceder de una conducta perfectamente lícita.

Es preciso aclarar que la amplitud de tal principio, muy criticada desde el sector reformista, es sólo aparente y tiene frente a sí dos importantes límites o, utilizando una expresión de NIETO dos «contrabalances técnicos» (52): el juicio de antijuridicidad y los títulos de imputación objetiva que tienen cabida en la fórmula unitaria. Consideramos que estos recursos técnicos no sólo limitan la institución pública, sino que son sus características definitorias.

(49) «Enfrentada desde su mismo nacimiento a las consecuencias dañosas generadas por las actividades lícitas de servicio público, la nueva Ciencia del Derecho Administrativo no eludió el problema teórico planteado por los daños no culposos. Los iuspublicistas asumieron con toda naturalidad (frente a la perplejidad o la indiferencia de los civilistas) que un amplio espectro de perjuicios verificados de forma completamente lícita debía acceder a la tutela indemnizatoria». RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2018: 161).

(50) Entre algunos ejemplos de daños lícitos podemos mencionar los artículos 554, 555, 557, 562, 564, 588, 612 del Código Civil.

(51) MEDINA ALCOZ (2009b: 75).

(52) NIETO (1986: 427).

2. Contrabalance técnicos del alcance de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español

A) Primer contrabalance técnico: juicio de antijuridicidad

El primer límite se encuentra en el juicio de antijuridicidad o relevancia dañosa, en el que se valorará la existencia de posibles causas de justificación que pueden llevar a la Administración a exonerarse de la obligación de resarcimiento o, *a sensu contrario* y siguiendo la formulación clásica, la concurrencia de un deber jurídico de soportar el daño por parte de la víctima.

Estas causas podrán conocerse *ex ante* (riesgos del desarrollo, relación especial de sujeción) o bien constituirse, aconocer, *ex post* (53). Esto último sucederá en supuestos en que la antijuridicidad dependa de una valoración anticipada del funcionamiento del servicio (*v.gr.*, vulneración de la *lex artis*) (54). Esta afirmación cobra hoy en día, en el contexto de crisis sanitaria, una especial significación.

No es posible imponer la obligación de resarcimiento sin que haya antijuridicidad y es por ello que se configura como un elemento definitorio de la institución de la responsabilidad patrimonial. Pero no sucede a la inversa: la antijuridicidad del daño no supone necesariamente la imposición de un deber de reparación, pues además deben concurrir el resto de requisitos (relación de causalidad / título de imputación) y alcanzarse el umbral probatorio que se precise en cada caso. La antijuridicidad es condición necesaria, pero no suficiente para declarar la responsabilidad extracontractual administrativa.

Con todo, resulta especialmente difícil compendiar la totalidad de criterios de antijuridicidad pues éstos dependen de la propia realidad social y sistema de valores imperante. Como apunta MEDINA ALCOZ, «la determinación de la relevancia resarcitoria de un determinado perjuicio es a menudo una cuestión vidriosa» que «[...]no proporciona grandes dosis de seguridad jurídica, pero es, en gran medida, lo que ha permitido que, al abrigo de una misma cláusula general, se reparen hoy daños a los que ayer se negaba relevancia jurídica» (55). Esta afirmación cobra hoy en día, en el contexto de crisis sanitaria, una especial significación.

(53) GONZÁLEZ PÉREZ propone una clasificación trimembre de causas legitimadoras del deber de soportar un daño: 1) cuando exista previsión legal expresa, 2) cuando la anormalidad del daño provenga de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas y 3) en atención a la actitud del perjudicado. En GONZÁLEZ PÉREZ (2015: 455-468).

(54) La idea de la anticipación del juicio de antijuridicidad la extraemos del brillante artículo de MUÑOZ GUIJOSA (2012: 123-126).

(55) MEDINA ALCOZ (2009b: 77-78).

B) Relación entre antijuridicidad y funcionamiento de los servicios. Juicio anticipado de imputación

El análisis del tipo de funcionamiento tiene como finalidad atribuir el daño a la Administración, esto es, fundamentar que existe una razón jurídica sólida para obligarla a reparar el patrimonio lesionado. En general, el dato de la normalidad o anormalidad de la actividad de los servicios públicos se valorará en sede de imputación, donde se comprobará la concurrencia de alguno de los diversos títulos que contiene la fórmula unitaria: culpa o negligencia en el caso de funcionamiento anormal, riesgo o daño sacrificial en el supuesto de un adecuado funcionamiento del servicio público. No obstante, de la mano de MUÑOZ GUIJOSA, creemos que el funcionamiento administrativo es en ocasiones objeto de un examen anticipado, en sede de antijuridicidad (56).

La finalidad de esta valoración anticipada de la actividad administrativa es poder resolver el necesario juicio de relevancia dañosa para continuar seguidamente con el examen causal. La causalidad será el último de los requisitos en el juicio de responsabilidad, si advertimos que el de imputación habrá quedado ya resuelto.

La jurisprudencia no realiza este análisis anticipado de forma indiscriminada, sino que lo circscribe a determinados tipos de actividad administrativa; aquellas que implican obligaciones de medios, no de resultado. Tal vez pueda verse como una contradicción o incluso entender que, en realidad, se trata de una manipulación que los tribunales ultraobjetivistas utilizan para dar entrada a la culpa. No creemos que esto sea así en todos los casos; la antijuridicidad subjetiva —la conducta del agente causante del daño— sirve como parámetro de antijuridicidad objetiva, determinando la existencia o no de un deber jurídico de soportar el daño sufrido por la víctima.

Sucede que, en determinadas actividades, ante la ausencia de causa expresa de exoneración u obligación de soportar un daño (como ocurre en la exacción de un impuesto, la imposición de una sanción o los daños competenciales regulatorios) resulta obligado acudir a la valoración del funcionamiento del servicio para hacer aflorar el carácter antijurídico del daño sufrido. En prestaciones donde no se garantiza un resultado, es necesario examinar la diligencia de la prestación en base a criterios de normalidad-anormalidad para determinar, en abstracto, si existe deber jurídico de soportar las consecuencias lesivas sufridas (57). Nadie tiene el deber jurídico de soportar el menoscabo

(56) MUÑOZ GUIJOSA (2012: 124).

(57) Podría puntualizarse que esta situación parece cercana a lo que, al hilo de una reflexión sobre la antijuridicidad objetiva, indica DÍEZ-PICAZO; «A nuestro juicio... la antijuridicidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de antijuridicidad que comprenda también un juicio de valor de la

producido por una anormal prestación de un servicio (58), pero ¿cómo es posible calificar tal daño como antijurídico sin recurrir, precisamente, a la constatación de que aconteció de este modo?

Así las cosas, el juicio anticipado ofrece dos posibles resultados: que se declare la juridicidad del daño por haber recibido una prestación diligente, o concluir que el daño es antijurídico por mor de una actividad negligente o culposa. La continuidad del examen de responsabilidad será distinta para cada caso. Sin antijuridicidad no cabe, como sabemos, obligación de resarcimiento y por tanto se prescindirá de avanzar en el análisis del nexo de causalidad. Con funcionamiento normal no hay antijuridicidad y, sin ésta, no cabe responsabilidad patrimonial. En cambio, en caso de antijuridicidad del daño subsiste la obligación de continuar con el examen pues no cabe prescindir del elemento causal. Nuevamente el daño antijurídico es condición necesaria, pero no suficiente para condenar a la Administración a repararlo. De hecho, podría suceder que, declarada la antijuridicidad no pueda demostrarse el nexo causal y, sin éste, tampoco cabe condena de reparación. Se debe descartar aquí todo automatismo atributivo de responsabilidad.

Yendo un paso más allá, nos parece incluso que la anormalidad del funcionamiento puede tanto determinar la antijuridicidad como enervar la eficacia del título justificativo de juridicidad —legitimidad de origen— por desarrollarse la actividad de forma manifiestamente irregular —ilegitimidad de ejercicio—.

Este mismo patrón, este juicio anticipado de imputación se reproduce en los supuestos de funcionamiento normal e imposición de un sacrificio especial: el sacrificio especial supone una excepción a las cargas generales que los ciudadanos tiene el deber de soportar. El sacrificio actúa aquí de forma dual, esto es, como condición de antijuridicidad y como título de imputación: la carga especial es impuesta por la Administración por razón de utilidad pública, de necesidad —y por ello le es imputable el daño— y su condición de «especial o fuera de lo común» es lo que la reviste de antijuridicidad.

conducta, que para algunos puede resultar necesario, sólo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de calificación de antijuridicidad». DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2012: 303-304).

(58) Así lo entiende también LEGUINA VILLA: «es forzoso convenir que, en los supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, la inexistencia del deber de soportar el daño viene determinada, en todo caso, por la ilegalidad o anormalidad de la actividad administrativa. Los particulares no están obligados a sufrir las consecuencias dañinas derivadas de comportamientos administrativos que vulneran la legalidad o que infringen los estándares de funcionamiento exigibles». En LEGUINA VILLA (2007: 673-674).

C) Segundo contrabalance técnico: los títulos de imputación objetiva contenidos en la fórmula general

La normalidad o anormalidad en la prestación de los servicios públicos determinará a través de qué concreto título de imputación deba imponerse la obligación de resarcimiento a la Administración. Tales títulos no son elementos de reciente incorporación al Derecho público de daños. GARCÍA DE ENTERRÍA ya los definió en 1955 como «aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone» (59).

El autor enumeró las siguientes: la realización material directa y a la vez legítima del daño (funcionamiento normal; daño sacrificial), riesgo creado por la Administración (funcionamiento normal; riesgo), comisión material directa ilícita con relación a la norma que preside la realización del servicio (funcionamiento anormal; culpa), y enriquecimiento sin causa a favor de la Administración (60).

Teniendo esto en cuenta, no parece que la jurisprudencia del Tribunal Supremo incurra en contradicción con el sistema teorizado cuando utiliza criterios culpabilísticos de imputación para condenar a la Administración, ni cuando veta la resarcibilidad de daños que supongan un riesgo de escasa relevancia o afirma que un determinado sacrificio no es otra cosa que una carga general.

Cuando nos limitamos a ligar la objetividad al elemento antijurídico (lesión antijurídica) y no la extendemos al sistema en su conjunto, no podemos más que rechazar la existencia de incoherencias o modulaciones que limiten una institución en declive por su excesivo alcance, generalidad y uniformidad (61).

(59) GARCÍA DE ENTERRÍA (1955: 1144).

(60) En relación con esta última causa GARCÍA DE ENTERRÍA señala, «La imputación no se justifica aquí, como en los casos anteriores, por la relación material entre la producción del daño y la actividad del sujeto imputado, sino que se hace abstracción de esos dos factores y se atiende únicamente al beneficio resultante a dicho sujeto (o el perjuicio eliminado; *damnum cessans*) del hecho del daño (o de la actividad en donde se ha producido) acaecido al perjudicado». GARCÍA DE ENTERRÍA (1955: 1153). No obstante, esta postura resulta cuestionable y creemos, con MEDINA ALCOZ que el Derecho de la responsabilidad patrimonial es un Derecho relativo al empobrecimiento injusto. La indemnización quedaría así circunscrita a la entidad de los daños y, en ningún caso, por el lucro obtenido por la Administración. MEDINA ALCOZ (2009a: 53).

(61) En estos términos lo expresa MIR PUIGPELAT: «Pero la potencialidad expansiva del sistema es evidente. Someter a un régimen de responsabilidad objetiva un sector de actividad administrativa como el sanitario, en el que se producen daños constantemente —de forma imprudente o no imprudente—, puede generar un volumen indemnizatorio inasumible. Si hasta el momento ello no se ha producido, quedando la Administración sanitaria obligada a indemnizar sólo en los reducidos términos expuestos, ha sido porque la jurisprudencia no ha llevado casi nunca a sus últimas consecuencias el amplísimo sistema de responsabilidad previsto normativamente. [...] No se da efectividad, pues, al menos en materia sanitaria, al carácter objetivo de la responsabilidad administrativa». MIR PUIGPELAT (2000: 38).

La fórmula unitaria de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español es un elemento central y no debe sorprender, por tanto, que en sede judicial se entre a valorar el tipo de funcionamiento de los servicios públicos como fundamento para determinar la existencia de responsabilidad. Las menciones retóricas a cierta objetividad del sistema presentes en muchas sentencias son cuestionables, es cierto, aunque en su mayor parte contienen explicaciones que no dejan lugar a dudas sobre la figura de la que se predica tal objetividad (entre otras muchas en las STSS de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 —recurso de casación 1311/95, fundamento jurídico tercero— y 5 de febrero de 2007).

Decimos que la cláusula unitaria o de doble vía supone un contrabalance a la amplitud abstracta, pues remite a títulos de imputación muy concretos, específicamente los que conforman una vía de entrada a la responsabilidad objetiva. Así, no toda lesión antijurídica derivada del normal funcionamiento de los servicios será objeto de reparación, sino sólo aquellas que puedan atribuirse a la conducta de la Administración por dos razones de justicia conmutativa: bien porque impliquen la actualización de un riesgo no permitido, bien porque impongan una carga especial necesaria para la salvaguarda del interés general. Si los daños sufridos no pueden atribuirse a la Administración por alguna de estas dos vías, no serán indemnizables (62). La responsabilidad extracontractual de la Administración no supone un aseguramiento social a todo riesgo sino una fórmula para la reparación de daños injustos.

El andamiaje teórico de la institución vigente buscó romper el clásico binomio responsabilidad-ilicitud a través de la instauración de una cláusula general a la que sigue un principio de atipicidad de hechos generadores de responsabilidad. Atipicidad que no debe confundirse con ausencia de límites resarcitorios ni prevalencia de los títulos de imputación objetiva sobre los subjetivos.

Las interpretaciones alternativas a la original resultan forzadas, siendo difícil encontrar el sentido a una responsabilidad *objetiva* para la que, sin embargo, se describieron al detalle un nutrido conjunto de causas de imputación, absolutamente prescindibles en un sistema meramente causal. Esta opinión no nos impide mantener una postura crítica respecto de aquello que deba

(62) Hablamos aquí de los dos títulos clásicos de imputación objetiva, sin desconocer la posible incorporación de otras causas. Así, la propuesta de MEDINA ALCOZ en relación con el «incumplimiento» respecto de la responsabilidad por acto, o lo apuntado en la STC 112/2018 sobre la búsqueda de dichos títulos en el conjunto del ordenamiento.

mejorarse, pero sí nos aleja de una crítica —sugestiva y profunda— pero construida bajo una premisa que no compartimos (63).

VI. PANDEMIA Y SACRIFICIO ESPECIAL

La pandemia por coronavirus nos ofrece la oportunidad de reevaluar nuestro sistema de responsabilidad pública, comprobando su operatividad al enfrentar un evento lesivo de enorme complejidad.

Desde las coordenadas expuestas creemos poder afirmar que nuestro instituto resarcitorio puede atender todas las pretensiones basadas en un comportamiento administrativo —activo u omisivo— culpable sin necesidad de recurrir a modulaciones o expedientes correctores. Serán estadísticamente las más habituales: incorrecta información sobre el uso de mascarillas, contagios por retraso en la adopción del primer confinamiento, insuficiente abastecimiento de material sanitario —v.gr., equipos de protección, respiradores—, infecciones nosocomiales y ocupacionales, etc. Estas circunstancias pueden clasificarse sin mayores problemas como casos de anormal funcionamiento de los servicios públicos, sin perjuicio de los resultados que puedan acontecer tras el necesario juicio de antijuridicidad —con especial atención a los riesgos del desarrollo—, la relación de causalidad —y ante la imposibilidad de su determinación, a la doctrina de la pérdida de oportunidad (64)— y, por supuesto, la prueba de la culpa. Son supuestos de responsabilidad patrimonial subjetiva.

Pero el gran valor de la fórmula de responsabilidad consiste en la apertura de vías para la reparación de lesiones consecuencia del normal funcionamiento de los servicios; tanto debidas a la actualización de riesgos no permitidos como las que traen causa de la imposición de un sacrificio especial en favor del bien común, que suponen para la víctima un «plus» respecto de las cargas generales impuestas al resto de ciudadanos.

Este último tipo de lesiones deben ser objeto de especial atención doctrinal en nuestros días. En situaciones de crisis severas como la actual, la

(63) «¿Cabe seguir manteniendo una responsabilidad administrativa de tipo objetivo global, como se desprende de la normativa española desde los años cincuenta, o resulta preferible limitar —tras la necesaria modificación de la normativa vigente— dicha responsabilidad, circunscribiendo la responsabilidad objetiva a determinados ámbitos de la actividad administrativa?, ¿por qué España debe diferenciarse del resto de países de su entorno cultural, previendo una responsabilidad administrativa global?». MIR PUIGPELAT (2000: 320).

(64) ASÚA GONZÁLEZ considera que «la doctrina de la pérdida de oportunidad se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad. Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especialidad relevancia en el ámbito sanitario». ASÚA GONZÁLEZ (2008: 15).

intervención estatal aumenta en un intento de subvenir necesidades colectivas y es en este contexto dónde la fórmula, en su vertiente objetiva, demuestra su funcionalidad. Como hemos podido comprobar, la protección de la salud comunitaria —*salus populi suprema lex est*— puede necesitar de un conjunto de medidas extraordinarias, impuestas al conjunto de la población (v. gr., obligatoriedad del uso de mascarillas, confinamientos) o dirigidas a colectivos y personas concretas (prestaciones forzosas de un servicio esencial o prestaciones personales obligatorias).

En contextos críticos se comina a la ciudadanía a realizar sacrificios que, en muchos casos, no tendrán deber jurídico de soportar en solitario o, dicho de otro modo, deberán ser compensadas por suponer injusticias conmutativas. Siguiendo lo indicado por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en este tipo de supuestos «los derechos de ciertos individuos se ven instrumentalmente menoscabados para materializar un bien que el poder público considera de mayor valor, razón por la cual autoriza una agresión directa o la causación hipotética de un daño a través de una actividad que rompe la reciprocidad de los riesgos que son normalmente asumidos en la vida social» (65). En nuestro caso, la compensación se articulará a través de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración.

La idea de sacrificio individual en pro de un bien colectivo mayor supone una utilización o instrumentalización del individuo. Creemos que los daños causados por la vacunación contra el coronavirus son un buen ejemplo de cómo el Derecho público debe enfrentarse a problemas inasequibles desde planteamientos culpabilísticos.

1. Daños sacrificiales derivados de la vacunación frente al coronavirus

En nuestro país el seguimiento de planes de vacunación es, por el momento, voluntario. Lo mismo sucede con la vacuna frente al coronavirus (66). No obstante, es importante no perder de vista que su efectividad como herramienta contra la pandemia depende de la inmunidad de grupo y esto convierte al proceso de vacunación en una situación jurídicamente compleja. Existe así

(65) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2018: 163).

(66) Recientemente el Auto 74/2021, de 20 de julio del Tribunal Constitucional ha acordado mantener la suspensión de lo dispuesto en el número 5 del art. 38.2 b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, que faculta a las autoridades sanitarias autonómicas a imponer la vacunación obligatoria a la ciudadanía gallega, a fin de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no sólo el Covid-19) en situaciones de grave riesgo para la salud pública.

un claro objetivo de salud pública, un interés colectivo superior, más allá del simple beneficio individual. Por esto consideramos que los efectos adversos provocados por las vacunas deberían tenerse por daños sacrificiales antijurídicos, susceptibles de ser compensados (67). Esta idea viene reforzada por otro factor relevante: la urgencia con que han tenido que avanzar el proceso de investigación y prueba de estos medicamentos así como la imposibilidad de predecir algunos de sus efectos adversos.

Por todo ello entendemos que las lesiones sufridas por causa de la vacunación deberán compensarse, en tanto que se resultan de un sacrificio individual por razones de utilidad pública. Gracias a la actual configuración de la institución de la responsabilidad patrimonial, este tipo de lesiones podrán ser reparadas sin acudir, como indica MEDINA ALCOZ ni a específicas exigencias legislativas ni a expedientes que traten de asimilar todo daño sacrificial a una de sus muchas especies (expropiación forzosa de bienes o derechos reales) en el marco de la teoría de la indemnización (68).

En la práctica judicial tenemos algunos casos que pueden ser trasunto de futuras resoluciones. Así, resulta pertinente transcribir algunos párrafos contenidos en el fundamento jurídico sexto de la STS de 9 de octubre de 2012, nº de recurso 6878/2010 en que el Tribunal Supremo reconoce la responsabilidad de la Administración sanitaria en un supuesto de daños derivados de la vacuna contra la gripe e imputa la lesión en atención al sacrificio:

«Ahora bien, es igualmente cierto que la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse al perjudicado cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad, como sucede en el particular y concreto supuesto que nos ocupa, difícilmente repetible fuera de su excepcionalidad, en el que *se ha concretado en el reclamante un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición en el amplio ámbito de las campañas generales de vacunación*, considerando además, [...] que éstas persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación

(67) «El nuevo sistema, al abandonar la antijuridicidad subjetiva y el monismo culpabilista, abrió la puerta a que una teoría unitaria de la responsabilidad civil encauzara la reparación del sacrificio especial, entendido como daño deliberado, lícitamente causado en beneficio de otros, donde la víctima es tratada como una oportunidad para el interés general: por ejemplo, el menoscabo personal derivado de una vacunación obligatoria». MEDINA ALCOZ (2020: 73).

(68) MEDINA ALCOZ (2020: 74).

sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna; factores estos que justifican que los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas.

En otros términos [...], el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanan de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población» (69) (énfasis añadido).

VII. CONCLUSIONES

Una reevaluación de la institución de la responsabilidad pública que tenga en consideración la construcción teórica original de GARCÍA DE ENTERRÍA nos lleva concluir lo siguiente:

I.– La gama de daños abstractamente resarcibles o antijurídicos no depende, en nuestro régimen de responsabilidad patrimonial, de la conducta del agente causante, ni éstos provienen únicamente de la lesión de derechos subjetivos, sino que se tiene en cuenta el dato objetivo del patrimonio de la víctima. Con ello, la antijuridicidad objetiva evita que cierto tipo de daños —producidos al margen de la culpa o que no supongan la lesión de derechos absolutos— puedan quedar sin resarcimiento, siempre que concurren el resto de requisitos que desencadenan la obligación de reparar (causalidad/imputación). Este juicio abstracto de relevancia supone un primer límite jurídico, un primer filtro que evita la infinitud del sistema de resarcimiento. Junto a él, existe otro límite jurídico; las llamadas «causas de imputación».

II.– La fórmula contenida en el actual artículo 32 de la Ley 40/2015 recoge —en los mismos términos que lo hicieron la LEF, LRJAE de 1957 y la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo común (70)— un sistema dual, de doble vía, que permite la entrada a supuestos de responsabilidad subjetiva

(69) Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso Fecha: 09/10/2012, N° de Recurso: 6878/2010.

(70) Artículo 121 LEF, artículo 40 Decreto de 26 julio de 1957 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado y artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

y objetiva mediante la expresión «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», exigiéndose para cada caso su correspondiente título de atribución del daño a la Administración: culpa o negligencia en el primer caso y riesgo o sacrificio especial en el segundo, y todos ellos en pie de igualdad.

III.– La cláusula general de doble vía, junto con el mecanismo de la anti-juridicidad objetiva, son la causa de la vigencia en nuestro ordenamiento de un principio de atipicidad de daños abstractamente generadores de responsabilidad. Desde el punto de vista dogmático se configura un régimen capaz de dar cumplimiento a los principios de reparación y garantía patrimonial de los administrados. Dichos principios son los que inspiran la función principal y necesaria de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración en términos estrictamente conmutativos: el resarcimiento de las lesiones antijurídicas que los ciudadanos no tengan deber jurídico de soportar.

IV.– La mayor virtud de la cláusula unitaria radica en permitir la inclusión de daños producidos por funcionamiento normal, en base a dos causas de imputación como el riesgo y el sacrificio especial. La razón descansa en una cuestión de hecho: el Derecho administrativo, en contra de lo sucedido tradicionalmente en el Derecho civil, se enfrenta casi desde sus orígenes a una tipología especial de daños: los «daños lícitos» causados por una Administración obligada a buscar el interés general, sirviéndose para ello del ejercicio de la llamada «acción sacrificial del poder público» (71) y del fomento de determinadas actividades que podrían suponer un riesgo para los administrados. Todo ello no excluye a la culpa, que por razones de hecho no puede dejar de ocupar un lugar importante dentro del sistema de responsabilidad público.

Estas son las premisas teóricas desde la que deberían analizarse los daños derivados de la epidemia por coronavirus. Partiendo de ellas no parecen necesarios artificios, modulaciones o reglas de limitación de un alcance supuestamente excesivo, con las que permitir coyunturalmente la operatividad del instituto de responsabilidad civil extracontractual de la Administración (72).

El retorno al criterio culpabilístico exclusivo o preeminente, en la medida en que busque homologarnos con el resto de países de nuestro entorno, podría implicar una forma de «igualarnos por abajo» con sistemas subjetivistas que necesitan de otras figuras alternativas a la responsabilidad para conseguir

(71) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2018: 166).

(72) «Por nuestra parte creemos, sin desconocer el serio fundamento de aquella crítica, que una correcta inteligencia de los presupuestos técnico-jurídicos del sistema implantado hace casi medio siglo por la LEF podría ser suficiente para asegurar su debido funcionamiento y para evitar los excesos en los que, de una forma bienintencionada pero demasiado simplista, ha incurrido alguna vez la jurisprudencia, excesos que no alcanzan a nublar las virtualidades intrínsecas de aquél, ni llevan a desconocer el progreso que supone el principio básico en que se apoya». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006: 377).

plena eficacia en la protección patrimonial del dañado, en muchos casos introducidas por vía jurisprudencial. Sirva como ejemplo del Derecho alemán, que debe recurrir a interpretaciones extensivas de teoría de la indemnización «*Enteignung*», o la «*Aufopferungsanspruch*» en lo relativo a daños sacrificiales.

Creemos que los daños provocados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos no comportan una especial dificultad técnico-jurídica, más allá de la conveniencia de definir estándares de culpa a través de Cartas de Servicio, protocolos médicos u otros mecanismos que a buen seguro tendrían un efecto positivo como la inversión probatoria antes mencionada. El verdadero desafío para el Derecho público reside en poder enfrentar con solvencia los daños lícitos, incidentales pero imprescindibles para la consecución del bien colectivo en momentos de excepcionalidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2020): «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86, pp. 6-21.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara (2008): *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Aranzadi.
- BAHRO, Rudolf (1979): *La alternativa: crítica del socialismo realmente existente*, Barcelona: Materiales.
- BUENO MARTÍNEZ, Gustavo (2006): *El mito de la Izquierda. Las izquierdas y la derecha*, Barcelona, Ediciones B, 2006.
- (2016): *El mito de la cultura*, Oviedo, Pentalfa Ediciones.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2019): *Manual de derecho administrativo*, 30^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2012): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial V*, Madrid, Civitas.
- FONT I LLOVET, Tomàs (2000): «Hacia la “escala” de la responsabilidad: primer paso, la anulación de actos discrecionales (A propósito de la STS de 28 de junio de 1999)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 106, pp. 237-243.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo (1955): «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 4, pp. 1023-1166.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2006): *Curso de Derecho Administrativo II*, 10^a ed., Madrid, Civitas.
- *Curso de Derecho Administrativo II*, 16^a ed., Madrid, Civitas.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín (2013): «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. IV, p. 1503-1604.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1997): «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, abril-junio, pp. 173-188.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2015): *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 7^a ed., Madrid, Thomson Reuters-Civitas.
- LEGUINA VILLA, Jesús (2007): «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, octubre-diciembre, p. 669-681.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1999): «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, septiembre-diciembre.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- (2009a): «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (I): Sintagma. Fundamento. Función», en Cano Campos, Tomás (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Tomo IV. Madrid, Iustel, pp. 31-67.
 - (2009b): «La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II): Elementos. Factores de exoneración», en Cano Campos, Tomás (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Tomo IV. Madrid, Iustel, pp. 69-113.
 - (2012): «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: A propósito de la STS, Sala 3^a, de 27 de septiembre de 2011», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-182.
 - (2020): «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 213, pp. 69-91.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2000): *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Madrid, Civitas.
- (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas.
 - (2008): «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, p. 629-652.

- (2009): «Propuestas para una reforma legislativa del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración», en ORTIZ BLASCO, Joaquín; MAHILLO GARCÍA, Petra, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 33-60.
- (2020): «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 213, pp. 29-47.

MONTERROSO, Augusto (1998): *El dinosaurio. Obras completas (y otros cuentos)*, Barcelona, Anagrama.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid (2012): «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, pp. 97-139.

NIETO, Alejandro (1986): «La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: Doctrina jurisprudencial», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 51, julio-septiembre, pp. 427-434.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando (1994): «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, pp. 239-253.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón (2000): *Derecho Administrativo I, Parte General*, 12^a ed., Madrid, Marcial Pons.

PASTOR MERCHANTE, Fernando (2020): «V. Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial», en DÍEZ SASTRE (Dir.) y MARTÍNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Informe sobre la Justicia Administrativa*, Madrid, CIJA-UAM, pp. 159-181.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2018): «La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 195, pp. 155-192.

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA REFORMA LOCAL PENDIENTE: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN^(*)^(**)

LUCÍA COFRADES AQUILUÉ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CUESTIONES ACTUALES QUE SE RETROTRAEN AL PASADO: LA PLANTA LOCAL ESPAÑOLA COMO PROBLEMA HISTÓRICO: 1. Breve referencia histórica a la cuestión provincial y la configuración del actual mapa municipal. 2. Notas sobre el contexto histórico en el que se elaboró la Constitución de 1978 y su incidencia en la escasez de previsiones constitucionales sobre la posición jurídico institucional de los Entes Locales.- III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL 40 ANIVERSARIO DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS DE GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-2021): 1. Reflexiones a propósito de las últimas modificaciones legislativas con incidencia en el régimen local: entre la disciplina presupuestaria y el principio de subsidiariedad. 2. Sobre la necesidad de atender a las causas: la fragmentación del mapa municipal. 3. En torno a la Administración supramunicipal aragonesa: apuntes sobre la convivencia de Diputaciones Provinciales y Comarcas.- IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO: RETOS Y OPORTUNIDADES: 1. ¿Hacia un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población? 2. Acerca de la conveniencia de repensar el papel de las Entidades Locales intermedias en el Estado Autonómico: en especial, Aragón.- V. A MODO DE CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS REFERENCIAS DOCUMENTALES: 1. Bibliografía utilizada. 2. Otras referencias documentales.

RESUMEN: En este trabajo se pretende indagar sobre la posición jurídico institucional de las Diputaciones Provinciales, con el objetivo de reflexionar sobre si resulta justificada su subsistencia en el Estado Autonómico y, en su caso, en qué términos. Se presta especial atención a la institución provincial en Aragón, por lo que se analiza la

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 16/09/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 28/09/2021.

(**) Este artículo tiene su origen en el Trabajo Fin de Grado que defendí el 7 de julio de 2021 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza ante un Tribunal formado por los Profesores Fernando López Ramón, Gerardo García-Álvarez García y Miguel Ángel Bernal Blay. A todos ellos quisiera agradecerles las sugerencias y observaciones que amablemente me formularon. El Trabajo Fin de Grado fue dirigido por Juan M^a Pemán Gavín, a quien es inevitable manifestar también mi gratitud por sus valiosas orientaciones a lo largo del desarrollo del mismo.

conveniencia de su coexistencia con las Comarcas. El objetivo perseguido no se agota en establecer el marco que se considera más idóneo en abstracto, sino que se intenta articular alguna alternativa no tan ambiciosa, pero más factible, que permita atenuar en un futuro próximo algunos de los problemas derivados de la ineficacia de nuestra Administración Local; problemas que afectan de un modo especialmente patente a la cohesión social y territorial en relación con muchas zonas rurales españolas, en las que predominan los pequeños Municipios. La propuesta que se intenta articular tiene como fin último contribuir a revitalizar el papel de los gobiernos locales.

Palabras clave: reforma local; supramunicipalidad; Diputaciones Provinciales; Comarcas; minifundismo municipal; alteración de términos municipales; planta municipal; autonomía local; garantía institucional.

ABSTRACT: The aim of this article is to investigate the legal and institutional position of the intermediate local government, with the intention of reflecting on whether their subsistence in the Autonomous State is justified and, if so, under what terms. Special attention is paid to the provincial institution in Aragon, and the advisability of its coexistence with the Counties is analysed. The objective pursued is not limited to establishing the most suitable framework in the abstract, but rather an attempt is made to articulate a less ambitious but more feasible alternative which will make it possible to mitigate in the near future some of the problems arising from the inefficiency of our Local Administration; problems which particularly clearly affect social and territorial cohesion in relation to many rural areas in Spain, where small municipalities predominate. The proposal that we are trying to articulate aims to contribute to revitalising the role of local governments.

Key words: local reform; supramunicipal level; intermediate local government; Counties; municipal smallholding; alteration of municipal boundaries; municipal structure; local autonomy; institutional guarantee.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2020 la entonces Ministra de Política Territorial y Función Pública, Carolina Darías, compareció ante la Comisión de Entidades Locales en el Senado para anunciar la intención del Gobierno de emprender una nueva reforma local, de modo que expresó la voluntad del Ejecutivo de modificar la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y de crear un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población. Lo cierto es que, transcurrido más de un año desde entonces, tan solo contamos con una Proposición no de Ley sobre el anunciado Estatuto. Sin embargo, todo parece apuntar a que desde el Ministerio se ha seguido trabajando en esta dirección tal como se desprende de la intervención del pasado 14 de junio del también entonces Ministro de Política Territorial y Función Pública, Miquel Iceta, con ocasión del 40 aniversario de constitución de la FEMP, en la que se ratificó en la necesidad de acometer una reforma

local; precisando que la segunda descentralización es la «tarea más importante de la democracia en España» (1).

En principio, la reforma anunciada no busca otra cosa que robustecer la autonomía local; sin embargo, hasta el momento escasamente se ha hecho alusión al papel que han de jugar los gobiernos locales intermedios o a la posibilidad de reordenar el mapa municipal. Es por ello, que no resulta inapropiado —más bien parece recomendable— reflexionar sobre el lugar que han de ocupar las Diputaciones Provinciales y entidades equivalentes en el momento presente; precisamente cuando se acaba de cumplir el 40 aniversario de la Comisión de Expertos de García de Enterría en la que, como es sabido, se efectuó una sugestiva propuesta a propósito de las Diputaciones Provinciales.

El debate sobre cuál debe ser el sentido jurídico institucional del ente provincial viene planteándose intermitentemente desde hace tiempo, lo que no debe extrañar en la medida que como ha apuntado NIETO GARCÍA «es probablemente la institución pública que menos ha evolucionado en los siglos XIX y XX: lo que habla mucho en favor de su perfección inicial por lo mismo que explica su actual obsolescencia» (2). Efectivamente, las Diputaciones Provinciales poseen una trayectoria vital de más de 200 años; es por ello que en un primer momento el trabajo aborda escuetamente su evolución histórica. Seguidamente, se examina la regulación constitucional vigente con incidencia en el régimen local a fin de conocer el alcance de las limitaciones existentes y las posibilidades que nos brinda.

En un segundo momento, se procura analizar el estado de la cuestión en el momento presente. Concretamente, se reflexiona sobre la efectiva incidencia de la última reforma con repercusión en el régimen local, la necesidad de atender al origen de las disfunciones de nuestro mapa local, así como se efectúan unos breves apuntes sobre la Administración supramunicipal aragonesa.

En tercer lugar, se estudian las perspectivas de futuro. En este sentido, se realizan algunas consideraciones en torno al anunciado Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población y se hace referencia a la necesidad de reconsiderar el papel de los Entes Locales intermedios en nuestra organización territorial.

Finalmente, se exponen las principales conclusiones alcanzadas, que en modo alguno pretenden agotar toda la amplia problemática que plantea la materia, con retos de no fácil abordaje, ni, por supuesto, ofrecer «soluciones» definitivas en relación con los mismos.

(1) Nota de prensa accesible en <http://www.femp.es/comunicacion/noticias/nos-queda-pendiente-la-tarea-mas-importante-de-la-democracia-en-espana-la>.

(2) Véase A. NIETO GARCÍA (1996: p. 238).

II. CUESTIONES ACTUALES QUE SE RETROTRAEN AL PASADO: LA PLANTA LOCAL ESPAÑOLA COMO PROBLEMA HISTÓRICO

1. Breve referencia histórica a la cuestión provincial y la configuración del actual mapa municipal

Como punto de partida parece conveniente comenzar abordando —aunque sea brevemente— la génesis y evolución histórica de las Diputaciones Provinciales, pues como en su día apreció García de Enterría «sólo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones [...]» (3). En el caso de España, la articulación territorial del Estado y, particularmente, su organización local constituye, sin lugar a dudas, una constante histórica. En general, las instituciones jurídicas surgen como fruto de una realidad preexistente que contribuye decisivamente a su formación. Así, las Diputaciones Provinciales poseen una trayectoria vital que conviene conocer para enriquecer la visión del presente, afrontar los grandes debates pendientes y los distintos retos que se presenten en el futuro (4).

Habitualmente, se ha venido estudiando el nacimiento de las Diputaciones Provinciales partiendo de la época decimonónica, ya que su positivización originaria tiene lugar con la Constitución española de 1812; si bien el nacimiento de la Administración provincial no se comprende completamente sin una breve mención al siglo XVIII, pese a que perfectamente podríamos remontarnos siglos atrás (5). La división territorial española de finales del siglo XVIII era profundamente heterogénea y compleja, habiendo llegado a ser calificada de «anárquica» por GUAITA MARTORELL (6), quien consideraba un «milagro» el funcionamiento de una Administración de tales características (7). El legislador

(3) Como es bien sabido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1974: pp. 11-12) fue un firme defensor del método histórico en el ámbito de las ciencias jurídicas; metodología que tiene un indudable reflejo a lo largo de su obra científica.

(4) En este sentido se pronuncia L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en el prólogo a la obra de L. MARTÍN REBOLLO (2018: p. 25): *40 años de derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Pamplona, Aranzadi, 2018, en el que —recordando las reflexiones que tuvo ocasión de elaborar para el prólogo del que fuera el primer libro de Martín Rebollo— lúcidamente incide en «la necesidad de conocer el origen de las cosas no sólo para entender el pasado sino también y sobre todo para iluminar el presente y poder encarar el futuro sin el lastre de los errores anteriores».

(5) Para ahondar en los antecedentes partiendo de la Edad Media véase G. MARTÍNEZ DÍEZ (1981): «Génesis histórica de las provincias españolas», *Anuario de Historia del Derecho español*, pp. 523-593, mientras que para un análisis más detallado de la evolución histórica en general véase J. GARCÍA ÁLVAREZ (2002): *Provincias, regiones y comunidades autónomas. La formación del mapa político de España*, Madrid, Secretaría General del Senado, en especial pp. 189-289.

(6) En este sentido, véase A. GUAITA MARTORELL (1991: p. 3251).

(7) Sobre esto, véase A. GUAITA MARTORELL (1987: p. 174).

gaditano, al emprender la organización territorial, trató de subsanar esta situación a fin de racionalizar la planta territorial; aunque, desde luego, no cabe negar la influencia que tuvo la propuesta de división territorial, inspirada en el modelo francés, elaborada por José I Bonaparte (8).

A pesar de que la positivización inicial de las Diputaciones Provinciales tuvo lugar con la Constitución española de 1812 (9) no será hasta 1833 (10) cuando se asiente y consolide el sistema provincial español que pervive en la actualidad de la mano de Javier de Burgos durante la Regencia de María Cristina de Borbón, debido a los vaivenes de régimen propios de la época (11). La estructura provincial instaurada en 1833 fue producto de un proceso de reflexión que tomó en consideración la división provincial de las Cortes de Cádiz y las actuaciones llevadas a cabo durante el Trienio Liberal (1820-1823). Se ha estimado que la coincidencia territorial fue en torno al 85 o 90%, exceptuando las Provincias afectadas por la supresión (12). Por tanto, no es posible afirmar que Javier de Burgos creara *ex novo* la división provincial, pues la misma venía de intentos anteriores; aunque es indudable que tuvo el mérito de impulsar la nueva organización administrativa, rescatando y adaptando

(8) Recuérdese que las ideas de la Administración Napoleónica llegan a España con el intento racionalizador de José Bonaparte, que se plasmó en el Decreto de 17 de abril de 1810 que instauró treinta y ocho prefecturas y ciento once subprefecturas. Para acceder al contenido de esta y otras disposiciones históricas del siglo XIX a las que se hará referencia a lo largo del presente trabajo se recomienda consulta de T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Y J.A. SANTAMARÍA PASTOR (1977): *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

(9) El Decreto CLXIV, de 23 de mayo de 1812, sobre establecimiento de las Diputaciones Provinciales en la Península y Ultramar tuvo por objeto dar efectividad a lo establecido en el artículo 325 de la Constitución de Cádiz. Asimismo, destaca el Decreto CCLXIX, de 23 de junio de 1813, que aprueba la instrucción para el gobierno económico político de las Provincias, cuyo capítulo II recogía las obligaciones y cargos de las Diputaciones Provinciales.

(10) En concreto nos estamos refiriendo al Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, mandando hacer la División Territorial de las Provincias, a cuyo frente situaba, siguiendo el modelo de las prefecturas francesas, a una autoridad superior a la cual, pasados algunos años, se denominaría *Gobernador civil*.

(11) Téngase en cuenta que los cambios de régimen no propiciaron el asentamiento definitivo de las Diputaciones Provinciales. Así, el 15 de junio de 1814 se dictó el Real Decreto por el cual se suprimen las Diputaciones Provinciales y se manda que los papeles de sus secretarías pasen a las respectivas Contadurías de provincia. Con posterioridad, en 1823, el Decreto XLV, de 3 de febrero, de instrucción para el gobierno económico político de las Provincias, dota a las instituciones Provinciales de mayor poder del que habían tenido en 1813. Para profundizar en estas cuestiones véase el trabajo de M. ESTRADA SÁNCHEZ (2008): «Y para qué queremos las Diputaciones? Una reflexión en torno a los orígenes y primera evolución de las Diputaciones Provinciales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, pp. 303-320, en el que reflexiona sobre las razones que pudieron motivar este cambio.

(12) En este sentido véase A.M. CALERO AMOR (1984: pp. 5-10).

las contribuciones anteriores (13). No obstante, hubo que esperar hasta 1835 para que se estableciesen de modo efectivo las Diputaciones Provinciales (14), cuya existencia supuso la aparición de un nivel administrativo cuya misión inicial sería el control de los Ayuntamientos; cometido que para las autoridades centrales resultaba inviable debido al elevado número de Municipios y su dispersión territorial. Ciertamente, con las Provincias se pretendía potenciar una organización administrativa centralizada y única, basada en la omnipotencia estatal a lo largo de territorio nacional (15).

Es preciso tener en cuenta que la existencia de las Diputaciones Provinciales ha estado en entredicho de desde su mismo nacimiento; dando lugar a un resultado verdaderamente paradójico: su fortalecimiento (16). Entre las experiencias pasadas que sostienen la validez de la tesis del fortalecimiento de las Provincias, piénsese en el notable protagonismo de las Diputaciones Provinciales en el régimen franquista frente al que tuvieron durante la Segunda República. La tendencia antiprovincialista se mantuvo a lo largo de los siglos XIX y XX, y no resulta exagerado afirmar que —con mayor o menor vehemencia— llega hasta nuestros días. Los principales motivos de fondo alegados por los detractores del modelo provincial son, según VANELLI, su papel favorecedor de la centralización estatal y su carácter artificial (17). Efectivamente, los argumentos apuntados continúan presentes en el discurso de los detractores de las Diputaciones Provinciales, si bien en los debates más recientes en torno a la posibilidad de su supresión, a las Diputaciones Provinciales se les achaca ser institución decimonónica que favorece las prácticas clientelares. En ocasiones también se aprecia que sus detractores las perciben como una especie de reminiscencia del régimen franquista —pese a que como hemos visto nacieron en los albores del Estado liberal—, periodo durante el cual tuvieron un notable protagonismo; ahora bien, tal percepción es

(13) Al respecto, véase A. NIETO GARCÍA (1996: p. 241).

(14) Mediante el Real Decreto de 21 de septiembre de 1835, sobre el modo de constituir y formar las Diputaciones Provinciales, si bien A. NIETO GARCÍA (1996: p. 240) precisa que no se terminaron de asentar definitivamente hasta 1836.

(15) Téngase en cuenta que al menos hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX las Provincias se concibieron como meras divisiones territoriales del Estado carentes de personalidad jurídica, pues como ha indicado M. CLAVERO ARÉVALO (1983: 2132) no fueron sino un instrumento de centralización.

(16) Así lo señala S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1991: pp. 59 y 60). No obstante, no debería extrañar esta circunstancia en relación a las Diputaciones Provinciales, en la medida que como bien apuntó E. GARCÍA DE ENTERRÍA (2007: p. 172) la historia de la Administración es «la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llegó a formar parte así de la esencia misma del concepto».

(17) Véase L. VANELLI (1991: p. 3158). Para conocer los argumentos esgrimidos frente a las tesis antiprovincialistas véase S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1980): «En torno a la organización provincial», *Revista de Administración Pública*, 93, pp. 7-27.

cuanto menos imprecisa, en la medida que a lo largo de estos más de 40 años de vida democrática las Diputaciones Provinciales se han caracterizado por su carácter representativo, lo que, por supuesto, no impide cuestionar su encaje en la división territorial existente o la falta de definición de sus funciones.

Para completar este apunte histórico sobre la institución provincial procede aludir a una cuestión vinculada de alguna manera a la misma: la fragmentación del mapa municipal español. Al respecto conviene dejar apuntado que dicha fragmentación ha sido un problema histórico que puede considerarse resultado de la idea de dotar con un Ayuntamiento a cada núcleo de población, sin exigir un número mínimo de habitantes y, en todo caso, cuando se llegue a 1.000 habitantes, proclamada en la Constitución de Cádiz. (18) No debe extrañar que a lo largo de los siglos XIX y XX haya habido diversos intentos dirigidos a limitar la cifra de pequeños Municipios, consistentes en exigir una población determinada o, directamente, en fusionar Municipios (19) a fin de obtener una planta territorial más congruente con una Administración eficaz. No obstante, lo cierto es que tradicionalmente ha primado una concepción iusnaturalista que concibe al Municipio como un hecho social previo al Estado, frente a las corrientes que sostenían que obedece a una mera división administrativa por obra del legislador. La prevalencia del «dogma» del carácter natural del Municipio (20) así como la energética contestación que suscita el mero anuncio de emprender una reforma del mapa municipal en los afectados y en determinada parte del espectro político han frustrado en buena medida los intentos realizados a tal fin. Los resultados de los intentos de fusión o alteración de los límites municipales han sido, en términos generales, escasamente significativos; y las consecuencias derivadas de su infructuosa puesta en práctica ha contribuido a que parte de las dificultades derivadas de una estructura municipal minifundista continúen persistiendo en la actualidad.

(18) El art. 310 de la Constitución de Cádiz disponía, literalmente, que «se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no le tengan y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su Comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente».

Como acertadamente ha señalado R. SALANOVA ALCALDE (2017: p. 10), aunque un pueblo como unidad básica de convivencia ha existido siempre, es con la Constitución de 1812 cuando se produce el cambio de paradigma en la medida que se les reconoce como Administración Pública y todo el territorio pasa a estar regido por instituciones municipales.

(19) Como ejemplo ilustrativo piénsese, entre otras previsiones, en las establecidas en los arts. 70 y 71 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Ayuntamientos, de 8 de enero de 1845 y del Decreto de 21 de octubre de 1866. En ambos casos, su art. 70 prevé que se conserven los Ayuntamientos que alcancen determinada cifra de vecindario y en el art. 71 se prevé el número mínimo de vecinos necesario para formar nuevos Municipios.

(20) E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1994: p. 141) explica que la concepción del Municipio concebido como una entidad natural, que tradicionalmente ha imperado en el ámbito europeo, es especialmente patente en los países con influencia del sistema municipal francés.

2. Notas sobre el contexto histórico en el que se elaboró la Constitución de 1978 y su incidencia en la escasez de previsiones constitucionales sobre la posición jurídico institucional de los Entes Locales

La redacción del Título VIII CE, relativo a la organización territorial del Estado, responde esencialmente al difícil contexto en el que se delineó la misma. Al siempre difícil consenso entre formaciones políticas de distinto signo para sacar adelante un proceso constituyente —que necesariamente exige cesiones y la búsqueda de espacios suficientemente amplios a llenar posteriormente por el legislador ordinario— se unió un periodo convulso marcado por una fuerte incertidumbre.

Frente a la estructura centralista heredada del régimen franquista, el constituyente apostó por abrirse a la descentralización. A la luz del texto constitucional parece que se pensaba en la posibilidad en un Estado asimétrico con un modelo competencial abierto (21), probablemente debido a las tensiones y aspiraciones políticas del momento (22). Por aquel entonces no era posible intuir el grado de aceptación y alcance competencial que desarrollarían las futuras CCAA, por ello se diseñó un sistema que no está plenamente perfilado, sino que se limita a establecer unas coordenadas generales bastante abiertas en su alcance. En efecto, tal y como la doctrina puso en su momento de relieve, las previsiones constitucionales sobre la materia local son verdaderamente escuetas; lo que per se no entraña necesariamente un defecto constitucional, puesto que como ha apuntado VELASCO CABALLERO tal técnica legislativa no deja de constituir «una expresión natural del principio de primariedad de la ley en el sistema constitucional» (23).

Possiblemente, el hecho de que el constituyente no pudiera vaticinar la deriva de nuestro modelo territorial, que debía concretarse en el futuro (24)

(21) Téngase en cuenta que la CE, entre otras opciones, abre la posibilidad de un Estado asimétrico con un régimen competencial abierto en la medida que se contemplan dos vías de acceso a la autonomía (arts. 143 y 151 CE) que parecen corresponder a las «nacionalidades y regiones» del art. 2 CE y, por otro lado, en virtud del principio dispositivo, no se exige un contenido competencial homogéneo a las diferentes CCAA.

(22) Nótese que la existencia de un modelo descentralizado lleva inevitablemente a plantearse sus relaciones con el principio constitucional de igualdad. Para profundizar en la relación existente entre autonomías territoriales y el principio constitucional de igualdad véase J. M.º PEMÁN GAVÍN (1992): *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, en la que se analiza la tensión entre ambos principios; tensión que como el propio autor indica «se resuelve en cada caso en un peculiar equilibrio entre los dos polos».

(23) Véase F. VELASCO CABALLERO (2009: pp. 35).

(24) Así se hizo con los pactos autonómicos de 1981, en los que, frente a lo inicialmente previsto, se generalizó el marco institucional previsto en el art. 152 CE, contemplado en principio tan solo para las CCAA que accederían por la «vía rápida». Ciertamente la incertidumbre sobre la futura organización territorial era absoluta, puesto que la existencia misma de las autonomías dependía de su aceptación por las Cortes Generales.

—y que culminaría en la configuración del actual Estado Autonómico— contribuyó a favorecer la posición de la Provincia en nuestro sistema de organización territorial. La introducción de la Provincia en el texto constitucional como Entidad Local no fue fruto de una decisión caprichosa, sino prudente y sosegada puesto que, como expuso GARCÍA DE ENTERRÍA, en un contexto de máxima incertidumbre parecía sensato apostar por la existencia una estructura territorial con cierta tradición histórica que venía funcionando a lo largo de los últimos 150 años (25). La cuestión de las Diputaciones Provinciales suscitó desde el inicio una intensa polémica tal y como se desprende de la lectura del Anteproyecto de Constitución, cuyo art. 105.2 posibilitaba el desplazamiento de las Diputaciones Provinciales por otro tipo de Entidades Locales intermedias previstas en los Estatutos de Autonomía (26). Lo cierto es que este precepto fue considerado confuso tal como estaba formulado (27), dando lugar a la presentación de diversas enmiendas (28).

Dado que en aquel momento simplemente no era posible una visión global de la organización territorial (29), la Provincia se introdujo sin la posibilidad de reflexionar sobre su relación con las futuras CCAA; un reto todavía pendiente que constituye, por así decirlo, una «patología» del sistema. Es por ello que la Comisión de Expertos sobre las Autonomías de 1981 (30), conscientes de la necesidad de integrar los diferentes niveles territoriales en el modelo autonómico defendió la interiorización de las Diputaciones Provinciales en las

(25) Sobre esto, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991: p. 6).

(26) El art. 105.2 Anteproyecto de CE, publicado en el BOCG, de 5 de enero de 1978 disponía, literalmente, lo siguiente: «Las Provincias o, en su caso, las circunscripciones que los Estatutos de autonomía establezcan mediante la agrupación de Municipios, gozarán igualmente de plena personalidad jurídica y servirán de base a la organización territorial de la Administración pública, sin perjuicio de otras formas de división establecidas por la ley con este fin».

(27) Así lo subrayó en su momento S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1978: pp. 20 y 21).

(28) Téngase en cuenta que como indicó A. GUIAÍA MARTORELL (1981: pp. 40 y 41) las enmiendas se presentaron por parlamentarios de distinto signo político como López Rodó, Gómez de las Roces o Letamendia, entre otros.

(29) El propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991: p. 6) explica que, de haberse conocido la estructura territorial, podría haberse optado por la supresión de la Provincia o bien definir su posición exacta en el marco territorial, y razona que cuatro niveles administrativos recayendo sobre un mismo territorio es «una dispersión excesiva de la acción pública, una complicación administrativa innecesaria, una fuente disfuncional de indeterminación de responsabilidades y conflictos».

(30) Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; COSCULLUELA MONTANER, Luis; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; MUÑOZ MACHADO, Santiago; DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel y SOSA WAGNER, Francisco (1981: pp. 26 y 27): *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CCAA pluriprovinciales, propugnando que se configurasen como Administración periférica autonómica.

La autonomía local, núcleo vertebrador del régimen local, que debería servir como punto de partida para su posterior regulación, se formula en términos tan genéricos que no cabe sino reputarlos insuficientes. El art. 137 CE se limita a reconocer a Municipios y Provincias «autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (31), sin concretar su configuración, de modo que pronto se advirtió que carecían de una garantía constitucional precisa, pues su contenido vendría determinado por el legislador ordinario (32).

Existe una intensa interconexión entre autonomía local y los intereses —o si se prefiere, competencias— de los Entes Locales, pero no existe consenso doctrinal respecto a si la autonomía local es un fin en sí misma o más bien responde al medio del que dota el constituyente a los Entes Locales para hacer efectivos sus respectivos intereses (33). Lo cierto es que tanto «autonomía local» como «respectivos intereses» constituyen conceptos jurídicos indeterminados en los que resulta admisible un amplio margen de apreciación (34). Debido a estas declaraciones abiertas en su alcance, en la década de los ochenta el legislador, el Tribunal Constitucional y la doctrina administrativista tuvieron que realizar un importante esfuerzo a fin de delimitar el contenido de la autonomía local (35).

(31) Téngase en cuenta que un sector doctrinal nada desdeñable se decanta por entender que no existen propiamente intereses provinciales, puesto que éstos no serían sino los intereses de los respectivos Municipios que integran la Provincia en cuestión. En este sentido, véase L. COSCULLUELA MONTANER (2011: p. 50). Con independencia de ello, es obvio que existe cierta diferencia en el tratamiento constitucional de ambas autonomías a favor de la municipal, dado que el art. 140 CE reconoce con particular énfasis la autonomía municipal y éste énfasis no se reproduce en relación con la autonomía provincial (art. 141 CE).

(32) Sobre esto, véase T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1979: p. 35).

(33) En este sentido véase L. PAREJO ALFONSO (1991: p. 235) y J. GARCÍA FERNÁNDEZ (2002: p. 235).

(34) Así se desprende de las SSTC 4/1981, 2 de febrero (recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953 y contra la Base 33, párrafo segundo), fundamento jurídico 1º y 37/1981, 16 de noviembre (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1981, de 12 de febrero), fundamento jurídico 1º.

(35) Como aportaciones doctrinales sobre la autonomía local —cuyo análisis excede del objeto de este trabajo— cabe remitirse, dentro de una amplísima bibliografía, a los siguientes estudios: R. MARTÍN MATEO (1981): «La autonomía local y el sistema normativo español», *Revista de Administración Pública*, 94, pp. 53-87; L. PAREJO ALFONSO (1986): «La autonomía local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 229, pp. 9-64; A. FANLO LORAS (1990): *Fundamentos constitucionales de la autonomía local: el control sobre las corporaciones locales, el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales; F. SOSA WAGNER (1991): «La autonomía local», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coordinador), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Madrid, Civitas, en especial pp. 3185-3266 y

Sin perjuicio de cuanto queda dicho, hay aspectos relativos a la regulación constitucional que no ofrecen lugar a dudas; concretamente, la necesaria existencia de Municipios, Provincias e Islas en los archipiélagos balear y canario (arts. 137, 140 y 141 CE). En este sentido, es obligado hacer referencia a la teoría de la garantía institucional, que cobra especial significación en relación con la autonomía local y, por tanto, con las instancias provincial y municipal, en la medida que garantiza su existencia frente al legislador ordinario (36). El Tribunal Constitucional configura la autonomía local como una garantía institucional (37), que trata de proteger el núcleo de la institución de manera que no quede desdibujada (38). La mayoría de la doctrina se ha decantado por entender que la garantía institucional ampara a las Diputaciones Provinciales (39), si bien LINDE PANIAGUA sostiene la tesis de que es posible su supresión y la asunción de sus competencias por las CCAA u otro tipo de Entidad Local sin necesidad de reforma constitucional (40).

Asimismo, cabe recordar que la garantía institucional no implica una especie de petrificación del mapa municipal, dado que la misma hace alusión a la entidad municipal como institución y no a cada uno de los Municipios existentes en un momento determinado. De hecho, el constituyente otorgó la facultad para alterar los términos municipales a las CCAA (41) (art. 148.1.2

E. NIETO GARRIDO (2018): *El estatuto constitucional de los entes locales. La autonomía local y la vinculación negativa a la ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Pamplona, Aranzadi.

(36) Véase J. ESTEVE PARDO (1991: p. 129).

(37) Se trata de una figura importada del constitucionalismo alemán, cuya introducción teórica en nuestro país se debe, en gran medida, a L. PAREJO ALFONSO (1981): *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

(38) En este sentido véase la STC 32/1981 de 28 de julio (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cataluña 6/1980), cuyo fundamento jurídico 3º precisa que «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre».

(39) Véase S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1991: pp. 63 y 64).

(40) Sobre esto, véase E. LINDE PANIAGUA (2018: pp. 117-121).

(41) Téngase en cuenta el carácter «bifronte» del régimen local en los términos señalados por la STC 31/2010 (recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), fundamento jurídico 36º. Asimismo, recuérdese que el régimen local ha de entenderse comprendido en el título competencial «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» del art. 149.1.18 CE.

CE); lo que, como es sabido, permitiría la supresión de Municipios (42), posibilidad que guarda conexión con el problema del inframunicipalismo.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL 40 ANIVERSARIO DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS DE GARCÍA DE ENTERRÍA (1981-2021)

1. Reflexiones a propósito de las últimas modificaciones legislativas con incidencia en el régimen local: entre la disciplina presupuestaria y el principio de subsidiariedad

En las siguientes líneas se aspira a plantear un marco general (43) que permita valorar el punto en el que nos encontramos y, a lo sumo, extraer algunas enseñanzas derivadas de la última experiencia de reforma local llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) con el fin de afrontar en mejores condiciones una eventual reforma local. Precisamente, y al hilo de la pretendida modernización de la Administración, NIETO GARCÍA advirtió de que «las mejores lecciones del pasado son las que se deducen de los fracasos, que conviene estudiar con más cuidado que los éxitos» (44); reflexión que solo cabe compartir y que invita a extraer algunas consideraciones al respecto.

La última modificación legislativa con incidencia en el ámbito local fue, básicamente, resultado de la crisis económico financiera iniciada en 2008 y del impulso reformista surgido a partir de la misma que, como es sabido, se materializó en lo que se ha dado en llamar la «constitucionalización de la crisis» (45). La historia nos demuestra que, en general, las situaciones de crisis impulsan transformaciones administrativas —más o menos provechosas— que en situaciones normales serían inconcebibles. En este sentido, el último intento

(42) Véase L. MORELL OCAÑA (1991: p. 3297).

(43) No se persigue en este artículo analizar el contenido de la LRSAL, ampliamente estudiado a estas alturas. Para un análisis pormenorizado del efectivo impacto de la LRSAL se recomienda consultar entre otros a C. BARRERO RODRÍGUEZ (2017) «La ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, pp. 41-73 y M. RODRÍGUEZ BEAS (2019): «El futuro incierto de las diputaciones provinciales en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 202, pp. 284-420.

(44) Véase A. NIETO GARCÍA (2014: p. 100).

(45) Esta denominación fue acuñada por EMBID IRUJO, A. (2012), en su obra *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel. El autor hace referencia a la consagración constitucional de la estabilidad presupuestaria en el art. 135 CE. La reforma de 2011 consagró en el art. 135 CE el rango constitucional de la estabilidad presupuestaria, al mismo tiempo que limita el déficit estructural y el volumen total de deuda. Recuérdese que el propio Gobierno no ocultó la vertiente «economicista» de la reforma, buscando así incrementar la confianza de inversores y autoridades europeas.

de reforma local operada por la LRSAL no fue una excepción, en la medida que vino motivada por la imperiosa necesidad de moderar el gasto público a efectos de cumplir con las exigencias europeas en materia de estabilidad presupuestaria (46). Una aclaración es precisa: a pesar de que se vinculara la reforma local como remedio para superar la crisis económica, no es posible considerar a las Entidades Locales como principales responsables del gasto y déficit público (47).

Recuérdese que la reforma suscitó, incluso en la fase anterior a su aprobación, una viva polémica; si bien finalmente su contenido distó bastante de las previsiones iniciales como fruto de la incidencia del Dictamen 567/2013 del Consejo de Estado, que puso de manifiesto significativas deficiencias entre las que cabe destacar la crítica efectuada al criterio del coste estándar como referente para la asunción de competencias por parte de las Diputaciones para la prestación de determinados servicios municipales obligatorios, (48) en la medida que dicho criterio conllevaba una «habilitación en blanco» que, como se ha señalado por parte de la doctrina, podría ser contraria al art. 4.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL) (49). Aun así, la controversia se mantuvo en relación con el texto finalmente aprobado (50),

(46) La estabilidad presupuestaria se cumple si la corporación local es capaz de financiar sus gastos sin que sea necesario recurrir a los préstamos de entidades financieras u otras formas de endeudamiento público. Así se señala en la propia exposición de motivos de la LRSAL: «La reforma del artículo 135 de la Constitución española, en su nueva redacción dada en 2011, consagra la estabilidad presupuestaria como principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas».

(47) En este sentido se pronuncian A. EMBID IRUJO (2011: pp. 449-450) y L. MELLADO RUIZ (2016: p. 97).

(48) En relación con tales servicios el Anteproyecto preveía (art. 26, apartados 2 y 3) que por Real Decreto se determinaría el coste estándar de los mismos y que en los Municipios con población inferior a 20.000 las Diputaciones Provinciales o entidades insulares asumirían la prestación de los mismos cuando su prestación en el ámbito municipal no cumpliera con dicho coste estándar, es decir, tuviera un coste superior. Véase sobre ello el estudio de F. SIMÓN YARZA (2013: pp. 62 y ss.).

(49) El apartado 1 del art. 4 CEAL expresa en relación con el alcance de la autonomía local que «las competencias básicas de las Entidades Locales vienen fijadas por la Constitución o por la Ley. Sin embargo, esta disposición no impide la atribución a las Entidades Locales de competencias para fines específicos, de conformidad con la Ley».

(50) Finalmente, la redacción definitiva del art. 26.2 LRSAL dispuso que:

«Para coordinar la citada prestación de servicios la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

dando lugar a diversos recursos de inconstitucionalidad y uno en defensa de la autonomía local promovido por 2.393 Municipios (51). La LRSAL ha sido una reforma ampliamente cuestionada política y doctrinalmente; sin embargo, llama la atención que, a pesar del cambio de Gobierno en 2018, hasta el momento no se haya introducido modificación alguna, cuando en su momento se exigió su inmediata derogación. Frente a la inicial agitación que causó la LRSAL, lo cierto es que como ha puesto de manifiesto BARRERO RODRÍGUEZ «dejaba extremos por concretar y de cuya interpretación iba a depender su verdadera capacidad de transformación de la realidad existente». En este sentido apunta que el impulsor de la reforma tampoco fue excesivamente combativo a la hora de mantener sus objetivos originarios (52).

La reforma, según se deriva de su preámbulo, aspiraba a ser profunda; pero transcurridos ya 8 años desde su aprobación, la percepción es bien distinta. Especialmente en lo relativo a los grandes asuntos pendientes de la Administración Local, pues respondió a la coyuntura económico financiera sin incidir con la determinación necesaria en la adaptación del entramado institucional establecido en 1985. Es cierto que se trató de incentivar la fusión o incorporación voluntaria de Municipios, pero el carácter facultativo se ha demostrado insuficiente (53).

Cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios si la Diputación lo considera acreditado.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios».

No obstante, la STC 111/2016 (recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL), de 9 de junio, declaró inconstitucional y nulo la propuesta por parte de la Diputación al Ministerio de Hacienda a fin de que el mismo decidiera sobre la forma de prestación a fin de reducir el coste efectivo, de modo que se precisa de la aceptación voluntaria del Municipio.

(51) Diversos preceptos fueron declarados inconstitucionales, aunque en su mayoría no fueron por vulnerar la autonomía local que, como es bien sabido, fue uno de los aspectos más controvertidos de la reforma legislativa, pues el Dictamen 338/2014 del Consejo de Estado sobre el planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local concluyó afirmando que la reforma vulneraba la autonomía local. No obstante, debe tenerse en cuenta que ello la interpretación del Tribunal Constitucional vino a introducir significativas matizaciones con respecto a lo que en un primer momento se creyó por parte de diversos sectores. Así, por ejemplo, la STC 41/2016, de 3 de marzo (recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL) fundamento jurídico 12º, reinterpreta el art. 25.2 LBRL en el sentido de que no constituye un *numerus clausus*.

(52) Sobre esto, véase C. BARRERO RODRÍGUEZ (2017: pp. 41-73).

(53) Lejos de disminuir el número de Municipios en los últimos años, los datos del INE reflejan un ligero incremento del número de Municipios: en 2013 el número de Municipios

Por lo que se refiere a principios como la sostenibilidad financiera y la eficiencia, sobre los que pivotó la reforma, pese a haber sido considerados en su momento como meramente coyunturales, todo parece indicar que han venido para quedarse durante un largo tiempo, máxime teniendo en cuenta la compleja situación económica y presupuestaria en la que nos encontramos sumidos como consecuencia de la crisis sanitaria iniciada en 2020, cuyo impacto sobre el déficit y endeudamiento públicos es notorio (54). Siguiendo a VILLAR ROJAS, es preciso destacar que los principios de sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria se configuran necesariamente como rectores de la actividad administrativa, pues no aspiran a solventar una situación coyuntural, sino que tienen vocación de permanencia (55). Ahora bien, es cierto que parte de la doctrina, como BERMEJO VERA, se ha inclinado por entender que la estabilidad presupuestaria no constituye un principio propiamente dicho, sino una regla preceptiva o mandato (56). En cualquier caso, no existen dudas acerca de la ineludible exigibilidad de incorporar la estabilidad presupuestaria al quehacer cotidiano de nuestras Administraciones Públicas.

Es preciso advertir de que estos criterios por sí mismos devienen insuficientes, puesto que deben tomarse en consideración junto a otros principios rectores de nuestro ordenamiento a fin de obtener un equilibrio apto para satisfacer las exigencias del Estado social proclamado en nuestra CE. Como es sabido, el principio de autonomía local (art. 137 CE) no es absoluto, sino que, como cualquier otro principio, tiene ciertos límites derivados de su interacción con los demás, que modulan su contenido.

En primer lugar, hay que señalar que la autonomía local encuentra como primera limitación la propia organización territorial del poder (57). La autonomía hay que concebirla dentro del principio de unidad consagrado en el art. 2 CE en la medida que todas las entidades territoriales que conforman España son parte de un mismo proyecto común (58). Pero por otra parte se

era de 8.119, mientras que en 2020 era de 8131.

(54) Recuérdese que según el Protocolo de Déficit Excesivo la deuda de las Administraciones Públicas españolas alcanzó el 120% del PIB durante el año 2020. Véase en este sentido la nota de prensa estadística del Banco de España del 31 de marzo de 2021 relativa a la deuda trimestral de las Administraciones Públicas según la metodología del Protocolo de Déficit Excesivo.

(55) Véase F. J. VILLAR ROJAS (2017: p. 49).

(56) Véase J. BERMEJO VERA (2019: p. 152).

(57) Véase A. FANLO LORAS (1990: pp. 310-314).

(58) Aunque como ha señalado el TC «ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía, [...]en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido». En este sentido, véase la STC 4/1981, 2 de febrero [recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LBRL], fundamento jurídico 3º.

aprecia una notable tensión entre los principios de estabilidad presupuestaria (arts. 126 TFUE y 135 CE) y subsidiariedad (art. 4.3 CEAL); por lo que es preciso hallar una fórmula que se aproxime al necesario, aunque complejo, equilibrio entre ambos.

La estabilidad presupuestaria se cumple si la corporación local es capaz de financiar sus gastos sin que sea necesario el recurso al endeudamiento. De otra parte, la «regla de gasto» también ha tenido elevado impacto en la autonomía local; su cumplimiento implica que el gasto no financiero realizado durante el ejercicio sea como máximo igual al del año anterior incrementando en un porcentaje que marca el Gobierno y que suele ser equivalente al incremento del PIB. En realidad, lo que se pretende es que el incremento del gasto de una corporación local no supere cada año el incremento del PIB, o lo que es lo mismo, la mayor riqueza en la sociedad permite un mayor gasto público. La regla de gasto ha tenido un efecto significativo en los últimos años, de tal forma que hasta que se instrumentalizó cualquier corporación local podía gastar todo lo que recaudara en el año; pero con esta regla, se tengan los ingresos que se tengan, solo es posible gastar lo del ejercicio anterior incrementado en los términos indicados (59). La idea de sostenibilidad financiera de las Administraciones, no consagrada constitucionalmente, no es menos importante, puesto que, si se rebasa el nivel máximo de endeudamiento, podría llegarse a poner en juego el cumplimiento de competencias asignadas e incluso, el último término, su propia subsistencia (60). Por otra parte, el principio de subsidiariedad, viene a actuar como contrapeso en la medida que refuerza la autonomía local al postular la mayor cercanía a los ciudadanos; si bien, no lo hace de modo incondicionado, pues el art. 4.3 CEAL hace referencia a los criterios de eficacia o economía para modular su contenido (61).

Como se puede apreciar la financiación es uno de los grandes retos de la Administración Local, ya que la misma incide decisivamente en la capacidad de los Entes Locales y, por tanto, en la eficacia del principio de subsidiariedad. Teóricamente, las competencias deberían ejercerse en buena medida por los Municipios, por ser la Administración más próxima al ciudadano; ocurre, sin embargo, que adolecemos de una planta local con un elevado grado de

(59) Excepcionalmente, el Gobierno ha decidido suspender la aplicación de la regla de gasto durante 2021 como medida extraordinaria para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

(60) F.J. VILLAR ROJAS (2017: p. 48).

(61) Art. 4.3 CEAL: «el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía».

fragmentación, que dificulta la prestación de servicios públicos de calidad a un coste asumible con los recursos disponibles.

Se estima conveniente escapar de las posturas que se decantan por potenciar extraordinariamente uno de los principios en detrimento del otro, principalmente porque se trata de dos principios estructurales que han de coexistir y, en segundo lugar, porque pese a que es deseable que los servicios públicos se presten por la Administración más cercana, no es menos importante evitar incurrir en déficit público, habida cuenta de su insostenibilidad y los perniciosos efectos que conlleva asumir gastos por encima de las posibilidades reales de manera recurrente (62).

En la medida que con la configuración actual del mapa municipal y sistema de financiación no es posible que los Municipios más pequeños presten la totalidad de los servicios que se encuentran en el ámbito de sus competencias, se hace necesaria una instancia supramunicipal, que conjugue las exigencias de proximidad con las de sostenibilidad y, sobre todo, que persiga una prestación de servicios que sirva con objetividad y eficacia al interés general proclamado en el art. 103 CE. En este sentido, parece aconsejable revisar el ámbito competencial en su conjunto para concretar cuál es el ámbito más adecuado para el ejercicio de las competencias y proceder al necesario esclarecimiento competencial que la LRSAL no remedió, aunque tampoco puede afirmarse que lo originara.

En definitiva, si hubiera que extraer alguna consideración de síntesis sobre el efectivo impacto de las reformas introducidas por la LRSAL, la misma no sería otra que la de afirmar que dicha Ley no ha sido ni el problema ni la solución, en la medida en que simplemente supuso un ajuste del régimen local a las exigencias de la disciplina presupuestaria. Los problemas estructurales del régimen local español son anteriores, pues lo cierto es que ha habido un cierto arrastre histórico de una clara irracionalidad en su diseño. Quizá el fracaso del último intento de emprender una reordenación del mapa municipal fue fruto de un inadecuado enfoque, excesivamente economicista, que no puso el acento en la necesidad de fortalecer los gobiernos locales, sino en el ahorro que traería consigo la adopción de tales medidas.

Además de lo anterior, considero que la lealtad institucional ha de operar plenamente como premisa básica de la reforma que se desee emprender. Entiendo que para ello sería conveniente que la reforma implique a diferentes actores, entre ellos a las CCAA —cuya participación en el seno del proceso es inexcusable habida cuenta del carácter bifronte del régimen local— y a las Entidades Locales a través de la FEMP. Nada será posible sin un cambio

(62) Para una exposición sobre la insostenibilidad de los déficits crónicos aportando reflexiones basadas en experiencias pasadas véase J.Mº. PEMÁN GAVÍN (2016: pp. 81-86).

de actitud por parte de la sociedad en su conjunto y, muy especialmente, de nuestros dirigentes políticos. Esta actitud implica que no se acometan acciones con vistas a «desactivar» el pacto que se alcance sobre la materia, como ocurrió con la experiencia en torno a la LRSAL. En suma, debe evitarse cualquier tentación de «patrimonializar» la reforma o utilizarla de modo oportunista o irracional contra el adversario político. El régimen local necesariamente ha de ser planteado desde una perspectiva estructural de largo plazo, alejándose de visiones cortoplacistas o circunstancias meramente coyunturales, sean negativas o netamente positivas.

2. Sobre la necesidad de atender a las causas: la fragmentación del mapa municipal

Si realmente se pretenden resolver los problemas es preciso atender a la raíz de los mismos, y no simplemente limitarse a tratar sus síntomas. Así, es preciso volver a las reflexiones de NIETO GARCÍA quien lúcidamente apreció que «mientras no se vaya a las causas, es ingenuo o hipócrita remediar sus efectos aislados» (63).

En este sentido, cabe indicar que el 29 de marzo de 2021 la Cátedra contra la Despoblación y Reto Demográfico de la Fundación Next Educación presentó en el Senado su «Estudio de percepción de los avances realizados en la España Despoblada desde el 31 de marzo de 2019». Entre los datos más relevantes se encuentra el hecho de que casi tres cuartos de los encuestados (71%) considera que la descoordinación entre Administraciones es el mayor obstáculo para no avanzar más, seguido de la lentitud burocrática (62%) y la falta de financiación (52%). Entre los factores con menor incidencia según los encuestados se encuentran la necesidad de una legislación específica (2%) y la fuga de jóvenes (1,5%). Por lo que respecta a los servicios básicos que han experimentado retrocesos, los encuestados consideran que han sido sobre todo las entidades bancarias (47,5%) y los servicios médicos (46%) los que más se han visto afectados por tales retrocesos (64). Siendo diversos los problemas que se pueden detectar en el ámbito local, resulta llamativo que justamente se estén emprendiendo acciones en relación a los dos factores que los encuestados consideran que tienen menor incidencia. Como posteriormente se tendrá ocasión de tratar, actualmente se está trabajando en la elaboración de un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población y

(63) Véase A. NIETO GARCÍA (2014: p. 103).

(64) Véase FUNDACIÓN NEXT EDUCACIÓN (2021: pp. 11 y 12): *Estudio de percepción de los avances realizados en la España despoblada desde el 31 de marzo de 2019*, realizado por la Cátedra de Despoblación y Reto Demográfico de Next Educación, Manuel CAMPO VIDAL (director), Madrid, Fundación Next Educación.

se está realizando un esfuerzo a fin de la «perspectiva rural» en la legislación (65). En cuanto a los jóvenes, la Ministra de Transición Ecológica ha anunciado recientemente la creación un «Erasmus rural» en el marco de la estrategia contra la despoblación.

Naturalmente, se están barajando distintas posibilidades a fin de combatir la despoblación rural. Entre otras, se ha abierto el debate sobre la posibilidad de promover ventajas fiscales con esta finalidad (66), si bien existen estudios señalando que los incentivos fiscales constituyen una variable más, pero no es, desde luego, determinante para fijar población (67). A la hora de adoptar cierto tipo de medidas sería interesante la aplicación de los métodos propios del Análisis Económico del Derecho *ex ante*, para valorar la coherencia de la medida, y *ex post*, para evaluar su efectivo impacto. Así, desde esta perspectiva, *a priori*, la creación de incentivos fiscales, no parece una medida idónea en tanto que un individuo racional optará por empadronarse en el Municipio sin necesariamente residir en él. Por tanto, se considera imprescindible un análisis previo a la adopción de la medida y, muy especialmente, evitar limitarse a tratar los síntomas sin indagar en las causas.

Lo cierto es que últimamente se han llevado a cabo insuficientes acciones encaminadas a resolver la problemática del minifundismo municipal. Si se piensa con cierto detenimiento, no ha de extrañar esta situación, en la medida

(65) Actualmente destaca el trabajo desarrollado por el G-100, un grupo de trabajo voluntario, consistente en la realización de un proyecto que tiene como objetivo la creación de un mecanismo para la revisión de la legislación, las políticas sectoriales y económicas desde una perspectiva rural.

(66) Algo que recientemente ya se ha previsto en la pionera Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, cuyo Título VI posibilita la aprobación de beneficios fiscales que podrán afectar tanto a los tributos propios de la Comunidad Autónoma como a los cedidos.

(67) Véase LÓPEZ LABORDA, Julio; CASTILLO MURCIEGO, Ángela; RODRIGO SAUCO, Fernando y SANZ ARCEGA, Eduardo (2018): *Informe relativo a «incentivos fiscales para la fijación o atracción de la población a un territorio: una revisión de la investigación aplicada»*, Departamento de Economía Pública, Universidad de Zaragoza, disponible en la página web de la Cátedra Diputación Provincial de Zaragoza sobre Despoblación y Creatividad. En el citado informe los autores ponen de manifiesto que «la literatura es todavía tan escasa que no ha podido obtener resultados concluyentes sobre el impacto de los incentivos fiscales para combatir la despoblación. Este resultado obliga a adoptar una posición de cautela ante las demandas crecientes para utilizar el sistema fiscal para realizar una política activa contra la despoblación». Los investigadores concluyen que los impuestos no constituyen un incentivo determinante para las decisiones de localización de los sujetos y señalan que «los incentivos —como se hace en las políticas estadounidenses de fijación de la población al territorio— deben ir ligados a la elaboración y puesta en práctica de planes estratégicos de desarrollo económico que incluyan la accesibilidad a los servicios básicos como sanidad y educación o la disponibilidad de infraestructuras adecuadas de transporte y comunicación».

que los últimos intentos de alteración de límites municipales han provocado un enérgico rechazo y, por otra parte, estas medidas no están en absoluto presentes en el debate público. Con carácter previo al análisis de los datos que, como se verá, dan muestra de la profunda fragmentación municipal, es preciso advertir que los términos del debate no han de centrarse en el número de Municipios, sino en una mejor Administración.

En enero de 2021 el número de Municipios en España era de 8.131, de los cuales 731 se encuentran sitos en Aragón. Como puede observarse, el número de Municipios es ciertamente elevado; sin embargo, no es este dato en sí mismo considerado sobre el que ha de ponerse el foco de atención, sino en el amplio porcentaje de pequeños Municipios, esto es, de aquellos que cuentan con una escasa densidad poblacional, así como en la distribución de los habitantes a lo largo del territorio nacional.

Un número nada desdeñable de Municipios cuenta con menos de 1.000 habitantes; concretamente 5.007 Municipios, de ellos 1.400 tienen menos de 100 habitantes. Los datos son apabullantes, puesto que el 83,69 % de los Municipios españoles cuentan con menos de 5.000 habitantes. En Aragón contamos con 218 Municipios de menos de 101 habitantes (34 en Huesca, 87 en Zaragoza y 97 en Teruel), lo que representa casi un 30% del total de Municipios. Así, cabe afirmar que nuestro mapa local se caracteriza por el predominio de los pequeños Municipios de carácter marcadamente rural. Frente a este dato, encontramos que el 40,1 % de la población española se concentra en tan solo 63 Municipios. En definitiva, un elevado porcentaje de la población se concentra en unos pocos Municipios, mientras que un menor porcentaje de población se halla disperso en un número muy elevado de Municipios.

Para ejemplificar esta realidad se van a tomar las cifras oficiales de población resultantes de la revisión del Padrón municipal a 1 de enero 2020, tomando en consideración a las CCAA de Aragón, Castilla y León y Madrid. En el caso de Aragón, siendo la cuarta Comunidad Autónoma por lo que a extensión se refiere (47.719 km²), es la es la undécima en población (1.329.391 habitantes). Otro caso en la línea de Aragón es Castilla y León, que siendo la primera Comunidad Autónoma por extensión (94.224 km² de superficie) es la sexta en número de habitantes (2.394.918). En el otro extremo destaca el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, que se sitúa como la tercera más poblada (6.779.888 habitantes) cuando por extensión es la duodécima (8.028 km²).

Como se ha dicho anteriormente, una gran cantidad de población se concentra en unos pocos Municipios, generalmente en las capitales de Provincia (68). Así, tan solo hay 416 Municipios por encima de los 20.000 habi-

(68) No obstante, téngase en cuenta que recientemente el Banco de España ha puesto de manifiesto (*Informe Anual 2020*, 13 de mayo de 2021, accesible en el sitio web del

tantes, lo que viene a representar poco más del 5%. Siguiendo con las CCAA anteriormente analizadas puede apreciarse esta tendencia; en Zaragoza hay 681.877 habitantes, lo que supone algo más de la mitad de la población total de la Comunidad, mientras que Huesca y Teruel agrupan a 53.956 y 36.240 habitantes, respectivamente, situándose de este modo entre las capitales de provincia con menor población a nivel nacional. Por su parte, Valladolid y Madrid agrupan a 299.265 y 3.334.730 habitantes, respectivamente. A esta situación hay que sumar la existencia de Entidades Locales Menores, entes no necesarios, ya que su existencia, al igual que las demarcaciones supramunicipales distintas a las Diputaciones Provinciales, depende de la decisión del legislador autonómico (69).

La existencia de una planta local atomizada no solo provoca una afección directa en la autonomía local, sino que supone significativas dificultades para financiar y prestar servicios mínimos. En Aragón el gasto medio municipal por habitante es hasta 13 veces superior según el lugar de residencia; en Zaragoza el gasto por habitante fue de 223 euros mientras que en los Municipios de hasta 100 habitantes ascendía a 2.929 euros (70).

Hace ya bastantes años ALBI CHOLBI indicó que «los Municipios carecen de vitalidad no por pequeños, sino por pobres» (71), y es que una de las principales dificultades que atraviesan es esencialmente de carácter económico-financiero. De ahí que, ante la dificultad de reconducir la planta jurídica, sea necesario acudir a una instancia supramunicipal o utilizar fórmulas de intermunicipalidad, no ya para crear economías de escala, sino para prestar mínimamente determinados servicios públicos o asumir sus obligaciones lega-

organismo) la preocupante pérdida de población en ciudades pequeñas y medianas en favor de unas pocas grandes urbes; asimismo, señala el efecto «tractor» de las grandes ciudades, ya que se ha comprobado la relación de causalidad entre el menor tamaño de la capital de Provincia y el riesgo de despoblación de los Municipios de la Provincia. En especial, véase el capítulo 4 del citado informe relativo a la distribución espacial de la población en España y sus implicaciones económicas.

(69) En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 567/2013: «Todos los Estatutos de Autonomía o, en su caso, las leyes autonómicas sobre régimen local aprobadas en desarrollo de sus previsiones, atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia para crear este tipo de demarcaciones supra e inframunicipales». En relación con ello, el Tribunal Constitucional ha declarado que «esta competencia autonómica no excluye, ciertamente, la competencia estatal para dictar las normas básicas sobre la materia, pero sí la posibilidad de que el Estado cree o mantenga en existencia, por decisión propia, unas Entidades Locales de segundo grado que, como tales, solo los órganos de las correspondientes Comunidades Autónomas (...) son competentes para crear o suprimir» (STC 179/1985).

(70) Véase CÁMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN (2021: p. 23).

(71) Véase F. ALBI CHOLBI (1966: p. 298).

les (72). No se está defendiendo que la falta de recursos económicos sea el factor principal de la despoblación, pero sí su impacto sobre la capacidad de gestión de las Administraciones Locales, lo que incide en su autonomía. Esta falta de capacidad es susceptible de contribuir, junto con otros factores, al despoblamiento en la medida que afecta a la prestación de los servicios públicos municipales.

Nos encontramos con el problema de que en muchas ocasiones la agrupación de varios Municipios limítrofes con escasos recursos no es suficiente para solventar las dificultades que se plantean. Esto nos llevaría al tradicional debate sobre cuál es la cifra de población mínima que garantice la viabilidad de un Municipio (73) aunque como ha precisado LÓPEZ RAMÓN, más allá de garantizar su subsistencia debería tenderse a «promover activamente el desarrollo cultural, social y económico de las poblaciones» (74). En definitiva, la organización territorial ha de venir acompañada de políticas de ordenación del territorio, materia en la que la Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia exclusiva (art. 71.8º EAr).

Existe un consenso relativamente generalizado sobre la necesidad de establecer una población mínima (75) aunque se plantean verdaderas dificultades a hora de establecer una cifra concreta, máxime teniendo en cuenta la diversidad del mapa local español. En este sentido, parece razonable atender a las características propias de cada territorio para fijar la cifra idónea. Es decir, no ha de perseguirse necesariamente la uniformidad, sino la adaptación de los límites municipales tomando en consideración criterios demográficos, pero también otros como la necesaria continuidad del término municipal, la distancia entre los núcleos de población o las singularidades históricas y culturales de los entes agrupados. El criterio demográfico debería atenuarse en ciertos casos ya que hay zonas en las que resultaría insuficiente si se aplicase dejando al margen otros elementos.

(72) Piénsese en la imposibilidad de buena parte de los Municipios —e incluso de las Comarcas— de contar con un delegado de protección de datos. En la Provincia de Huesca el servicio es prestado a un importante número de Municipios a través de la Diputación Provincial, si bien no deja de sorprender que a la vista de los datos que ofrece la Sede Electrónica de la Agencia Española de Protección de Datos algunas Comarcas de la Provincia, como Cinca Medio, La Litera o Ribagorza no cuenten con un delegado de protección de datos.

(73) Autores como F. LÓPEZ RAMÓN (2020: p. 145) han estimado que sería sensato fijar en torno a 5.000 habitantes la cifra mínima de habitantes en los Municipios españoles.

(74) En este sentido se expresa F. LÓPEZ RAMÓN (2014: p. 75).

(75) Recuérdese que la competencia para fijar la cifra de población mínima corresponde al Estado, en este sentido véase STC 103/2013, de 25 de abril (recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final primera de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre), fundamento jurídico 5º y STC 41/2016, de 3 de marzo (recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL), fundamento jurídico 6º.

En definitiva, se estima que uno de los posibles problemas para no avanzar más pudiera guardar relación con la fragmentación del mapa municipal; si bien su eventual trasformación no solucionaría por sí misma el complejo problema de la despoblación, en el que inciden diversidad de factores como las distintas opciones vitales que se adopten, la falta de oportunidades o el declive generalizado de la tasa de natalidad en España. La existencia de una planta municipal atomizada y de una estructura local sobredimensionada y confusa, derivada de las fuertes tensiones identitarias que provoca cualquier tentativa de emprender un proceso de reordenación del mapa local, trae consigo un mapa inmovilista que genera significativas dificultades para financiar y prestar servicios mínimos. Ello no impide, por supuesto, que el balance de estos 42 años de vida democrática de los Municipios sea, pese a todo, netamente positivo.

3. En torno a la Administración supramunicipal aragonesa: apuntes sobre la convivencia de Diputaciones Provinciales y Comarcas

La Administración Local española está desdoblada en las instancias municipal y supramunicipal, coexistiendo dos niveles intermedios de gobierno local en el ámbito aragonés: Diputaciones y Comarcas, según se desprende de los arts.5 y 81 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (EA) (76). Las Comarcas, al igual que las Diputaciones Provinciales, son una Entidad Local supramunicipal —si bien con ámbito inferior al provincial— integradas por una agrupación de Municipios limítrofes que gozan de personalidad jurídica y autonomía para el cumplimiento de sus fines. Como diferencia cabe advertir que la Comarca es creada por el legislador autonómico, siendo una Entidad Local cuya existencia generalizada es preceptiva en Aragón (77) desde el 2007; aunque en modo alguno es admisible el desplazamiento del escalón provincial por la nueva agrupación de Municipios limítrofes.

Desde el proceso de comarcalización aragonesa, emprendido al amparo de los arts.141.3 y 152.3 CE, ha transcurrido un lapso temporal suficientemente dilatado (78) como para que pueda merecer la pena detenerse a reflexionar

(76) Téngase en cuenta que en Aragón los únicos gobiernos locales intermedios son las Diputaciones Provinciales y Comarcas, aunque también contamos con otros Entes Locales distintos al Municipio como son las Entidades Locales Menores, Mancomunidades y las comunidades de villa y tierra. Por otro lado, tenemos entes dependientes como las agrupaciones de Municipios, organismos autónomos, sociedades mercantiles o consorcios.

(77) Ello implica que no hay posibilidad por parte de los Municipios de oponerse frente al carácter asociativo y voluntario de las Mancomunidades. Esta distinción invita a pensar que en las Comarcas predominan los partidos políticos, frente a las Mancomunidades en las que prevalecen los Municipios que se asocian.

(78) Recuérdese que la Ley de Comarcalización de Aragón, aprobada el 4 de noviembre de 1993, contenía tan sólo el marco general para el proceso de comarcalización, ya

sobre si, como efectivamente se propugnó en su momento las Comarcas han contribuido a remediar la fragmentación del mapa municipal (79). Ello nos servirá para reflexionar acerca de si es razonable su coexistencia con las Diputaciones Provinciales (80).

El punto de partida a la hora de abordar las relaciones entre los gobiernos locales intermedios debería ser atender a los criterios que han de regir sus relaciones. Si bien, lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una respuesta certera a este interrogante más allá de las previsiones generales incorporadas al Título III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Así, se echa en falta en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (LALA) una sección relativa a las relaciones entre las Diputaciones Provinciales y Comarcas, como de hecho existe entre Diputaciones Provinciales y Comunidad Autónoma. Las Diputaciones Provinciales y las Comarcas no pueden operar unas al margen de las otras; de hecho, en la práctica se ven obligadas a cooperar (81).

Si se atiende a lo dispuesto en el art. 71 LALA es fácil advertir que el legislador aragonés concibe la actuación de las Diputaciones Provinciales como absolutamente excepcional, en tanto que siempre que sea posible tendrá preferencia nivel comarcal o las Mancomunidades (82). Esta predilección tiene lógica en la medida que las competencias deberían ejercerse por la Administración más próxima; no obstante, resulta llamativo que no introduce criterios de eficacia o economía como sí hace el art. 4.3 CEAL.

que no incluía ni siquiera la delimitación comarcal. Cada Comarca se creó en virtud de una ley singular a partir de lo dispuesto en la Ley 8/1996, de 2 de diciembre, de Delimitación comarcal de Aragón.

(79) En este sentido véase J. CALLIZO SONEIRO (2005: pp. 46-57).

(80) Afortunadamente, parece que últimamente ha comenzado a resurgir tímidamente el debate sobre la necesidad de repensar la planta competencial aragonesa. Aragón Noticias ha tratado recientemente con prestigiosos historiadores y juristas aragoneses, que coinciden en el diagnóstico: nuestra organización se ha quedado «a medias». En este sentido, la exletrada mayor de las Cortes de Aragón, Vega Estella, ha señalado recientemente que «quizá ha llegado el momento de repensar la planta administrativa y competencial de Aragón» ya que a su juicio «hay una cierta inflación de escalones administrativos» por lo que considera que «habría que racionalizar el solapamiento».

Accesible en <https://www.cartv.es/aragonnoticias/noticias/dia-de-aragon-territorio>.

(81) Piénsese, a título de mero ejemplo, en las actuaciones relacionadas con la vialidad invernal en la Provincia oscense, en la que el servicio se presta mediante convenios de colaboración, previstos en los arts. 47.2 LRJSP y 164 LALA. Las Comarcas prestan el servicio con medios propios de los parques de protección civil y la Diputación Provincial les suministra el material y realiza una aportación para compensar los gastos de funcionamiento del servicio.

(82) El establecimiento de las Comarcas respondió la idea de absorber las Mancomunidades existentes, en este sentido véase S. MARTÍN RETORTILLO (2007: p. 286) y R. SALANOVA ALCALDE (2014: p. 360).

En cuanto al eventual solapamiento institucional, lo cierto es que las Comarcas se incorporaron a nuestro ya complejo entramado administrativo sin revisar la estructura preexistente (83); por lo que fácilmente se advierte el riesgo de duplicidades.

Como botón de muestra cabe tomar como referencia la competencia en materia de Servicios de Extinción de Incendios en Aragón. En principio, de acuerdo con la legislación básica, constituye una competencia municipal (art. 25.2.f LBRL) que podrá asumir la Diputación Provincial subsidiariamente (84) cuando el Municipio no proceda a su prestación (art. 36.1.c LBRL) y que deberá ser prestada en todo caso por los Municipios con más de 20.000 habitantes (art. 26.1.c LBRL). En el ámbito aragonés, el art. 71.57 EAr establece que son de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma las potestades legislativa y reglamentaria, la función ejecutiva y el establecimiento de competencias propias en protección civil, que incluye, en todo caso, la seguridad civil ante incendios. Por otra parte, el art. 9.17 del Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón (TRLCAR) precisa que las Comarcas podrán ejercer competencias en materia de protección civil y prevención y extinción de incendios. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 4.4 de la Ley 1/2003, de 7 de marzo, de Regulación y Coordinación de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de Aragón, señala que hasta que el Gobierno de Aragón ponga en funcionamiento su propia organización, corresponderá a las Diputaciones Provinciales tal competencia, al mismo tiempo que se prevé que puedan colaborar con otras Administraciones o Entidades Públicas. Así, a la vista de las disposiciones citadas, no parece que contemos con un marco adecuado de reparto competencial en la materia entre la Administración autonómica, Diputaciones, Comarcas y Municipios; por el contrario, se constata una dinámica meramente acumulativa de atribuciones competenciales a distintas Administraciones Públicas.

Como ya se ha anticipado, en principio, las Comarcas nacieron con la noble pretensión de remediar los desequilibrios territoriales de la Comunidad Autónoma de Aragón. Sin embargo, siguiendo a LÓPEZ RAMÓN, cabe decir

(83) Así, es absolutamente razonable la observación realizada por J. L BERMEJO LATRE (2004: p. 7): «en lugar de sumar Administraciones a las ya existentes, quizás hubiera sido más adecuado redimensionar éstas, ajustándolas a las necesidades reales de la población y reforzando sus recursos, remodelando el complejo mapa municipal aragonés o creando estructuras intermunicipales en lugar de supramunicipales».

(84) La atribución subsidiaria debe, además, ser aplicada conforme a lo dispuesto con carácter general en la DA 6 LRSAL, conforme a la cual las previsiones de la ley se aplicarán respetando la organización comarcal en las CCAA cuyos Estatutos de Autonomía tengan atribuida expresamente la gestión de servicios supramunicipales.

que las aspiraciones iniciales difieren notablemente de la realidad, ya que las Comarcas no han resuelto el problema, en tanto que en la práctica no funcionan como uniones de Municipios, sino que aspiran a tener sus competencias propias (85). En efecto, a juzgar por algunas competencias yuxtapuestas entre ambos gobiernos locales intermedios, parece que el legislador concibió la Comarca como una suerte de alternativa a la Administración provincial; aunque ambas subsisten en tanto que la Provincia queda amparada por la garantía institucional.

La situación descrita invita a pensar que con la actual configuración competencial uno de los dos niveles pudiera sobrar, dado que carece de sentido reproducir entidades análogas a fin de distribuir sus competencias. Se aprecia que se ha conseguido —si no perseguido—, un debilitamiento del núcleo competencial de las Diputaciones Provinciales a través de las Comarcas, sin perjuicio de la gestión por las mismas de competencias inicialmente autonómicas. En particular, piénsese en lo dispuesto en la DA 8 TRLCAR con respecto a la eventual gestión del Plan Provincial de Obras y Servicios por parte de las Comarcas, a pesar de que el art. 66.2 LALA no hace referencia a esta participación en la gestión; así como en la atribución de una competencia típicamente provincial, como es la cooperación y asistencia a los Municipios (arts. 36.1.b LBRL y 12 TRLCAR) (86). No obstante, lo cierto es que no todas las funciones que desarrollan las Diputaciones Provinciales se solapan con el ámbito de actuación de las Comarcas, dado que éstas no han asumido competencias en materia de Administración electrónica y contratación centralizada (art. 36.1.g LBRL).

Cuestión distinta sería que la Diputación Provincial utilizara la demarcación comarcal para prestación de distintos servicios, en tanto que por lo general la delimitación territorial parece más apta para prestar servicios más próximos al ciudadano. En realidad, con algunas matizaciones, desde un punto de vista absolutamente racional la estructura comarcal tendría sentido como demarcación municipal (87). Más adelante se hará alusión a esta posibilidad,

(85) F. LÓPEZ RAMÓN (2010: pp. 97 y 98) ejemplifica la escasa capacidad de los Municipios señalando que «la gran mayoría de los pequeños Municipios vegeta sin tan apenas poder sostener una secretaría compartida».

(86) Las duplicidades entre Diputaciones Provinciales y Comarcas no solo se advierten en materia de asistencia a los Municipios. Entre otras, piénsese en las competencias en materia de tratamiento de residuos (arts. 36.1. c. LBRL y 28 TRLCAR), servicios de prevención y extinción de incendios (arts. 36.1.c LBRL, 9 TRLCAR y 31 TRLCAR) o actividad subvencional (arts. 36.2 LBRL y 34 TRLCAR).

(87) En este sentido R. MARTÍN MATEO (1981: pp. 147 y ss.) entendía que la cuestión se solventaría mediante la agrupación de Municipios en Comarcas. De modo similar véase F. LÓPEZ RAMÓN (2010: p. 98) quien entiende que en el caso aragonés la circunscripción comarcal es más apta que la actual planta municipal.

baste por ahora con señalar que las Comarcas son una realidad dotada de considerable homogeneidad en cuanto a su extensión territorial, mientras que existen profundas diferencias demográficas entre unas y otras, llegando a existir una diferencia de algo más de 240 veces entre la población de la Comarca Central (764.071 habitantes) y la del Maestrazgo (3.158 habitantes).

A continuación, se ofrece una tabla de las Comarcas aragonesas y su población sistematizada de mayor a menor (88).

Si se observa la población de las distintas Comarcas se verá que 22 Comarcas no llegan a los 20.000 habitantes, por lo que tan solo once tendrían la población precisa según la LBRL para no requerir la asistencia de la Diputación Provincial. Existe una gran diferencia entre la Comarca Central —la única que entraría en el régimen de Municipios de gran población (Título X LBRL)— y el resto. Y resulta llamativo que tres Comarcas tengan una población inferior a los 5.000 habitantes, cifra prevista por el Ministerio a efectos de aplicación del futuro Estatuto Básico para los Municipios de Menor Población.

COMARCA	POBLACIÓN
CENTRAL	764.071
HOYA DE HUESCA	68.840
COMUNIDAD DE TERUEL	46.387
COMUNIDAD DE CALATAYUD	36.822
CINCO VILLAS	30.664
VALDEJALÓN	29.350
BAJO ARAGÓN	28.695
RIBERA ALTA DEL EBRO	27.310
BAJO CINCA	25.069
CINCA MEDIO	24.108
SOMONTANO DE BARBASTRO	23.782
LA LITERA	18.535
LOS MONEGROS	18.405
LA JACETANIA	17.825
BAJO ARAGÓN-CASPE	14.998

(88) Elaboración propia a partir de los datos obtenidos de los datos del Padrón municipal del año 2020 facilitados por el Instituto Aragonés de Estadística.

TARAZONA Y EL MONCAYO	13.811
CAMPO DE BORJA	13.704
ALTO GÁLLEG	13.434
JILOCA	12.183
LA RIBAGORZA	12.171
CAMPO DE CARIÑENA	10.023
ANDORRA-SIERRA DE ARCOS	9.777
RIBERA BAJA DEL EBRO	8.446
MATARRAÑA	8.151
CUENCAS MINERAS	7.891
SOBRARBE	7.490
GÚDAR-JAVALAMBRE	7.359
ARANDA	6.341
BAJO MARTÍN	6.270
CAMPO DE DAROCA	5.472
CAMPO DE BELCHITE	4.544
SIERRA DE ALBARRACÍN	4.305
MAESTRAZGO	3.158

Por último, parece necesario dejar apuntado que un aspecto controvertido de las Diputaciones Provinciales ha sido su legitimación democrática indirecta; por lo que pudiera plantearse la disyuntiva entre los dos tipos de gobiernos locales intermedios, Diputaciones y Comarcas, en términos de la mayor legitimidad democrática de unas u otras. Tal elemento de diferenciación no opera en la actualidad ya que las Comarcas también cuentan con un sistema de segundo grado por decisión del legislador autonómico dado que el art. 71.5º EAr le atribuye competencia exclusiva en materia de régimen electoral de los entes por él creados (89).

Por lo que se refiere a las Diputaciones Provinciales, la opción por un sistema de representación de segundo grado deriva en primer lugar de la decisión del constituyente de contemplar la cuestión en términos suficientemente

(89) Así lo señala R. SALANOVA ALCALDE (2010: p. 797) al tiempo que precisa que en un primer momento no se pudo optar por un sistema de elección directa dado que la legislación básica no lo posibilitaba.

abiertos, limitándose a exigir, como no podía ser de otro modo en un Estado democrático, su carácter representativo (art. 141 CE) y, por otro, al amparo de la libertad que España se reservó a ratificar la CEAL. Lo cierto es que no existe impedimento legal para optar por un sistema de elección directa más allá de la redacción del art. 206 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO: RETOS Y OPORTUNIDADES

1. ¿Hacia un Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población?

De un tiempo a esta parte, el fenómeno de la despoblación rural ha estado presente en el debate social y político, especialmente a raíz del impacto generado por la publicación de la obra de Sergio DEL MOLINO «La España vacía» en 2016 y la creación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (90). Ciertamente, la población como uno de los elementos básicos del Municipio (junto al territorio y organización) condiciona en cierta medida la capacidad de gestión y prestación de determinados servicios públicos municipales, que precisan de la existencia de un umbral mínimo de población capaz de sustentarlo. Como consecuencia de las dificultades que atraviesan los Ayuntamientos y a fin de cubrir su déficit de capacidad, se ha puesto de relieve la necesidad de introducir la «perspectiva rural» en la legislación.

En este sentido, el 18 de junio de 2020 la entonces Ministra de Política Territorial y Función Pública, Carolina Darías, anunció su voluntad de crear un Estatuto Básico para los Municipios de Menor Población. Y en línea con ello, el grupo parlamentario Socialista presentó el 22 de enero de 2021 una Proposición no de Ley en el Congreso de los Diputados para su debate en la Comisión de Política Territorial y Función Pública. El citado Estatuto se enmarca en la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico y, además, en la cuarta palanca relativa a «una Administración para el siglo XXI» del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Entre los objetivos perseguidos se encuentran los siguientes: fijar población al territorio, mantener la calidad democrática del Municipio, garantizar unas condiciones de vida con independencia del territorio en el que se resida y prestar servicios públicos de calidad.

(90) A. EMBID IRUJO (2020: pp. 17-18) ha señalado la incoherencia de unir en el mismo Ministerio la política de transición ecológica y el reto demográfico, pues manifestaciones evidentes de la transición ecológica como el cierre de las minas de carbón han contribuido a generar fuertes procesos de despoblación.

De la lectura de la Proposición no de Ley se desprende que el ámbito subjetivo de aplicación del futuro Estatuto son los denominados «Municipios rurales» o de «menor población», que se entiende que son los Municipios con una población inferior a 5.000 habitantes. Este parámetro contrasta con el art. 58 LALA, que asigna tal consideración a los menos de 1.000 habitantes. Se trata de un criterio que resulta cuestionable y discutible, ya que el número de habitantes no debería ser el único parámetro a considerar, o al menos no un número tan amplio como 5.000 habitantes, que permite abarcar realidades desmesuradamente heterogéneas bajo un mismo régimen. Entre otros parámetros sería conveniente considerar su situación geográfica, la distancia con núcleos de población importantes o la disponibilidad de infraestructuras de transporte adecuadas.

A su vez, debe tenerse en cuenta que el hecho de afectar a los Municipios de menos de 5.000 habitantes supondría que, lejos de ser un régimen excepcional, estaríamos ante un régimen con alcance general por lo que se refiere al número de Municipios afectados (83,69% de Municipios españoles) (91). A ello, se suma la existencia de un régimen para los Municipios de Gran Población (Título X LBRL). El resultado sería que el actual régimen general se vería desplazado por estos regímenes especiales, aplicándose a un porcentaje minoritario de Municipios. En realidad, estos regímenes especiales no serían sino reflejo de la realidad territorial que padecemos en el que la inmensa mayoría de Municipios sufren una paulatina pérdida de población, mientras unos pocos experimentan un gran crecimiento, dando lugar a fenómenos metropolitanos.

Por otro lado, se indica que probablemente cuando se legisla no se suele pensar en los Municipios rurales, de modo que se propugna la tendencia de «ruralizar» las leyes, lo que se traduce en básicamente en la simplificación del procedimiento administrativo, de la contratación pública o las normas presupuestarias. Sin embargo, habrá que evaluar hasta qué punto es posible esta simplificación desde una perspectiva competencial y material. Muchas materias que indicen en la normativa que se pretende revisar son competencia del legislador autonómico, por lo que cabe dudar que sea posible abordarlas a través de legislación básica estatal (92). La idea de la necesidad de adaptación normativa para los pequeños Municipios dista de ser novedosa. Así, ya en 1956 Cirilo MARTÍN-RETORTILLO (93) estimaba que los pequeños Municipios, dadas sus peculiaridades, no encuentran respuesta adecuada en la normativa general. Por ello, apuntaba a la posibilidad de introducir disposiciones especiales.

(91) En este sentido se ha pronunciado F.J. DURÁN GARCÍA (2021), en un breve artículo titulado «El estatuto del pequeño Municipio o el traje nuevo del emperador» en el que reflexiona sobre el futuro Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población. La entrada se encuentra disponible en página web de la Fundación ¿Hay Derecho?.

(92) Para su desarrollo y concreción véase E. CARBONELL PORRAS (2021: pp. 63-65).

(93) Véase C. MARTÍN-RETORTILLO (1956: p. 32).

ciales en casos de «manifiesta excepción». No obstante, téngase en cuenta que tradicionalmente se ha venido rechazando la posibilidad de crear un régimen jurídico *ad hoc* para los pequeños Municipios (94), por lo que con esta iniciativa se aprecia un cambio de tendencia.

En lo que concierne al objetivo de contribuir a fijar población en los Municipios, CARBONELL PORRAS ha reflexionado sobre la vinculación existente entre la despoblación y el régimen jurídico de los Municipios que la sufren, siendo su conclusión evidente: el ordenamiento jurídico tiene en este ámbito un alcance limitado (95). Por sí sola la reforma del régimen jurídico no será capaz de solucionar un problema de tanta envergadura y, por qué no decirlo, difícil solución. Pese a lo que pudiera parecer a la vista del eco mediático y político, el éxodo rural no se trata, ni mucho menos, de un problema de reciente aparición, si bien el transcurso del tiempo sin adoptar medidas efectivas ha dado como resultado un mapa inmovilista, a pesar de las loables reflexiones doctrinales que se han formulado al respecto desde hace ya algún tiempo. El insigne secretario de Administración Local ALBI CHOLBI en 1966 ya puso de relieve que la despoblación rural no era precisamente un problema de reciente aparición. Al efecto, señaló que el Anteproyecto de Ley de Ayuntamientos de octubre de 1860 ya aludía a los inconvenientes que presentan las «municipalidades microscópicas» considerándolas «familias dilatadas» sin capacidad para cubrir sus necesidades más imperiosas (96).

La Proposición no de Ley no deja de ser un planteamiento inicial de las líneas rectoras de una línea de trabajo que se pretende emprender, por lo que los comentarios anteriores sobre la misma no dejan de ser simples impresiones iniciales. Una eventual reforma normativa como la que se plantea puede tener sentido si se concibe como una línea más de actuación en el marco de una estrategia conjunta contra la despoblación y potenciación de la autonomía local. No obstante, a la vista de las declaraciones expuestas en la Proposición no de Ley no parece que esté en la agenda política la intención de emprender reformas estructurales que afecten a nuestra planta municipal, a la posición jurídico-institucional de los Entes Locales intermedios o a la financiación. En definitiva, se estima que existe cierta voluntad política de fortalecer la autonomía municipal, pero no tanto de plantearse acometer reformas estructurales; por lo que se advierte el riesgo de que las buenas intenciones se queden en pura retórica.

Una última observación en este sentido: el pasado 30 de junio las autoridades europeas impulsaron lo que se ha dado en llamar «una visión a largo

(94) Véase T. FONT I LLOVET (1985: p. 327).

(95) En este sentido, véase E. CARBONELL PORRAS (2021: pp. 58-70).

(96) Véase F. ALBI CHOLBI (1966: p. 272).

plazo para las zonas rurales de la UE» (97), a tal efecto se propone un Pacto Rural y un Plan de Acción Rural con la finalidad de lograr que «las zonas rurales sean más fuertes, resilientes y prósperas, y estén conectadas» de cara al año 2040. De este modo parece que desde el ámbito europeo se está propiciando el desarrollo de Administraciones Locales con dimensiones y capacidad de gestión suficientes; lo que como bien ha advertido SOSA WAGNER guarda intima conexión con la alteración de términos municipales (98).

2. Acerca de la conveniencia de repensar el papel de las Entidades Locales intermedias en el Estado Autonómico: en especial, Aragón

Con el propósito de atenuar los efectos negativos que conlleva la existencia de una planta local profundamente atomizada se han propuesto diversas soluciones, que siguiendo a VANELLI (99) podrían sintetizarse en dos grandes planteamientos: el orgánico y el funcional. El planteamiento orgánico propone alterar los límites municipales, algo posible en términos jurídicos, ya que en España no existe una especie de petrificación de los límites municipales. Por su parte, la concepción funcional considera que la solución es articular una instancia superior.

El análisis de las experiencias pasadas en cuanto a la alteración de términos municipales en España produce cierta desazón. Cualquier intento de modificar del *status quo* de los Municipios, en lugar de concebirse como una oportunidad para constituir verdaderos poderes locales, se ha tomado como un ataque al municipalismo generando extraordinarias tensiones identitarias (100). El resultado ha sido el fracaso de cualquier intento de reducción del número de Municipios, pese a ser, en principio, la estrategia que lograría mayores frutos, junto a una adecuada política de ordenación del territorio (101), atajar algunos de los problemas derivados del minifundismo municipal. En este sentido, parte del fracaso puede ser debido a la falta de determinación del legislador ya que tradicionalmente ha confiado las fusiones a la voluntariedad

(97) Véase COMISIÓN EUROPEA (2021): *A long-term Vision for the EU's Rural Areas – Towards stronger, connected, resilient and prosperous rural areas by 2040*, Bruselas, Comisión Europea, accesible en el sitio web del organismo.

(98) Véase el artículo de F. SOSA WAGNER (2021): «Mundo Rural», disponible en el blog de esPublico (entrada del 28 de julio de 2021).

(99) Véase L. VANELLI (1991: p. 3148).

(100) En este sentido, véase F.J. SANZ LARRUGA (2013: pp. 126-127).

(101) F. LÓPEZ RAMÓN (2020: pp. 144-146) considera imprescindible conjugar la organización territorial y la ordenación territorial para alcanzar Municipios autónomos y con capacidad suficiente.

de los Municipios; opción que como la historia se encarga de demostrarnos simplemente está abocada al fracaso.

Al respecto interesa hacer notar que la competencia para alterar los términos municipales corresponde a las CCAA (art. 148.1. 2º CE), sin perjuicio de la competencia atribuida al Estado para legislar sobre la regulación básica de su propia estructura conforme a la STC 214/1989 (102). En el caso aragonés existen previsiones al efecto en los arts.7 a 9 LALA, que encuentran su desarrollo en el Decreto 346/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Territorio y Población de Entidades Locales de Aragón. Sin embargo, en términos generales las CCAA no han promovido activamente la reordenación de la planta municipal. Precisamente, en Aragón se apostó por el modelo comarcal para evitar las fórmulas de alteración de los términos municipales. Aunque, como ya se ha puesto de manifiesto, en la práctica no se han logrado atajar los problemas derivados de los desequilibrios territoriales (103) en la medida que se han concebido como una suerte de entidad análoga a la instancia provincial; no siendo otro el resultado que el detrimento de las Diputaciones Provinciales, que han de compartir su función más característica con las nuevas entidades (104). Por ello no debe extrañar que algunas voces hayan sugerido que la legislación básica estatal reserve ciertas competencias a las Diputaciones Provinciales, entre las que debería encontrarse, necesariamente, la asistencia técnica y económica a los Municipios (105). Esta propuesta resulta plenamente coherente no solo con la garantía institucional que ampara a las Diputaciones Provinciales, sino con la STC 111/2016 (106) que recuerda que el núcleo esencial de la Provincia consiste precisamente en el apoyo a los Municipios que la integran; además de con los criterios de racionalidad que deberían de presidir nuestra organización administrativa con independencia de la coyuntura económica.

El debate sobre la posición de las entidades supramunicipales dista de ser pacífico. Los problemas derivados de la coexistencia de dos instancias supramunicipales en Aragón no son nuevos. De hecho, GIMÉNEZ ABAD (107)

(102) STC 214/1989, de 21 de diciembre (recursos de inconstitucionalidad acumulados contra diversos preceptos de la LRBL), fundamento jurídico 8º.

(103) Vicente BIELZA DE ORY, uno de los impulsores de la organización comarcal aragonesa, se ha expresado en el sentido de que «si las Comarcas no generan proyectos que creen riqueza no nos sirven». Accesible desde 171117_t0_Prensa_Teruel_17-noviembre_2017.pdf (unizar.es).

(104) Véase C. BARRERO RODRÍGUEZ (2019: pp. 87-88).

(105) En este sentido se pronunció A. EMBID IRUJO (1983: p. 630).

(106) STC 111/2016 (recurso de inconstitucionalidad contra la LRSAL), fundamento jurídico 9º.

(107) Véase M. GIMÉNEZ ABAD (2001: p. 361).

aceradamente señaló hace un par de décadas que el papel de los escalones provincial y comarcal constituye un conflicto latente y permanente de gran complejidad. En efecto, desde el momento que se establece una entidad que realiza funciones concurrentes con otra preexistente es necesario reflexionar acerca de cuál es más idónea o bien replantearse el modelo en su conjunto, ya que nada se opone a que las Diputaciones Provinciales hagan uso de la delimitación comarcal para la prestación de ciertos servicios.

Aragón, como el resto de CCAA que han creado entidades equivalentes, no dispone de margen de autonomía suficiente para optar entre Diputaciones o Comarcas, en la medida que el legislador autonómico no cuenta con respaldo legal para disponer unilateralmente de las Diputaciones, a diferencia de lo que ocurre con las Comarcas. Esta situación trae consigo que si el legislador aragonés quiere preservar las Comarcas éstas han de coexistir necesariamente con las Diputaciones, dando lugar a una duplicidad hasta cierto punto injustificada —al menos con la configuración actual—. Por otro lado, no resulta ocioso recordar que en Aragón continúan subsistiendo 35 Mancomunidades, además de la Mancomunidad de Pastos del Puerto de Escarra y la Mancomunidad Forestal del Valle de Aisa (108), sitas en la Provincia de Huesca. En fin, como bien apunta BERMEJO LATRE (109), lo que resulta insostenible es reproducir entidades supramunicipales por muy determinadas que estén sus competencias.

Siendo este el contexto en el que nos movemos, parece razonable tratar de superar esa especie de animadversión que impera en ciertos sectores hacia la institución provincial, dotándola de sentido institucional propio y aprovechando las potencialidades que ofrece para conseguir optimizar una Entidad Local —de momento— indisponible. Ciertamente, conviene reflexionar sobre algunos posibles reajustes para adecuar la institución provincial a la realidad municipal española. Refiriéndose a ello, ha afirmado NIETO GARCÍA que «cuando las organizaciones, por excelentes que sean, no evolucionan, cuando no se van adaptando a las alteraciones de su entorno, terminan perdiendo su funcionalidad y, al final, o desaparecen o van cediendo su sitio a otras instituciones más sensibles» (110). Por supuesto, existe un margen de mejora suficientemente amplio para revitalizar las Diputaciones Provinciales, cuyo análisis en detalle excede los límites de este modesto estudio. No obstante, se apuntan unas ideas que quizás sería provechoso explorar.

(108) Según datos extraídos del Registro de Entidades Locales.

(109) Véase J.L. BERMEJO LATRE (2013): «Cuestiones ausentes en la propuesta de reforma del régimen local (Parte I)». Accesible en la página web del Instituto Nacional de Administración Pública.

(110) Véase A. NIETO GARCÍA (1996: pp. 238-239).

En primer lugar, habría que estudiar la opción de que las Diputaciones Provinciales potenciaran la actividad prestacional en determinados servicios públicos. Esta opción, lógicamente iría acompañada de un cierto detrimento de las transferencias de fondos como mecanismo de asistencia a los Municipios (111). Desde luego, si se opta por incrementar la faceta servicial de la institución provincial tal operación debe venir necesariamente acompañada de la correspondiente dotación de medios materiales y humanos. A tal efecto cabe destacar la declaración institucional «el papel de los gobiernos provinciales en el equilibrio territorial: entre la despoblación rural y la concentración urbana» (112) que reivindica la existencia de un nivel intermedio con capacidad de gestión suficiente, para lo que reclaman un nuevo marco de financiación. Esta pretensión es coherente en la medida que la estructura de ingresos de las Diputaciones Provinciales de régimen común depende fundamentalmente de las transferencias de fondos, por lo que no tienen una fuente suficientemente sólida de financiación en la medida que están en cierto modo sujetas a la decisión de otras Administraciones Públicas; a ello se une que, a diferencia de los Municipios, cuentan con escasa autonomía tributaria.

Posiblemente, en tanto no se reconduzca la planta municipal —lo que sin duda tiene pocos visos de prosperar dadas las resistencias políticas que suscita— por la inercia natural de las cosas, se impondrá la necesidad de repensar la reordenación del nivel de prestación de los servicios locales. En definitiva, como señala BARRERO RODRÍGUEZ la modificación del ámbito territorial de prestación de servicios municipales básicos no deja de ser una necesidad demandada por la realidad (113). Conviene reflexionar sobre la atribución de competencias, pues su ejercicio sólo debería ser exigible a aquellas entidades que están en condiciones de llevarlas a cabo, aunque a la hora de efectuar el reparto no debe perderse de vista «la centralidad constitucional del Municipio» (114).

(111) Se ha constatado que, en general, las Diputaciones Provinciales se han limitado a actuar como agentes financiadores de servicios que los Ayuntamientos no asumir íntegramente. En este sentido véase CENTRO DE INNOVACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE PWC E IE BUSINESS SCHOOL (2013: p. 8). Aunque, por otra parte, es de justicia poner de manifiesto que dado el amplio margen de actuación del que disponen no existe uniformidad en cuanto a sus formas de relacionarse con los Ayuntamientos de la Provincia, sobre esto véase FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO? (2016: pp. 55 y ss.).

(112) Véase FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL (2019): *El papel de los gobiernos provinciales en el equilibrio territorial: entre la despoblación rural y la concentración urbana*, Declaración institucional de la IV Conferencia de Gobiernos Provinciales celebrada en Granada los días 14 y 15 de febrero, accesible en el sitio web de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

(113) Véase C. BARRERO RODRÍGUEZ (2016: pp. 69-72).

(114) Véase F. VELASCO CABALLERO (2011: pp. 127-130).

Por otro lado, en caso de que el legislador optara por reforzar el contenido prestacional de las Diputaciones Provinciales sería conveniente reflexionar sobre un aspecto ciertamente controvertido en relación con su legitimidad democrática como es la posibilidad de apostar por un sistema de representación directa. Autores como TAJADURA TEJADA han apuntado que desde una perspectiva constitucional es posible poner en entredicho la legitimidad democrática de las Diputaciones Provinciales (115). Asimismo, GARRIDO LÓPEZ estima que este mecanismo supone la alteración del tradicional binomio elección-representación sobre el que se ha creado la construcción jurisprudencial de cargo público representativo (116). Aunque, por otra parte, también cabe entender justificado su sistema de elección en la medida que la función característica de las Diputaciones Provinciales es, hoy por hoy, asistir a los Municipios que la integran y no tanto prestar de modo efectivo servicios públicos a los ciudadanos.

En relación a los Habilitados Nacionales convendría reflexionar sobre la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación. Como es sabido, este sistema en principio se concibe como excepcional tanto en el art. 92.bis.6º LBRL como en los arts. 45 y ss. del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (RJFHN). Pero lo cierto es que en práctica se configura como la regla habitual en las Diputaciones Provinciales. Solo hay que observar las bases de convocatorias para la provisión del puesto de trabajo de Secretario General para advertir que el concurso constituye en estos cargos, paradójicamente, una anomalía. En principio, la confianza que debería predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión de puestos de trabajo, es la que deriva de la aptitud profesional del candidato puesta de manifiesto en los méritos (art. 46.3 RJFHN), si bien dado el carácter ampliamente discrecional del nombramiento (art. 80.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) es elevada la posibilidad de que se tengan en cuenta otro tipo de consideraciones potencialmente contrarias al interés general. Se corre el riesgo de crear unas bases *ad hoc* a fin de dar apariencia de legalidad al acto administrativo. Este sistema es susceptible de desincentivar el ejercicio ecuánime e independiente de las funciones reservadas de los Habilitados Nacionales en la medida que se

(115) J. TAJADURA TEJADA (2019: p. 250) considera que «desde una óptica constitucional cabe, por tanto, poner en cuestión la legitimidad de las Diputaciones. El déficit de legitimidad democrática que presentan (respecto a los Municipios) derivado de la elección indirecta de sus miembros no se compensa con una supuesta legitimidad funcional o técnica».

(116) Véase en este sentido C. GARRIDO LÓPEZ (1999: pp. 2 y 8). Si bien tanto el TC como parte de la doctrina convienen en considerar que dicho estatus alcanza tanto a cargos de elección directa como de elección indirecta, sobre esto véase J. CANO BUESO (1997: pp. 63 y 64).

prevé el cese con carácter discrecional (art. 47 RJFHN). La eventual adopción de esta medida es susceptible, junto a una mayor transparencia, de contribuir a prevenir la corrupción en el seno de las Diputaciones Provinciales, pese a que lo verdaderamente decisivo, con independencia del sistema de provisión de puesto de trabajo, es la probidad del empleado público y su ética pública —también, por supuesto, la del político en cuestión—.

Los apuntes anteriores sobre un eventual reajuste de las Diputaciones Provinciales, que no agotan ni mucho menos las posibilidades existentes, dan muestra de que no es estrictamente necesaria una reforma constitucional para introducir ciertos cambios en las Diputaciones Provinciales que propicien su revitalización. A pesar de todo, no podemos olvidar que la «centralidad» del Municipio es especialmente patente en la legislación aragonesa, pues como ha señalado MARTÍNEZ PALLARÉS (117) el legislador aragonés bien pronto mostró su predilección por el Municipio frente a la concepción que identifica la autonomía municipal y provincial. No obstante, el mismo autor (118) alude a la existencia de un fuerte sentimiento provincialista arraigado en la Comunidad Autónoma de Aragón; pues la misma constituyó precisamente sobre la base de las Provincias de Huesca, Zaragoza y Teruel de modo que, sin discutir el indudable protagonismo del Municipio, cabe decir que las Provincias forman parte de la identidad aragonesa (119).

Por ello cabe pensar que sería conveniente aprovechar la existencia de entidades arraigadas en nuestra organización local a fin de fomentar lo que nos une. Necesitamos un patrimonio sobre el que identificarnos para poder comprometernos con lo que otros han construido (120).

V. A MODO DE CONCLUSIONES

El papel de las Entidades Locales intermedias y, en especial, el de las Diputaciones Provinciales, en el Estado Autonómico, continúa suscitando un debate inacabado. El problema del rol que corresponde jugar a las Diputaciones Provinciales seguirá persistiendo, incluso en el hipotético caso de

(117) Véase P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS (2001: p. 432).

(118) Véase P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS (2001: p. 435).

(119) Véase J. BERMEJO VERA y G. FATÁS CABEZA (2010: p. 166).

(120) En este sentido A. GARCÍA INDA (2020: pp. 153-158) reflexiona críticamente sobre la «novolatría», entendida como culto a lo nuevo —que como bien explica se concibe como un valor en sí mismo— y el horror a la tradición. En este sentido el autor señala que parece que lo importante es cambiar y romper radicalmente con el pasado. Frente a ello explica que «la verdadera esperanza no se alimenta del desprecio a la realidad, sino que, al contrario, hunde sus raíces en ella» y precisa que «la herencia es precisamente la condición necesaria para el desarrollo de la autonomía».

que se aborde con determinación el problema de la fragmentación del mapa municipal, en la medida que su preservación en términos reconocibles queda amparada por la garantía institucional que les asiste en el sentido apuntado por la STC 32/1981.

Sin negar la conveniencia de hacer prospectiva del modelo al que aspiramos, lo cierto es que la posibilidad de reforma constitucional no se vislumbra en un futuro próximo. Personalmente me inclinaría por un modelo más abierto en el que, sin prerrogativas territoriales, las CCAA tuvieran que decantarse por un único ente local intermedio al objeto de potenciarlo, atendiendo a las características de su territorio, si bien dentro de un marco común, esto es, sin renunciar a una estructura general (121). En concreto, apuesto por una mayor integración de las Entidades Locales intermedias en el seno de las CCAA, de modo que pudieran funcionar como Administración periférica de las mismas; propuesta que, como es sabido, dista de ser novedosa, pues fue planteada hace justo 40 años por la Comisión de Expertos de García de Enterría en relación con las Diputaciones Provinciales.

De poco sirve tener una yuxtaposición de Entidades Locales debilitadas y deficientemente articuladas entre sí, incapaces de satisfacer efectivamente las exigencias derivadas del principio de buena administración. En este sentido, parece que las denominadas entidades equivalentes no han contribuido al encomiable propósito de atenuar y combatir los desequilibrios territoriales, sino que se han convertido en una suerte de émulo de las Diputaciones Provinciales a escala más reducida. Esta suculenta propuesta pasaría necesariamente por un Pacto de Estado que, como he apuntado, es difícil de concebir en un contexto político como el de los últimos años, caracterizado por la absoluta incapacidad para alcanzar acuerdos básicos entre fuerzas políticas de distinto signo y el auge del cortoplacismo.

Por lo que se refiere al momento presente, y aunque todavía está por ver el efecto que pudiera tener el impulso de las autoridades europeas a través de la aludida estrategia de una visión a largo plazo de las zonas rurales de la UE, a la vista del anunciado Estatuto de Municipios de Menor Población, no parece que la reconducción jurídica de la planta municipal vaya a hacerse un hueco en la agenda política, al menos, en un futuro próximo. Tengo la impresión de que el anunciado Estatuto Básico de Municipios de Menor Población no es sino

(121) Siguiendo las reflexiones de J.Mº. PEMÁN GAVÍN (2009: pp. 22-30) en relación a lo que él ha denominado «el riesgo de ruptura de una homogeneidad básica en el estatus de las CCAA», entiendo que no debemos renunciar a una estructura común y, en concreto, a un punto de partida en el que el estatus constitucional los respectivos territorios sea sustancialmente idéntico, lo que se traduce en que tengan las mismas posibilidades de desarrollo. No obstante, cabe dejar apuntado que el autor reconoce que de manera justificada en casos particulares «puede haber excepciones a este principio de equiparación territorial».

un capítulo más dentro de la arraigada tendencia del legislador español del régimen local, que ha renunciado a emprender con decisión la reordenación jurídica de la planta municipal. De todas formas, debería reflexionarse sobre la conveniencia de establecer un régimen jurídico *ad hoc* para los pequeños Municipios, en el sentido de que se requiere un análisis riguroso y ponderado de cara a evitar que una reforma poco meditada ocasione inseguridad jurídica.

Un aspecto positivo a destacar en esta iniciativa es que parece que acepta la problemática realidad municipal española; es esencial asumir ese punto de partida para poder avanzar (122), pues la realidad de nuestros Municipios es la que es. Es por ello que, a pesar de que hasta el momento no haya habido pronunciamiento alguno en este sentido, cabe concebir al futuro Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población como una oportunidad para ahondar en el debate sobre la necesaria reconfiguración del ente local intermedio. Lo cierto es que, si no se actúa sobre el mapa municipal, la realidad humana y geográfica del grueso de los Municipios españoles justificarán sobradamente la existencia del ente intermedio, dado que casi el 84% de nuestros Municipios tienen menos de 5.000 habitantes, lo que genera significativas dificultades para financiar y prestar servicios mínimos.

En este sentido, entiendo que las Entidades Locales intermedias, por la inercia natural de las cosas, están llamadas a ocupar un lugar principal en nuestra planta local para hacer frente a la despoblación rural y afrontar en mejores condiciones la vertebración territorial, superando de este modo algunas de las disfuncionalidades derivadas del inframunicipalismo. Asimismo, es necesario aproximarnos a fórmulas que permitan articular las exigencias de proximidad y calidad de los servicios públicos con los objetivos de eficiencia y disciplina presupuestaria; para ello sería conveniente reconsiderar la distribución competencial en su conjunto a fin de concretar el ámbito más adecuado para el ejercicio de las diferentes competencias. La solución no ha de ser necesariamente uniforme pues dado el carácter bifronte del régimen local es posible atender a las distintas realidades geográficas y demográficas de cada Comunidad Autónoma.

Como se ha querido poner de manifiesto en este artículo, es posible avanzar en este sentido sin necesidad de reformar la CE, puesto que es posible hacer un esfuerzo, entre otras cosas, en estudiar el reparto competencial en el ámbito local, así como el sistema de financiación, en adaptar el sistema de libre designación de los Habilitados Nacionales e incluso en repensar el sistema de elección de los diputados provinciales. Todo ello sin perjuicio de

(122) En este sentido J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (2012: p. 261) entiende que una de las dimensiones de la buena administración es la apertura a la realidad. En este sentido indica que la buena administración y el buen gobierno «tienen una deuda pendiente con la realidad, pues sólo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro».

que la premisa básica de toda reforma que afecte a la organización territorial del poder ha de pasar necesariamente por un Pacto de Estado presidido por la defensa del interés general, los valores y principios constitucionales; y no menos importante, ha de ser planteada con vocación de permanencia. Es, creo, la única manera de asegurar mínimamente la lealtad institucional exigible y el modo más adecuado de comprometer a los diferentes actores, entre los que debería ocupar un lugar fundamental la FEMP.

Aunque no se alcanzara el citado Pacto de Estado, conviene recordar que Aragón tiene un margen de actuación considerable en este sentido, en tanto que ostenta competencias en materia de organización y ordenación territorial. En coherencia con la línea argumental que he seguido, considero que no le quedaría más remedio que apostar por las Diputaciones Provinciales en la medida que no puede prescindir de las mismas sin reforma constitucional, a diferencia de las Comarcas, cuya existencia se prevé en el EAr de forma generalizada, frente a lo que sucede con las Mancomunidades caracterizadas por su carácter asociativo y voluntario. No obstante, a favor de la Comarca hay que decir que su demarcación territorial puede concebirse como más idónea para satisfacer las exigencias derivadas del principio de subsidiariedad, por lo que no debería excluirse la posibilidad de utilizarlas como base territorial para la prestación de determinados servicios provinciales e incluso como tamaño ideal del Municipio.

Las propuestas que aquí se plantean relativas al nivel intermedio de gobierno local, no excluyen la posibilidad de que las CCAA emprendan procesos de alteración de los límites municipales. Pues precisamente lo que se está defendiendo es la necesidad de contar con Entidades Locales fuertes, dotadas de medios humanos y financieros bastantes para ejercer sus competencias de modo razonable. De hecho, tal vez el fracaso del último intento de emprender una reordenación del mapa municipal fue fruto de un inadecuado enfoque, excesivamente económico, que no puso el acento en la necesidad de fortalecer los gobiernos locales.

Finalmente quisiera apuntar que reforma sugerida dista de ser un fin en sí mismo, sino que aspira a ser un medio para tender a hacer efectiva la idea matriz que luce en el texto constitucional según el cual las Administraciones públicas sirven con objetividad y eficacia los intereses generales (art. 103.1 CE), lo cual exige en primer lugar un diseño racional de las estructuras administrativas, en su organización y reparto funcional, desde una visión global o de conjunto de las mismas; un ideal que en la materia abordada en este estudio está lejos de alcanzarse.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. Bibliografía utilizada

- ALBI CHOLBI, Fernando (1966): *La crisis del municipalismo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 514 pp.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2016): «Organización territorial y servicios locales: el nivel óptimo de prestación» en Tomás FONT I LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN (directores), *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 67-103.
- (2017): «La ley de reforma del régimen local de 2013: ¿ha modificado realmente las competencias de los municipios?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, pp. 41-73.
 - (2019): «De nuevo sobre el nivel intermedio local. ¿Qué cabe hacer sin reforma la Constitución?», *Revista Documentación Administrativa*, 6, pp. 81-102.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2013): «Cuestiones ausentes en la propuesta de reforma del régimen local (parte I)», accesible desde el sitio web del Instituto Nacional de Administración Pública.
- (2014): *El proceso de comarcalización en Aragón del siglo XXI*, Comunicación presentada al Congreso Municipia siglo XXI, 7 pp.
- BERMEJO VERA, José (2019): *Derecho Administrativo Básico*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 13^a ed., 592 pp.
- BERMEJO VERA, José y FATÁS CABEZA, Guillermo (2010): «El territorio de Aragón», en José BERMEJO VERA y Fernando LÓPEZ RAMÓN (directores), *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Navarra, Thomson Reuters, pp. 165-196.
- CALERO AMOR, Antonio María (1984): «Liberalismo y división provincial», *Revista de Historia Contemporánea*, 3, pp. 5-31.
- CALLIZO SONEIRO, Javier (2005): «Las comarcas, solución aragonesa al minifundismo municipal», *Papeles y Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 13, pp. 46-57.
- CANO BUESO, Juan (1997): La renuncia al cargo público representativo, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 4, pp. 63-85.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2021): «¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 15, pp. 58-70.
- CLAVERO ARÉVALO, Manuel (1983): «La provincia ante una encrucijada histórica en el ciento cincuenta aniversario de su creación (1833-1983)», *Revista de Administración Pública*, 100-102, pp. 2129-2157.

- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2011): «El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones», en Tomás FONT I LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN (directores), *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 45-67.
- DURÁN GARCÍA, Francisco Javier (2021): *El estatuto del pequeño municipio o el traje nuevo del emperador, accesible en el sitio web de la Fundación ¿Hay Derecho?*, entrada del 29 de abril de 2021.
- EMBID IRUJO, Antonio (1983): «Las relaciones de las Comunidades Autónomas con las Diputaciones Provinciales», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 2020, pp. 609-632.
- (2011): «Crisis económica y reforma local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 3, pp. 443-469.
 - (2012): *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 160 pp.
 - (2020): «Informe general sobre el Gobierno Local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 11, pp. 11-46.
- ESTEVE PARDO, José (1991): «Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 31, pp. 125-147.
- ESTRADA SÁNCHEZ, Manuel (2008): «Y para qué queremos las Diputaciones? Una reflexión en torno a los orígenes y primera evolución de las Diputaciones Provinciales», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, pp. 303-320.
- FANLO LORAS, Antonio (1990): *Fundamentos constitucionales de la autonomía local: el control sobre las corporaciones locales, el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 598 pp.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1979): «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 201, pp. 9-36.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón y SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1977): *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 292 pp.
- FONT I LLOVET, Tomás (1985): «Perspectivas de organización supramunicipal», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, 226, pp. 314-344.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Jacobo (2002): *Provincias, regiones y comunidades autónomas. La formación del mapa político de España*, Madrid, Secretaría General del Senado, 776 pp.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1974): *Dos estudios sobre la usucapión en el derecho administrativo*, 2º ed., Madrid, Tecnos, 168 pp.
- (1991): «La provincia en la Constitución», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 5-20.
 - (1994): *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4ª ed., Navarra, Aranzadi, 150 pp.
 - (2007): *La Administración española*, 7ª ed., Madrid, Civitas, 218 pp.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (2002): «Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local», *Parlamento y Constitución. Anuario*, 6, pp. 205-240.
- GARCÍA INDA, Andrés (2020): *La dulce militancia*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 167 pp.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos (1999): «Elección de diputados provinciales y ruptura de la relación representativa», *Debates constitucionales*, 1, pp. 1-23.
- GIMÉNEZ ABAD, Manuel (2001): «La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón», en José TUDELA ARANDA y Manuel GIMÉNEZ ABAD (coordinadores), *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 321-361.
- GAUÍTA MARTORELL (1981): «Las provincias españolas a partir de la Constitución de 1978», *Revista de Administración Pública*, 94, pp. 33-51.
- (1987): «Las provincias, ciento setenta y cinco años después de la Constitución de Cádiz. Mención especial de Extremadura», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, 5, pp. 171-190.
 - (1991): «Reflexiones sobre el tratamiento constitucional de la provincia desde 1812 hasta la vigente constitución de 1978», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coordinador), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Madrid, Civitas, pp. 3251-3266.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (2018): «Las diputaciones provinciales y su futuro incierto», *Teoría y realidad constitucional*, 41, pp. 113-135.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2010): «Políticas ante la fragmentación del mapa municipal», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 313-314, pp. 67-104.
- (2014): «Por la reforma del mapa municipal», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, pp. 13-19.
 - (2020): «La lucha contra la despoblación rural» en Tomás FONT i LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN (directores), *Anuario del Gobierno Local 2019*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 125-147.

- MARTÍN MATEO, Ramón (1981): «La autonomía local y el sistema normativo español», *Revista de Administración Pública*, 94, pp. 53-87.
- MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo (1981): «Génesis histórica de las provincias españolas», *Anuario de Historia del Derecho español*, pp. 523-593.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis (2001): «El Régimen Local Aragonés» en José TUDELA ARANDA y Manuel GIMÉNEZ ABAD (coordinadores), *Derecho de las Instituciones Públicas Aragonesas*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 395-518.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2018): prólogo a la obra de Luis Martín Rebollo *40 años de derecho administrativo postconstitucional y otros ensayos rescatados*, Pamplona, Aranzadi, 2018, 811 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1978): «Las corporaciones locales en el Anteproyecto de Constitución», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 197, pp. 9-27.
- (1980): «En torno a la organización provincial», *Revista de Administración Pública*, 93, pp. 7-27.
 - (1991): *La provincia pasado, presente y futuro*, Madrid, Civitas, 220 pp.
 - (2007): *Instituciones de Derecho Administrativo*, Navarra, Aranzadi, 504 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo (1956): «Fomento de las zonas rurales. Los pueblos incomunicados», *Revista de Estudios Agrosociales*, 17, pp. 31-55.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo (2016): «Crisis económica y Administración local: balance de una incorrecta vinculación», en Antonio EZQUERRA HUERVA (director), *Crisis económica y Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi, pp. 95-142.
- MORELL OCAÑA, Luis (1991): «La concepción constitucional de la provincia como entidad local», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Madrid, Civitas, pp. 3267-3299.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (1996): *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 602 pp.
- (2014): «Informe de 2013 de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas», *Mediterráneo económico*, 25, pp. 97-115.
- NIETO GARRIDO, Eva (2018): *El estatuto constitucional de los entes locales. La autonomía local y la vinculación negativa a la ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 241 pp.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1981): *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 167 pp.

- (1986): «La autonomía local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 229, pp. 9-64.
- (1991): «La provincia como entidad local», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (coordinador), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, Civitas, pp. 77-112.

PEMÁN GAVÍN, Juan María (1992): *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 331 pp.

- (2009): «El sistema español de autonomías territoriales: apuntes para un diagnóstico», en esta REVISTA, pp. 11-74.
- (2016): «Crisis económica y cambios institucionales en Europa y en España», en Antonio EZQUERRA HUERTA (director), *Crisis económica y Derecho Administrativo*, Ezquerda, Navarra, Aranzadi, pp. 27-94.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2012): «El derecho a la buena administración en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 16, 247-274.

RODRÍGUEZ BEAS, Marina (2019): «El futuro incierto de las diputaciones provinciales en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 202, pp. 284-420.

SALANOVA ALCALDE, Ramón (2010): «Las comarcas», en José BERMEJO VERA y Fernando LÓPEZ RAMÓN (directores), *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Navarra, Thomson Reuters, pp. 343-381.

- (2014): «La organización territorial», en Antonio EMBID IRUJO (director), *Derecho Público Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 4^a ed., pp. 345-386.
- (2017): *Estructura local de Aragón y Organización del Territorio: discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y contestación al mismo por el Excmo. Sr. D. José Bermejo Vera*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico y Diputación Provincial de Zaragoza, 81 pp.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier (2013): «Frustrante pasado, inoperante presente e incierto futuro sobre las fusiones de municipios» en Juan José DÍEZ SÁNCHEZ (coordinador), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 125-138.

SIMÓN YARZA, Fernando (2013): «La reestructuración del mapa local: el papel de las provincias (del “coste estándar” al “coste efectivo”)», *Cuadernos de Derecho Local*, 33, pp. 56-65.

SOSA WAGNER, Francisco (1991): «La autonomía local», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coordinador), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje*

- naje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Madrid, Civitas pp. 3185-3266.
- (2021): «Mundo Rural», accesible en el blog de esPublico, entrada del día 28 de julio de 2021.
- TAJADURA TEJADA, Javier (2019): «El futuro de las provincias y las diputaciones provinciales ante una reforma de la Constitución territorial», *Teoría y realidad constitucional*, 43, pp. 229-256.
- TOCQUEVILLE, Alexis (1993): *La democracia en América*, 3^a ed., Madrid, Alianza Editorial, 819 pp.
- VANDELLI, Luciano (1991): «Las premisas de la ordenación constitucional de la Administración local española: tradición, revolución napoleónica y perspectiva comparada» en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coordinador), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, Madrid, Civitas, pp. 3135-3184.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2009): *Derecho local, sistema de fuentes*, Madrid, Marcial Pons, 350 pp.
- (2011): «La planta local de España: criterios para la toma de decisiones», en José María GIMENO FELIÚ (coordinador), *La organización local: nuevos modelos*, Navarra, Civitas, pp. 113-145.
- VILLAR ROJAS, Francisco José (2017): «El principio de sostenibilidad y las administraciones públicas», en Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR y Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ (directores), *Las Reformas Administrativas de la Crisis*, Navarra, Aranzadi, pp. 47-79.

2. Otras referencias documentales

- BANCO DE ESPAÑA (2021a): *Informe anual 2020*, Madrid, Banco de España, 322 pp.
- (2021b): *Nota de prensa estadística del 31 de marzo de 2021 relativa a la deuda trimestral de las Administraciones Públicas según la metodología del Protocolo de Déficit Excesivo*, 4 pp.
- CÁMARA DE CUENTAS DE ARAGÓN (2021): *Memoria de Actuaciones del Ejercicio 2020*, Zaragoza, Cámara de Cuentas de Aragón, 37 pp.
- CENTRO DE INNOVACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE PWC E IE BUSINESS SCHOOL (2013): *Encuesta-Reforma de la Administración Local «El papel de las Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares en los servicios públicos municipales, presente y futuro de la participación de los Gobiernos Locales Intermedios en la prestación, organización y financiación de los servicios de competencia municipal»*, Madrid, Centro de Innovación del Sector Público de PwC e IE Business School, 48 pp.

COMISIÓN EUROPEA (2021): *A long-term Vision for the EU's Rural Areas – Towards stronger, connected, resilient and prosperous rural areas by 2040*, Bruselas, Comisión Europea, 26 pp.

CONSEJO DE ESTADO (2013): *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (nº 567/2013), Madrid, Consejo de Estado.

– (2014): *Dictamen sobre interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (nº 338/2014), Madrid, Consejo de Estado.

FUNDACIÓN ¿HAY DERECHO? (2016): *Coste y utilidad de las diputaciones provinciales: claves para un debate necesario*, Madrid, Fundación ¿Hay Derecho?, 181 pp.

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL (2019): *El papel de los gobiernos provinciales en el equilibrio territorial: entre la despoblación rural y la concentración urbana*, Declaración institucional de la IV Conferencia de Gobiernos Provinciales celebrada en Granada los días 14 y 15 de febrero, accesible en el sitio web de la Fundación Democracia y Gobierno Local.

FUNDACIÓN NEXT EDUCACIÓN (2021): *Estudio de percepción de los avances realizados en la España despoblada desde el 31 de marzo de 2019*, realizado por la Cátedra de Despoblación y Reto Demográfico de Next Educación, Manuel CAMPO VIDAL (director), Madrid, Fundación Next Educación, 64 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; COSCULLUELA MONTANER, Luis; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; MUÑOZ MACHADO, Santiago; DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel y SOSA WAGNER, Francisco (1981): *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 44 pp.

LÓPEZ LABORDA, Julio; CASTILLO MURCIEGO, Ángela; RODRIGO SAUCO, Fernando y SANZ ARCEGA, Eduardo (2018): *Informe relativo a «incentivos fiscales para la fijación o atracción de la población a un territorio: una revisión de la investigación aplicada»*, Departamento de Economía Pública, Universidad de Zaragoza, 47 pp.

CAMBIO CLIMÁTICO Y PARTICIPACIÓN A LA FRANCESA^(*)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN^(**)

SUMARIO: I. LA DOCTRINA FRANCESA DE LA PARTICIPACIÓN: 1. La temprana colaboración institucionalista. 2. La oposición ambiental conflictiva. 3. La participación ecológica integrada.– II. EL GRENELLE DEL MEDIO AMBIENTE: 1. Desarrollo de la experiencia. 2. Fortalezas y debilidades. 3. Un modelo de negociación.– III. LA CONVENCIÓN CIUDADANA DEL CLIMA: 1. Formación y resultados. 2. Perplejidades. 3. Un modelo de deliberación.

RESUMEN: El objetivo del trabajo es presentar y valorar en términos jurídicos los procedimientos nacionales de participación y deliberación públicas seguidos en la República Francesa en materia de medio ambiente y, particularmente, en relación con el cambio climático. En primer término, se expone la evolución del marco general de la participación administrativa en la doctrina francesa: desde unos pioneros planteamientos vinculados a las corrientes institucionalistas, hasta una conflictiva defensa del traspaso de funciones a los colectivos interesados y, más recientemente, en el contexto comparado de auge de las teorías anglosajonas de la democracia deliberativa, una eclosión muy pragmática de modalidades participativas integradas. Partiendo de esa base teórica, se refieren las dos grandes experiencias nacionales en la materia: el proceso *Grenelle* del medio ambiente, exponiendo su desarrollo, fortalezas, debilidades y configuración final como un modelo de negociación; y la muy diferente Convención Ciudadana del Clima, informando sobre su formación, sus resultados, las perplejidades que derivan de su práctica y su consideración como modelo de deliberación.

Palabras clave: cambio climático; participación; doctrina francesa; *Grenelle* del medio ambiente; convención ciudadana del clima.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 15/09/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 01/10/2021.

(**) Catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza. Trabajo realizado dentro del grupo de investigación AESTER, financiado por Gobierno de Aragón (S22_20R), y del proyecto de investigación «Bancos de conservación ambiental y otras medidas de compensación ambiental» del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (PGC2018-099237-B-I00). El autor agradece las lecturas y observaciones que, sobre un texto provisional, formularon los profesores Michel Prieur (*Université de Limoges*), Olivier Lecucq y Hubert Alcaraz (*Université de Pau et des Pays de l'Adour*), Diego Vera y Elsa M. Álvarez (*Universidad de Málaga*), aunque reclama la exclusiva responsabilidad por cuantos errores y omisiones puedan haberse deslizado.

RESUMÉ: Dérèglement climatique et participation à la française. L'objectif du travail est de présenter et d'évaluer en termes juridiques les procédures nationales de participation et de délibération publiques suivies en République française en matière d'environnement et en particulier en ce qui concerne le changement climatique. Tout d'abord, on expose l'évolution du cadre général de la participation administrative à la doctrine française: dès les approches pionnières liées aux courants institutionnalistes, à une défense conflictuelle du transfert de fonctions aux collectifs intéressés et, plus récemment, dans le contexte comparé de la montée des théories anglo-saxonnes de la démocratie délibérative, une éclosion très pragmatique de modalités participatives intégrées. Sur cette base théorique, les deux grandes expériences nationales en la matière sont étudiées: le processus Grenelle de l'environnement, en exposant son développement, ses forces, ses faiblesses et sa configuration finale comme un modèle de négociation; et la très différente Convention Citoyenne pour le Climat, en rendant compte de sa formation, de ses résultats, des perplexités qui découlent de sa pratique et sa considération comme modèle de délibération.

Mots clés: dérèglement climatique; participation: doctrine française; Grenelle de l'environnement; convention citoyenne sur le climat.

ABSTRACT: Climate Change and French way of participation. The purpose of the paper is to present and analyze under a legal perspective the French national procedures for public participation and deliberation in environmental matters, in particular in relation to climate change. Firstly, the article exposes the evolution of the French doctrine as regards the general framework of administrative participation: from pioneering approaches linked to institutionalist currents, to a controversial defense of the transfer of functions to the interested groups and, more recently, in the context of the rise of Anglo-Saxon theories of deliberative democracy, a very pragmatic emergence of integrated modalities of participation. From this theoretical basis, the article examines the two major national experiences in the field: the Grenelle Environment Process, exposing its development, strengths, weaknesses and final configuration as a model of negotiation; and the very different Citizens' Climate Convention, reporting on its formation, its results, the perplexities that derive from its practice and its consideration as a model of deliberation.

Key words: climate change; participation: french doctrine; Grenelle environment process; citizens' climate convention.

I. LA DOCTRINA FRANCESA DE LA PARTICIPACIÓN

En el contexto de las periódicas crisis de la democracia constitucional, la participación administrativa forma parte del arsenal de fórmulas diseñadas para corregir el distanciamiento de las autoridades, el elitismo de los funcionarios y la apatía de los ciudadanos. Aquí vamos a tratar de ofrecer la evolución proporcionada por la doctrina francesa en la materia, advirtiendo que no es posible establecer fechas precisas delimitadoras de la sucesión de publicaciones y acontecimientos que van reflejando la interacción entre la teoría y

la práctica. Manejamos períodos aproximados, que llegan a solaparse unos con otros, especialmente en los momentos de cambio. De la misma manera, el protagonismo conferido a distintos colectivos académicos en la sucesión de tendencias trata también de referir pautas generales o dominantes, que veremos reflejadas en la obra de algún autor característico de cada etapa.

En Francia, la tesis de la colaboración de los particulares con la Administración surge tempranamente, durante los «felices años veinte», de la mano del movimiento institucionalista, cuyos vigorosos fundamentos teóricos no llegan, sin embargo, a traducirse en medidas prácticas; antes bien, la segunda postguerra mundial ofrece un panorama de realización de grandes obras públicas y de crecimiento económico ajeno a toda idea de participación (1). En torno a la crisis de mayo del 68, como causa y efecto de la misma, cabe identificar una demolidora visión sociológica de los primeros experimentos participativos, objeto de severas críticas que ponen de relieve los intentos oficiales de neutralizar las reclamaciones de los disidentes; en consecuencia, las relaciones administrativas aparecen dominadas por el conflicto y el rechazo de la legitimidad del poder público (2). Durante la década de los 80, en la filosofía política anglosajona surge con ímpetu el modelo de la democracia deliberativa, que se ofrece como una nueva forma de ordenar las relaciones de poder, aunque en Francia y probablemente también en gran parte de Europa, se asiste a una eclosión de las modalidades de participación, particularmente en relación con la tutela del medio ambiente, que no parecen poder reconducirse a un fundamento unívoco; por eso hablamos de participación a la francesa, queriendo identificar un imparable proceso de robustecimiento de las técnicas participativas, en buena medida protagonizado por expertos formados en las variadas organizaciones no gubernamentales que expresan una gran vitalidad social (y 3) (1).

1. La temprana colaboración institucionalista

Como es conocido, el modelo burocrático de administración potenciado en la teoría germánica y protestante del Estado llegaría a su cima doctrinal de la mano de los razonamientos históricos y sociológicos de M. Weber (2).

(1) Los tres períodos aquí establecidos coinciden a grandes trazos con los propuestos por C. Claeys-Mekdade (2006), «La participation environnementale à la française : le citoyen, l'État... et le sociologue», en *Vertigo. La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 7, núm. 3, pp. 1-18.

(2) M. Weber (1922), *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, traducción española de J. Medina Echavarría & otros de la 4^a edición alemana preparada por J. Winchelmann (1956), México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 1237 pp. Sobre la influencia del protestantismo en el desarrollo del capitalismo europeo, véase del mismo M. Weber (1905), *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, traducción española de J.A. Abellán, Madrid, Alianza, 2012, 264 pp.

Una burocracia profesional sometida a un sólido principio de jerarquía en la aplicación objetiva y uniforme de la ley pasó a ser el ideal dominante en los sistemas constitucionales (3).

Conforme a esos planteamientos, la participación del ciudadano en los asuntos públicos quedaba ceñida al ejercicio del derecho de sufragio (4). La llamada autoadministración no era en realidad un fenómeno de participación ciudadana en la actividad de la administración pública, sino más bien el concepto que servía para agrupar los supuestos en los que excepcionalmente los ordenamientos jurídicos admitían el ejercicio de funciones administrativas por parte de comunidades territoriales o corporaciones profesionales (5).

Entre las brechas abiertas en el modelo burocrático de administración, destacan las tempranas aportaciones de los institucionalistas franceses vinculados al catolicismo social (6). En la teoría propuesta por M. Hauriou, la institución se caracteriza por la existencia de un objetivo que hace surgir la organización

(3) Véase M. Weber (1922: 173-180 y 716-752 y 1056-1060), donde identifica el tipo de dominación legal con administración burocrática como modelo del Estado moderno.

(4) Sufragio, además, predominantemente masculino. En Europa, el voto femenino fue reconociéndose por oleadas y con altibajos, especialmente tras las dos guerras mundiales: en 1919 (Alemania, Holanda), 1921 (Suecia), 1928 (Reino Unido), 1933 (España), 1944 (Francia), 1945 (Italia)... La proclamación internacional del sufragio universal como derecho de todas las personas no se realizó hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948: art. 21.3).

(5) Véanse, por ejemplo: L. von Stein (1870), *Tratado de la teoría de la Administración y el Derecho administrativo*, traducción española de J.A. Ancona, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 170-176, que incluye como supuestos de autoadministración las provincias, los municipios y las corporaciones profesionales y mercantiles; G. Jellinek (1905), *Teoría general del Estado*, traducción española de F. de los Ríos, 1913, reedición, Granada, Comares, 2000, pp. 625-651, donde refiere las formas de descentralización por autonomía administrativa y por regiones, que coinciden con las manifestaciones de autoadministración; F. Fleiner (1923), *Instituciones de Derecho administrativo*, traducción española de S. Álvarez Gendín, Barcelona, Labor, 1933, pp. 82-99 para las modalidades de autoadministración; A. Merkl (1927), *Teoría general del Derecho administrativo*, traducción española de la 8^a edición en alemán, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, pp. 437-461, con un tratamiento de la autoadministración que equivale a la descentralización, tanto la organizada conforme a una base territorial como la de tipo personal; es decir, en todos los casos, los entes territoriales y corporativos agotan las modalidades de participación administrativa, que nunca se considera como algo que pudiera incorporarse a la verdadera y única Administración del Estado.

(6) Tras la encíclica de León XIII, *Rerum novarum* (1891), en diversas experiencias europeas se desarrolló un catolicismo social que pretendía encontrar una vía intermedia entre el liberalismo de estirpe protestante y los movimientos revolucionarios. En Francia, cuajó en torno a la revista *Le Sillon*, reuniendo a diversos intelectuales que trataban de conciliar la religión católica con los principios republicanos, incluidos los de solidaridad con la clase obrera. Sin embargo, el desencuentro con las autoridades eclesiásticas llevó a la condena explícita del movimiento por Pío X en la encíclica *Notre charge apostolique* (1911).

necesaria para obtenerlo por parte de una comunidad (7). Con ese sustrato, el discípulo G. Renard reclamaría el reconocimiento social y político de las correspondientes instituciones, es decir, de la Iglesia principalmente, pero también de las variadas corporaciones y asociaciones (8).

La aplicación pormenorizada al ámbito administrativo de las teorías institucionalistas se llevó a cabo por B. Gény (9). En un volumen sorprendente por la temprana fecha de su publicación, el autor explica la viabilidad de la colaboración de los particulares con la Administración (10). A tal fin, critica las concepciones individualistas que establecen la separación absoluta entre la vida administrativa y la vida privada prohibiendo toda inmisión de los particulares en el ejercicio de las prerrogativas administrativas (11). Frente a esos planteamientos, sostiene la atenuación del principio de no colaboración por la evolución de ideas y hechos que advierte en el desarrollo de los servicios públicos y en la solidez de la teoría institucionalista (12).

Desde el anterior entramado teórico, B. Gény pasa a exponer las tres grandes modalidades de colaboración de los particulares con la administración que advierte en las instituciones del derecho positivo francés: a) la *colaboración por injerencia*, que propone como general explicación de la válida actuación de los particulares que ejercen funciones administrativas en interés público por virtud de una investidura aparente o en situaciones de estado de necesidad como las producidas durante la Primera Guerra Mundial (13); b) la *colaboración por descentralización propiamente administrativa* que advierte en la asociación de administrados para el ejercicio de la función consultiva, para la ejecución de servicios públicos y aun para el ejercicio de poderes de decisión y ejecución propios del poder público (14); y c) la *colaboración por vía de actividad paralela*, cuyas

(7) M. Hauriou (1925), «Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social», en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, núm. 23, que recoge estudios del mismo autor agrupados bajo el título, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, pp. 89-128 (accesible directamente en *Gallica, Bibliothèque Nationale de France*).

(8) G. Renard (1930), *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique. Vol I, Partie juridique*, Paris, Recueil Sirey, 639 pp. (accesible directamente en *Gallica, Bibliothèque Nationale de France*).

(9) B. Gény (1930), *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, préface de G. Renard, Paris, Recueil Sirey, 300 pp.

(10) *Ibidem*: 1-17.

(11) *Ibidem*: 19-44.

(12) *Ibidem*: 44-72.

(13) *Ibidem*: 81-163, donde el autor descarta previamente las teorías de la gestión de negocios ajenos, del enriquecimiento sin causa y del funcionario de hecho como explicación de estos supuestos de colaboración de los particulares por injerencia en el desempeño de las funciones administrativas.

(14) *Ibidem*: 165-240.

manifestaciones generales identifica el autor en las fundaciones, asociaciones y sociedades, que aun promovidas en virtud de la libertad individual, sirven para descargar en los administrados una parte de las atribuciones estatales, incluyendo también, como una modalidad de este tipo de colaboración, el ejercicio por el contribuyente de las acciones que corresponden al municipio (15).

Estamos ante unos planteamientos teóricos y prácticos de envergadura, cuyo desarrollo hubiera sido, en verdad, muy interesante seguir. Sin embargo, el período de entreguerras y la Segunda Guerra Mundial eran poco propicios para el desarrollo de la filosofía social y política de la colaboración administrativa. Ya en la postguerra, con las vigorizantes inyecciones económicas del plan Marshall, Francia inició un período de reconstrucción y desarrollo determinante de una dinámica de crecimiento económico sin parangón, por lo que esos años se citan como los Treinta Gloriosos (1945-1975).

Ahora bien, ya en la flamante V República (1958), ni se seguían las teorías institucionalistas, ni se consideraba necesario buscar ninguna legitimación ciudadana especial para realizar las actuaciones que estaban transformando el país. Las grandes infraestructuras y los complejos equipamientos en materia de transporte, energía, abastecimiento, urbanización, sanidad y otros sectores se realizaron con general aplauso ciudadano, incluyendo por cierto varias centrales nucleares. La participación no se reclamaba por la población y tampoco se consideraba necesaria por las autoridades (16).

2. La oposición ambiental conflictiva

Los revulsivos de la opinión pública francesa empezaron a generarse, de manera paulatinamente más significativa, en la década de 1960, que vio proliferar los más variados movimientos sociales orientados a la defensa del medio ambiente. Como es bien conocido, mayo de 1968 supuso la culminación del descontento que corría a la próspera pero poco igualitaria nación francesa, que resultó gravemente convulsionada por las descalificaciones y reclamaciones que unieron a obreros y estudiantes, los primeros descontentos por sus condiciones de trabajo y los segundos alarmados por la falta de oportunidades de desarrollo personal, social y político (17). La necesidad de

(15) *Ibidem*: 241-279.

(16) Véase C. Claeys-Mekdade (2006: 3), quien identifica el período 1950-1970 de la experiencia francesa con la falta de participación ambiental, manifestada en la «aceptación/ imposición» de las grandes infraestructuras, que contaban con el beneplácito de la población, reconduciéndose eventuales oposiciones al juego de las «negociaciones de notables» (*ibidem*: 3).

(17) Véase A. Nieto (1971), *La ideología revolucionaria de los estudiantes europeos*, Barcelona, Ariel, 277 pp.

abrir el sector público a la sociedad estaba presente en las exigencias de los huelguistas y particularmente en la percepción de una parte de la ciudadanía sobre los cambios que eran necesarios.

En esta época, la participación empieza a exigirse ya como una de las medidas requeridas para cambiar los hábitos administrativos. En la formación del nuevo modelo de administración participada, jugó un papel importante el rechazo de la visión weberiana procedente de la sociología de la organización. Una de las obras más significativas en tal sentido es la que se vincula a M. Crozier y su denuncia de los sistemas cerrados como el representado por la administración francesa (18).

Dentro del área de influencia académica del anterior autor, se sitúa el importante estudio de J. Chevallier (19). Aun tratándose de un jurista, sus puntos de partida y los desarrollos que ofrece son en buena medida sociológicos, sin que ello equivalga a una asepsia ideológica. Así, el autor identifica la participación como una condición esencial de la necesaria democratización de la acción administrativa, lo que le permite desarrollar una demoledora crítica de la visión alternativa, esto es, de aquellos planteamientos que limitan el alcance de la participación a una simple vía de mejora de la eficacia administrativa (20).

(18) Véase M. Crozier (1963), *Le phénomène bureaucratique. Essai sur les tendances bureaucratiques des systèmes d'organisation modernes et sur leurs relations en France avec le système social et culturel*, Paris, Seuil, 413 pp. (El fenómeno burocrático, traducción española, Buenos Aires, Amorrortu, 2 tomos, 459 pp.), donde lleva a cabo un análisis empírico de dos grandes estructuras burocráticas en las que termina identificando un círculo vicioso de implantación de normas y centralización de decisiones que, al producir dependencia y frustración en el personal, hace necesario implantar más reglas y mayores controles, fomentando el ritualismo, el espíritu de casta, la huida de la realidad y la ausencia de participación. Cabe remitir también a M. Crozier, S.P. Huntington & J. Watanuki (1975), *The crisis of democracy. Report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, 220 págs, donde nuestro autor se ocupa particularmente de la situación de las democracias europeas destacando, entre otras cuestiones, el peso de la burocracia (*ibidem*: 11-57). La importancia del autor y su escuela puede calibrarse en A. Paulange-Mirovic (2013), «*Nous avons réinventé la sociologie. L'Association pour le développement des sciences appliquées: genèse sociale d'une entreprise académique (1968-1975)*», en *Revue française de science politique*, vol. 63, núm. 3, pp. 545-567.

(19) J. Chevallier (1975), «Bilan de recherche sur la participation dans l'Administration française», en J. Chevallier, J.L. Picard & F. Rangeon, *La participation dans l'Administration française*, Paris, Presses Universitaires de France, pp. 5-57; también, J. Chevallier (1976), «La participation dans l'Administration française», en *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, núms. 37 y 39. La importancia, en este autor, del pensamiento de Crozier se percibe en el reclamo expreso de sus teorías organizativas como marco del estudio (J. Chevallier, 1975: 6-7), lo que no impide discrepancias en cuestiones concretas (*ibidem*: 50, 57).

(20) J. Chevallier (1975: 6) rechaza el modelo weberiano de la organización burocrática considerándolo «rígido, ineficaz, cerrado» así como, con apoyo expreso en la obra de M. Crozier, «incapaz de corregirse en función de sus errores». En todo caso, a juicio de

Chevallier expone críticamente los mecanismos participativos establecidos en el sistema administrativo francés, tanto para reordenar el aparato de poder, como para desarrollar las conexiones del mismo con la sociedad (21). Considera que se trata de técnicas orientadas a renovar la legitimación y la imagen de la administración, cambios que permiten enmascarar las carencias del tradicional principio de jerarquía mediante la reducción de los conflictos, el refuerzo de la adhesión del funcionariado o la canalización e integración de la oposición sindical (22). En definitiva, las modificaciones experimentadas en la forma de ejercicio del poder administrativo no pueden ocultar unos resultados reales de las fórmulas participativas que son decepcionantes para nuestro autor (23).

Los anteriores planteamientos doctrinales, por más extremados que puedan parecer, conectan bien con las exigencias y los conflictos propios de las

Chevallier, la administración francesa se orienta conforme a ese modelo, que se caracteriza por «un estilo de mando basado en la dominación y la subordinación», al construirse sobre una estructura piramidal de los empleos y las tareas sostenida por la centralización del poder de decisión y la unidad de dirección, es decir, siguiendo un estricto principio de jerarquía, que se manifiesta también de cara al exterior ofreciendo una visión de la administración como comunidad cerrada que encuentra en ella misma sus principios de funcionamiento, con el público a distancia en virtud de su configuración monopolística y la atribución de las prerrogativas del poder público (*ibidem*: 7-10). La descripción y crítica del principio de jerarquía bajo la óptica del funcionariado se desarrolla paralelamente, en perfecta coherencia con los planteamientos de Chevallier, por D. Lochak (1976), «Principe hierarchique et participation dans la fonction publique», en *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, núm. 37, pp. 121-203.

(21) Véase J. Chevallier (1975: 14-30), quien emplea datos del derecho positivo francés sobre las reformas de la organización y del procedimiento administrativos, junto a los resultados de un total de 26 memorias, defendidas por sus alumnos en las Facultades de Derecho de Amiens y Reims (1972-1975), sobre la participación en estructuras locales, urbanismo, ordenación del territorio y otros sectores administrativos (*ibidem*: 58-59).

(22) Véase J. Chevallier (1975: 30-43), donde expone las vías de desnaturalización de los procedimientos participativos, criticando la falta de homogeneidad de las reformas, la práctica de niveles desiguales de participación en función de las posiciones sociales y económicas de los diferentes actores, la real imposibilidad de acceder al poder administrativo por parte de las fuerzas no organizadas; todo lo cual le lleva a presentar al aparato administrativo como mecanismo de reproducción del sistema de dominación social: «Detrás del juego oficial de la participación, basado en la competición igualitaria de todas las demandas sociales, aparece una realidad muy diferente: o bien el juego es artificial y destinado a servir de cobertura ideológica a una administración cuyo estilo de mando autoritario permanece inalterado; o bien se juega con cartas marcadas enfrentando a partes que no tienen las mismas armas ni por tanto posibilidades idénticas de ganar» (*ibidem*: 35).

(23) En las tesis de J. Chevallier, la participación administrativa debiera ser omnicomprensiva, según se advierte en sus críticas a la falta de participación en materia de defensa nacional (*ibidem*: 31) o en la organización hospitalaria (*ibidem*: 35), así como en la opción por un sistema administrativo conformado por una pluralidad de centros autónomos ejerciendo sus poderes sin un control superior (*ibidem*: 36) y con recursos económicos propios (*ibidem*: 38).

primeras manifestaciones de la oposición ecologista (24). La lucha antinuclear, la oposición a nuevas autopistas y líneas de alta velocidad, las controversias sobre instalaciones de residuos, y tantas otras infraestructuras y equipamientos generan tensiones constantes. En el origen de los enfrentamientos, se advierte la completa falta de reconocimiento de la legitimidad de las posturas opuestas, tanto por parte de las autoridades administrativas, como por quienes reclaman participar. De ahí deriva una escalada de las exigencias, que, primero, se refieren a los procedimientos de toma de decisión; después, a la organización decisora; y finalmente, a la decisión misma.

La respuesta política inicial tendió, ciertamente, a neutralizar los movimientos reivindicativos en la línea *gattopardiana* de que todo cambie para que todo siga igual. La misma creación del Ministerio de Medio Ambiente (1971), sin duda una temprana y relevante novedad francesa en la formalización del interés público de protección del medio ambiente, fue una iniciativa política que dio respaldo a la solución organizativa reclamada en ámbitos científicos y burocráticos, todo ello desconectado inicialmente de las exigencias participativas (25).

Ahora bien, no cabe duda de que algunas funciones públicas son más apropiadas para la participación. El urbanismo fue un primer ámbito propicio para la reclamación y el establecimiento de técnicas participativas que pudieran dar respuesta a los polos de tensión generados por las competencias de las autoridades centrales, regionales y municipales, y también por los intereses de propietarios, empresarios, profesionales y ecologistas, entre otros. Sin embargo, fue la política ambiental la que terminaría liderando el proceso de reivindicación e implantación de las modernas vías de participación como vamos a ver a continuación.

3. La participación ecológica integrada

En el contexto anglosajón, desde la década de 1980 viene produciéndose un importante movimiento de la filosofía política que defiende el modelo de democracia deliberativa. Se trata de un ideal que parte de constatar la incapaci-

(24) Según C. Claeys-Mekdade (2006: 3-4), tras la fase anterior de la aceptación acrítica por la población de las grandes obras públicas, en 1970-1990, se desarrolla el período que la autora denomina de «la oposición ambiental», caracterizado por una dinámica imparable de constitución de pequeñas asociaciones, cuya fuerza deriva precisamente de su pluralidad y su carácter local.

(25) Véase *Aux sources de la création du ministère de l'Environnement* (2013) en *Pour mémoire* (revue du comité d'histoire, ministère de l'Écologie, du Développement Durable et de l'Énergie), núm. especial, donde se recogen las actas de la jornada de estudio organizada por la Association pour l'histoire de la protection de la nature et de l'environnement (París, 16/11/2011).

ciudad de los sistemas democráticos de resolver efectivamente los desacuerdos políticos básicos. Frente a las fórmulas de la negociación o del voto para la toma de decisiones, se propone el uso estratégico de la argumentación por parte de las personas o grupos potencialmente afectados observando una serie de principios que aseguren la igualdad de armas de los participantes (26).

En la experiencia francesa, sin embargo, aunque no faltan aportaciones a los debates de la democracia deliberativa (27), parecen dominar unos planteamientos pragmáticos, generalmente ajenos a las grandes teorías, a veces incluso objeto de experimentación conforme a sencillos esquemas de prueba y error.

El ámbito de preferente aplicación y desarrollo de las técnicas participativas ha sido el relacionado con la problemática ambiental y ello por dos razones al menos: la primera es el carácter transversal u horizontal del medio ambiente, que no se limita a constituir el objeto de una política pública específica, sino que también conforma un objetivo general para muy variados ámbitos de actuación, lo que determina una enorme capacidad de expansión de la participación ambiental (28); la segunda razón tiene que ver con la metodología propia de las decisiones en materia de medio ambiente, que, por la misma incertidumbre que puede afectar al conocimiento científico del objeto analizado en cada caso, requieren la evaluación de su impacto ambiental.

(26) El origen de la doctrina se vincula a J.M. Bessette (1980), «Deliberative democracy. The majority principle in republican government», en R.A. Goldwin & W.A. Chambra (eds.), *How democratic is the Constitution?*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, pp. 102-116. Los fundamentos del modelo suelen encontrarse en J. Habermas (1981), *Teoría de la acción comunicativa*, traducción española de M. Jiménez, Madrid, Taurus, 1987, 517 pp. Entre los primeros desarrollos: J. Elster (1983), *Uvas amargas. Sobre la subversión de la realidad*, traducción española de E. Lynch, Barcelona, Península, 1988, 257 pp.; J. Cohen (1989), «Deliberation and democratic legitimacy», en A. Hamlin & Ph. Petit (eds.), *The good polity: normative analysis of the state*, Oxford, Blackwell, pp. 17-34; J. Bohman (1996), *Public deliberation. Pluralism, complexity and democracy*, Cambridge (Massachusetts), MIT, 320 pp. Véase ampliamente J.L. Martí (2006), *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 359 pp.

(27) Véase A. Bouvier (2007), «Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative», en *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLV, núm. 136, pp. 5-34.

(28) La protección del medio ambiente se configura, desde el punto de vista jurídico, como una finalidad, como un gran objetivo del ordenamiento aplicable a todas las políticas públicas. Así se expresa en el principio de integración ambiental, conforme al cual no se deberá tratar de englobar las diferentes políticas públicas en una sola política ambiental, sino de imprimir un impulso protector del medio ambiente en todos los sectores y líneas de acción pública, sin perjuicio de que, junto a ese objetivo general, se desarrolle la política específica o sectorial del medio ambiente. El principio de integración se establece en el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2007): «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

tal (29). De esta manera, la fuerza expansiva de los objetos considerados y de los procedimientos aplicados, determina un extenso campo propicio para la participación ciudadana.

Una participación amplia, pero con un destacado protagonismo de técnicos de diversa procedencia. La administración ha dejado de disponer de la exclusiva del conocimiento técnico que en otro tiempo podía permitirle adoptar decisiones con el único respaldo de sus propios expertos. Los cuerpos superiores de funcionarios ya no pueden monopolizar el conocimiento aplicado en la toma de las decisiones administrativas, que se encuentra enormemente fragmentado y que frecuentemente no puede ofrecer respuestas claras y unívocas a las cuestiones planteadas. Las asociaciones de empresarios, los sindicatos de trabajadores y las organizaciones ecologistas disponen con frecuencia de sus propios expertos capaces no ya de competir contra los funcionarios especializados, sino de colaborar con estos en la solución de los problemas ambientales.

El enfrentamiento conflictivo propio de la etapa anterior, parece haber dado paso, a lo largo de la década iniciada en 1990, a una participación más integrada, lo que no quiere decir más dócil, sino más vinculada al conocimiento experto de las cuestiones (30). Naturalmente, no estamos ante un movimiento uniforme, sino ante una tendencia, de manera que las nuevas medidas organizativas y procedimentales pueden ser consecuencia de exigencias o planteamientos de organizaciones no gubernamentales que, sin renegar de las propias posiciones, han contribuido a institucionalizar los concretos mecanismos de la participación ciudadana. En todo caso, la variedad de modalidades participativas es característica de las nuevas tendencias de la doctrina francesa como podemos comprobar en algunas aportaciones.

En el estudio del político L. Blondiaux se constata la emergencia de esas nuevas prácticas de democracia participativa para hacer frente a las carencias de las instituciones tradicionales de la democracia representativa (31). No obstante, se analizan las críticas que generan las mismas experiencias participativas: el limitado ámbito local de las iniciativas, el dominio práctico de las

(29) La evaluación de impacto ambiental es una técnica de origen estadounidense que se impuso en la Comunidad Europea por la Directiva 85/337/CEE, del Consejo de 27/06/1985, actualmente regulada en la Directiva 2011/92/UE, de Parlamento Europeo y del Consejo de 13/12/2011, relativa a la evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Véanse los estudios recogidos en *Revue Juridique de l'Environnement* (2011), núm. 5 dedicado a «Évaluation environnementale et gestion de la biodiversité», 184 pp.

(30) Véase C. Claeys-Mekdade (2006: 4-5), que sitúa a partir de 1990 «la participación ecociudadana» instalada en «una lógica de integración de la crítica» caracterizada por un fuerte pragmatismo.

(31) L. Blondiaux (2008), *Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, 109 pp.

competencias retóricas entre los participantes, la instrumentación política o la falta de influencia decisiva en la real toma de las decisiones públicas (32). Críticas que no impiden al autor estimar asegurado el futuro de la participación habida cuenta de las ampliaciones que experimenta el derecho ciudadano de expresión política y también debido a las exigencias generalizadas de rendición de cuentas por los gobernantes (33). Todo ello le lleva a sostener que las exigencias participativas ya no pueden concebirse como un freno de la acción pública, sino como un complemento que obliga a tener en cuenta los puntos de vista de personas de muy variada identidad, a través de debates ciudadanos que se configuran como condición necesaria y útil en la adopción de las decisiones públicas (34).

Sobre el alcance jurídico del principio de participación ambiental cabe destacar la aportación de A. van Lang (35). La autora comienza manifestando la inicial falta de significado preciso del principio en cuestión, lo que explica la generalización de las críticas a sus principales manifestaciones, como la tardía inserción de las encuestas públicas dentro del proceso decisional o el limitado alcance real de los debates públicos (36). Sin embargo, constata que el principio «se ha reforzado de manera espectacular estos últimos años», debido a la incidencia del concepto de desarrollo sostenible, que implica la conciliación entre la protección ambiental, el crecimiento económico y el progreso social, especialmente a través de las técnicas de la gobernanza, que conllevan la ampliación del círculo de actores asociados a la toma de decisiones y la búsqueda sistemática de soluciones de tipo consensual (37).

En verdad, el pujante marco normativo de la participación ambiental en Francia se ha construido por la sucesión de una serie de textos que, con un amplio apoyo político, han formulado las bases de un sistema reforzado en

(32) L. Blondiaux (2008: 58-67). Para el autor, las razones del éxito de la participación estriban en su adecuación para responder a los cambios profundos de nuestras sociedades, cada vez más divididas, más complejas y más necesitadas de mecanismos de conexión entre los individuos y los grupos (*ibidem*: 68).

(33) *Ibidem*: 70-74, donde identifica las grandes modalidades de la democracia participativa: elaboración de presupuestos, debates públicos y jurados ciudadanos.

(34) *Ibidem*: 107.

(35) A. van Lang (2014), «Le principe de participation: un succès inattendu», en *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 43, pp. 1-38. Véanse también los volúmenes colectivos: Conseil d'État (2013), *La démocratie environnementale*. La Documentation Française, 297 pp.; M. Boutelet & J. Olivier, eds. (2009), *La démocratie environnementale. Participation du public aux décisions et politiques environnementales*, Éditions Universitaires de Dijon, 250 pp.

(36) A. van Lang (2014: 2).

(37) *Ibidem*: 3-5; la autora ubica la democracia ambiental dentro de la democracia participativa, considerando que una «versión atenuada» de la misma es el concreto modelo de la democracia deliberativa.

la jurisprudencia. Así, la ley Bouchardieu (1983) inició el importante sistema de encuestas públicas para la realización de grandes obras públicas (38). La Ley Barnier (1995), con el objeto de robustecer la protección ambiental, constituyó la Comisión Nacional del Debate Público concediendo importantes facultades de impulso a las asociaciones (39). Después, el Convenio de Aarhus (1998) consagró el derecho de participación del público en las decisiones sobre el medio ambiente, estableciendo detalladamente su ámbito de aplicación, forma de producirse y efectos derivados (40). La Carta Constitucional del Medio Ambiente (2005) reafirmó el derecho de participación remitiendo la precisión de sus condiciones y límites al legislador, con sensible reducción del poder reglamentario (41). La Ley de aplicación del principio de participación

(38) La Ley 83-630, de 12/07/1983, relativa a la democratización de las encuestas públicas y a la protección del medio ambiente, suele vincularse a la entonces secretaría de Estado de Medio Ambiente Huguette Bouchardieu, en el gabinete de P. Mauroy, durante el primer mandato del presidente Mitterrand. La norma supuso un impulso notable en la concepción y la utilidad de la participación del público en la toma de decisiones de transcendencia ambiental.

(39) La Ley 95-101, de 02/02/1995, relativa al fortalecimiento de la protección del medio ambiente, es conocida con el nombre del ministro de Medio Ambiente M. Barnier, que la promovió durante el Gobierno de E. Balladur, al final ya del segundo mandato del presidente Mitterrand. Se puede decir, pues, que se trata de una ley vinculada en su gestación a la izquierda política francesa, aunque su aplicación dependió de los sucesivos ejecutivos de centro-derecha. Entre los contenidos de la misma, destaca la creación de la Comisión Nacional del Debate Público (art. 2), que ya inicialmente parecía responder al modelo de los órganos independientes, pues: a) presidida por un consejero de Estado, está integrada a partes iguales por representantes políticos, miembros del Consejo de Estado y de las jurisdicciones, y representantes de las asociaciones de protección ambiental; b) actúa a iniciativa ministerial, parlamentaria, regional o de las asociaciones; y c) impone el debate público de proyectos con efectos significativos sobre el medio ambiente organizando comisiones particulares cuyos «balances» gozan de publicidad. En todo caso, la cualidad de autoridad administrativa independiente le fue reconocida formalmente en el art. 134 de la Ley 2002-276, de 27/02/2002, relativa a la democracia de proximidad. Sobre las últimas evoluciones de los debates públicos en la experiencia francesa como vía de democracia participativa en progreso constante, véase Th. Bertrand & J. Marguin (2017), «La notion de participation à l'aune de la protection de l'environnement et de la procédure de débat public», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. 3, pp. 457-493.

(40) Convenio promovido por la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas y aprobado en Aarhus el 25/06/1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en el proceso decisivo y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ratificado por Francia con fecha 08/07/2002 (Ley 2002-285, de 28/02/2002 y Decreto 2002-1187, de 12/09/2002). Véase el conjunto de estudios dedicado al Convenio de Aarhus en *Revue juridique de l'environnement* (1999) núm. especial, 133 pp.

(41) La Ley Constitucional 2005-205, de 01/03/2005, relativa a la Carta del Medio Ambiente, fue elaborada a iniciativa del presidente Chirac. En su art. 7 dispone: «Toda persona tiene el derecho, en las condiciones y los límites definidos por la ley, de acceder a las informaciones relativas al medio ambiente en poder de las autoridades públicas y de participar

ambiental (2012) incidió en el alcance efectivo de las consultas y debates públicos ampliando las decisiones afectadas y reforzando los procedimientos a seguir (42).

Entre tantas instituciones notables, nuestra atención va a centrarse en dos experiencias nacionales. Ambas importantes por sus dimensiones y trascendencia, reflejo sin duda de una amplia y difusa voluntad colectiva de participación en la toma de decisiones públicas. Diferentes, sin embargo, en su concepción y práctica, hasta el punto de poder configurarse como dos modelos distintos: uno el del proceso *Grenelle* del medio ambiente, donde primaron las técnicas de negociación y concertación; otro el aplicado en la Convención Ciudadana del Clima, que se ajusta a los diseños de la democracia deliberativa. Aquí vamos a tratar de ofrecer las ventajas e inconvenientes, las fortalezas y debilidades de los dos sistemas, que si conllevan importantes intentos de superar las limitaciones de los principios de representación política y jerarquía administrativa, no dejan de plantear interrogantes que afectan a los mismos fundamentos de la democracia y la administración.

II. EL GRENELLE DEL MEDIO AMBIENTE

La primera gran experiencia nacional de participación pública en Francia la encontramos en el proceso *Grenelle* del medio ambiente, que se desarrolló en el período 2007-2012 incluyendo las etapas propiamente participativas, la aprobación de los correspondientes instrumentos legales y la elaboración de los informes de seguimiento. Se trata un conjunto de actuaciones que cuenta con diversas reflexiones sobre sus características y resultados. Expondremos el desarrollo de las actuaciones (1), las fortalezas y debilidades que puede presentar (2) y su caracterización como modelo participativo basado en la negociación (y 3).

en la elaboración de las decisiones públicas que incidan sobre el medio ambiente». Véase el conjunto de estudios dedicado a la Carta Constitucional del Medio Ambiente en *Revue juridique de l'environnement* (2005) núm. especial, 264 pp.

(42) La Ley 2012-1460, de 27/12/2012, relativa a la aplicación del principio de participación del público definido en el artículo 7 de la Carta del Medio Ambiente, se aprobó en los inicios del mandato del presidente Hollande. Sobre su aplicación en la jurisprudencia, véase A. van Lang (2014: 17-25). Téngase en cuenta que estas aperturas participativas gestadas en relación con las decisiones ambientales influyeron en la generalización de técnicas similares para todas las actuaciones administrativas, como se refleja en el Código de las relaciones entre el público y la administración aprobado por Ordenanza 2015-1341, de 23/10/2015, en cuyos arts. L131-1 a L135-2 se regulan las diferentes modalidades de asociación del público en las decisiones tomadas por la administración (consulta abierta por Internet, comisiones administrativas de carácter consultivo y especialmente las encuestas públicas, además del régimen de participación del público en las decisiones locales).

1. Desarrollo de la experiencia

El *Grenelle environnement* fue un proceso convocado por el presidente Sarkozy al inicio de su mandato para cumplir con la promesa electoral de poner en marcha un gran pacto ecológico nacional (43). La denominación procede del lugar donde se trató de poner fin a la crisis de mayo del 68 (44). Es posible que en el ánimo de su promotor político prevaleciera el oportunismo de asumir un protagonismo mediático, lo que puede ayudar a comprender las causas de la decepción de algunos actores ante los resultados finales. Sin embargo, ello no quita significado objetivo al mismo proceso participativo, que, en palabras de M. Prieur, fue «original, largo y complejo», constituyendo «la primera traducción concreta» de las previsiones constitucionales e internacionales en materia de participación ambiental (45).

(43) En la forja del compromiso político ambiental parecen haber concurrido dos impulsos: uno procedente de *Alliance pour la planète*, organización de breve recorrido que inicialmente reunía a más de ochenta entidades a iniciativa de Greenpeace y *Amis de la Terre*, y otro vinculado al popular periodista y candidato a la presidencia N. Hulot. Este último consiguió que varios candidatos en las elecciones de 2007 asumieran un pacto ecológico con diez objetivos de sostenibilidad en materia de economía, energía, agricultura, territorio, transporte, fiscalidad, biodiversidad, salud, investigación y política internacional, además de cinco propuestas concretas: 1) crear el vice-primer ministro encargado del desarrollo sostenible; 2) instaurar una tasa sobre las emisiones de dióxido de carbono; 3) orientar las subvenciones agrícolas conforme a criterios de calidad; 4) sistematizar los procedimientos de la democracia participativa; y 5) desarrollar una política educativa y de sensibilización sobre la ecología y el desarrollo sostenible. Véase D. Boy (2010), «Le Grenelle de l'environnement: une novation politique?», en *Revue française d'administration publique*, núm. 134, pp. 313-314; también los datos ofrecidos en www.fondation-nicolas-hulot.org.

(44) En la crisis del 68, la inicial reacción oficial fue más aparente que real, pero aun así generó una curiosa conformación del lenguaje. Tratando de apaciguar los ánimos, el entonces primer ministro y futuro presidente Pompidou instó a celebrar reuniones con representantes sindicales y empresariales en la sede del Ministerio de Trabajo situado en la calle Grenelle de París y aunque no hay constancia de que se firmara ningún documento, la proclamación de que se iba a proceder a ello bastó para que se hablara de los acuerdos de Grenelle. Pues bien, desde entonces, por anonomasia, el nombre propio del topónimo pasó a usarse, en francés, como un nombre común que identifica genéricamente los grandes procesos de negociación entre distintas partes y aun el resultado de los mismos: se habla, así, de las *Grenelles* del mar, de las ondas, de la caza, de la enseñanza, de la salud, del empleo público y muy destacadamente, del medio ambiente. Para una exposición de este proceso lingüístico, véase D. Barbet (2010), *Grenelle: histoire politique d'un mot*, Presses Universitaires de Rennes, 282 pp.

(45) M. Prieur (2010), «Du Grenelle de l'environnement à la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. especial, pp. 7 y 9. Al valorar el proceso Grenelle, el autor destaca que Francia no había formalizado antes su política ambiental, a diferencia de la Comunidad Europea, que desde 1971 venía aprobando sucesivos programas ambientales (*ibidem*: 7). No obstante, el mismo autor recoge algunos intentos de programación sucedidos en el tiempo (*ibidem*: 8-9): las «cien medidas» del primer ministro J. Chaban-Delmas (1970), la carta de la calidad de vida

El *Grenelle de l'environnement* se desarrolló en dos grandes procedimientos diferenciados: uno de participación social y otro de decisión parlamentaria (46). Existen conexiones e imbricaciones entre ellos, como se advierte en la inserción de un debate parlamentario entre los mecanismos participativos o en la previsión de un comité de seguimiento de los desarrollos legislativos. Sin embargo, la diferenciación puede ser hecha sin que resulte arbitraria y aun siendo consciente de que deja en un cierto limbo el papel del Gobierno, que aparece como promotor, negociador e incluso como árbitro, pero sin que sus procedimientos internos cobren relevancia de cara al exterior.

En el proceso participativo se observaron las siguientes fases a lo largo del año 2007: a) constitución de grupos de trabajo representativos de diferentes colectivos para elaborar propuestas de actuación en las materias asignadas (47); b) realización de consultas, iniciadas con un debate general en el parlamento, seguido de reuniones regionales y una convocatoria nacional, además de la emisión de informes por diversos órganos consultivos y otras organizaciones (48); c) celebración de mesas redondas con la finalidad de

promovida por el presidente Giscard d'Estaing (1978), el informe de M. Barnier propugnando cien medidas nuevas (1989), el plan verde elaborado durante el mandato ministerial de M. Rocard (1990), la creación de la Comisión del Desarrollo Sostenible (1993) y las sucesivas estrategias nacionales de desarrollo sostenible (1997, 2003, 2010).

(46) Para una exposición completa y crítica de las diferentes etapas y vicisitudes del *Grenelle de l'environnement*, véase D. Boy, M. Brugidou, Ch. Halpern & P. Lascoumes (2012), *Le Grenelle de l'environnement: acteurs, discours, effets*, Paris, Armand Collin, 352 pp. En español, véanse: D.J. Vera Jurado & R. Galán Vioqué (2009), «Francia: el proceso *Grenelle* de definición de la política ambiental», en F. López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 169-179; de los mismos D.J. Vera Jurado & R. Galán Vioqué (2011), «Francia: las nuevas referencias constitucionales y los logros del proceso de *Grenelle*», en F. López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 135-147; A. Boto Álvarez (2010), «La puesta en marcha efectiva de *Grenelle de l'environnement* en Francia: balance y perspectivas», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, pp. 1-32.

(47) Se constituyeron seis grupos de trabajo encargados de: a) cambio climático y energía; b) biodiversidad; c) salud y medio ambiente; d) producción y consumo sostenibles; e) democracia ecológica; y f) desarrollo ecológico favorecedor del empleo y la competitividad. Cada grupo se componía de 40 a 60 personas en representación de los cinco colectivos (Estado, colectividades locales, organizaciones no gubernamentales, empresarios y trabajadores), llegando a un total de unos 350 participantes. Elaboraron sus informes entre los meses de julio y septiembre de 2007.

(48) El debate general parlamentario se recoge en el acta de la sesión de la *Assemblée Nationale* de 03/10/2007 partiendo de una declaración del ministro de Estado J.L. Borloo, ministro de Ecología, Desarrollo y Ordenación Sostenibles. Las consultas regionales fueron organizadas por los prefectos en 18 ciudades medias en 05-19/10/2007. La consulta nacional se desarrolló por Internet el 14/10/2007. Se emitieron variados informes por órganos consultivos, y organizaciones profesionales y empresariales.

ofrecer conclusiones (49); y d) formación de comités operativos encargados de precisar los contenidos del proceso (50).

A continuación, se desenvolvió el proceso legislativo, que trataba de llevar a cabo una traducción normativa de los resultados obtenidos en las etapas participativas. Los contenidos más destacados fueron los siguientes: a) en la cima ha de situarse la denominada Ley *Grenelle I*, de alto contenido programático, pues en ella se establecieron los objetivos generales de las reformas ambientales, logrando un alto consenso parlamentario (51); b) siguió la Ley *Grenelle II*, que incluyó un complejo conjunto de reformas legales generando ya amplio disenso político (52); c) paralelamente, se adoptaron algunas previ-

(49) Con vocación ampliamente negociadora, cuatro mesas redondas se celebraron públicamente en 24-25/10/2007, integradas por representantes de los cuatro colectivos (asociaciones, trabajadores, empresarios y colectividades territoriales) y los ministros directamente implicados por razón de la materia, publicándose las conclusiones respectivas en la Web del Ministerio de Ecología, Desarrollo y Ordenación Sostenibles.

(50) Se constituyeron 30 comités operativos sobre materias detalladas, en cuya composición prevalecían los representantes del Estado (45% de los puestos) y de los empresarios (25% de los puestos).

(51) Ley 2009-967, de 03/08/2009, de programación relativa a la aplicación del *Grenelle* del medio ambiente. Fue aprobada casi por unanimidad de las fuerzas políticas parlamentarias. En ella se adoptó el gran compromiso nacional de lucha contra el cambio climático, que vertebraba buena parte de los contenidos de la misma ley. Recuérdese que, en el período 2008-2012, aunque estaba en ejecución el protocolo de Kyoto (1997), ya se planteaban las incógnitas sobre los compromisos internacionales a asumir con posterioridad, lo que no empezaría a encauzarse hasta el acuerdo de París (2015). De cualquier manera, en la Ley *Grenelle I* el Estado francés adoptó un total de 268 objetivos, entre los que cabe destacar los siguientes: a) una notable reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, que había de dividirse por cuatro en el horizonte del año 2050; b) la puesta en marcha de la *taxe carbone*, un tributo sobre las emisiones de dióxido de carbono; c) la aplicación de una política territorial para la protección de la biodiversidad y la preservación del medio ambiente natural; y d) la prevención de los riesgos para el medio ambiente y la salud.

(52) Ley 2010-788, de 12/07/2010, relativa al compromiso nacional por el medio ambiente. Se trata de un texto largo y complejo en el que se precisaron las medidas tendentes a alcanzar los objetivos previamente establecidos en la ley anterior, estructurados en torno a seis grandes ámbitos: construcción, transportes, energía, biodiversidad, residuos y gobernanza ambiental. Numerosas previsiones y novedades se incorporaron, así, al acervo legislativo ambiental: desarrollo de la construcción de viviendas conforme a la norma BBC (*bâtiment basse consommation*), tratamiento de la precariedad energética, creación de las tramas verde y azul uniendo los espacios naturales a fin de permitir la conectividad ecológica, promoción de la agricultura ecológica, limitaciones en el uso de pesticidas, regulación de los organismos genéticamente modificados, establecimiento de criterios tributarios promoviendo los vehículos menos contaminantes (*taxe bonus-malus*), desarrollo del etiquetaje energético y otras cuestiones. También se promovió la realización de importantes infraestructuras y equipamientos como la construcción de líneas ferroviarias de alta velocidad o las instalaciones de energías renovables. Para una valoración crítica, véase Ph. Billet (2010), «De la loi Grenelle 1 à la loi Grenelle 2», en *Revue juridique de l'environnement*, núm. especial, pp. 19-25. Los diversos estudios

siones en materia presupuestaria y financiera conformando una suerte de Ley *Grenelle III* (53); y d) finalmente, se procedió a la creación de un *comité de seguimiento* que pudiera valorar los resultados del entero proceso (54).

2. Fortalezas y debilidades

La singularidad del proceso participativo *Grenelle* consistió en agrupar a una diversidad de actores permitiéndoles diseñar libremente las pautas de actuación sobre los problemas ambientales. En tal sentido, se observa el establecimiento de unas soluciones organizativas y procedimentales que configuran las bases de cierto modelo francés de la participación ambiental. Un modelo cuyos elementos caracterizadores parecen ser los siguientes: a) *gobernanza de cinco*, de manera que en el proceso se integran representantes del Estado, de las colectividades locales, de las organizaciones no gubernamentales, de los empresarios y de los trabajadores; b) *autonomía de los trabajos*, que se desarrollan desde su inicio sin condicionamientos derivados de proyectos previamente elaborados por técnicos vinculados a la administración; c) *publicidad de las actuaciones*, reflejada en el fácil acceso a los datos y documentos generados en el proceso, especialmente por el empleo de las nuevas tecnologías;

recogidos en este volumen de la RJE proporcionan información y criterios sobre las reformas establecidas en materia de edificación, urbanismo, agua e inundaciones (B. Drobenko), transportes (L. Bonbaustier), mar y medio marino (A. Cidores), protección de la naturaleza (Ch. Cans), residuos, riesgos industriales y nanopartículas (Ph. Bille), gobernanza de las empresas y los consumidores (M.P. Blin-Franchomme), publicidad (R. Léost), energía y clima (Ch. Krolitk), encuestas públicas (J.C. Helin) y elaboración de reglamentos (G. Monédiaire). Entre tantas reformas, bajo la óptica jurídica, cabe destacar el reconocimiento del derecho ciudadano a participar en la elaboración de los textos reglamentarios, que se incorporó al art. L 120-1 del Código del Medio Ambiente.

(53) Ley 2008-1425, de 27/12/2008, de presupuestos para 2009; Ley 2008-1443, de 30/12/2008, modificadora de presupuestos para 2008. En la Ley 2009-1673, de 30/12/2009, de presupuestos para 2010, se regulaba la tasa de carbono que, sin embargo, fue declarada inconstitucional por decisión del Consejo Constitucional 2009-599, de 29/12/2009, debido al excesivo número de exenciones que contemplaba.

(54) Por Decreto 2010-370, de 13/04/2010, se constituyó el *Comité nationale du développement durable et le Grenelle de l'environnement*, integrado por 41 miembros repartidos conforme al modelo de *gouvernance à cinq*. Mediante Decreto 2013-753, de 16/08/2013, fue sustituido por el *Conseil national de la transition écologique*. Téngase en cuenta que, con anterioridad, por la Ley constitucional 2008-724, de 23/07/2008, el *Conseil économique et social* fue transformado en *Conseil économique, social et environnemental*, lo que explica su informe final sobre el proceso *Grenelle* del medio ambiente: CESE (2012), *Bilan du Grenelle de l'environnement. Pour un nouveau élan*, Journal Officiel de la République Française, 71 pp. En su informe, el CESE pondera la *gouvernance à cinq* y propugna, no sólo mantener los resultados del proceso original, sino incluso relanzarlo con fundamentos renovados en una economía verde que pueda generar un desarrollo sostenible. Parece que es el canto del cisne del *Grenelle environnement*.

d) *favorecimiento de las negociaciones* que permitan establecer soluciones a las cuestiones ambientales pactadas con los grupos sociales y políticos representados; y e) *efectividad de la participación*, puesto que no sólo se pretende consultar a representantes de colectivos, sino que desde el principio está claro que se persigue establecer objetivos de las políticas públicas y normas con las que afrontar los problemas detectados.

Ciertamente, pueden generarse dudas sobre la consistencia y alcance de esas características: a) se desconocen los criterios aplicados para seleccionar a las organizaciones participantes y designar a sus representantes; b) en la fórmula de la *gouvernance à cinq* se privilegia a empresarios, trabajadores y ecologistas en detrimento de colectivos profesionales y rurales; c) incluso cabe constatar que el original planteamiento de las cinco partes representadas fue diluyéndose en las sucesivas fases del proceso en favor de los agentes estatales (55); d) la misma existencia y desde luego el grado de vinculación del Gobierno y del Parlamento a los resultados del proceso participativo fueron aspectos rodeados de incertidumbre; e) en bastantes representantes del movimiento asociativo persiste la decepción por los defectos observados en los procedimientos seguidos y por la escasa envergadura que se atribuye a las reformas producidas; y f) finalmente, el desarrollo de los acontecimientos puede invitar a la vinculación del proceso *Grenelle* con el período presidencial en el que se desarrolló, de manera que a fines de 2012 se podía considerar terminado.

Todo eso es cierto. Las críticas ácidas se han prodigado, especialmente por parte del movimiento ecologista (56). Cuestiones importantes fueron orilladas, como las relacionadas con la energía nuclear, los organismos genéticamente modificados o la ecotasa sobre el transporte. No obstante, la experiencia del *Grenelle* ambiental permite identificar la puesta en marcha de un conjunto de procedimientos de participación ambiental propiamente franceses.

3. Un modelo de negociación

Conforme a la tesis de D. Boy (2010), las raíces del proceso se remontan a las tradiciones propias de la administración consultiva, a los procedimientos

(55) En la inicial constitución de los grupos de trabajo se advertía una distribución equilibrada de los diferentes colectivos e incluso una presencia reforzada de las organizaciones no gubernamentales, que ocupaban el 26% de los puestos, frente al 19% correspondiente a los representantes estatales. Sin embargo, conforme avanzaban los trabajos, los representantes estatales iban adquiriendo protagonismo, llegando a corresponderles, en la fase final de los comités operativos, el 45% de los participantes. Véanse los cálculos que ofrece D. Boy (2010: 316-317).

(56) Véase, por ejemplo, S. Kerchoue (2010), *Grenelle de l'environnement: l'histoire d'un échec*, Gap, Yves Michel, 128 pp.

de consulta locales relacionados con el medio ambiente y a la búsqueda de legitimación de decisiones políticas controvertidas, aunque todas esas fuentes conforman para el autor una «síntesis original» en el proceso *Grenelle* (57). El mismo incluye la experiencia dentro de las modalidades de la democracia deliberativa, si bien subraya que no puede considerarse dirigida a la sociedad en general, sino a una parte de la sociedad civil organizada y en todo caso conducida por los agentes del Estado (58). El análisis de las encuestas desarrolladas le permite afirmar que «la imagen social del *Grenelle* se ha consolidado y el público parece confiar en este proceso para hacer las políticas de medio ambiente más eficaces», llegando, así, a calificar el proceso de «acontecimiento mayor en la historia de las políticas ambientales en Francia» (59).

A mi juicio, no estamos ante mecanismos que puedan ser considerados, ni exclusiva ni preponderantemente, como manifestación de las fórmulas anglosajonas de la democracia deliberativa. El debate, la argumentación y el razonamiento por parte de representantes de diversos colectivos son elementos sin duda presentes en el proceso. Ahora bien, no parecería adecuado circunscribir el *Grenelle* a una suerte de búsqueda del mejor, más sólido, más exacto o más justo discurso lógico, pues la participación a la francesa, en este caso al menos, comprende también importantes dosis de negociación sobre la base de los intereses representados. Además, en los desarrollos normativos finales, se acepta la preferencia de las decisiones técnicas, especialmente de las vinculadas a la burocracia del mérito y la capacidad, así como, en última instancia, se imponen y prevalecen las decisiones políticas adoptadas por los poderes ejecutivo y legislativo.

III. LA CONVENCIÓN CIUDADANA DEL CLIMA

La segunda gran experiencia francesa de participación nacional que vamos a referir es la vinculada a la Convención Ciudadana del Clima, cuyas actuaciones se han producido en el período 2019-2021. Al igual que en el proceso *Grenelle*, se identifica un primer tiempo de realización de propuestas ciudadanas y un segundo de desarrollo legislativo. Sin embargo, las similitudes terminan ahí, pues en la fórmula de la Convención se descarta la gobernanza vinculada a los diferentes colectivos, optando por la constitución de una asamblea representativa de la misma sociedad francesa, que habría de expresar los objetivos políticos generales en la lucha contra el cambio climático. Nos interesa reflexionar sobre los criterios aplicados en su formación y los resultados obtenidos (1), lo que nos permitirá valorar la solidez de los fundamentos de la

(57) Véase D. Boy (2010: 318-320).

(58) *Ibidem*: 321-322.

(59) *Ibidem*: 324.

fórmula participativa (2), para terminar sosteniendo su calidad como modelo deliberativo de participación (y 3).

1. Formación y resultados

El movimiento de los chalecos amarillos ejerció gran presión sobre el presidente Macron, que se vio obligado a reaccionar ofreciendo vías de salida a las tensiones generadas (60). Una de las medidas adoptadas fue la convocatoria del llamado gran debate nacional, entre cuyas propuestas figuraba la designación por sorteo de un grupo de personas representativo de la ciudadanía francesa y encargado de establecer las pautas de la lucha contra el cambio climático (61).

Tal fue el origen de la Convención Ciudadana del Clima, constituida con carácter temporal por el Gobierno, dentro del Consejo Económico, Social y Ambiental, atribuyéndole la misión de «definir las medidas estructurales para llegar, dentro de un espíritu de justicia social, a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al menos un 40 por ciento de aquí a 2030 por relación a 1990» (62).

(60) Sobre el movimiento de los chalecos amarillos (*gilets jaunes*) en el período 2018-2019, véase J. Confraveux, ed. (2019), *Le fond de l'air est jaune. Comprendre une révolte inédite*, Paris, Seuil, 224 pp.

(61) El gran debate nacional fue anunciado por el presidente de la República el 14/12/2018, para desarrollarse en 15/01-15/03/2019, aunque finalmente se prolongó hasta junio 2020. Consistió en una variada realización de actividades: reuniones, cuestionario *on line*, asambleas regionales de ciudadanos designados por sorteo y cuadernos de peticiones en los ayuntamientos. Se calcula que pudo llegar a implicar a dos millones de participantes. Para su régimen jurídico, véanse: Decreto 2019-23 de 14/01/2019, instituyendo una misión de organización y coordinación del gran debate nacional; Decreto 2019-61, de 31/01/2019, instituyendo un colegio de garantes del gran debate nacional. En la doctrina, véanse: E. Buge & C. Morio (2019), «Le grand débat national, apports et limites pour la participation citoyenne», en *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 5, pp. 1205-1238, quienes ofrecen diversos datos sobre los niveles de participación en el gran debate nacional (*ibidem*: 1211-1214); estiman que se trata de una experiencia «inédita» y la valoran como de carácter híbrido al presentar rasgos de las consultas ciudadanas, de los debates deliberativos y de las reivindicaciones populares (*ibidem*: 1209, 1220, 1238); también P. Perrineau (2020), «Le grand débat national: la démocratie participative à grande échelle», en *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, núm. 175, pp. 113-129, quien considera que el debate aporta la novedad mundial de una experiencia de democracia participativa a gran escala, aunque juzga «modestos» sus efectos reales sobre la vida política francesa.

(62) Véase la *lettre de misión* dirigida por el primer ministro E. Philippe al Consejo Económico, Social y Ambiental (CESE por sus siglas en francés) el 02/07/2019 (www.conventioncitoyennepourleclimat.fr). Para un resumen de experiencias comparadas en la materia, véase S. ACOSTA, coord. (2020), *Asambleas ciudadanas: el poder de la participación social en la acción climática*, Madrid, Conama, pp. 15-25.

La Convención estuvo formada por 150 ciudadanos seleccionados conforme a un procedimiento inicialmente de tipo aleatorio (63). Así, por sorteo se estableció una base de 300.000 números de teléfono (85% móviles y 15% fijos), que fueron empleados para los contactos encaminados, primero, a lograr el consentimiento de los titulares y, segundo, a aplicar determinadas cuotas de género, edad, nivel educativo, categoría socio-profesional, vecindad y zona geográfica. Se trata, por tanto, de un procedimiento voluntario, lo que parece favorecer la presencia de personas participativas y motivadas por la temática (64).

El CESE asumió la logística de los trabajos de la Convención contando con un presupuesto que permitió asumir gastos e indemnizaciones (65). La organización corrió a cargo de un amplio comité de gobernanza dotado de autonomía funcional (66). Adicionalmente, para asegurar la plena libertad de los trabajos, se constituyó un colegio de tres garantes designados por los presidentes del propio CESE y de las dos cámaras parlamentarias (67).

(63) Para un detallado análisis de los procedimientos de selección aplicados, véase: J.M. Fourniau, B. Apouey & S. Tournus (2020), «Le recrutement et les caractéristiques des 150 citoyens de la Convention citoyenne pour le climat», en www.participation-et-democratie.fr, 21 pp. En realidad, por razones prácticas, terminó seleccionándose a 165 titulares incluyendo a los suplentes (*ibidem*: 4), aunque se conservó la referencia a los 150 por considerarla un «símbolo» (*ibidem*: 6).

(64) La voluntariedad se advierte realmente en el dato de que 9 de cada 10 personas contactadas por teléfono colgaban al informarles del objeto de la llamada. En realidad, se hicieron 96.500 llamadas telefónicas (o mensajes SMS), que fueron respondidas por 11.400 personas, de las cuales 700 no eran elegibles y 6.600 rechazaron participar, quedando 4.100 ciudadanos a los que se aplicaron los criterios de selección para reclutar a 191 personas (150 titulares y 40 suplentes). Todos los datos en J.M. Fourniau, B. Apouey & S. Tournus (2020: 3).

(65) El presupuesto final de la Convención ascendió a 5.431.223 euros, destinados a los costes de expertos, gestión, comunicaciones, dinamización, logística, indemnizaciones, sorteo y compensaciones de carbono. El CESE asumió los costes de desplazamiento, estancia y guarda de niños de los miembros de la Convención, quienes recibieron una compensación por la participación en cada sesión equivalente a la prevista para los jurados (86,04 €/día, con un máximo total de 1.462 €), además de una indemnización por pérdida de rentas de trabajo (10,03 €/hora). Todos los datos en www.conventioncitoyennepourleclimat.fr.

(66) En la carta de encargo del primer ministro de 02/07/2019 se dejaba amplio margen al CESE para formar el comité de gobernanza, al que se encargaba asegurar el desarrollo de la Convención, proporcionarle apoyo para elaborar el programa de trabajo, supervisar su ejecución, establecer el reglamento de régimen interior y definir los métodos a seguir. El comité estuvo presidido por los directores de la Fundación Terra Nova y de la Fundación Europea para el Clima, integrándolo expertos en materia de clima (3) y democracia participativa (3), representantes del ámbito económico y social (4), personalidades designadas por el Ministerio (2) y miembros variables de la Convención designados por sorteo (2), actuando como relator general el vice-presidente del CESE. Pueden consultarse todos los datos en www.conventioncitoyennepourleclimat.fr.

(67) En la carta de encargo del primer ministro de 02/07/2019 se sugería esa composición del colegio de garantes para vigilar el desarrollo de los trabajos de la Convención con arreglo a los principios de imparcialidad y sinceridad.

Desde el punto de vista técnico, los miembros de la Convención pudieron disponer de variados asesoramientos conformados siempre a iniciativa del comité de gobernanza: a) el *grupo de apoyo* compuesto de quince expertos, que aconsejaba sobre los trabajos a desarrollar y las propuestas a adoptar; b) el *comité legislativo* integrado por seis funcionarios y juristas, que indicaba la formulación en términos jurídicos apropiados de las medidas preparadas por la misma Convención; c) los *intervinientes* en las sesiones formativas, procedentes de administraciones públicas, universidades, empresas, asociaciones, fundaciones y otros; d) los *verificadores* proporcionados por varios centros de investigación a disposición de los miembros de la Convención; y e) los *animadores* de las sesiones, profesionales en promover el diálogo ciudadano, que se vinculaban a las consultoras contratadas al efecto. El cuadro se completaría con la treintena de *observadores* acreditados, que pudieron presenciar el desarrollo de las sesiones de la Convención (68).

Los trabajos se desarrollaron a lo largo de siete fines de semana entre octubre de 2019 y junio de 2020. Una buena parte de las sesiones estuvo dedicada a formar a los miembros de la Convención, que recibieron informaciones y criterios relacionados con su misión por parte de los *intervinientes* y los *verificadores*. Se constituyeron cinco grupos de trabajo en torno a las temáticas del alojamiento, el desplazamiento, la alimentación, el consumo, la producción y el trabajo. Los *animadores* dinamizaron las actividades con el objetivo de que todos los miembros participaran efectivamente en los debates, lo que se propiciaba mediante la preparación en grupos pequeños de las reuniones plenarias. Las proposiciones adoptadas, con el auxilio del *grupo de apoyo* y el *comité legislativo*, fueron siempre precedidas de la argumentación, el razonamiento y la discusión (69).

Las propuestas finales se adoptaron formalmente en la última sesión de la Convención y merecieron un voto global ampliamente favorable (70). No

(68) Todos los datos en www.conventioncitoyennepourleclimat.fr.

(69) Todos los datos en www.conventioncitoyennepourleclimat.fr.

(70) Véase *Convention Citoyenne pour le Climat* (2021), *Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat*, informe adoptado formalmente el 21/06/2020, versión corregida de 29/01/2021, 460 pp. El texto puede encontrarse en www.propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr. El resultado de la votación sobre el conjunto del informe fue: 95% a favor, 5% en contra. En general, se observa un alto grado de consenso en las votaciones de las diferentes propuestas, alcanzando casi siempre porcentajes de votos favorables del 95% e incluso superiores al 98%. No obstante, algunos supuestos resultaron más conflictivos, como el relativo al establecimiento de una velocidad máxima de 110 km/h en autopistas, tan ampliamente aireado en los medios de comunicación, que tuvo un porcentaje de votos positivos del 59,7%, frente al 40,3% de votos negativos (*ibidem*: 183); por cierto, esta medida fue una de las tres explícitamente rechazada por el presidente Macron, junto con las relativas a la reforma del preámbulo constitucional y la limitación de los beneficios empresariales, que también fueron excluidas (*declaraciones Le Monde*, 29/06/2020).

es fácil, ni desde luego entretenido, seguir los contenidos, aunque estos se presentan muy bien organizados en las seis temáticas indicadas, que se dividen en familias de objetivos, incluyendo las explicaciones o motivaciones determinantes. Adicionalmente, las propuestas pueden ir acompañadas de dos intervenciones ajenas a los convencionales: a) una evaluación de su impacto sobre el objetivo general de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, que se lleva a cabo por el grupo de apoyo; y b) una reelaboración de las partes del texto que debieran ser suprimidas, así como de las adiciones procedentes, conforme al criterio del comité legislativo (71).

Se trata de un conjunto articulado, pero complejo, de criterios y propuestas, que implican un recorrido exhaustivo por el ordenamiento jurídico, en el que habrían de introducirse reformas de muy variado signo, unas ciertamente importantes y significativas, otras quizá no tanto. Algunas podrían ser adoptadas por el ejecutivo mediante la adopción del correspondiente reglamento, otras requerirían seguir el procedimiento legislativo y, en fin, encontramos también propuestas de modificación de la misma Constitución de la República. Tan importante alcance de las propuestas de la Convención merece alguna reflexión.

2. Perplejidades

La Convención Ciudadana del Clima, como luego procuraré defender, es un novedoso e importante ejercicio de participación ciudadana de carácter deliberativo y de ámbito nacional. Ha permitido la expresión de criterios que pueden servir para vertebrar una política pública de gran trascendencia. Sin embargo, tanto su formación, como su actuación y sus propuestas generan amplios interrogantes, que quizá podamos condensar en torno a dos conjuntos de cuestiones: el primero es de tipo estructural y el segundo atañe a la funcionalidad de la experiencia.

Por una parte, se plantea, en efecto, el alcance que ha de darse a las deliberaciones de la Convención en relación con el grado de agotamiento del sistema político francés y la necesidad incluso de sustituirlo por una democracia deliberativa. En tal sentido, si atendemos a la presentación de algún autor, la Convención Ciudadana del Clima sería una suerte de «Francia en miniatura», más representativa de la diversidad de la sociedad francesa que el parlamento y en consecuencia, más apta para remediar las graves carencias que se asegura existen en los mecanismos representativos y la legislación aplicable (72).

(71) Véase *Convention Citoyenne pour le Climat* (2021:11).

(72) Véanse: F. Gougou & S. Persico (2020), «Décider ensemble. La Convention citoyenne pour le climat et le défi démocratique», en *La vie des idées*, 29/05/2020, pp. 1-11, quienes comparan la composición social de la Convención con la de la Asamblea Nacional,

Un colectivo, por añadidura, libre de ataduras ideológicas y de compromisos diferentes de la búsqueda objetiva del interés público (73).

No han dejado, sin embargo, de expresarse valoraciones doctrinales diferentes, poniendo de relieve los límites de la representatividad atribuida a la Convención (74): a) la constitución por sorteo no otorga directamente carácter representativo (75); b) los criterios demográficos adoptados para designar a los miembros pueden resultar inadecuados e insuficientes (76); c) particularmente, destaca la falta de representación de las opiniones de la población, (77); y d) los debates tuvieron en la práctica un limitado alcance contradictorio (78).

Desde luego, parece ha de ser descartada toda pretensión de sustituir la supuestamente «agotada» democracia representativa francesa por una democracia deliberativa ejercida por ciudadanos sin ideología. La Convención implica una relación directa del presidente de la República con la ciudadanía cuyos efectos prácticos se limitan al plano de la opinión pública y de ejercicio del derecho de sufragio. No resulta viable intentar establecer ninguna vinculación efectiva entre el parlamento surgido de las elecciones libres y la asamblea de ciudadanos formada siguiendo criterios demográficos.

concluyendo que la primera ha permitido la representación de grupos sociales que están ausentes o netamente infra-representados en la segunda (*ibidem*: 3-4); también N. Stirn (2021), «Le nouvel élan participatif de la Convention citoyenne pour le climat et ses répercussions sur la procédure de révision de la Constitution», en *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 127, pp. 147-173, que parece simplemente informar de los criterios citados sobre la representatividad de la Convención (*ibidem*: 148-149). En la propia Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 8), sus miembros aseguran formar «una imagen de la sociedad francesa capaz de representarlos» (a las francesas y a los franceses).

(73) Véase L. Blondiaux (2020), «La délibération au cœur de la convention citoyenne» [entrevista], en *Diagonal*, núm. 209, pp. 17-19, quien destaca el carácter «inédito e incomparable» de la Convención (*ibidem*: 17), cuyos componentes habrían buscado siempre situarse «en el plano del interés general», actitud que se presenta «en contraste con las asambleas parlamentarias» (*ibidem*: 18).

(74) D. Courant (2020), «La Convention citoyenne pour le climat. Une représentation délibérative», en *Revue Projet*, núm. 378, pp. 60-64.

(75) *Ibidem*: 60-61, donde el autor explica que estadísticamente sería necesario contar con un panel más amplio, de alrededor de mil ciudadanos, para que todas las categorías sociales estuvieran reflejadas, además de configurarse la participación con carácter obligatorio, condiciones que no se dieron en la Convención Ciudadana del Clima.

(76) *Ibidem*: 61, donde se constata que los criterios aplicados en la selección de los miembros de la Convención no incluyen, por ejemplo, el relativo a la raza comúnmente empleado en los países anglosajones para este tipo de experiencias.

(77) *Ibidem*: 61-62, subrayando que más del 80% de los miembros de la Convención han declarado «pensar en la ecología» a menudo o siempre.

(78) *Ibidem*: 62, donde el autor pone de relieve, tanto el carácter abierto y complejo de la problemática del cambio climático, cuanto la ausencia de conflictividad en las orientaciones proporcionadas por los expertos a los miembros de la Convención.

El segundo gran interrogante que plantea la Convención Ciudadana del Clima es el relativo a los contenidos materiales afectados por sus trabajos. Conviene, en efecto, plantear la funcionalidad de los mismos, habida cuenta de que su punto de partida se encuentra en la afirmación de la supuesta ineficacia del ordenamiento vigente para garantizar la protección del medio ambiente y específicamente para combatir el cambio climático (79).

¿Es esto así, es decir, dispone Francia de un desastroso Derecho ambiental, preciso de cambios esenciales? Si fuera pertinente, quien esto escribe respondería negativamente, tanto por el sólido marco que ofrece la política ambiental de la Unión Europea, como por la trascendencia de las aportaciones genuinamente francesas en la materia. No obstante, entendiendo que no es el criterio personal del autor lo relevante, cabe intentar comprobar en qué medida los resultados ofrecidos por la Convención avalan la propia imagen de suministradora de los cuidados mínimos requeridos por la urgencia climática.

Las dos propuestas de reforma constitucional hechas por la Convención parecen adecuadas para calibrar el significado material que estamos buscando. En una se propone añadir en el preámbulo de la Constitución republicana una especial prevalencia de la preservación del medio ambiente sobre los derechos humanos (80). En la otra se pretende reforzar la responsabilidad de Francia en materia ambiental asumiendo un compromiso de conservación de la biodiversidad, del medio ambiente y de lucha contra el cambio climático (81).

Ambas iniciativas han resultado problemáticas y han terminado siendo descartadas conforme a criterios y razones de peso. La modificación del preámbulo constitucional fue inmediatamente rechazada por el presidente de la República al entender que cuestionaba la primacía de los derechos humanos

(79) Véase *Convention Citoyenne pour le Climat* (2021: 13), donde se afirma que los trabajos desarrollados han permitido «descubrir numerosas iniciativas y leyes existentes para preservar el medio ambiente», pero al mismo tiempo se asegura que «por diversas razones eso no funciona», al parecer porque se trata de reglas no aplicadas ni respetadas. Son intuiciones, no constataciones.

(80) *Convention Citoyenne pour le Climat* (2021: 414), donde se propone que el compromiso del preámbulo de la Constitución de 1958 con los derechos del hombre, los principios de la soberanía nacional y los derechos y deberes ambientales, vaya seguido de un nuevo párrafo declarando: «La conciliación de los derechos, libertades y principios que de ahí se derivan no puede comprometer la preservación del medio ambiente, patrimonio común de la humanidad». El planteamiento coincide con el de la enmienda 328 al proyecto de Ley constitucional 911, de 09/05/2018, por una democracia más representativa, responsable y eficaz, que fue retirado con fecha 29/08/2019.

(81) *Convention Citoyenne pour le Climat* (2021: 416), donde se propone incluir un nuevo párrafo en el art. 1 de la Constitución: «La República garantiza la conservación de la biodiversidad, del medio ambiente y lucha contra el cambio climático».

estableciendo una jerarquía improcedente entre las reglas constitucionales (82). Por su parte, la propuesta de incluir las funciones conservacionistas en el texto fundamental fue asumida en el correspondiente proyecto de ley constitucional, pero al condicionarse en el Senado a lo establecido en la Carta Constitucional del Medio Ambiente, la iniciativa fracasó (83). De esta manera, el referéndum previsto como culminación y legitimación de los trabajos de la Convención Ciudadana del Clima parece que no va a tener lugar (84).

3. Un modelo de deliberación

Los trabajos de la Convención ofrecen útiles y atractivas propuestas bien argumentadas en sus fundamentos. Ahora bien, junto a ellas, encontramos asimismo declaraciones y pretensiones que pueden resultar discutibles, enig-

(82) Declaraciones del presidente Macron, *Le Monde*, 29/06/2020. Imponer una completa subordinación de los derechos humanos a las exigencias de protección del medio ambiente plantea incógnitas no fáciles de solucionar habida cuenta de la variedad, tanto de las situaciones subjetivas que pueden resultar afectadas, como de las medidas de protección ambiental implicadas. El Consejo Constitucional, ciertamente, se ha mostrado receptivo a planteamientos progresistas en esta materia, empleando incluso conceptos muy cercanos a los utilizados en la propuesta de modificación del preámbulo constitucional que estamos refiriendo. Así, en su decisión 2019-823, de 31/01/2020 (*caso de los productos fitosanitarios*), dedujo del preámbulo de la Carta Constitucional del Medio Ambiente que «la protección del medio ambiente, patrimonio común de los seres humanos, constituye un objetivo de valor constitucional», un objetivo que podía incluso justificar ciertas restricciones de los derechos y libertades como las impuestas a la libertad de empresa en el caso analizado. No obstante, en la decisión 2020-809, de 10/12/2020 (*caso de los productos fitosanitarios para la remolacha azucarera*), el mismo Consejo Constitucional prudentemente precisó que los límites establecidos por el legislador en el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud (art. 1 de la Carta Constitucional del Medio Ambiente), «no podrían dejar de observar las exigencias constitucionales, ni de justificarse en un motivo de interés general, ni de ser proporcionales al objetivo perseguido».

(83) Véase el proyecto de ley constitucional 3787, de 20/01/2021, completando el artículo 1 de la Constitución y relativo a la conservación del medio ambiente, donde se asumía la propuesta de la Convención Ciudadana del Clima. El texto resultante de la segunda lectura en la Asamblea Nacional (22/06/2021) coincidía sustancialmente con el proyecto gubernamental, mientras que el salido de la segunda lectura en el Senado (05/07/2021) precisaba que el compromiso conservacionista había de tener lugar «en las condiciones previstas en la Carta del Medio Ambiente». La divergencia entre las cámaras determinó el anuncio de la retirada del proyecto por el Gobierno (06/07/2021). Cabe indicar que en el informe del Consejo de Estado (401868, de 14/01/2021) se había advertido que «el principio de protección del medio ambiente ocupa ya el más alto lugar en la jerarquía de las normas» tras su inscripción en la Carta Constitucional del Medio Ambiente, «parte integrante del bloque de la constitucionalidad» (punto 4).

(84) Véanse las razones que proporcionan a favor del referéndum constitucional en materia de cambio climático: N. Stirn (2021: 163-172); F. Gougou & S. Persico (2020: 6-11); D. Courant (2020: 64).

máticas e incluso ingenuas (85). Es lógico que sea así, dada la composición del órgano y la metodología seguida en sus labores.

Sin embargo, esa variedad de contenidos, que afecta a la calidad y a la oportunidad de los resultados ofrecidos, nos permite relativizar el alcance que haya de darse a los mismos. No cabría asumirlos ni como reformas ineludibles, ni tampoco como necesarias, ni siquiera, en algunos casos, como plausibles. Los énfasis manifestados por el presidente de la República en relación con los efectos derivados de la Convención tienen un exclusivo alcance político, que habrá de medirse en términos de satisfacción del electorado. No pueden considerarse como compromisos jurídicamente vinculantes, ni para el mismo presidente, ni por supuesto para el parlamento, que fue ajeno al diseño de la operación.

La falta de obligatoriedad para los poderes públicos no significa, sin embargo, falta de compromiso. En tal sentido, cabe subrayar que las exigencias de los procesos deliberativos no sólo se han cumplido en el desarrollo razonado de los trabajos de la Convención. También después, en la respuesta del presidente y del parlamento, advertimos la continuidad de los debates. El método de toma de decisión basado en el razonamiento parece haber continuado para rechazar, corregir, ponderar o asumir las propuestas surgidas del proceso de participación ciudadana (86).

Si despojamos a la Convención de las pretensiones o las posibilidades de sustituir a la democracia representativa, encontraremos una experiencia pionera, innovadora y atractiva de participación ciudadana en la definición de la política pública del clima. Una fórmula que permite completar, ampliar y mejorar el sistema político francés presentándose como un modelo de deliberación.

(85) No siempre es evidente la relación de muchas de las propuestas de la Convención con la misión que le fue encomendada, que era encontrar las vías adecuadas para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. En el mismo informe de la Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 11) encontramos confirmación del carácter disperso de sus propuestas, dado que el grupo de apoyo otorgó a cada una de ellas una calificación, conforme a una escala de implicación con el objetivo de reducción de emisiones que podía ir del máximo de tres estrellas a la categoría de «no evaluable».

(86) Entre los efectos de la Convención Ciudadana del Clima, destaca la llamada Ley de Clima y Resiliencia, Ley 2021-1104, de 22/08/2021, relativa a la lucha contra el cambio climático y de refuerzo de la resiliencia frente a sus efectos, cuyo proyecto de Ley 3875, de 10/02/2021, fue objeto de detallados debates recogidos en las actas parlamentarias, de manera que en ningún modo cabría valorar como estériles las propuestas formuladas en la Convención; véase E.M. Álvarez González & M. Moreno Linde (2021), «Francia y su agenda por el clima en la época Macron», en G. García-Álvarez & otros (coords.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2021*, Madrid, CIEMAT, pp. 267-285. Al margen quedan la creación de una autoridad independiente para la defensa ambiental y la transformación del CESE en Cámara de la Participación Ciudadana, cuestiones planteadas como ejes de reflexión que requerirían reformas constitucionales en Convention Citoyenne pour le Climat (2021: 419-421); sobre las mismas, véanse las reflexiones de N. Stirn (2021: 162-164).

Los variados mecanismos que a lo largo de la historia han conformado los ejes del Estado de Derecho no dan pruebas del agotamiento que en algunos círculos se quiere identificar. El respeto de los derechos humanos y la separación de poderes siguen siendo los fundamentos esenciales de los régimenes constitucionales como bien hicieron valer los revolucionarios franceses (art. 16 de la Declaración de 1789). Entre esos derechos, el de sufragio activo y pasivo de todos los seres humanos proporciona la savia vivificante de nuestras democracias, determinando la formación de unos parlamentos vertebrados por las ideologías y los intereses de los diferentes colectivos. Los planteamientos weberianos y en general los hallazgos de la escuela alemana del Derecho público siguen siendo útiles para explicar conceptos y relaciones básicos de los regímenes políticos. Sería irresponsable pretender una superioridad de soluciones basadas en una suerte de ingeniería genético-social que habría de asegurar la formación de muestras representativas de la demografía de los países.

No sigo. Comprendo que se trata de cuestiones elementales que no llevan ninguna aportación, dado que son sobradamente conocidas y comprendidas. Solo añadiré que la reivindicación de los elementos permanentes de la democracia en ningún caso puede suponer el rechazo a las reformas que mejoren su contenido y alcance. En la actualidad, según es bien sabido, estamos inmersos en importantes ejes de actuación, como la lucha contra la corrupción o la rendición de cuentas por los gobernantes.

La participación ciudadana figura sin duda entre las líneas de mejora de los sistemas políticos representativos. En definitiva, complemento y no sustitución de la democracia: la experiencia de la Convención, más allá de las servidumbres derivadas en su génesis política, se presenta como útil y atractivo modelo en el Derecho comparado.

DEBATES

DISCRIMINACIÓN POSITIVA COMO RECURSO CONTRA LA DESPOBLACIÓN DEL MEDIO RURAL: LOS CANALES CORTOS DE COMERCIALIZACIÓN AGROALIMENTARIA^(*)^()**

MARCOS M. FERNANDO PABLO
JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ

SUMARIO: I. LA CONEXIÓN ENTRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO AGROALIMENTARIO Y LA REVITALIZACIÓN DE LOS TERRITORIOS RURALES.– II. LA IMPORTANCIA CAPITAL DEL SECTOR AGROALIMENTARIO EN LA SOCIEDAD POST COVID-19: 1. *Previsiones contempladas en materia agroalimentaria en la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico.* 2. *Hacia la transformación ambiental y digital del sector agroalimentario, componente esencial del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España puede».*– III. DISCRIMINACIÓN NORMATIVA POSITIVA COMO MECANISMO PARA IMPULSAR LOS CANALES CORTOS DE COMERCIALIZACIÓN EN LAS ÁREAS RURALES: 1. *El régimen de la producción primaria y operaciones conexas.* 2. *La cuestión competencial en materia de agricultura y comercio de proximidad y su estrecha relación con la disparidad normativa territorial.* 3. *La nueva regulación de los canales cortos de comercialización agroalimentaria. El advenimiento de la discriminación normativa positiva como recurso contra la despoblación del medio rural.*– IV. CONCLUSIONES.– V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMEN: El estallido de la crisis sociosanitaria provocada por la irrupción de la COVID-19 ha permitido evidenciar una vez más el carácter estratégico del sector agroalimentario, garantizando el acceso de la población a un suministro de alimentos estable en cantidad, precio y calidad. La industria agroalimentaria es además un sector clave para afrontar el reto demográfico y el equilibrio territorial entre las áreas rurales y urbanas, al tiempo que contribuye a equilibrar la balanza comercial del Reino de España. El presente estudio, más allá de detenerse en el análisis de la importancia capital que posee el sector agroalimentario para la dinamización de las economías locales, aspira a clarificar las ven-

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA CON FECHA 01/09/2021 Y EVALUADO FAVORABLEMENTE PARA SU PUBLICACIÓN EL 22/09/2021.

(**) El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de I+D+i 2020 «La Despoblación en España: de reto demográfico a reto territorial» (PID2020-114554RB-I00), dirigido por el Prof. Dr. Javier Esparcia Pérez, así como del Proyecto «Régimen jurídico de los canales cortos de comercialización agroalimentaria como recurso de desarrollo rural (COADER) de la Universidad de Salamanca», dirigido por el Prof. Dr. Marcos M. Fernando Pablo.

tajas y potencialidades, así como las principales resistencias, que presenta un tratamiento jurídico-administrativo diferenciado en favor de los territorios rurales, como punta de lanza del nuevo modelo de desarrollo rural sostenible que está por llegar para afrontar el reto demográfico y paliar la sangría poblacional que padecen las áreas rurales; prestando especial atención al régimen jurídico de los canales cortos de comercialización agroalimentaria.

Palabras clave: derecho agroalimentario; España vacia(da); reto demográfico; comercio de proximidad; discriminación normativa positiva.

ABSTRACT: The outbreak of the social and health crisis caused by COVID-19 has once again demonstrated the strategic nature of the agri-food sector, guaranteeing the population's access to a stable food supply in terms of quantity, price and quality. The agro-food industry is also a key sector to face the demographic challenge and the territorial balance between rural and urban areas, while contributing to balance the trade scale of the Kingdom of Spain. The present study, in addition to focusing on the analysis of the crucial importance of the agri-food sector for the revitalization of local economies, aims to clarify the advantages and potentialities, as well as the main obstacles, present in the differentiated legal and administrative treatment in favour of rural territories, as the spearhead of the new model of sustainable rural development that is to come in order to tackle the demographic challenge and alleviate the population drain on rural areas; paying particular attention to the legal regime for short food marketing channels.

Key words: agri-food law; emptied Spain; demographic challenge; proximity trade; positive regulatory discrimination.

I. LA CONEXIÓN ENTRE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO AGROALIMENTARIO Y LA REVITALIZACIÓN DE LOS TERRITORIOS RURALES

En la Unión Europea (1) el sector agroalimentario es la principal actividad de la producción manufacturera, con un valor cuya cifra de negocios supera los 1.205.000 millones de euros, lo que representa algo más del 14% del consumo. En la actualidad, cuenta con 289.000 empresas que dan empleo a 4,24 millones de personas y donde las pequeñas y medianas empresas representan el 48,3% del total de cifra de negocio del sector alimentario y el 62,1% del conjunto de los puestos de trabajo (2).

(1) De conformidad con los datos que obran en poder de FOOD AND DRINK EUROPE (2020: 4), «Europe's food and drink industry is committed to generating sustainable growth by increasing value added up to 2,5-3,5% per year by 2025 and, for the time being, it is firmly on track».

(2) En efecto, uno de los rasgos distintivos de la industria agroalimentaria es que la misma está integrada mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, junto con grandes grupos industriales españoles e internacionales. *Vid.* M.M. FERNANDO PABLO (2014: 168).

Hasta tal punto es así, que el 95,4% de dichas empresas son Pymes con menos de 50 empleados, y un 79,8% tienen menos de 10 trabajadores. En conjunto, 9 de cada 10 empresas son PYMES. *Vid.* MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN (2020b: 1).

Como si de un paralelismo se tratara, en nuestro país (3), la industria agroalimentaria desempeña un papel clave (4) en el conjunto de los sectores económicos, ocupando el primer lugar en la rama industrial. Constituye, además, una pieza fundamental en la cadena alimentaria (5) al situarse como eslabón intermedio, aportando valor añadido a la producción primaria y siendo el principal consumidor del mercado agrario, imprescindible en muchas regiones de nuestro país, especialmente en el medio rural (6), siendo uno de los sectores esenciales que se erige como respuesta al reto demográfico (7) y como freno al agravado problema de despoblación que padecen buena parte de los territorios rurales (8).

(3) La industria alimentaria española ocupa el quinto puesto en valor de cifra de negocios con un 9,5%, tras Francia (16,4%), Alemania (15,4%), Italia (12,0%) y Reino Unido (11,9%).

(4) Según los últimos datos de Estadística Estructural de Empresas del INE, en España, la industria de alimentación y bebidas es la primera rama manufacturera del sector industrial, con 125.841,8 millones de euros de cifra de negocios lo que representa el 22,8% del sector industrial, el 21,5% de las personas ocupadas y el 18,9% del valor añadido.

(5) *Vid. D. TERRÓN SANTOS (2018)*, obra colectiva que proporciona al lector una fidedigna información sobre las principales normas que regulan la industria agroalimentaria y su potencial económico.

(6) Como pone de relieve el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España puede» para la ejecución del Instrumento Europeo de Recuperación, «el sector agroalimentario (...) es clave para afrontar el reto demográfico y el equilibrio territorial entre las áreas rurales y las urbanas, y contribuye además a equilibrar la balanza comercial de España, con unas exportaciones que superan los 53.700 millones de euros y un saldo positivo de 14.600 millones». *Vid. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO (2020: 146)*.

(7) En efecto, como ya señalamos con objeto de una publicación anterior, «pese al retraso con que la agricultura española se moviliza en sentido moderno después de la segunda guerra mundial, lo cierto es que, incorporado el Reino de España a lo que es hoy la Unión Europea, las cifras económicas indican que ese sector, en su conjunto, es un factor económico importante, aunque no todo el espacio rural contribuya con igual peso. Según las mejores cifras de la pasada década, el 17% por ciento de las exportaciones del Reino de España (cuarto exportador agrícola de la UE, por detrás de Países Bajos, Alemania y Francia) corresponde a ese sector, que representa, además, el 2,8 del PIB. El mundo rural agroganadero es, por tanto, un importante agente económico, aun prescindiendo del porcentaje que, en esas cifras, le corresponda». *Vid. M.M. FERNANDO PABLO (2020: 21)*.

(8) España es el país más despoblado del sur de la Unión Europea, únicamente el 5% de su población ocupa el 53% del territorio total. *Vid. J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (2019: 22)*.

La despoblación del medio rural es especialmente preocupante en provincias como Soria, Teruel, Zamora, Ávila, Burgos o Salamanca, en las que más del 90 por 100 de todos sus municipios tiene menos de 1.001 habitantes. Ligeramente mejor es la situación que se da en las provincias de Guadalajara, Palencia, Zaragoza, Valladolid, Segovia, Huesca, Cuenca y La Rioja, que presentan tasas que superan el 80 por 100 (FEMP, 2017). Es decir, en catorce provincias al menos ocho de cada diez municipios subsisten con menos de mil habitantes censados, lo que amenaza su supervivencia, dado no solo sus escuáridos censos sino el elevado envejecimiento de su población. Además, en algunos casos, como la Ibérica, que es un

Sentada esta importante premisa, es pertinente y pertinaz recordar que con fecha 14 de diciembre de 2019 entró en vigor el Reglamento (UE) 2017/625, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios [en adelante Reglamento de Control Oficial de la Cadena Agroalimentaria (9) —RCO—], aunque parte del mismo no será de aplicación hasta el 29 de abril de 2022, como se desprende de su art. 1.2.g].

Por su parte, el 21 de abril de 2021 se produjo la plena aplicación del Reglamento (UE) 2016/429, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a las enfermedades transmisibles de los animales y por el que se modifican o derogan algunos actos en materia de sanidad animal; mientras que el Reglamento (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo a las medidas de protección contra las plagas de los vegetales (10), despliega sus efectos normativos desde el pasado 21 de enero del año en curso. Estas importantes transformaciones del acervo comunitario representan un desafío sin precedentes para el Derecho interno en su conjunto y, en singular para la ordenación normativa en la materia de buena parte de las Comunidades Autónomas, lo que produce una afectación directa para el despliegue de la industria agroalimentaria en su compleción.

territorio montañoso que aglutina 1.632 municipios de Castilla y León, Castilla-La Mancha, Aragón, la Comunidad Valenciana y La Rioja, más del 76 por 100 de las localidades son remotas, el 40 por 100 de los municipios superan como media los 50 años, y la densidad media de población es de 7,9 habitantes por km2. Esta zona, junto a Laponia, son los dos únicos territorios de la Unión Europea que registran densidades inferiores a 8 habitantes por km2. Todo ello conforme a los indicadores de los que dispone la Unión Europea en la actualidad (NUTS), a nuestro entender obsoletos y pendientes de revisión, puesto que la realidad del medio rural es bien distinta y mucho más alarmante. *Cfr. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018: 8).*

(9) No debe olvidarse que la adopción de este novedoso instrumento jurídico trajo consigo un importante tsunami normativo, toda vez que promueve la modificación de los Reglamentos (CE) n.º 999/2001, (CE) n.º 396/2005, (CE) n.º 1069/2009, (CE) n.º 1107/2009, (UE) n.º 1151/2012, (UE) n.º 652/2014, (UE) 2016/429 y (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo, los Reglamentos (CE) n.º 1/2005 y (CE) n.º 1099/2009 del Consejo, y las Directivas 98/58/CE, 1999/74/CE, 2007/43/CE, 2008/119/CE y 2008/120/CE del Consejo, al tiempo que representa la derogación de otro importante conglomerado de normas comunitarias, entre las que se encuentran los Reglamentos (CE) n.º 854/2004 y (CE) n.º 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 89/608/CEE, 89/662/CEE, 90/425/CEE, 91/496/CEE, 96/23/CE, 96/93/CE y 97/78/CE del Consejo y la Decisión 92/438/CEE del Consejo (Reglamento sobre controles oficiales).

(10) Esta norma representa la modificación de los Reglamentos (UE) n.º 228/2013, (UE) n.º 652/2014 y (UE) n.º 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo y la derogación de las Directivas 69/464/CEE, 74/647/CEE, 93/85/CEE, 98/57/CE, 2000/29/CE, 2006/91/CE y 2007/33/CE del Consejo.

Incluidas aquellas regulaciones autonómicas más avanzadas en la materia objeto de estudio, como pueden ser el Decreto 163/2016, de 18 de octubre, por el que se regula el régimen administrativo y el sistema de información de venta directa de los productos primarios desde las explotaciones agrarias y forestales a las personas consumidoras finales y establecimientos de comercio al por menor; la Ley 7/2017, de 28 de junio, de Venta Local de Productos Agroalimentarios en Aragón; la Ley del Principado de Asturias 2/2019, de 1 de marzo, de calidad alimentaria, calidad diferenciada y venta directa de productos alimentarios; el Decreto 71/2020, de 9 de noviembre, por el que se regula en Castilla-La Mancha la venta directa de productos ligados a la explotación agraria; o el Decreto 17/2021, de 24 de marzo, por el que se regula el suministro directo por titulares de explotaciones agrarias de pequeñas cantidades de productos primarios.

Ante esta tesisura, recientemente el Gobierno de España adoptó el Real Decreto 1086/2020, de 9 de diciembre, por el que se regulan y flexibilizan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios y se regulan actividades excluidas de su ámbito de aplicación (11). Dicho hito normativo supone un paso decisivo para transformar el régimen jurídico de los canales cortos de comercialización agroalimentaria, situando a este sector económico como punta de lanza (12) ante el cambio de paradigma de las políticas públicas de desarrollo rural sostenible (13) que está por llegar.

(11) Dicha norma incorpora una serie de importantes transformaciones normativas que permitan dinamizar la economía local de las áreas rurales a través del despliegue, en su plenitud, de las múltiples posibilidades que el acervo comunitario en materia de seguridad y calidad alimentaria, más conocida como «paquete higiénico», otorga a los Estados miembros a la hora de modular los requisitos estructurales de los establecimientos, para poder seguir utilizando métodos tradicionales en la producción, o para responder a las necesidades de las empresas situadas en regiones con condicionantes geográficos particulares, lo que contribuye significativamente a facilitar el comercio de proximidad, sin que ello suponga menoscabo alguno de los objetivos de higiene contemplados en dichos reglamentos. *Vid. J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (2021: 282-283).*

(12) Esta idea que ahora enunciamos se refleja igualmente en la Estrategia Común de Desarrollo Transfronterizo entre España y Portugal, suscrita con motivo de la XXXI Cumbre hispano-portuguesa celebrada en la ciudad de Guarda a finales de 2020, en la cual se establece la creación de un programa de desarrollo agroforestal y agroalimentario de los territorios transfronterizos que promueva sistemas sostenibles; y la puesta en marcha de un programa de recuperación sostenible e inclusivo de las aldeas despobladas para rehabilitar su tejido social y urbano. *Vid. MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2020: 9).*

(13) Existe una extensa bibliografía acerca de la génesis y evolución del desarrollo rural sostenible, concepto amplio y complejo que, en líneas generales, hace referencia al proceso de mejora de las condiciones de vida de la población rural a partir de acciones emprendidas en los ámbitos sociodemográficos, económicos, culturales y medioambientales;

En efecto, el comercio de proximidad necesita alcanzar jurídicamente el desarrollo suficiente para dar cuenta de este nicho de mercado (14), especialmente cuando la comercialización *ex situ* resulta ya ampliamente posible, como destacó el Parlamento Europeo, al solicitar la extensión de las Indicaciones Geográficas a productos artesanos, la relación entre un producto y el lugar donde ha sido fabricado es «esencial» para cierto nicho de mercado. En efecto, para cierto consumidor tiene un valor añadido la adquisición de productos, específicamente agroalimentarios, que expresen una vinculación a un origen.

Ante esta tesis, el presente estudio tiene por objeto examinar las ventajas y potencialidades, así como las principales resistencias, que comporta el establecimiento de un tratamiento jurídico-administrativo diferenciado para las áreas rurales (15), prestando especial atención a la clarificación y modernización (16) del régimen jurídico de los canales cortos de comercialización agroalimentaria, concebidos estos como una herramienta imprescindible al servicio de la dinamización de la economía local y la revitalización de las áreas rurales.

De igual forma, constituye parte indisoluble de la finalidad de este estudio la necesidad de iniciar una reflexión sosegada, huyendo de planteamientos apriorísticos, acerca de la conveniencia de impulsar la digitalización del sector agroalimentario (17), analizando los nuevos horizontes que plantea el desplie-

sino también el impulso de una auténtica política de desarrollo rural. Acerca de esta cuestión son especialmente interesantes los estudios de BENAVENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. (1986); NOGALES NAHARRO, M.A. (2006); GONZÁLEZ REGIDOR, J. (2008); GONZÁLEZ BUSTOS, M.A. (2016); FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2021), etc.

Sin embargo, es necesario repensar el actual modelo de intervención pública en las áreas rurales, el cual oscila entre el neocolonialismo normativo y la inacción de las Administraciones públicas, agudizando aún más la problemática del vaciamiento demográfico de los territorios rurales y dificultando dar una respuesta eficaz al reto demográfico. Ha llegado la hora de apostar, de forma decidida, por la articulación de instrumentos jurídicos que permitan combatir la despoblación de la ruralidad. *Vid.* J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (2020a: 239).

(14) En torno al tratamiento del sector agroalimentario en el derecho de la industria alimentaria, más ampliamente, *vid.* M.M. FERNANDO PABLO (2018: 1-25).

(15) En esencia, la problemática de la España vacía(dal) es «un problema de personas; un problema de territorios; un problema, en primer lugar, jurídico, pues a ese campo pertenece la regulación de las relaciones no solo entre personas, sino también entre poderes públicos y ciudadanos, y entre personas y medios». *Vid.* M.M. FERNANDO PABLO (2019: 12).

(16) En consonancia con lo establecido en las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, adoptadas mediante acuerdo del Consejo de Ministros celebrado el 29 de marzo de 2019, a cuyo análisis nos referiremos inmediatamente a continuación.

(17) Con este propósito, el MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN (2019: 7), ha adoptado recientemente la Estrategia de digitalización del sector agroalimentario y forestal y del medio rural, iniciativa que pretende contribuir a «definir las líneas estratégicas y al diseño de las medidas necesarias para impulsar la transformación digital de los sectores

gue del comercio online (18) (*e-commerce*) de productos de proximidad en las áreas rurales despobladas en la línea establecida por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España puede», presentado por el Gobierno de España el pasado 7 de octubre de 2020, al objeto de sentar las bases que guiarán la ejecución de los 72.000 millones de euros procedentes de los Fondos europeos hasta 2023, pilares esenciales sobre los que se producirá la movilización, en los próximos tres años, del 50% de los recursos con los que cuenta España gracias al instrumento Next Generation EU (19).

Esta última cuestión, vista por algunos con cierto escepticismo, considerada por otros como utopía, es ya una realidad tangible en el Boletín Oficial del Estado, como demuestra la flamante publicación, entre otras (20), de la Orden ICT/949/2021, de 10 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de la línea de ayudas para el apoyo a mercados, zonas urbanas comerciales, comercio no sedentario y canales cortos de comercialización, y se procede a su convocatoria en el año 2021, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (21).

agroalimentario y forestal y del medio rural. Su objetivo general es buscar la eliminación o reducción de las barreras técnicas, legislativas, económicas y formativas existentes en la actualidad, contribuyendo así al liderazgo de un sector agroalimentario sostenible económica, social y medioambientalmente, y al poblamiento activo del medio rural, haciéndolo un lugar más atractivo, vivo, dinámico y diversificado, generador de riqueza y de empleo de calidad, con especial atención a jóvenes y mujeres».

(18) Un claro ejemplo de la importancia de fomentar el comercio digital de productos locales de las áreas rurales lo encontramos en la iniciativa Correos Market y la campaña #YoMeQuedo.

(19) *Vid. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO (2020).*

(20) Destacan igualmente la Orden ICT/950/2021, de 10 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de la línea de ayudas para el apoyo de la actividad comercial en zonas rurales y se procede a su convocatoria en el año 2021, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; y la Orden ICT/951/2021, de 10 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de las líneas de ayudas para el fortalecimiento de la actividad comercial en zonas turísticas y se procede a su convocatoria en el año 2021, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(21) La citada orden se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1. 13.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en cuyo ámbito se incluye el comercio (y su fomento) en cuanto sector estratégico para la economía española. En este sentido, conviene recordar que, conforme a la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 74/2014, de 8 de mayo, FJ 3), la competencia estatal sobre la base del artículo 149.1.13 CE tiene un «carácter transversal», de manera que «aun existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como “exclusiva” en su Estatuto, esta atribución competencial no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector, y que el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada

II. LA IMPORTANCIA CAPITAL DEL SECTOR AGROALIMENTARIO EN LA SOCIEDAD POST COVID-19

El sector agroalimentario es un elemento estratégico en las áreas rurales desde el punto de vista de las economías locales (22). En efecto, la industria agroalimentaria se caracteriza por disponer de una amplia implantación en las regiones rurales, siendo especialmente significativas las actividades transformadoras (23) (elaboraciones artesanales locales, conserveras, etc.). Por tanto, resulta clave en el mantenimiento de las economías rurales (24), en tanto que complementa y potencia el sector primario, generando sinergias que aumentan la productividad y la renta rural (25).

Sin embargo, en la actualidad este importante recurso económico muestra una elevada tasa de vulnerabilidad, debido a factores relacionados con la cadena alimentaria (26), la rigidez de la demanda, la estacionalidad en el mercado o la heterogeneidad y asimetría en sus características internas. Igualmente, la actividad agraria afronta costes de producción crecientes, relacionados principalmente con los insumos, en particular los energéticos y los que responden a las exigencias en la producción, y una caída de los precios percibidos por las y los agricultores y ganaderos. Además, se enfrenta a importantes cambios en los hábitos y patrones de consumo y al envejecimiento de las

pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o materias», siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica.

(22) En solo cuatro décadas, nuestro país ha pasado de tener una economía de base agraria, débil y mal conectada con el resto del mundo, a tener una economía moderna y competitiva, con una tasa de apertura comercial superior a las de los países de nuestro entorno más cercano, y una pléyade de empresas líderes en sectores como el turismo, la construcción, el transporte, las energías renovables, la agroalimentación, la banca o la moda. *Vid. OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA* (2021: 35).

(23) Hablar de las actividades comerciales en el medio rural español es hablar del dinamismo territorial que ha caracterizado a este espacio en las últimas décadas, pues al igual que este, el comercio rural ha experimentado toda una serie de transformaciones socioeconómicas que han terminado por reconfigurarlo en profundidad. *Vid. J. ESCRIBANO PIZARRO; J. ESPARCIÓN PÉREZ y J.J. SERRANO LARA* (2015: 88).

(24) El Sistema Agroalimentario, entendido como el conjunto de actividades económicas, o fases, que permiten poner a disposición de los consumidores los alimentos producidos por el sector agrícola-ganadero, así como los transformados por la industria agroalimentaria, generó un Valor Añadido Bruto (VAB) de 107.719 millones de euros en 2018. Esta cifra representa el 9,9% del VAB total de la economía española, o lo que es lo mismo, el 8,9% del Producto Interior Bruto (PIB). *Vid. MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN* (2020a: 1).

(25) *Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL* (2018: 148).

(26) La noción jurídica «cadena alimentaria» ofrece una respuesta integradora a la regulación jurídica de la agricultura y la alimentación en general, permitiendo una vertebración dogmática de campos del conocimiento jurídico tradicionalmente cercanos, pero hasta ahora no integrados. *Vid. PALMA FERNÁNDEZ, J.L.* (2015: 1).

personas que trabajan, en su mayoría por cuenta propia en estas actividades, con una incorporación muy reducida de jóvenes (27) y un escaso acceso a la titularidad de las mujeres (28).

Con la finalidad de paliar todas estas debilidades y de blindar el potencial económico que posee el sector agroalimentario, especialmente desde el prisma de la dinamización económica de las áreas rurales y el fomento de la vertebración territorial, son varios los documentos programáticos elaborados por la Administración General del Estado que hacen alusión, de forma directa, al futuro de la industria agroalimentaria, cuyos pasajes más destacados se someten a evaluación inmediatamente a continuación.

1. Previsiones contempladas en materia agroalimentaria en la futura estrategia nacional frente al reto demográfico

El 31 de marzo de 2021 asistimos a la conmemoración del segundo aniversario de una movilización memorable, propiciada por una muchedumbre venida desde las diferentes partes del Estado español que irrumpió en las calles de la capital de Madrid con la finalidad de denunciar, pancarta en mano, la constante discriminación y el abandono al que los poderes públicos habían sometido durante décadas a la España rural, frente a otra España que crece, prospera y concentra la práctica totalidad de los recursos e inversiones públicas. Surge así la Revuelta de la España Vaciada, un movimiento capaz de visibilizar el hartazgo de la población rural y de transformar el sentimiento

(27) Conscientes de esta preocupante realidad, cada vez son más las Administraciones públicas que apuestan por la articulación de iniciativas que permitan potenciar el atractivo de las áreas rurales para los más jóvenes. Una clara manifestación de esta tendencia la constituye el Plan de Agricultura y Ganadería Joven de la Junta de Castilla y León, proyecto aprobado recientemente con una dotación presupuestaria de 300 millones de euros y un horizonte temporal hasta 2023, que persigue promover el acceso y la consolidación de la empresa agraria; el asociacionismo y la igualdad; la formación y el asesoramiento; la digitalización y la innovación; y por último, la apuesta por mejorar la imagen del sector a través de información y la sensibilización. *Vid. Junta de Castilla y León (2021: 64).*

De igual forma, otras autonomías han apostado por la articulación de convocatorias y programas de subvenciones destinados a la incorporación de jóvenes a la agricultura y a la modernización de las explotaciones agroganaderas, como ocurre en el caso concreto del Gobierno de Aragón (Orden AGM/822/2021, de 2 de julio, por la que se realiza convocatoria extraordinaria de subvenciones en materia de modernización de las explotaciones agrarias, en el marco del Programa de Desarrollo Rural para Aragón 2014-2020, para el año 2021).

(28) *Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2021: 33).*

Acerca del papel que desempeñan las mujeres rurales en la búsqueda del ansiado desarrollo rural sostenible, y el protagonismo que estas desempeñan en el sector agrario, resulta de consulta obligada la obra de la Profa. Dra. María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS, *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Barcelona, Atelier, 2020.

de agonía (29) y apatía latente en la mayor parte de los municipios rurales despoblados, en una ola de esperanza, inconformismo y anhelos de cambio necesario para revitalizar este preciado entorno (30).

Esta histórica congregación vino precedida de importantes vientos de cambio en el seno de la Administración pública española, propiciados, en parte, por una variación sustancial, al menos sobre el papel, de la sensibilidad y de la percepción del fenómeno de la ruralidad en la Administración General del Estado. Así, el Consejo de Ministros aprobó, con fecha 29 de marzo de 2019, un importante Acuerdo sobre las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, elaboradas por el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico (31), adscrito al Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

Dichas Directrices plantean una Estrategia de carácter global y transversal, desde una perspectiva multidisciplinar y con la participación de todos los departamentos a través del trabajo de un grupo interministerial, incorporando la perspectiva demográfica en el análisis de las diferentes actuaciones sectoriales.

Con todo ello, las Directrices centran su atención en clarificar las tres cuestiones demográficas esenciales acordadas en la IV Conferencia de Presidentes (32), a saber: despoblación, envejecimiento y efectos de la pobla-

(29) Desde el año 2001 hasta 2018 han perdido población el 63% de los municipios españoles. La intensidad de las tasas de variación poblacional 2018-2001 por municipios, muestran que el 48,1% de los municipios han perdido entre el 10% y el 50% de la población. Y si nos centramos en la última década, desde 2011, 6.516 municipios están perdiendo población, es decir, el 80,2% de nuestros municipios. En los pequeños municipios, las pérdidas afectan a casi el 90% de los menores de 1.000 habitantes. Si a esto le añadimos que el 48,4% de los municipios españoles está por debajo de 12,5 habitantes por km², ratio que la Unión Europea califica como de riesgo de despoblación (de ese 48,4%, el 83,5% son municipios de menos de 500 habitantes) obtenemos una foto fija alarmante de la problemática que padecen las áreas rurales. *Vid. COMISIONADO DEL GOBIERNO FRENTE AL RETO DEMOGRÁFICO* (2019: 6).

(30) En efecto, el 31 de marzo de 2021, se cumplió el segundo aniversario de la manifestación que tuvo lugar en Madrid y que congregó a decenas de plataformas ciudadanas de la «España Vaciada» (EVA), llenando las calles de la ciudad con cerca de 100.000 personas que, como sociedad civil, reivindicaban la necesidad de poner fin a la situación de discriminación y abandono en la que los poderes públicos habían sumergido al medio rural durante décadas.

(31) En este sentido, recuérdese que el Gobierno de España aprobó el Real Decreto 40/2017, de 27 de enero, por el que se crea el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico y se regula su régimen de funcionamiento, y al que corresponde la elaboración y el desarrollo de una estrategia nacional frente al reto demográfico y aquellas tareas que contribuyan a dar respuesta a la problemática del progresivo envejecimiento poblacional, del despoblamiento territorial y de los efectos de la población flotante.

(32) El Presidente del Gobierno y los Presidentes de Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, convinieron en la VI Conferencia de Presidentes, celebrada el 17 de enero de 2017, afrontar los cambios demográficos que afectan a España, y, de forma concreta,

ción flotante. Asimismo, recoge un diagnóstico de las principales variables de población en España, presentado previamente a las Comunidades Autónomas.

De tal forma, los distintos ministerios que conforman el Gobierno de España incorporan una batería de actuaciones que se traduce en el esbozo de más de 80 medidas, referidas, principalmente, a jóvenes, mujeres, atención a la población rural, emprendedores, turismo, implantación de la Administración en el territorio o actividad económica; las cuales se agrupan, a su vez, en torno a siete objetivos transversales:

- a) Garantizar una plena conectividad territorial, con una adecuada cobertura de internet de banda ancha y de telefonía móvil en todo el territorio, de acuerdo con la Agenda Digital Europea 2020.
- b) Asegurar una apropiada prestación de servicios básicos a toda la población en condiciones de equidad, adaptada a las características de cada territorio.
- c) Incorporar el impacto y la perspectiva demográfica en la elaboración de leyes, planes y programas de inversión, favoreciendo la redistribución territorial en favor de una mayor cohesión social.
- d) Avanzar en la simplificación normativa y administrativa para los pequeños municipios, con el fin de facilitar la gestión de los ayuntamientos.
- e) Eliminar los estereotipos y poner en valor la imagen y la reputación de los territorios más afectados por los riesgos demográficos.
- f) Mejorar los mecanismos para una mayor colaboración público-privada, potenciando la incorporación de los factores demográficos en la respon-

acordaron las siguientes cuestiones: «1. Impulsar medidas específicas para hacer frente a los desafíos demográficos. 2. Elaborar y desarrollar, por parte del Gobierno de España, y contando con la colaboración de las Comunidades Autónomas, las Ciudades con Estatuto de Autonomía y las Entidades Locales, una Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, de naturaleza global y transversal, que diseñe una respuesta conjunta y de futuro para paliar la problemática del progresivo envejecimiento poblacional, del despoblamiento territorial y de los efectos de la población flotante. 3. En dicha Estrategia, que debería estar aprobada en 2017, habrán de ser consideradas las conclusiones y recomendaciones de la Ponencia de estudio para la adopción de medidas en relación con la despoblación rural en España (creada en el seno de la Comisión de Entidades Locales del Senado), las propuestas y recomendaciones de la Comisión Especial de Estudio del Senado sobre las medidas a desarrollar para evitar la despoblación de las zonas de montaña y, en su momento, las que emanen de la Comisión Especial de Estudio sobre la evolución demográfica. Y tendrá también en cuenta los trabajos del Foro de Regiones españolas con Desafíos Demográficos (FREDD) y el dictamen del Comité de las Regiones, así como aquellos otros que puedan aportar las distintas Administraciones autonómicas. 4. El Gobierno de España, las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía, en la medida de sus posibilidades, defenderán ante las autoridades de la Unión Europea la necesidad de que las políticas de la Unión tengan en cuenta y den respuesta a los desafíos demográficos, que en la mayoría de los aspectos son comunes a todos los Estados miembros».

sabilidad social del sector privado, para convertir todos los territorios, sin exclusión, en escenarios de oportunidades (33).

g) Alinear las actuaciones estratégicas y los propósitos de la Estrategia con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y de la Agenda 2030.

En lo que respecta a las líneas de acción prioritarias (34), las directrices contemplan, en primer término, un conjunto de actuaciones orientadas a afrontar la despoblación de las áreas rurales, entre las que se encuentran garantizar la funcionalidad de los territorios afectados por la despoblación y la baja densidad; mejorar la competitividad y facilitar el desarrollo de nuevas actividades económicas y el fomento del emprendimiento; y favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural.

En segundo lugar, las directrices generales esbozan una serie de iniciativas prioritarias con las que se pretende dar respuesta al reto demográfico y afrontar los desequilibrios de la pirámide poblacional (35). En este sentido, se apuesta por fortalecer la coordinación de las acciones referidas a personas mayores, envejecimiento activo y atención a la dependencia en todo el territorio; apoyar la puesta en marcha de proyectos de desarrollo socioeconómico de jóvenes, que garanticen el relevo intergeneracional; facilitar el desarrollo de iniciativas que garanticen la libertad de residencia efectiva de las mujeres en el territorio; garantizar las condiciones que favorezcan la crianza de hijas e hijos, y que faciliten la equiparación de la tasa de natalidad al promedio de la Unión Europea; asegurar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de la infancia por ámbito de residencia; trabajar, en coordinación con la Unión Europea, para canalizar una migración regular y ordenada, y su arraigo en todo el territorio; así como por facilitar la vuelta de los españoles residentes en el exterior que deseen regresar a España.

De igual forma, las directrices generales destinan buena parte de sus esfuerzos a gestionar los efectos que la población flotante (36) posee en los territorios rurales, orientando la actuación de los poderes públicos hacia la

(33) Los territorios rurales despoblados generalmente considerados como «territorios-problema» constituyen «territorios-oportunidad», ello supone que aún estamos a tiempo de recuperarlos si apostamos por sus posibilidades y se actúa políticamente con eficacia. *Vid. M. MOLINA IBÁÑEZ (2019: 153-170).*

(34) *Vid. J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (2021a: 70-73).*

(35) El diagnóstico general no es suficiente cuando se pretende abordar un problema de semejante dimensión histórica, por ello es preciso delimitar la intensidad del fenómeno en las distintas provincias y territorios afectados, para calibrar mejor su posición actual y ajustar el tipo de políticas que deban llevarse a cabo. *Cfr. E. BANDRÉS y V. AZÓN (2021).*

(36) Durante demasiado tiempo la población flotante y el efecto que esta ocasionaba sobre la exigua actividad prestacional que el conjunto de las Administraciones públicas desplegaban en las áreas rurales ha pasado desapercibida, pese a constituir una de las características más destacables del paisaje de la España vaciada. *Cfr. S.A. BELLO PAREDES (2020: 112).*

prestación efectiva de servicios básicos para la población residente y flotante en todo el territorio, asegurando en todo momento el correcto dimensionamiento de las infraestructuras y equipamientos necesarios para el desarrollo socioeconómico sostenible de las áreas con intensos flujos de población flotante.

De esta forma, con la aprobación de las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico, el Gobierno avanza en el cumplimiento del acuerdo de la Conferencia de Presidentes. Sin embargo, es urgente acelerar (37) las actuaciones conducentes a la aprobación y puesta en marcha efectiva de una auténtica Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico que permita afrontar con eficacia los desafíos demográficos y los desequilibrios territoriales como una Política de Estado cohesionado y compartida por los diferentes actores implicados.

Asimismo, las Directrices Generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico también tienen una serie de importantes implicaciones decisivas para la materia objeto de estudio, en la medida en que estas Directrices configuran entre sus metas prioritarios impulsar la digitalización de los sectores agroalimentario, forestal y turístico, en una primera fase, así como la creación de nuevos modelos innovadores de actividad económica.

Para ello, la Administración General del Estado prevé fomentar la ejecución de la Estrategia para la digitalización del sector agroalimentario, forestal y del medio rural desarrollada por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, con la finalidad de facilitar la adaptación digital de estos sectores (38), y de promover la conversión de las zonas escasamente pobladas en territorios rurales inteligentes, vivos, dinámicos y poblados. A tal fin se ha consignado, dentro del Programa Nacional de Desarrollo Rural (39)(2014-2020) una partida presupuestaria que asciende a la cuantía de 57 millones de euros.

(37) Estas directrices, referidas a las actuaciones propias de la Administración General del Estado, se remitirán a las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y representantes de las entidades locales para su discusión junto con sus propias propuestas con el objetivo de presentar finalmente en la próxima Conferencia de Presidentes la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico.

(38) *Vid. MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN (2019).*

(39) De acuerdo con la política de desarrollo rural 2014-2020 de la Unión Europea, y conforme al marco competencial nacional, en España coexisten 18 PDR: el Programa Nacional de Desarrollo Rural (PNDR) y 17 Programas de Desarrollo Rural autonómicos (PDRs). Así, el PNDR 2014-2020 especifica las medidas (y submedidas) a llevar a cabo para cumplir con las prioridades establecidas por la política europea de desarrollo rural, entre las cuales destacan las siguientes: servicios de asesoramiento, gestión y sustitución de explotaciones agrarias; agroambiente y clima; agricultura ecológica; zonas con limitaciones naturales y otras limitaciones específicas; medidas forestales; inversiones de mejora de las explotaciones agrarias; infraestructuras públicas de regadío; transformación y comercialización de productos agrarios; instalación de jóvenes agricultores, etc. *Vid. J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (2021b: 89).*

Estos compromisos se han visto reforzados con la adopción del Plan de Recuperación frente al Reto Demográfico «Pueblos con futuro» (40), adoptado el pasado 16 de marzo de 2021 por la Comisión Delegada para el Reto Demográfico, instrumento de planificación mediante el que se pretenden impulsar 130 políticas activas para luchar contra la despoblación, agrupadas en 10 grandes ejes, que supondrán una inversión de 10.000 millones de euros con la finalidad de reforzar el compromiso de las Administraciones públicas con la necesaria garantía de la cohesión territorial y social. Entre esta batería de actuaciones figuran numerosas referencias a la industria agroalimentaria, tales como la ejecución de los planes de acción de la estrategia de digitalización del sector agroalimentario, forestal y del medio rural; la puesta en marcha de préstamos participativos para la creación y el crecimiento de las PYMES del sector agroalimentario; el impulso de proyectos piloto de inserción laboral a través de cooperativas y empresas de inserción en la industria agroalimentaria, etc.

2. Hacia la transformación ambiental y digital del sector agroalimentario, componente esencial del plan de recuperación, transformación y resiliencia «España puede»

Se cumple un año desde la puesta en marcha efectiva del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea 2021-2027 (41) con la finalidad de promover un conjunto de importantes transformaciones para hacer frente a las consecuencias económicas adversas de la crisis de la COVID-19 (42), mediante el fomento de un conglomerado de medidas dirigidas especialmente a restablecer el empleo y la creación de puestos de trabajo; revitalizar el potencial del crecimiento sostenible; garantizar la continuidad de la actividad productiva de las pequeñas y medianas empresas; fomentar la investigación y la innovación; aumentar el nivel de preparación de la Unión frente a situaciones de crisis; garantizar una transición justa hacia una economía neutra, desde el punto de vista climático, o hacer frente al impacto de la crisis de la COVID-19 en la agricultura y el desarrollo rural (43).

(40) *Vid. MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2021: 76).*

(41) *Vid. A.J. TAPIA HERMIDA (2021).*

(42) Como consecuencia de las medidas de contención de la pandemia, la economía europea entró en una profunda recesión durante el ejercicio 2020, la mayor desde la Segunda Guerra Mundial. Según estimaciones de la Comisión Europea, la economía de la zona euro llegó a operar entre un 25% y un 30% por debajo de su capacidad durante el periodo de confinamiento más estricto. De esta forma, el PIB de la zona euro se contrajo un 6,8% en 2020. Estos datos contrastan con las previsiones de crecimiento económico del Banco de España, según las cuales, la economía española crecerá durante el año en curso el 6,2%, y estima que aumentará un 5,8% en 2022.

(43) Esta idea se desprende con clarividencia del art. 1.2 Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recu-

En lo que respecta a las cifras macroeconómicas, los fondos del programa Next Generation EU (NGEU) (44) se añaden a los 1.074.300 millones de euros del marco financiero plurianual (MFP) para crear un paquete conjunto de apoyo que asciende a un montante total de 1.824.300 millones de euros. Conforme a la información facilitada por las Instituciones comunitarias, el programa NGEU se canalizará por medio de la articulación de siete programas de gasto, los cuales revestirán tanto en forma de préstamos (360.000 millones) como la de subvenciones (390.000 millones) (45). El elemento de mayor cuantía del NGEU es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), que representa cerca del 90% del importe total. En el caso de las subvenciones del MRR, 312.000 millones de euros, el 70%, debe comprometerse en los años 2021 y 2022 atendiendo a tres criterios: el nivel de desempleo entre 2015-2019, la inversa del PIB per cápita y el porcentaje de población de los diferentes Estados miembros. El restante 30% de las subvenciones del MRR se debe comprometer enteramente en 2023 (46).

Tras el boceto de las líneas estratégicas iniciales de este ambicioso plan de reactivación y recuperación socioeconómica por parte de las Instituciones europeas, los diferentes Estados miembros acometieron una serie de importantes actuaciones orientadas a la elaboración de los planes nacionales de recuperación y resiliencia en los que se consignan los programas de reformas estructurales y proyectos de inversión para el período 2021-2023 (47) que cada Estado miembro contempla (48).

En este contexto, el Gobierno de España presentó con fecha 7 de octubre de 2020 el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España Puede» (49), el cual se sustenta en cuatro ejes prioritarios, como son la transición

peración de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, publicado en el DOUE núm. 433, de 22 de diciembre de 2020. En torno a esta cuestión, más ampliamente, *vid. J.L. DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ* (2021c: 4).

(44) A pesar de ser una cuestión novedosa, existe ya una vasta bibliografía acerca de la gestión de los Fondos Next Generation, *vid. CAMPOS ACUÑA, C.* (2021); *RIVERO ORTEGA, R.* (2021); *RASTROLLO SUÁREZ, J.J.* (2021), etc.

(45) *Vid. E. BANDRÉS MOLINÉ et al.* (2020: 9-23).

(46) *Vid. R. XIFRÉ* (2020: 12).

(47) Los compromisos deben contraerse antes de finales de 2023 y los pagos deben realizarse antes de finales de 2026.

(48) Acto seguido la Comisión Europea evaluará estos planes sobre la base de un conjunto de criterios, entre los cuales destacan: coherencia con las recomendaciones específicas por país del Semestre Europeo; el refuerzo del potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social del Estado miembro; y su contribución efectiva a la transición ecológica y digital. *Vid. J.I. CONDE-RUIZ* (2020).

(49) El 16 de junio de 2021, la Comisión Europea procedió a laprobación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado por España, el cual representa un

ecológica (50), la transformación digital, la promoción de la igualdad de género y el fomento de la cohesión social y territorial (51). Para ello, el Plan contiene 212 inversiones y reformas (52) divididas en diez grandes políticas «palanca o tractoras» (53) de reforma estructural, alineadas con las prioridades generales del NGEU, con la finalidad de incidir directamente en aquellos sectores productivos con mayor capacidad de transformación del tejido económico y social español (54), entre los que se encuentra, como no podía ser de otra forma, el sector agroalimentario.

Dentro de estas diez grandes políticas tractoras destaca, en primer término, el impulso de la vertebración y la cohesión territorial, bajo la etiqueta

montante total de 69.500 millones de euros en transferencias directas, que se podrán ampliar hasta más de 140.000 en créditos, si fuera necesario, hasta 2026. De conformidad con el informe emitido por la Comisión Europea, España ha establecido una estructura adecuada para implementar el Plan y garantizar su seguimiento eficaz. En conjunto, el texto estima que el sistema de control del Plan es adecuado para detectar y corregir la corrupción, el fraude o el conflicto de intereses.

(50) A este respecto, conviene señalar que el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España Puede» no solamente se inspira y elabora sobre la base de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, sino que además contempla entre sus líneas directrices un apartado específico bajo la nomenclatura «España verde», con la finalidad de mitigar los enormes costes sociales y económicos, tanto para las economías domésticas como para empresas y presupuestos públicos (riesgos sanitarios y geoestratégicos) derivados de la crisis ambiental asociada al cambio climático y la perdida de biodiversidad.

(51) Estos ejes se concretarán en varios objetivos como, por ejemplo: digitalización de más de un millón de pymes, formación de más de 2,6 millones de personas en competencias digitales, extensión de la banda ancha al 100% de la población, despliegue eficaz del 5G, impulso de 165 destinos turísticos sostenibles, rehabilitación de más de un millón de viviendas, alcanzar una flota de 250.000 vehículos eléctricos, despliegue de más de 100.000 puntos de recarga y completar los corredores ferroviarios Atlántico y Mediterráneo.

(52) Buena parte de esas reformas se han comenzado a implementar por parte del Ejecutivo español durante el primer semestre del año en curso. España recibirá más de 19.000 millones de euros en 2021, de los que 9.000 corresponden a anticipos y 10.000 a hitos y objetivos ya cumplidos.

(53) Estas diez políticas palanca son: agenda urbana y rural y lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura; infraestructuras y ecosistemas resilientes; transición energética justa e inclusiva; una Administración para el siglo XXI; modernización y digitalización del ecosistema de nuestras empresas; pacto por la ciencia y la innovación y refuerzo del Sistema Nacional de Salud; educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades; nueva economía de los cuidados y políticas de empleo; impulso de la industria de la cultura y el deporte; y modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible.

(54) Del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España Puede» presentado por el Gobierno de España se desprende con claridad la necesidad de articular una respuesta que refuerce la cohesión económica, social y territorial, que resulte en una sociedad más justa, más solidaria y resiliente mediante el refuerzo del estado de bienestar, el sistema educativo, el impulso del empleo de calidad, un sistema fiscal justo, el cierre de brechas sociales y territoriales, el desarrollo del medio rural y la justicia intergeneracional.

«Agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura» (55), la cual incorpora un conglomerado de medidas específicas para la España despoblada, con la finalidad de impulsar la innovación social y territorial y facilitar el desarrollo de nuevos proyectos profesionales, la fijación de población, la atracción de talento, la prestación de servicios, así como un uso sostenible de los recursos endógenos (56).

De igual forma, dentro de esta primera política palanca se promueven un conjunto de actuaciones orientadas a potenciar la solidez del sistema agroalimentario, sector que ha jugado un papel fundamental durante la pandemia y que está llamado a ser imprescindible también en la difícil tarea de recuperación socioeconómica post COVID-19, lo que vendrá acompañado, necesariamente, de importantes transformaciones estructurales en el seno del propio sistema agroalimentario (57).

Con la finalidad de alcanzar estos ambiciosos objetivos, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España puede», establece tres componentes diferenciados que vehicularán las inversiones a implementar en los próximos años, como son:

- A. *Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos.* El objetivo fundamental de este componente es impulsar la descarbonización de la movilidad urbana, la mejora de la calidad del aire y de la calidad de vida en las ciudades.

(55) Representa una inversión de 14.407 millones de euros, o lo que es lo mismo, el 20,7% de los fondos gestionados a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España Puede». *Vid. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO* (2020a: 118).

(56) El componente medioambiental es una constante que vehicula la hoja de ruta del Gobierno de España para la modernización de la economía, la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo, iniciativas todas ellas con las que se pretende responder a los retos de la próxima década, y entre los cuales se encuentran, como no podía ser de otra forma, la transformación de los modelos de producción y consumo, la lucha contra el cambio climático a partir de la transición ecológica y la descarbonización, la revolución digital y la innovación, así como la promoción de la salud y el bienestar social, para alcanzar un crecimiento inclusivo, justo y sostenible a largo plazo, en la línea de las previsiones del ambicioso Pacto Verde Europeo. En torno a este último instrumento, más ampliamente *vid. D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ* (2020: 78-109).

(57) En este sentido, algunos autores señalan que «la era pospandemia incidirá estructuralmente en la evolución del sistema alimentario en curso desde muy diversos ángulos: en la demanda, al reforzar el aislacionismo social urbano e impulsar determinadas tendencias de consumo; en la oferta, al confirmar la seguridad alimentaria como bien público, revalorizar el papel estratégico del sistema agroalimentario, y enfatizar la resiliencia empresarial frente a los shocks; en la sostenibilidad, al convertir la transición energética y la economía verde como ejes de la reconstrucción económica); y, en fin, a nivel tecnológico, fomentando la expansión de la inversión en I+D+I y la aceleración de la economía digital». *Vid. MASSOT MARTÍ, A.* (2021: 66).

Para ello, se prevé el despliegue de un plan de choque con medidas dirigidas al propio tejido de la ciudad y a sus infraestructuras, así como a la potenciación y optimización del transporte urbano y metropolitano, sin olvidar el impulso a la electrificación de la movilidad y la mejora de la calidad del aire.

B. *Plan de Rehabilitación de vivienda y regeneración urbana.* Este componente tiene como objetivos principales el impulso a la rehabilitación del parque edificado en España (58), en línea con la *Renovation Wave europea* (59), así como el incremento del parque de vivienda en alquiler social en edificios energéticamente eficientes, contribuyendo a la activación de este sector y a la generación de empleo y actividad en el corto plazo.

Para ello, se implementará la Agenda Urbana Española, potenciando la vivienda en alquiler social e impulsando la actividad de rehabilitación y regeneración urbana como pieza clave en la reactivación del sector de la construcción e inmobiliario, lo que permitirá avanzar en el cumplimiento de los compromisos europeos y nacionales en materia de energía y clima, y de digitalización (60).

C. Transformación ambiental y digital del sistema agroalimentario y pesquero. Consciente de que los sectores agroalimentario y pesquero juegan un papel fundamental en la gestión eficiente de los recursos naturales (61), en línea y como complemento de la nueva Política Agrícola

(58) Como objetivo específico busca conseguir unas tasas de rehabilitación energética significativamente superiores a las actuales que permitan adelantar el cumplimiento de los objetivos de rehabilitación contemplados en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) y en la Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España (ERESEE). *Vid. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO* (2020a: 145).

(59) En 2020 la Comisión Europea publicó una nueva estrategia para impulsar la renovación denominada «*A Renovation Wave for Europe – Greening our buildings, creating jobs, improving lives*». Esta estrategia tiene como objetivo duplicar las tasas anuales de renovación energética durante los 10 próximos años. Además de reducir las emisiones, estas renovaciones mejorarán la calidad de vida de las personas y contribuirán a crear multitud de empleos verdes adicionales en el sector de la construcción. *Vid. COMISIÓN EUROPEA* (2020).

(60) De forma adicional, se incluye un paquete dirigido específicamente a actuaciones en municipios y núcleos de menos de 5.000 habitantes, contribuyendo a abordar el Reto Demográfico desde la regeneración urbana y rural.

(61) Como insisten en subrayar precursores muy destacados, «la agricultura, la pesca y la ganadería, así como la actividad de obtención de alimentos, han sido desde siempre grandes aliadas del medio ambiente, contribuyendo, además de alimentar a las personas y a los animales, a crear una gran diversidad de paisajes, al mantenimiento de un buen número de especies naturales y a proteger unos ecosistemas variados y valiosos». *Vid. D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ*, (2021: 2).

Común (62) (PAC), el Plan prevé un conjunto de reformas para mejorar la gestión de regadíos, de la ganadería y la revalorización de los suelos agrícolas (63), impulsando la digitalización (64) y las cadenas de valor verdes a lo largo de todo el ciclo de producción, distribución, consumo y reutilización. Asimismo, en línea con la nueva política europea de pesca, se prevé el desarrollo de la economía azul y la introducción de reformas tendentes a la explotación sostenible de los caladeros, la protección de la biodiversidad y de la riqueza de las zonas marinas (65).

Para ello, el Plan además de contemplar una serie de importantes inversiones que ascienden a un montante económico total superior a los 1.051 millones de euros, prevé un conjunto de importantes reformas jurídico-administrativas, entre las que se encuentran la modificación de la normativa reguladora (66) de las relaciones comerciales en la cadena alimentaria para lograr un mejor equilibrio en el reparto de beneficios entre productores y distribuidores; el desarrollo y revisión del marco regulatorio en materia de sostenibilidad ambiental de la ganadería (67); la modernización del marco legislativo sobre la nutri-

(62) El proceso de elaboración de la nueva programación de la Política Agrícola Común ha sido objeto de multitud de estudios y análisis, entre los que destacan MASSOT MARTÍ, A. (2018); MASSOT MARTÍ, A. (2019); RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. (2020a); RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, B. (2020b), etc.

(63) La preocupación por aunar la potenciación del sistema agroalimentario y la maximización de los estándares de protección ambiental no es novedosa como pone de relieve DELGADO DE MIGUEL, J.F. (1992).

(64) Esta cuestión aparece de forma recurrente como objetivo compartido en diversos documentos programáticos de la Administración General del Estado, como pueden ser la Estrategia para la Digitalización del Sector Agroalimentario y Forestal y del Medio Rural o el Plan España Digital 2025. Especial interés reviste este último documento, el cual aboga abiertamente por la digitalización del sector primario y la industria agroalimentaria española, apostando por el refuerzo de la seguridad y trazabilidad alimentaria, la información al consumidor, y la adopción de modelos más productivos y sostenibles.

Para ello, la Administración General del Estado prevé impulsar un proyecto tractor en el sector agroalimentario que contemplará, entre otras actuaciones, la producción con foco en eficiencia productiva y logística, la mejora de la relación con el cliente y el impulso de una Industria Transformadora 4.0. Asimismo, se apostará por mejorar la trazabilidad, la seguridad alimentaria y la calidad e información al consumidor, así como la medición y el control de impactos ambientales mediante el uso de la tecnología, la interoperabilidad de los datos, o el fomento del emprendimiento en el territorio. *Vid. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO* (2020b: 59).

(65) *Vid. PRESIDENCIA DEL GOBIERNO* (2020a: 130).

(66) Nos estamos refiriendo, como no podía ser de otra forma, a la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

(67) Reformar que aspira a promover la renovación de los requisitos de ubicación, distancia, tamaño, condiciones sanitarias e infraestructuras de bioseguridad, medioambientales y de bienestar animal en las granjas, principalmente.

ción sostenible en los suelos agrícolas o la revisión de la normativa sobre contaminación de origen agrario.

Con todo ello se pretende seguir avanzando en los procesos de transformación y adaptación del sistema agroalimentario, con el firme propósito de dar una respuesta ágil y eficaz a los desafíos e interrogantes que plantea la globalización, la digitalización y el cambio climático, al tiempo que se mejora la respuesta de una industria vital para las áreas rurales que debe hacer frente a las necesidades de una población cada vez más concienciada con la producción sostenible y la calidad de los alimentos.

III. DISCRIMINACIÓN NORMATIVA POSITIVA COMO MECANISMO PARA IMPULSAR LOS CANALES CORTOS DE COMERCIALIZACIÓN EN LAS ÁREAS RURALES

Como se ha puesto de relieve con anterioridad, la problemática de la España vaciada o, mejor dicho, el reto de revitalizar nuestro preciado medio rural es en esencia, como hemos tenido la oportunidad de reseñar en anteriores trabajos «un problema de personas; un problema de territorios; un problema, en primer lugar, jurídico (68), pues a ese campo pertenece la regulación de las relaciones no solo entre personas, sino también entre poderes públicos y ciudadanos, y entre personas y medio» (69).

Ciertamente, si detenemos nuestra atención en analizar la influencia que posee el universo de normas que componen nuestro *corpus normativo* (70), mediante las cuales se pretende ordenar la vida social y resolver los conflictos de la ciudadanía, observamos con pasmosa facilidad como el derecho positivo, el derecho vigente, está contribuyendo extraordinariamente a agravar aún más los problemas propios de la ruralidad (71), dificultando cualquier

(68) La expresión Estado de Derecho ha tenido en la historia un significado cambiante y polémico, no habiendo alcanzado hasta nuestros días un cierto consenso sobre los caracteres del modelo político que pretende presentar. Esta expresión fue utilizada por primera vez por ROBERT VON MOHL, según los teóricos más aclamados en torno a 1829. La mención a la cláusula del Estado de Derecho que aparece en el art. 1 CE fue tomada de la formulación literal de los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn. Los principios que integran esta cláusula del Estado de Derecho son tres: el principio de legalidad, el principio de tutela judicial efectiva y el principio de garantía patrimonial.

(69) *Vid. M.M. FERNANDO PABLO (2019: 12).*

(70) La importancia de esta cuestión ya fue analizada en profundidad en la primera década del siglo XXI por las instituciones europeas, cristalizando en el plan de acción de la Comisión de 2002, «simplificar y mejorar el marco regulador». *Vid. COMISIÓN EUROPEA (2002).*

(71) Ciertamente, el derecho positivo ha jugado un papel decisivo a la hora de reducir el valor de los territorios no urbanos, «tras las profundas alteraciones demográficas de todo un siglo, a la de proveedor de ocio para el mundo urbanita, suministrador de biodiversidad

intento de revitalización del medio rural y fomentando el fenómeno de la despoblación. Esta peligrosa tendencia a la que, por supuesto, tampoco escapa el Derecho agroalimentario, exige la adopción de importantes transformaciones normativas encaminadas a flexibilizar y adaptar el régimen jurídico de los canales cortos de comercialización agroalimentaria, de tal forma que permita desplegar todo el potencial de una actividad económica que se presenta en nuestros días como un recurso imprescindible para combatir la despoblación de los territorios rurales.

1. El régimen de la producción primaria y operaciones conexas

Si por alimento se entiende «*cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados, entera o parcialmente, como si no*» (72), la mayor parte de la producción agroalimentaria que merezca tal calificación, en tanto no entra en la categoría de *nuevos alimentos* —en cuyo caso requeriría autorización previa expresa— podrá ser comercializada como alimento sin autorización previa, bien por tratarse de plantas o sus partes, bien por tratarse de animales y sus partes, o bien por ser resultado de procesos ya tradicionalmente utilizados en Europa antes de la fecha de 15 de mayo de 1997.

La intensidad de las obligaciones que en materia de higiene y seguridad alimentaria (73) se imponen sobre el operador, tanto al regular sus obligaciones de autocontrol de la seguridad e higiene, como desde el punto de vista de su sujeción a control oficial, son considerablemente menores en la *producción primaria*.

y parajes de naturaleza y valor medioambiental. Vivir del campo se transforma en una ocupación desarraigada, económicamente incierta (al menos en España, donde es patente que la política de conformación de la oferta agrícola-ganadera no ha evolucionado al ritmo de la demanda) y vitalmente discriminatoria: los territorios no han sido equipados para ofrecer el sustento de una residencia permanente, y su falta de servicios, sus carencias de equipamientos (por ejemplo, los culturales) su misma identidad, solo recientemente han comenzado a ser reivindicadas». *Vid. M.M. FERNANDO PABLO (2021: 25).*

(72) Definición contemplada en el art. 2.1 del Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

(73) Si bien es cierto que el análisis del comercio agroalimentario de proximidad constitúa hasta fechas recientes una asignatura pendiente de abordar por parte del Derecho Administrativo, conviene reseñar una serie de estudios llevados a cabo por avezadas compañeras que, de forma precursora, se adentraron en el análisis de la seguridad alimentaria, cuestión estrechamente imbricada con la materia objeto de estudio en el presente trabajo. En este sentido, destaca RODRÍGUEZ FONT, M. (2007): *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria: de la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Madrid, Marcial Pons.

En este sentido, el Reglamento (CE) 178/2002 en su art. 3.17) define la noción de producción primaria como «*la producción, cría o cultivo de productos primarios, con inclusión de la cosecha, el ordeño y la cría de animales de abasto previa a su sacrificio. Abarcará también la caza y la pesca y la recolección de productos silvestres*».

Por otro lado, el Reglamento (CE) 852/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios, define las operaciones conexas a la producción primaria como «*el transporte, el almacenamiento y la manipulación de productos primarios en el lugar de producción, siempre que no se altere su naturaleza de manera sustancial; el transporte de animales vivos, cuando sea necesario, y en el caso de productos de origen vegetal, productos de la pesca y animales de caza silvestre, las operaciones de transporte de productos primarios cuya naturaleza no se haya alterado de manera sustancial, desde el lugar de producción a un establecimiento*».

De esta forma, los operadores que realicen su actividad exclusivamente en la producción primaria están sujetos, en materia de higiene y seguridad de los alimentos, a las normas generales de higiene [parte A del Anexo I del Reglamento (CE) 852/2004] y los requisitos específicos fijados en el Reglamento (CE) 853/2004 para determinados productos de origen animal. Entre las normas generales de higiene aludidas, se encuentran la protección contra cualquier foco de contaminación y, por tanto, el cumplimiento de las correspondientes disposiciones legislativas comunitarias y nacionales relativas a la adopción de medidas de control de la contaminación procedente del aire, del suelo, del agua, de los piensos, de los fertilizantes, de los medicamentos veterinarios, de los productos fitosanitarios y biocidas, y del almacenamiento, tratamiento y eliminación de residuos, así como las medidas zoosanitarias y relativas al bienestar animal, limpieza de instalaciones, la adopción de medidas preventivas al introducir nuevos animales, además de la obligación de comunicación a las autoridades competentes de las sospechas de focos de enfermedades.

En cambio, si dichos operadores desarrollan su actuación en el sector de la producción primaria vegetal, las medias generales de higiene comprenden la limpieza y desinfección de las instalaciones, equipos, contenedores, cajas, vehículos y embarcaciones, al tiempo que se le exige la utilización de agua potable y el uso de fertilizantes y biocidas de conformidad con la legislación vigente. Adicionalmente, se le imponen ciertas obligaciones de documentación (registro) sobre la utilización de productos fitosanitarios y biocidas; el control y la comunicación de la aparición de plagas o de enfermedades que puedan afectar a la seguridad de los productos de origen vegetal y los resultados de todos los análisis pertinentes efectuados en muestras tomadas de plantas u otras muestras que tengan importancia para la salud humana.

Así, en la fase de producción primaria son exigibles, por una parte, las previsiones de los arts. 1 y 2 del Reglamento (CEE) 315/93, del Consejo, de 8 de febrero de 1993, relativas a la prohibición de poner en el mercado productos alimenticio que contengan contaminantes, esto es cualquier sustancia que no haya sido agregada intencionadamente al alimento en cuestión, pero que sin embargo se encuentra en el mismo como residuo de la producción, incluidos los tratamientos administrados a los cultivos y al ganado y en la práctica de la medicina veterinaria; en proporciones inaceptables para la salud pública. Y, por otra, las previsiones del Reglamento (CE) nº 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de febrero de 2005 relativo a los límites máximos de residuos de plaguicidas en alimentos y piensos de origen vegetal y animal y que modifica la Directiva 91/414/CEE del Consejo.

Al servicio de la claridad normativa, siguiendo el mandato de la regulación comunitaria, se han elaborado numerosas «Guías de Buenas Prácticas» que permiten clarificar las obligaciones de los operadores, también en el caso concreto de la producción primaria. En este sentido, conviene destacar la publicada por la Administración General del Estado y titulada *Higiene de la producción primaria, operaciones conexas y fases posteriores de la cadena alimentaria* (74), así como la *Guía de buenas prácticas de higiene en la producción primaria agrícola* (75), siendo esta última fiel reflejo de las pautas contenidas en los documentos guía de la Unión Europea tendentes a clarificar que actuaciones disponen de la consideración de producción primaria y cuál es su régimen jurídico aplicable. Las obligaciones generales de higiene incluyen la obligación de identificar los distintos orígenes del agua utilizada; realizar inspecciones visuales y olfativas periódicas del agua; respetar las restricciones en materia de uso de aguas reutilizadas y la prohibición de usar aguas residuales urbanas no tratadas para el riego de cultivos; la obligación de respetar los límites máximos de residuos y contaminantes y tratamientos fertilizantes, así como la necesidad de registro y limitaciones de los tratamientos fitosanitarios empleados, lo que se conoce como «Cuaderno de Explotación».

El régimen completo de la producción primaria, que incluye las medidas de autocontrol y control oficial que pesan sobre el operador cuando actúa exclusivamente en este ámbito, se contiene en España en el Real Decreto 9/2015, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de higiene en la producción primaria agrícola. Con exclusión de las explotaciones que se destinan solamente a consumo doméstico, la norma citada impone a todos los operadores, tanto si se limitan a la producción primaria como si exceden la misma, las siguientes

(74) *Vid. MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE* (2015a).

(75) *Vid. MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE* (2015b).

obligaciones, (sin perjuicio de que, en el segundo caso deban cumplirse otras obligaciones adicionales): Inscripción en el Registro General de la Producción Agrícola (76) (REGEPA) que se crea por esa norma, y la sujeción al Programa Oficial de Control de la Producción Primaria, como parte de Programa Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria (77).

Desde el punto de vista del productor, este puede optar, dado que el *autoconsumo* está excluido de este tratamiento jurídico, por mantener su actividad en el puro ámbito de la producción primaria y operaciones conexas o realizar operaciones posteriores en la cadena alimentaria, en cuyo caso el conjunto de obligaciones se incrementará sustancialmente.

La normativa comunitaria permite [arts. 1-3 del Reglamento (CE) 852/2004], y exige a los Estados miembros establecer, con arreglo a su derecho nacional, *las normas que rigen el suministro por el productor de pequeñas cantidades de productos primarios al consumidor final o a establecimientos locales de venta al por menor*, como uno más de los mecanismos de flexibilización, una situación intermedia entre la producción primaria, y el autoconsumo y la comercialización de pequeño alcance de determinados productos primarios. La noción de producto primario, conforme al art. 2 del Reglamento CE 852/2004,

(76) De acuerdo con lo establecido en el art. 5.4 del Real Decreto 9/2015, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en materia de higiene en la producción primaria agrícola, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación procedió a la creación de una aplicación informática para el intercambio de información sobre las inscripciones en el Registro General de la Producción Agrícola (REGEPA). Esta aplicación permite la consulta del código de explotaciones registradas a partir de un documento identificativo (DNI/NIF/NIE) y viceversa. Más información disponible en: <https://bit.ly/3wwKGzw>.

(77) El Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria (PNCOCA) es el documento que describe los sistemas de control oficial a lo largo de toda la cadena alimentaria en España, desde la producción primaria hasta los puntos de venta al consumidor final. El Plan es completo e integral, y describe las actuaciones de control oficial de las distintas Administraciones Públicas españolas en el ámbito de sus competencias. La existencia de dicho Plan es obligatoria en todos los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con el art. 109 del Reglamento (UE) 2017/625. Las competencias en el control oficial de la cadena alimentaria en nuestro país recaen a nivel central en los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación; el Ministerio de Sanidad; el Ministerio de Consumo y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que ostentan un papel principalmente coordinador. Con la excepción de los controles en frontera, las competencias en la planificación y ejecución de los controles oficiales recaen en las comunidades autónomas.

Adicionalmente, es conveniente subrayar que, desde el 1 de enero de 2021, está en aplicación el cuarto Plan de control, denominado «Plan Nacional de Control Oficial de la Cadena Alimentaria 2021-2025», que proporciona en España un marco sólido, estable y a la vez flexible, para la realización del control oficial sobre alimentos y piensos, donde administraciones públicas, operadores económicos y consumidores encuentren un referente para obligaciones y garantías.

comprende los productos de la producción primaria, incluidos los de la tierra, la ganadería, la caza y la pesca.

De conformidad con el *Documento de orientación sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) nº 852/2004 relativo a la higiene de los productos alimenticios, comercio de proximidad y venta al por menor* (78), los productos primarios incluyen granos, frutas, verduras, hierbas, setas, y semillas germinadas, huevos, leche cruda (aunque los Estados pueden prohibir, como hacia el Reino de España, su venta al por menor directa por el productor), miel y moluscos bivalvos vivos. Con alguna especialidad, se exceptuaba la carne fresca, dado que el sacrificio excede la considerada producción primaria.

Esta comercialización de proximidad y a pequeña escala, era y es perfectamente posible. En este sentido, el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, excluye en su art. 2 de la obligación de inscripción en tal Registro a «*los establecimientos y sus empresas titulares en el supuesto de que exclusivamente manipulen, transformen, envasen, almacenen o sirvan alimentos para su venta o entrega in situ al consumidor final, con o sin reparto a domicilio, o a colectividades, así como cuando éstos suministren a otros establecimientos de estas mismas características, y se trate de una actividad marginal en términos tanto económicos como de producción, respecto de la realizada por aquéllos, que se lleve a cabo en el ámbito de la unidad sanitaria local, zona de salud o territorio de iguales características o finalidad que defina la autoridad competente correspondiente*». Y se añadía: «*[e]stos establecimientos deberán inscribirse en los registros autonómicos establecidos al efecto*».

Por otra parte, presta cobertura también a este comercio de proximidad en pequeña escala, el Real Decreto 126/2015, de 27 de febrero, por el que se aprueba la norma general relativa a la información alimentaria de los alimentos que se presenten *sin envasar* para la venta al consumidor final y a las colectividades, la comercialización de los alimentos *envasados en los lugares de venta a petición del comprador*, y de los envasados por los titulares del comercio al por menor. Tal norma establece requisitos generales relativos a la información alimentaria (79) de los «*alimentos que se presenten sin envasar para la venta al consumidor final, de los envasados en los lugares de venta a petición del comprador, y de los envasados por los titulares del comercio*».

(78) *Vid. COMISIÓN EUROPEA* (2018).

(79) La información es necesaria para que los poderes públicos puedan llevar a cabo sus funciones de decisión y control, sobre todo en contextos en el que la acción preventiva y en particular la identificación de riesgos emergentes deviene en una auténtica necesidad. *Vid. RODRÍGUEZ FONT, M.* (2012: 197-198).

No solo los productos primarios, en sentido propio, pueden, de conformidad con el derecho comunitario, ser objeto de esta venta de proximidad. Tal posibilidad alcanza también a los supuestos de cierta transformación de productos primarios en la propia explotación. En efecto, el Documento adoptado por la Comisión Europea antes descrito, ejemplifica mediante la inclusión de una serie de supuestos concretos, la posibilidad de que los productores de queso que lleven a cabo las actuaciones de fabricación y comercialización íntegramente en la explotación de origen, no tengan la obligación de someterse por entero a las disposiciones contempladas en el Reglamento (CE) nº 853/2004, (en particular, a las obligaciones de registro y autorización), dado que no puede ignorarse que, en general, se excluye del ámbito del Reglamento la venta al por menor; y ello pese a que la fabricación de queso excede el ámbito de la producción primaria. La utilización de este criterio (*venta al por menor*) así como de la posibilidad otorgada a los Estados miembros de permitir la transformación en la explotación y de preservar los métodos tradicionales de producción para la venta pequeña escala, es el marco del pequeño comercio agroalimentario de proximidad.

2. La cuestión competencial en materia de agricultura y comercio de proximidad y su estrecha relación con la disparidad normativa territorial

Como es sabido por todos, el art. 149.1.13.^a de la Constitución Española, atribuye al Estado la competencia sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en cuyo ámbito se incluye el comercio —y su fomento—, toda vez que representa un sector estratégico para el impulso de la economía española (80).

La competencia estatal sobre la base del citado precepto tiene un «carácter transversal», de manera que «aun existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como “exclusiva” en su Estatuto, esta atribución competencial no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector, y que el ejerci-

(80) En España, como ya se ha señalado, el comercio representa el 12,6 por ciento del PIB a nivel nacional (datos Contabilidad 2019) y el 15,5 por ciento del total de los ocupados. Específicamente, y en lo que respecta al comercio minorista, supone el 12,8 por ciento del total de empresas existentes en nuestro país, representa el 14,1 por ciento del total de establecimientos, el 5,2 por ciento del PIB, el 10 por ciento del total del total de ocupados de la economía y el 58,2 por ciento del sector del comercio.

Es, por lo tanto, un componente de ordenación económica y social esencial de ámbito nacional, no sólo por las cifras, sino por su importancia en la vida cotidiana de multitud de municipios de tamaño medio y pequeño. Es un elemento clave en el desarrollo de nuestros pueblos y ciudades, actuando como vertebrador y dinamizador de la actividad social, económica y cultural, y favoreciendo la cohesión social, la sostenibilidad y afrontar el reto demográfico.

cio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o materias» (81), siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica.

Todo ello responde a la «necesaria coherencia de la política económica», que «exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos [de política económica global o sectorial] y evite que, dada la interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores» (82). De esta forma, el título ampara todas aquellas normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza y forma de instrumentación, orientadas a garantizar la «unidad de mercado» (83) o la «unidad económica» (84).

En su seno, se enmarcan tanto las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de la economía o referidos a la ordenación de un sector concreto, como aquellas acciones o medidas singulares necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de dichos ámbitos. Por ejemplo, líneas de ayudas, destinadas a impulsar los mercados locales y a facilitar su transición digital en el marco de la garantía de la unidad de mercado (85).

La competencia transversal del Estado concurre, en el caso que nos ocupa, con la atribución estatutaria de las Comunidades Autónomas en materia de agricultura, ferias y comercio interior (arts. 148.1.12º y 148.1.13º CE). Por otro lado, conviene recordar que el artículo 25.2.i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) contempla como competencia propia del municipio lo relativo a «ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante». Se trata de un ámbito, por lo tanto, en el que concurren títulos competenciales del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

Partiendo de esa concurrencia de títulos competenciales, hay que recordar que, como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 (86), en

(81) *Vid. STC 74/2014, de 8 de mayo, FJ 3.*

(82) *Vid. STC 186/1988, FJ 2; más recientemente, STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5.*

(83) *Vid. STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 10, y STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6.*

(84) *Vid. STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2.*

(85) Sobre esta cuestión, reviste especial interés el estudio de CALONGE VELÁZQUEZ, A. (1989).

(86) Un análisis detallado de la polémica Sentencia puede verse en ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R. (2010).

relación con la competencia exclusiva recogida en el Estatuto de Cataluña sobre comercio y ferias, que ésta «no impide ni menoscaba el ejercicio de la competencia estatal del artículo 149.1.13.º CE» (FJ 68).

Sentado lo anterior, conviene subrayar que la mayor parte de las Comunidades Autónomas han incluido en sus correspondientes Estatutos de Autonomía, como competencia exclusiva, alguna referencia expresa al «fomento del desarrollo económico en los diferentes mercados y del comercio exterior y la planificación de la actividad económica de la Comunidad» (87), «la regulación administrativa de las diferentes modalidades de venta, con especial atención a la promoción, desarrollo y modernización del sector [del comercio]» (88), «la regulación y el desarrollo de la agricultura (89), la ganadería y el sector agroalimentario» (90), o previsiones vinculadas a «ferias y mercados no internacionales» (91). Esta tendencia se ha traducido, en última instancia, en la promulgación de distintos instrumentos jurídico-administrativos de carácter autonómico orientados a regular el comercio de proximidad, que difieren en intensidad y calidad normativa, lo que ha terminado por consolidar enormes contrastes en la dinamización de los canales cortos de comercialización agroalimentaria entre unas autonomías y otras:

- Ley Foral 8/2010, de 20 de abril, por la que se regula en Navarra la venta directa de productos ligados a la explotación agraria y ganadera.
- Decreto 24/2013, de 8 de enero, sobre la acreditación de la venta de proximidad de productos agroalimentarios.
- Decreto 125/2014, de 4 de septiembre, por el que se regula en Galicia la venta directa de los productos primarios desde las explotaciones a la persona consumidora final.
- Orden SAN/1175/2014, de 30 de diciembre, por la que se autoriza y regula la comercialización de determinados productos alimenticios directamente por el productor a establecimientos de venta al por menor.

(87) *Vid. Art. 70.1.18º de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.*

(88) *Vid. Art. 71.1.25º de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.*

(89) Según el artículo 148.1.7º CE, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de «agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía». Todos los Estatutos de Autonomía, sin excepción, han atribuido esta competencia a sus respectivas Comunidades Autónomas. *Vid. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2010: 128).* Igualmente relevantes, resultan los estudios de LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2003) y MUÑOZ MACHADO, S. (1981), entre otros.

(90) *Vid. Art. 116.1.a) de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.*

(91) *Vid. Art. 9.1.16 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.*

- Decreto 76/2016, de 17 de mayo, que establece las condiciones para la adaptación de los requisitos higiénico-sanitarios de diversos ámbitos de la producción agroalimentaria de Euskadi.
- Decreto 163/2016, de 18 de octubre, por el que se regula el régimen administrativo y el sistema de información de venta directa de los productos primarios desde las explotaciones agrarias y forestales a las personas consumidoras finales y establecimientos de comercio al por menor.
- Ley 7/2017, de 28 de junio, de Venta Local de Productos Agroalimentarios en Aragón.
- Decreto 201/2017, de 15 de diciembre, del Consell, por el que se regula la venta de proximidad de productos primarios y agroalimentarios.
- Ley 3/2019, de 31 de enero, agraria de las Illes Balears.
- Ley del Principado de Asturias 2/2019, de 1 de marzo, de calidad alimentaria, calidad diferenciada y venta directa de productos alimentarios.
- Ley 4/2019, de 3 de abril, de Venta Local de Productos Agroalimentarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- Ley 6/2019, de 9 de abril, de Calidad Agroalimentaria.
- Decreto 71/2020, de 9 de noviembre, por el que se regula en Castilla-La Mancha la venta directa de productos ligados a la explotación agraria.
- Decreto 17/2021, de 24 de marzo, por el que se regula el suministro directo por titulares de explotaciones agrarias de pequeñas cantidades de productos primarios.

De esta forma, entre las normas autonómicas más avanzadas en materia de promoción de las cadenas cortas de distribución de productos agroalimentarios encontramos la Ley 7/2017, de 28 de junio, de Venta Local de Productos Agroalimentarios en Aragón, instrumento que se caracteriza por regular y fomentar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón dos modalidades de venta local (92), como son la venta directa y la venta en canal corto de comercialización. La primera de estas modalidades se refiere a pequeñas cantidades de productos primarios o elaborados por un productor agrario o forestal, vendidas o suministradas directamente por este al consumidor final. Mientras que, en la segunda, el productor entrega dichos productos a un esta-

(92) Conforme a la regulación vigente, pueden ser objeto de venta local los productos agroalimentarios, en las cantidades máximas, que se establecen en la Orden DRS/398/2019, de 27 de marzo, detallando un catálogo pormenorizado de productos agroalimentarios y unidades.

blecimiento local, una empresa de mensajería o cualquier otra fórmula que se establezca, que solo puede venderlos o suministrarlos a un consumidor final.

En el otro extremo, encontramos instrumentos normativos raquínicos, que se caracterizan por constituir un freno u obstáculo insalvable para el despliegue del comercio de proximidad. Este marcado carácter obstrucionista, capaz de lastrar la dinamización de las economías locales, se puede observar con facilidad en la Orden SAN/1175/2014, de 30 de diciembre, por la que se autoriza y regula únicamente la comercialización de determinados productos alimenticios directamente por el productor a establecimientos de venta al por menor. Como se desprende de la citada Orden, en el territorio de Castilla y León los productores solamente podrán suministrar «20 kg semanales de cada producto y proveedor en el caso de los productos vegetales, las setas y la miel y 5 kg semanales por proveedor para otros alimentos procedentes de la apicultura. En el caso de los huevos, se entenderá como pequeña cantidad el suministro de 20 docenas semanales por proveedor» (93).

Urge una regulación de mínimos que contemple la plena vigencia del régimen de excepciones previsto en el paquete higiénico de la Unión Europea, diseñado, entre otras cosas, para insuflar un hábito de vida al sector agroalimentario que pervive y subsiste en el seno de las comunidades rurales en riesgo de despoblación. Cual pueda ser el título competencial del Estado es dudoso, aunque se haya optado por utilizar las *«bases y coordinación general de la sanidad»* como si esta fuese la única perspectiva relevante.

3. La nueva regulación de los canales cortos de comercialización agroalimentaria. El advenimiento de la discriminación normativa positiva como recurso contra la despoblación del medio rural

Con la finalidad de promover una serie de importantes transformaciones normativas que permitan dinamizar la economía local de las áreas rurales a través del despliegue, en su plenitud, de las múltiples posibilidades que el acervo comunitario en materia de seguridad y calidad alimentaria, más conocido como *«paquete higiénico (94)»*, otorga a los Estados miembros a la

(93) A modo de ejemplo, y con la finalidad de mostrar la disparidad existente entre unos territorios y otros, la normativa castellano-leonesa permite suministrar a los productores locales la cantidad máxima de 12.480 unidades de huevos, cifra muy inferior a la contemplada en la Orden DRS/398/2019 de la Comunidad de Aragón, la cual contempla el suministro de 26.000 unidades al año del mismo tipo de producto agroalimentario.

(94) Nos estamos refiriendo, como no podía ser de otra manera, al Reglamento (CE) n.º 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la

hora de modular los requisitos estructurales de los establecimientos, para poder seguir utilizando métodos tradicionales en la producción, o para responder a las necesidades de las empresas situadas en regiones con condicionantes geográficos particulares, lo que contribuye significativamente a facilitar el comercio de proximidad, sin que ello suponga menoscabo alguno de los objetivos de higiene contemplados en dichos reglamentos; el Gobierno de España adoptó recientemente el Real Decreto 1086/2020, de 9 de diciembre, por el que se regulan y flexibilizan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios y se regulan actividades excluidas de su ámbito de aplicación (95).

Las medidas adoptadas en el citado Real Decreto, además de contribuir a reforzar el compromiso del Estado español en la consecución de varios de los objetivos fijados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (96), adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, pretende dar respuesta a tres situaciones diferenciadas: por un lado, se establecen excepciones o adaptaciones para flexibilizar los requisitos recogidos en los reglamentos del paquete de higiene para determinados tipos de establecimientos y productos; por otro, se regulan actividades excluidas del ámbito de aplicación de estos reglamentos; y, por último, se establecen medidas que contribuyen a la correcta aplicación en España de la normativa de la Unión Europea.

De manera adicional, la norma objeto de estudio es una apuesta decidida por la integración, simplificación y adaptación de la normativa nacional sobre higiene de los alimentos que se encuentra dispersa en diversos reales decretos,

Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, establece el marco de regulación de la Unión Europea en materia de seguridad alimentaria. Dicha norma es complementada por el Reglamento (CE) n.º 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios; el Reglamento (CE) n.º 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal; y el Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios, entre otras.

(95) Como señala acertadamente el Consejo de Estado, en su Dictamen 468/2020, «el proyecto (...) se enmarca en un contexto más amplio, mediante el que la Unión Europea y el Reino de España pretenden, en el ámbito del mercado único, establecer los criterios específicos para regular el comercio intracommunitario en la producción, transformación y distribución de alimentos destinados al consumo humano, garantizando la supresión de los obstáculos al comercio y contribuyendo a la creación del mercado interior, al tiempo que se garantiza un elevado nivel de protección de la seguridad alimentaria». *Vid. CONSEJO DE ESTADO (2020).*

(96) *Vid. J.L DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ (2020b: 127-146).*

la mayoría de ellos anteriores a los reglamentos del paquete de higiene (97), y que ahora se derogan.

De esta forma, el capítulo II, recoge una serie de excepciones o adaptaciones para flexibilizar los requisitos establecidos en los reglamentos europeos del paquete de higiene para determinados tipos de establecimientos y productos.

En este sentido, el art. 4 establece el sistema de concesión de excepciones para la producción de alimentos con características tradicionales, de acuerdo con el procedimiento de comunicación simplificado previsto en el artículo 7 del Reglamento (CE) n.º 2074/2005 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2005. Estos alimentos, elaborados mayoritariamente en regiones con dificultades geográficas especiales, forman parte del patrimonio cultural, hecho que justifica la necesidad de establecer un sistema armonizado a nivel nacional para la concesión de excepciones y para su comunicación a la Comisión Europea.

Adicionalmente, en el caso de pequeños mataderos, incluidos los mataderos móviles, y aquellos que solo faenan animales sacrificados de urgencia fuera de los mataderos, el art. 5 de la norma establece ciertas medidas de flexibilidad específicas, permitiendo excepciones y adaptaciones estructurales y de funcionamiento adecuadas a su pequeño tamaño, con la finalidad de adaptar las exigencias normativas en materia de seguridad y calidad alimentaria a la realidad funcional de este tipo de establecimientos.

Asimismo, a tenor del art. 6 del Real Decreto, se permite el sacrificio de aves de corral y caza de granja fuera del matadero, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el anexo III del Reglamento (CE) n.º 853/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004; la evisceración parcial de determinados ungulados, aves y lagomorfos siempre que se cumplan ciertas condiciones —art. 7—. Por otra parte, se permite el transporte de patas de ungulados desde un matadero sin desollar, lavar o depilar, haciendo uso de la habilitación establecida mediante el Reglamento (UE) n.º 1137/2014 de la Comisión, de 27 de octubre de 2014, por el que se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n.º 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la manipulación de determinados despojos de animales destinados al consumo humano —art. 9—. Al mismo tiempo, se establece una marca sanitaria de dimensiones más reducidas, utilizándose un sello de 4,5 cm de anchura y 3 cm de altura, en el caso de corderos, cabritos y lechones, teniendo en cuenta el tamaño de estos animales —art. 10—; se

(97) Como insisten en señalar precursores muy destacados, «el principio de seguridad jurídica postula eliminar del ordenamiento lo que se ha dado en llamar por el Consejo de Estado “chatarra normativa”: restos o conjuntos de normas en vigor cuyos contenidos y realidades sobre las que se proyectan han sido claramente superados, conviniendo simplemente su eliminación del sistema jurídico para facilitar la mejor comprensión y eficacia de éste». *Vid. PALMA FERNÁNDEZ, J.L. (2013).*

autoriza el uso de leche de rebaños que no cumplen determinados requisitos de sanidad animal en determinadas condiciones, así como el uso de leche que no cumple determinados criterios de células somáticas o gérmenes, siempre y cuando se cumplan una serie de garantías sanitarias adicionales tales como la realización de tratamientos térmicos, el establecimiento de amplios procesos de maduración de productos derivados lácteos, etc. —art. 12—. Finalmente, se establecen criterios más flexibles en cuanto a la temperatura de transporte de la carne para la producción de productos específicos —art. 16—.

Adicionalmente, se establecen los mismos requisitos de higiene para el sacrificio de los animales lidiados y de los animales que por su peligrosidad no puedan ser trasladados a matadero que para los animales sacrificados de urgencia fuera del matadero, añadiéndose para los primeros una serie de requisitos adicionales, teniendo en cuenta las características particulares de estos sacrificios, al tiempo que se procede a la derogación del Real Decreto 260/2002, de 8 de marzo, por el que se fijan las condiciones sanitarias aplicables a la producción y comercialización de carnes de lidia.

Además, se regula la posibilidad de que la autoridad competente autorice el corte de las canales de cerdos domésticos y de caballos antes de conocer los resultados del análisis para la detección de triquinas —art. 14—, y se dispone en qué condiciones puede concederse dicha autorización, haciendo uso de lo establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1375 de la Comisión, de 10 de agosto de 2015, por el que se establecen normas específicas para los controles oficiales de la presencia de triquinas en la carne.

Se establecen, ex art. 15, las condiciones en las que la autoridad competente puede autorizar excepcionalmente, y caso por caso, que los mataderos y los establecimientos que produzcan carne picada, preparados de carne y carne fresca de aves de corral en pequeñas cantidades sean eximidos de la aplicación de las frecuencias de muestreo establecidas en el Reglamento (CE) n.º 2073/2005 de la Comisión, de 15 de noviembre de 2005, relativo a los criterios microbiológicos aplicables a los productos alimenticios, de acuerdo con la previsión establecida en el mismo.

Por su parte, el capítulo III centra sus esfuerzos en la regulación de algunas actividades excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea en materia de higiene, relativas al consumo doméstico privado y al suministro directo por parte del productor de pequeñas cantidades de determinados productos al consumidor final o a establecimientos locales de venta al por menor para el abastecimiento del consumidor final, o lo que es lo mismo, establece una avanzada ordenación del comercio de proximidad, llenando un vacío normativo que hasta la fecha lastraba la plena efectividad de la regulación comunitaria de sanidad y calidad alimentario. En este punto, conviene señalar que la normativa comunitaria permite y exige a los Estados miembros

establecer las normas que rigen el suministro por el productor de pequeñas cantidades de productos primarios al consumidor final o a establecimientos locales de venta al por menor —art. 1.3 del Reglamento (CE) 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios—.

De esta forma, el Real Decreto regula el sacrificio de ungulados domésticos para consumo doméstico privado en términos similares a los establecidos en el Real Decreto 640/2006, de 26 de mayo, debiendo las autoridades competentes determinar las condiciones para su realización, teniendo en cuenta el cumplimiento de las disposiciones en relación con los subproductos y el bienestar de los animales —art. 18—. Debido al riesgo que supone la triquinosis, en el caso de especies sensibles a la triquina (porcina y equina), incluidas las de caza destinadas al autoconsumo, se deberán someter a un análisis de detección de triquina antes de su consumo, utilizando alguno de los métodos establecidos en los capítulos I y II del anexo I y, en su caso, en el anexo III del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1375 de la Comisión, de 10 de agosto de 2015.

También se establece que los requisitos de higiene para la producción primaria de alimentos deben ser, en todos los casos, iguales a los requisitos mínimos previstos en los reglamentos del paquete de higiene. Este planteamiento permitirá, además, que los productores primarios comercialicen sus productos sin ningún tipo de limitación geográfica.

Asimismo, el art. 19 regula los requisitos para el suministro directo por parte del productor de pequeñas cantidades de carne procedente de aves de corral y lagomorfos sacrificados en la explotación al consumidor final o a establecimientos locales de venta al por menor que suministran directamente dicha carne al consumidor final que, de acuerdo con el Real Decreto 640/2006, de 26 de mayo, quedaban restringidos al consumo doméstico privado, con excepción de las aves destinadas a la producción de foie gras. Ahora, gracias a la mejora considerable de las condiciones higiénicas que han experimentado en los últimos años las explotaciones de aves de corral y lagomorfos se permite esta nueva actividad sin que ello suponga en modo alguno una disminución del nivel de exigencia en lo que a cuestiones de higiene de las explotaciones se refiere, siempre que se reúnan una serie de requisitos que garanticen el cumplimiento de los objetivos del «paquete de higiene comunitario».

De igual forma, se establecen los requisitos para que, en determinados casos, los cazadores puedan suministrar pequeñas cantidades de carne de caza mayor silvestre al consumidor final o a establecimientos locales de venta al por menor que suministran directamente al consumidor final, de manera que se ofrezcan garantías sanitarias suficientes.

Finalmente, el capítulo IV, incorpora un conglomerado de medidas tendentes a garantizar la correcta aplicación en España del Reglamento (CE) n.º

178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, de los reglamentos del paquete de higiene, y del Reglamento (CE) n.º 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles.

Así, se regulan los requisitos para la evisceración de las piezas de caza silvestre en el campo y la posterior obtención de su carne en establecimientos de manipulación de caza —art. 21—, teniendo en cuenta que la correcta gestión de los animales abatidos facilitará la obtención posterior de una carne en mejores condiciones sanitarias y que, además, la correcta gestión de los subproductos tendrá una incidencia directa en el control de enfermedades que afectan a los animales y a las personas.

También se permite que los propios cazadores puedan realizar entregas directas a los establecimientos de manipulación de caza para su inspección sanitaria y posterior comercialización, estableciendo unos requisitos que aseguren alcanzar los objetivos de seguridad previstos en los reglamentos de higiene —art. 22—. Con ello, se favorece el aprovechamiento de piezas de caza silvestre cobradas en ciertas modalidades, que en la actualidad no están siendo objeto de comercialización, optimizando con ello el aprovechamiento de los recursos cinegéticos.

De igual modo, se amplía el ámbito de comercialización de la carne de ungulados domésticos sacrificados de urgencia fuera de los mataderos, atendiendo a los requisitos establecidos en el anexo III del Reglamento (CE) n.º 853/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

En relación con la información alimentaria, y conforme al art. 25 del Real Decreto, se exige que determinados tipos de carne lleven un rótulo en el que se indique que los productos han de cocinarse antes de su consumo.

Así mismo, el art. 27 del Real Decreto establece una serie de requisitos para la leche cruda destinada a la venta directa al consumidor, adicionales a los de los reglamentos del paquete de higiene, como son la exigencia de que el establecimiento esté autorizado e inscrito en el Registro General de Empresas Alimentarias y Alimentos, el cumplimiento de unos criterios microbiológicos, la presentación para la venta al consumidor envasada, determinadas menciones obligatorias en el etiquetado informando de la necesidad de someterla a tratamiento térmico y de conservarla entre uno y cuatro grados centígrados y ciertas limitaciones de su uso como materia prima.

También se armonizan los requisitos exigibles a las comidas testigo en los establecimientos de comidas preparadas. El Real Decreto 3484/2000, de 29 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene para la elaboración, distribución y comercio de comidas preparadas, establece que las autoridades competentes, en determinados casos, podrán exigir a los res-

ponsables de los establecimientos elaboradores de comidas preparadas que dispongan de comidas testigo. Con la finalidad de dar cumplimiento a este mandato, el art. 30 del Real Decreto dispone que «*los operadores económicos que elaboren comidas preparadas para ser consumidas en lugares como residencias de mayores, centros de día, comedores escolares, escuelas infantiles, hospitales, o campamentos infantiles y medios de transporte, o cuando las elaboren en comedores colectivos, como comedores de empresa o por encargo para grupos de al menos cuarenta comensales (bodas, comuniones, etc.), deberán disponer de comidas testigo, que representen las diferentes comidas preparadas servidas a los consumidores, para posibilitar la realización de los estudios epidemiológicos que, en su caso, sean necesarios*».

En síntesis, el Real Decreto 1086/2020, de 9 de diciembre, por el que se regulan y flexibilizan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios y se regulan actividades excluidas de su ámbito de aplicación, supone un paso decisivo hacia la modernización y transformación de un régimen jurídico, el de los canales cortos de comercialización agroalimentaria, olvidado por el conjunto de los poderes públicos, lo que permite situar a este sector económico como punta de lanza en el cambio de paradigma de las políticas públicas de desarrollo rural sostenible que está por llegar con la finalidad de revitalizar los territorios rurales despoblados (98).

IV. CONCLUSIONES

Como se puso de relieve en las líneas precedentes la industria agroalimentaria es un vector económico decisivo para la pervivencia y la revitalización de las comunidades que se asientan en los territorios rurales despoblados. Esta idea contrasta extraordinariamente con la ordenación normativa que el Reino de España ha impuesto a esta realidad económica y social durante un lapso de tiempo excesivamente largo, lo que ha provocado el establecimiento y la consolidación de numerosos impedimentos jurídico-administrativas, los cuales han adoptado, por lo general, la forma de prolongados e insufribles trámites burocráticos que lejos de garantizar la completa y plena aplicación del acervo comunitario en materia de calidad y seguridad alimentaria, han supuesto la aparición de un obstáculo insalvable para la promoción del comercio de proxi-

(98) Como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen 468/2020, «son varios los intereses en liza. Por una parte, los de los productores y recolectores de alimentos que pretenden seguir usando los métodos tradicionales; por otra parte, los de las empresas de tratamiento y transformación y, por otra, los de los consumidores. Corresponde a las Administraciones públicas tratar de encontrar un equilibrio entre todos ellos, en busca del interés general, con la intervención de las autoridades sanitarias, las competentes en materia de consumo y las responsables en materia de agricultura y ganadería, entre otras». *Vid. CONSEJO DE ESTADO (2020)*.

midad y el desarrollo de innovadores proyectos personales y profesionales en las áreas escasamente pobladas de la geografía española.

Esta tendencia constituye una manifestación más del pernicioso efecto que una exorbitada (des)regulación de la realidad rural y una excesiva intervención administrativa, pensada desde una órbita urbanita y capitalina que parte del total desconocimiento de la problemática que padecen los habitantes de los territorios rurales, provoca en la acentuación de los procesos de abandono y olvido de estas extensas regiones, dificultando otorgar una respuesta efectiva al reto demográfico que permite a su vez alcanzar un modelo de desarrollo territorial cohesionado y sostenible a medio y largo plazo.

Sin embargo, tras la adopción del Real Decreto 1086/2020 todo apunta a que se aproximan importantes vientos de cambio y que el establecimiento de novedosas formulas normativas tendentes al establecimiento de un régimen jurídico diferenciado en favor de los territorios rurales despoblados, con el firme propósito de insuflar un hábito de vida a estas sociedades, ha venido para quedarse.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario (2010): *Las consecuencias jurídicas de la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La Sentencia de la Perfecta Libertad*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 345 pp.
- BANDRÉS, Eduardo y AZÓN, Vanessa (2021): *La despoblación de la España Interior*, Funcas, Madrid.
- BANDRÉS MOLINÉ, Eduardo; GADEA, Lola; SALAS FUMÁS, Vicente y SAURAS, Yolanda (2020): «España y el Plan Europeo de Recuperación», *Cuadernos de Información Económica*, 277, pp. 9-23.
- BELLO PAREDES, Santiago A. (2020): «Castilla y León vacía (vaciada): esperando a Ulises», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, 13, pp. 10-130.
- BENABENT FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Manuel (1986): «Ordenación del territorio, planificación y gestión de las áreas de montaña», *Revista de Estudios Andaluces*, 6, pp. 65-74.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio (1989): «El principio de unidad de mercado en la Constitución Española de 1978», en Gómez-Ferrer Morant, R. (Coord.), *Libro homenaje a Villar Palasí*, Madrid, Civitas, pp. 177-196.
- CAMPOS ACUÑA, Concepción (Dir.) (2021): *La gestión de los Fondos Next Generation. Claves de la revolución administrativa*, Madrid, Wolters Kluwer.

COMISIÓN EUROPEA (2020): *A Renovation Wave for Europe – Greening our buildings, creating jobs, improving lives*, [COM/2020/662 final].

- (2018): Documento de orientación sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) nº 852/2004 relativo a la higiene de los productos alimenticios comercio de proximidad y venta al por menor, Bruselas.
- (2002): *Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulador»* [COM(2002) 278 final].

COMISIONADO DEL GOBIERNO FRENTE AL RETO DEMOGRÁFICO (2019): *Directrices generales de la Estrategia Nacional Frente al Reto Demográfico*, Madrid.

CONDE-RUIZ, José Ignacio (Coord.) (2020): *Grupo de trabajo sobre actuaciones para la reconstrucción del entorno productivo en el contexto del Next Generation EU Program y del Marco Financiero Plurianual de la UE*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

CONSEJO DE ESTADO (2020): *Dictamen 468/2020, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regulan y flexibilizan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones de la Unión Europea, en materia de higiene de la producción y comercialización de los productos alimenticios y se regulan actividades excluidas de su ámbito de aplicación*, Madrid.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2021): *Informe sobre un medio rural vivo y sostenible*, Madrid.

- (2018): *Informe sobre el medio rural y su vertebración social y territorial*, Madrid.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (1992): *Derecho Agrario Ambiental, Propiedad y Ecología*, Pamplona, Aranzadi, 648 pp.

DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis (2021a): *Comunidades discriminadas y territorios rurales abandonados. Políticas públicas y Derecho Administrativo frente a la despoblación*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 304 pp.

- (2021c): «Discriminación normativa positiva como herramienta contra la despoblación de las áreas rurales. El comercio de proximidad», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, 1, pp. 282-287.
- (2021d): «La importancia de las consideraciones medioambientales en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Retrospectivas de futuro», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 114, pp. 1-44.
- (2021b): «La importancia del municipalismo para la consecución del nuevo resurgir de la ruralidad: la disyuntiva entre devolver el alma a los pueblos o abandonar el territorio», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 53, pp. 73-120.
- (2020a): «El agotamiento de las políticas públicas relacionadas con el desarrollo rural», en Fernando Pablo, M.M. y Domínguez Álvarez, J.L.

- (Dirs.), *Rural Renaissance: Derecho y Medio Rural*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 217-243.
- (2020b): «Objetivos de desarrollo sostenible, igualdad de género y des población: una respuesta desde las administraciones públicas», en Figue-ruelo Burrieza, Á. y Del Pozo Pérez, M. (Dirs.), *(Des)igualdad y violencia de género: el nudo gordiano de la sociedad globalizada*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 127-146.
 - (2019): «La despoblación en Castilla y León: políticas públicas innovadoras que garanticen el futuro de la juventud en el medio rural», *Cuadernos de Investigación en Juventud*, 6, pp. 21-36.
- ESCRIBANO PIZARRO, Jaime; ESPARCA PÉREZ, Javier y SERRANO LARA, José Javier (2015): «El comercio en los espacios rurales valencianos: caracterización, funciones, problemáticas y estrategias de actuación», *Cuadernos geográficos*, vol. 54, 1, pp. 87-112.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (2017): *Documento de acción. Listado de medidas para luchar contra la despoblación en España*, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2021): «El régimen de la Unión Euro-pea sobre la incidencia ambiental en el sector alimenticio y la seguridad alimentaria», *Diario La Ley*, 9889, pp. 1-24.
- (2021): *Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente*, Salamanca, Ratio Legis, 10^a edición.
 - (2020): «El ambicioso Pacto Verde Europeo», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 101, pp. 78-109.
- FERNANDO PABLO, Marcos Matías (2021): «La patología jurídica de lo rural en la Europa de la neutralidad climática», en Domínguez Álvarez, J.L., *Comunidades discriminadas y territorios rurales abandonados*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 25-38.
- (2020): «¡Faltan cabezas!: una nota sobre derecho público y ruralidad», en Fernando Pablo, M.M. y Domínguez Álvarez, J.L. (Dirs.), *Rural Renaissance: Derecho y Medio Rural*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 19-27.
 - (2019): «Devolver el alma a los pueblos: el encuentro “Rural Renaissance”», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2, pp. 11-13.
 - 2018): «El tratamiento del sector agroalimentario en el derecho de la industria alimentaria», en TERRÓN SANTOS, D. (Dir.), *Estudios de Derecho Agroalimentario*, Granada, Comares, pp. 1-25.
 - (2014): «La Ley 12/2013 de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 1, pp. 168-169.

- FOOD AND DRINK EUROPE (2020): *Annual Report 2021*, Bélgica.
- GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles (2020): *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Barcelona, Atelier, 2020.
- (2016): «Desarrollo territorial y urbano sostenible», en Fernando Pablo, M.M. (Dir.), *Derecho de la edificación y renovación urbana*, Madrid, Tecnos, pp. 19-35.
- GONZÁLEZ REGIDOR, Jesús (2008): «Medio rural y medio ambiente: por un desarrollo rural sostenible», *Ambienta*, 73, pp. 28-33.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (2021): *Plan Agricultura y Ganadería Joven*, Valladolid.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, (2003): «El desarrollo de las competencias autonómicas de Andalucía en materia de agricultura», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2, pp. 431-472.
- MASSOT MARTÍ, Albert (2021): «Globalización, transiciones climática y digital y crisis pandémica en los sistemas agroalimentarios: implicaciones para las políticas públicas», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 257, pp. 61-130.
- (2019): «La PAC y la lucha contra el cambio climático», *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, 51: Política Agrícola Común, pp. 187-221.
- (2018): «Hacia la PAC a 27: la Comunicación de la Comisión de noviembre de 2017 y su contexto», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 250, pp. 15-91.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN (2020a): *Agrinfo nº 30. Contribución del Sistema Agroalimentario a la Economía Española 2018*, Madrid.
- (2020b): *Informe anual de la industria alimentaria española, periodo 2019-2020*, Madrid.
- (2019): *Estrategia de digitalización del sector agroalimentario y forestal y del medio rural*, Madrid.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (2015b): *Guía de buenas prácticas de higiene en la producción primaria agrícola*, Madrid.
- (2015a): *Higiene de la producción primaria, operaciones conexas y fases posteriores de la cadena alimentaria*, Madrid.
- MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (2021): *Plan de recuperación. 130 medidas frente al Reto Demográfico*, Madrid.
- (2020): *Estrategia Común de Desarrollo Transfronterizo*, Guarda.
- MOLINA IBÁÑEZ, Mercedes (2019): «Dimensión territorial de la despoblación. Aproximación al papel de las políticas públicas en un entorno europeo», en Farinós Dasí, J.; Ojeda Rivera, J.F. y Trillo Santamaría, J.M. (Coords.), *Geografías para un Estado posmoderno*, Barcelona, Geocrítica.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1981): «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura», *Agricultura y Sociedad*, 21, pp. 265-332.
- NOGALES NAHARRO, María Ángeles (2006): «Desarrollo rural y desarrollo sostenible. La sostenibilidad ética», *CIRIEC-España, Revista de economía pública, social y cooperativa*, 55, pp. 7-42.
- OFICINA DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA (2021): *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Madrid.
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis (2015): «La noción "cadena alimentaria" como concepto jurídico integrador de la actividad agroalimentaria», *Diario La Ley*, 8548.
- (2013): «Chatarra normativa y Derecho alimentario: el caso de las reglamentaciones técnico-sanitarias», *Diario La Ley*, 8157.
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO (2020a): *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España puede»*, Madrid.
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO (2020b): *Plan España Digital 2025*, Madrid.
- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José (Dir.) (2021): *Guía para la planificación, gestión y ejecución de los fondos del Plan para la Recuperación, Transformación y Resiliencia*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.) (2021): *Modernización de la Administración Pública para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Comentarios de urgencia al Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre*, Salamanca, Ratio Legis.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca (2020a): «Hacia un salto disruptivo verde: El potencial de los montes ante el green new deal y la nueva PAC 2021-2027», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 47, pp. 23-69.
- (2020b). «Periodo 2021-2027 post COVID (nuevo pacto verde, "Next Generation EU y la nueva PAC"): ¿hacia una "nueva ruralidad" en Europa y en España?», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, vol. 54, 341, pp. 135-192.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola (2012): «Redes de alerta alimentaria y su articulación en la estructura territorial del Estado», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 15, pp. 197-240.
- (2007): *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria: de la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Madrid, Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel (2010): «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, 312, pp. 127-179.

- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier (2021): «El plan de inversión que cambiará Europa y España en el próximo sexenio: el instrumento de recuperación de la Unión Europea y el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España», *La Ley Unión Europea*, 88, pp. 1 y ss.
- TERRÓN SANTOS, Daniel (Dir.) (2018): *Estudios de Derecho Agroalimentario*, Granada, Comares.
- XIFRÉ, Ramón (2020): «El plan NGEU en España: retos estructurales y revisión de propuestas», *Cuadernos de Información Económica*, 279, pp. 11-22.

EL IMPULSO A LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN ARAGÓN^(*)

JULIO TEJEDOR BIELSA

SUMARIO: I. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA IMBRICADA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IMPLICAR A LA ORGANIZACIÓN EN SU PROPIA SIMPLIFICACIÓN.– II. LA GOBERNANZA DE LA SIMPLIFICACIÓN. TENDER UNA RED DE SIMPLIFICACIÓN DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO.– III. LA SIMPLIFICACIÓN MEDIATA. EL PROCESO HACIA LA EFECTIVIDAD DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DE INTERVENCIÓN, SILENCIO, INFORMES Y PLAZOS: 1. El despliegue de la política de simplificación administrativa. 2. Régimen jurídico de intervención, silencio, informes, plazos y documentación. Novedades en la Ley de Simplificación. 3. Impulso a la administración electrónica. Palancas de avance.– IV. LA COORDINACIÓN COMO INSTRUMENTO DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. EL DESARROLLO DE TÉCNICAS COLABORATIVAS, COORDINADORAS Y ORGANIZATIVAS AL SERVICIO DE LA SIMPLIFICACIÓN.– V. LA SIMPLIFICACIÓN DIRECTA. MEDIDAS ADOPTADAS EN DIFERENTES NORMAS ESTRUCTURALES PARA EL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO: 1. Medidas en materia de hacienda. 2. Medidas en materia de subvenciones públicas. 3. Medidas en materia de contratación pública. 4. Otras medidas de aplicación directa.

RESUMEN: La necesidad de abordar la simplificación administrativa es constante en el debate social, económico y político desde hace tiempo. Probablemente, los objetivos y motivos del sector público y del sector privado para reclamarla no coinciden. Pero lo cierto es que se percibe como una necesidad. La Comunidad Autónoma de Aragón la ha impulsado mediante la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa. Esta Ley impulsa la simplificación en sus tres vertientes esenciales, la regulatoria, la procedural y la organizativa, e incorpora otras medidas conexas como las palancas de transformación digital o reformas de leyes estructurales para la acción pública como las de contratación, subvenciones o hacienda.

Palabras clave: simplificación administrativa; mejora regulatoria; contratos públicos; subvención; transformación digital.

ABSTRACT: *The need to address administrative simplification has been a constant in the social, economic and political debate for some time. Probably, the objectives and motives of the public sector and the private sector to demand it do not coincide. But the truth is that it is perceived as a necessity. The Autonomous Community of Aragon has*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 25/08/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 20/09/2021.

promoted it through Law 1/2021, of February 11, on administrative simplification. This Law regulates simplification in its three essential aspects, normative, procedural and organizational, and incorporates other related measures such as digital transformation levers or reforms of structural laws for public action such as contracting, subsidies or finances.

Key words: administrative simplification; better regulation; public contracts; subsidy; digital transformation

1. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA POLÍTICA DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA IMBRICADA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IMPLICAR A LA ORGANIZACIÓN EN SU PROPIA SIMPLIFICACIÓN

¿Qué es la simplificación administrativa? La simplificación administrativa es un proceso permanente e integral de transformación y mejora de la organización del sector público resultante de un conjunto de iniciativas de mejora de la calidad normativa, simplificación normativa, transformación digital del sector público, modernización y racionalización administrativa, revisión, reordenación y agilización de procedimientos y reducción de cargas administrativas.

¿Por qué una política de simplificación? Qué se trata de conseguir... La Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa (en adelante LS), aspira a lograr la implantación en el sector público de una cultura de la simplificación que vaya más allá de los diferentes aspectos parciales que aportan más simplicidad a las organizaciones públicas y estructura de forma integrada esas acciones. ¿Por qué? Responde a demanda social y empresarial de simplificar y agilizar la acción y el funcionamiento de la Administración, especialmente en tiempos de crisis. También la propia Administración y sus gestores son conscientes de las posibilidades de mejora de sus procesos y, con frecuencia, de las deficiencias regulatorias que están en la base de muchos de los problemas detectados. Sin demagogia ni segundas intenciones. No debe suponer, ni razonablemente pretender, la desaparición de la Administración, su retranqueo hasta espacios que le hagan imposible cumplir con su función constitucional de servicio al interés general, como si de un artefacto molesto o inútil se tratase. No se trata, de imponer menos Administración, sino de exigir mejor Administración.

La LS, en todo caso, opera en su ámbito competencial, el autonómico (incluyendo al sector público autonómico y, con matices, al local), y se ve limitada en este sentido por la legislación estatal. Como señala su preámbulo «el proceso de simplificación administrativa no podrá completarse totalmente en Aragón, ni en ninguna otra Comunidad, si no lo afronta también el Estado, si no hay una voluntad decidida de transformar la regulación, la actuación y la organización de todas las administraciones públicas plasmada en las leyes

estatales que rigen, en lo fundamental, su conformación. Esta ley, por tanto, llega hasta donde puede llegar atendida la normativa estatal vigente».

¿Cuáles son sus pilares fundamentales? En qué consiste la simplificación administrativa... Simplificación administrativa, en triple vertiente regulatoria, organizativa y procedimental. No se trata de cambiar normas, por un lado, plantillas por otro y procedimientos, finalmente, de forma aislada sino de diseñar una estrategia global de cambio, de transformación de la cultura organizativa del sector público haciendo que los principios organizativos y de funcionamiento, repetidamente proclamados, orienten de forma efectiva su rumbo, sus relaciones con la sociedad y la función de servicio a los intereses generales.

Ha de concretarse, pues, en un proceso integral de transformación de toda la organización. Al igual que la transformación digital de cualquier organización comporta un cambio integral de la organización, que va mucho más allá del hardware y las aplicaciones y requiere una profunda renovación estructural, la simplificación administrativa exige también una transformación de la organización actual para adaptarla a nuevas formas de hacer. El preámbulo de la LS lo expresa gráficamente «la Administración debe modernizarse, las actitudes deben modernizarse y la regulación debe, también, modernizarse. La transformación digital es hoy un imperativo absoluto, esencial, en ese proceso de modernización, que no admite más demoras. La organización y los empleados públicos han de implicarse en ese proceso de transformación, comprometerse con él y liderarlo. Ha de superarse, en fin, la asunción con naturalidad de formas de regular, frecuentemente basadas en la desconfianza y concebidas al margen de la organización, que convierten la regulación en una rémora para la actuación de las Administraciones públicas y para la actividad económica de los particulares».

Pieza clave en la estructura de la LS es el deber general de promoción de la simplificación administrativa, conforme al cual todas las entidades y órganos que integran el sector público autonómico deberán promover de forma efectiva la simplificación administrativa en sus respectivos ámbitos de competencias. En tal sentido, en el ejercicio de sus competencias, conforme a los principios de simplificación, deberán optar por aquellas alternativas regulatorias y de gestión que impliquen una mayor simplificación administrativa, tal cual se define en la LS, y menores cargas para los ciudadanos.

Pero recordemos que aquí, como ocurre muy frecuentemente en las relaciones administrativas, hay dos actores. Sector público y sector privado deben colaborar en las políticas de simplificación, y han de hacerlo desde la responsabilidad, pues la transformación de la administración, digital y simplificadora, no logrará sus objetivos si no cuenta con la implicación de ciudadanos y empresas que, lealmente, asuman los nuevos planteamientos no como vías

de escape o de elusión del cumplimiento normativo, sino como instrumentos para lograr más agilidad, seguridad jurídica y previsibilidad de la actuación administrativa. La administración, por su parte, debe asumir que sus tiempos han de responder a las expectativas de ciudadanos y empresas y que han de ser ciertos y previsibles.

La LS dedica su extenso artículo 4, amplio en el proyecto de ley y ampliado durante la tramitación parlamentaria, al establecimiento de los criterios de simplificación, que cabe clasificar en organizativos, procedimentales y documentales. Los criterios organizativos de simplificación son los siguientes:

- a) Reordenación de la distribución de competencias entre los diferentes órganos para favorecer de forma efectiva la simplificación de la actividad administrativa, considerando especialmente el principio de subsidiariedad.
- b) Supresión de cargas administrativas repetitivas, obsoletas, no exigibles legalmente o que, aun siéndolo, no sean necesarias para la adecuada resolución del procedimiento.
- c) Revisión de la necesidad de determinados registros y, en caso de serlo, posibilidad de inscripción de oficio y de vigencia indefinida de la inscripción.
- d) Mejora de la información sobre requisitos, documentación y procedimientos, cumpliendo las obligaciones generales de transparencia y las específicas de la ley de simplificación.
- e) Establecimiento de modelos de declaración, memorias o test de conformidad que faciliten la presentación de solicitudes y la elaboración de informes preceptivos.
- f) Publicación de catálogos de buenas prácticas, modelos, formularios y otros instrumentos de simplificación administrativa.
- g) Agilización de las comunicaciones, especialmente potenciando la transformación digital de la Administración y fomentando la relación electrónica con los ciudadanos, garantizando, en todo caso, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que deberán reunir los dispositivos y servicios electrónicos para las personas con algún tipo de discapacidad y para las personas mayores, en igualdad de condiciones, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, reduciendo la brecha digital y garantizando atención a aquellas personas para las que no resulte posible la comunicación electrónica.
- h) Formación permanente y específica de los empleados públicos en materia de simplificación administrativa en su triple vertiente: normativa, organizativa y procedimental.
- i) Adaptación de la información y los diferentes trámites de los procedimientos a lectura fácil y lenguaje claro para garantizar la participación e integración en la sociedad de las personas con mayores dificultades.

Junto a los anteriores, los criterios procedimentales de simplificación inciden directamente sobre los procedimientos administrativos, proponiendo su revisión simplificadora:

- a) Simplificación, unificación o eliminación de procedimientos, sin merma de las garantías exigibles ni de la transparencia de la actividad administrativa.
- b) Programación temporal del desarrollo de los procedimientos, considerando el impacto de las incidencias administrativas o generadas por los interesados en los mismos.
- c) Reducción de términos y plazos y supresión, acumulación o simplificación de trámites innecesarios, redundantes o que no contribuyan a la mejora de la actividad administrativa, sin merma de las garantías exigibles ni de la transparencia de la actividad administrativa.
- d) Extensión y potenciación de los procedimientos de respuesta inmediata o resolución automatizada para el reconocimiento inicial de un derecho o facultad, así como para su renovación o continuidad de su ejercicio. Este criterio se aplicará especialmente a los procedimientos y servicios en que se resuelven las pretensiones y demandas de la ciudadanía tras un único contacto con la Administración o en un tiempo muy breve.

Finalmente, se enuncian también los criterios de simplificación relativos a la gestión documental en el sector público, que son los siguientes:

- a) Fomento de declaraciones responsables y comunicaciones, reduciendo la aportación de datos, documentos y requisitos exigibles para ejercicio de derechos o inicio de actividades, sin merma de las garantías exigibles ni de la transparencia y control públicos.
- b) Supresión o reducción de la documentación requerida a los interesados, favoreciendo la sustitución de la aportación por declaraciones responsables y analizando el momento idóneo para ello, tendiendo a exigirla solo a quienes resulte estrictamente necesario atendida la propuesta de resolución en el momento anterior más cercano.
- c) Agrupación documental, incorporando en documento único las manifestaciones que, en forma de declaraciones, certificaciones o actuaciones de similar naturaleza, deba hacer una misma persona en un mismo trámite, o en varios si la gestión del procedimiento lo permite.
- d) Normalización documental, de formularios de solicitud, declaraciones responsables, comunicaciones, certificaciones y documentos de análogo carácter, diseñando modelos que faciliten y agilicen su cumplimentación, con los datos mínimos para identificar a la persona interesada y facilitando, cuando sea posible, su cumplimentación anticipada.

En definitiva, como señala el preámbulo de la LS, «es preciso, pues, administrar mejor, no menos, regular mejor, no menos, evaluar más y mejor.

No se trata de eliminar la Administración o de postergar al sector público y, con ello, desproteger los intereses generales. Se trata de hacerlos mejores, más cercanos a ciudadanos y empresas, más ágiles, más proactivos, más tecnológicos, más atentos a las necesidades que deben atender para cumplir su función constitucional de servicio a los intereses generales». Y para ello resulta indispensable gestionar los procesos de mejora, ponderar la importancia de la coherencia de los procesos y del tiempo de tramitación, su repercusión para el correcto funcionamiento del sector público y su extrema importancia para el sector privado que se relaciona con él. Es conveniente que el sector público haga suyos aquellos elementos de la gestión privada de proyectos que pueden reportar beneficios a su actividad, especialmente en lo relativo al análisis y optimización de procesos y a la planificación y programación temporal de su actuación. Ha de hacerse al regular, al gestionar, al organizarse... y evaluar, evaluar y evaluar...

La LS se aplica íntegramente al sector público autonómico. Pero también se aplica, en los términos establecidos en su disposición adicional sexta, a las entidades locales que están sujetas a las disposiciones de la parte articulada de la ley cuando así se establezca expresamente en la misma y, en todo caso, a lo previsto en el título preliminar, excepto el artículo 5, el título II y, cuando en virtud de su normativa específica apliquen los regímenes de declaración responsable y comunicación, los capítulos primero y tercero del título III. Además, en la regulación de los procedimientos de su competencia, en el marco de la legislación básica y sectorial aplicable, las entidades locales observarán los criterios establecidos en el capítulo segundo del título III. En cualquier caso, la parte final de la LS les será igualmente de aplicación conforme a lo que se establezca en cada caso en las correspondientes disposiciones o, cuando se trate de disposiciones modificativas de otras normas legales, conforme a lo establecido en estas.

II. LA GOBERNANZA DE LA SIMPLIFICACIÓN. TENDER UNA RED DE SIMPLIFICACIÓN DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO

¿Quién hace qué? Es evidente que no existe un único órgano o departamento competente en materia de simplificación administrativa en la administración autonómica. No es cuestión que, hasta el momento al menos, haya tenido sustantividad propia. La dispersión competencial, a este respecto, no ayuda a simplificar la administración. En la administración autonómica no hay pues unidades específicas de simplificación, pero sí hay tres protagonistas, al menos, que deben liderar, desde sus competencias, la política de simplificación. En primer lugar, el Departamento competente en materia de administración pública (Hacienda y Administración Pública); en segundo lugar, el Departa-

mento competente en materia de transformación digital (Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento); y, por último, el ente competente para prestar servicios sobre tecnologías y servicios de la información y telecomunicaciones (Aragonesa de Servicios Telemáticos).

¿Cómo superar esta situación? Creando una red de simplificación cuyo nodo central es la nueva Comisión de simplificación administrativa, que debería compensar la dispersión departamental de las competencias que afectan a la simplificación administrativa. La Comisión de Simplificación Administrativa, adscrita orgánicamente al departamento competente en materia de Administración pública y, funcionalmente, a la Presidencia del Gobierno es una organización instrumental sumamente sencilla y de marcado carácter técnico, integrada por un máximo de diez miembros, empleados públicos autonómicos y locales con experiencia acreditada y especialización en derecho administrativo, organización administrativa, gestión y políticas públicas, empleo público, contratación administrativa, subvenciones, administración electrónica y transformación digital de organizaciones. Sus miembros son designados mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta de la Presidencia, oídos los departamentos competentes en materias relacionadas con la simplificación administrativa. Su mandato es de cinco años, superior a un periodo normal de legislatura, renovable indefinidamente. La Comisión se constituyó el 18 de marzo de 2021, definitivamente integrada por ocho empleados públicos de la administración autonómica y uno de la administración local (todos con sus correspondientes suplentes). Se ha establecido que la Comisión aprobará su propio reglamento de organización y funcionamiento, que concretará la forma en que se creará la red de simplificación administrativa. Así, se prevé que a las sesiones de la Comisión puedan asistir habitualmente, con voz y sin voto, los jefes de servicio competentes en materia de simplificación de los diferentes departamentos o empleado público designado por las secretarías generales técnicas de los departamentos. Además, la Comisión se organizará en grupos de trabajo, liderados por uno o varios de sus miembros, integrados por otros miembros de la Comisión, otros empleados públicos y otras personas especialistas en las diferentes materias que sean objeto de los grupos. Entre tales grupos cobrarán especial protagonismo, muy probablemente, los de transformación digital y administración local.

En general, a la Comisión de Simplificación Administrativa le corresponde el impulso, seguimiento y evaluación de las políticas de simplificación administrativa en el marco y con el alcance establecidos en la ley de simplificación. Para ello, conoce y, en su caso, informa las iniciativas departamentales en materia de simplificación administrativa en cualesquiera de las vertientes señaladas en el artículo 2 de la ley de simplificación, normativa, organizativa o procedural, formula propuestas, informa y, en su caso, propone el desarrollo no programado de proyectos de simplificación administrativa concretos

cuando la urgencia de la situación así lo aconseje y promueve actuaciones de formación de los empleados públicos y de difusión y sensibilización entre la ciudadanía. Además, cada dos años realizará un informe de evaluación y seguimiento de la simplificación administrativa en el sector público aragonés y elaborará un catálogo de buenas prácticas. También en su vertiente evaluadora deberá elaborar el informe final de evaluación y seguimiento del Plan de Simplificación Normativa, que se adjuntará al siguiente Plan.

III. LA SIMPLIFICACIÓN MEDIATA. EL PROCESO HACIA LA EFECTIVIDAD DE UN RÉGIMEN JURÍDICO DE INTERVENCIÓN, SILENCIO, INFORMES Y PLAZOS

1. El despliegue de la política de simplificación administrativa

La Ley de simplificación no alcanzará sus objetivos si no se impulsa su programa de desarrollo, ejecutando las diferentes acciones previstas en ella.

ACTUACIÓN	ÓRGANO RESPONSABLE	CRONOGRAMA	ART.
Promoción de la publicación de catálogos de buenas prácticas, modelos, formularios y otros instrumentos de simplificación administrativa	Dpto. competente en Administración Pública		Art. 4.2
Plan simplificación normativa anexo a Plan de Gobierno (con seguimiento anual y evaluación final)	Dpto. competente en calidad normativa	Primer semestre legislatura	Art. 5
Constitución de la Comisión de simplificación administrativa	Adscrita orgánicamente a Dpto. competente en Admon. Pblca. y funcionalmente a la Presidencia		Art. 6
Informe de evaluación y seguimiento de la simplificación administrativa	Comisión de simplificación administrativa	Cada dos años	Art. 8
Catálogos y Premios a las Buenas Prácticas	Comisión simplificación administrativa de acuerdo con Dpto. competente en Administración pública	Cada dos años	Art. 9
Sustitución de autorizaciones o licencias por declaraciones responsables o comunicaciones previas (Revisión régimen de intervención)	Órganos y entidades del sector público autonómico	6 meses	Art. 14 y DF 16 ^a

EL IMPULSO A LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA EN ARAGÓN

Acreditación y registro Entidades Colaboradoras Certificación	Departamento competente en Administración pública		Art. 20
Revisión efectos silencio administrativo	Administración autonómica y sus organismos públicos	6 meses	Art.27 y DF 16 ^a
Revisión plazos resolución procedimientos	Administración autonómica y sus organismos públicos	6 meses	Art.28 y DF 16 ^a
Revisión plazos emisión informes	Administración autonómica y sus organismos públicos	6 meses	Art.29 y DF 16 ^a
Plataforma emisión informes sectoriales			Art. 30
Revisión aportación documentación	Administración autonómica y sus organismos públicos	6 meses	Art.31 y DF 16 ^a
Evaluación permanente procedimientos	Administración autonómica y sus organismos públicos	Periodicidad fijada por acuerdo Comisión de Simplificación Administrativa	Art. 32
Obligaciones transparencia	Departamento competente en transparencia en coordinación con Departamento competente en administración electrónica		Art. 33
Registro funcionarios habilitados	Departamento competente en administración electrónica		Art. 52
Espacio personal relación electrónica con la ciudadanía	Departamento competente en administración electrónica		Art. 55
Plataforma Gobernanza Datos	Departamento competente en administración electrónica		Art. 56
Impulso al establecimiento cuadros de mando	Departamento competente en administración electrónica		Art. 57
Implantación teletrabajo	Departamento competente en materia de empleo público	Desarrollo reglamentario	DA 2 ^a
Relación electrónica aspirantes pruebas selectivas	Departamento competente en empleo público	Desarrollo por Orden	DA 3 ^a
Expedientes gasto escasa cuantía	Gobierno de Aragón a propuesta del Departamento competente en materia de Hacienda		DA 4 ^a
Reglamento del Registro beneficiarios subvenciones	Gobierno de Aragón a propuesta del Departamento competente en materia de Hacienda	6 meses	DF 2 ^a y 19 ^a

Proyecto Ley aplicación Ley Simplificación	Gobierno de Aragón	6 meses desde entrada en vigor Ley Simplificación	DF 16 ^a
Procedimiento para adaptación de régimen intervención, silencio, plazos, etc.	Secretaría General de la Presidencia y Secretaría General de Hacienda	1 mes	DF 16 ^a
Decretos de sustitución autorizaciones o licencias por declaración o comunicación	Gobierno Aragón a propuesta de los Departamentos competentes		DF 16 ^a
Aprobación textos refundidos	Todos los Departamentos	Un año	DF 17 ^a

Especial importancia tiene el proceso de adaptación, que impone la Ley de simplificación, del régimen de intervención, procedimientos y plazos de silencio e informe. En este punto, la nueva Ley no entra en vigor de forma inmediata, sino solo tras el desarrollo del proceso de adaptación. La clave de este proceso es un proyecto de ley «ómnibus» que el Gobierno de Aragón debía aprobar y remitir a las Cortes de Aragón dentro del plazo de seis meses tras la entrada en vigor de la Ley de simplificación. La plena vigencia del título III de la Ley de Simplificación, pues, requiere completar el proceso de adaptación de la normativa precedente. Prevé, a este respecto, la Ley que «la efectiva aplicación de lo establecido en el título III de esta ley respecto de concretos procedimientos, trámites de informe o dictamen y trámites de aportación de documentación tendrá lugar conforme a lo previsto en la disposición final decimosexta de esta ley» (Disposición final vigésima, apartado 2, LS). El proyecto de ley de aplicación y desarrollo de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, se encuentra ya en tramitación parlamentaria (BOCA nº. 167, de 27 de octubre de 2021).

El proyecto de Ley «ómnibus» de simplificación administrativa deberá incorporar las reformas legales necesarias para la sustitución de autorizaciones o licencias previas por declaraciones responsables o comunicaciones, la sustitución del silencio negativo por silencio positivo, la revisión de los plazos de silencio administrativo, la revisión de los plazos de emisión de informes y dictámenes y los procedimientos en los que la aportación inicial de documentación por los solicitantes se sustituye por declaración responsable, indicando el momento en el que habrá de aportarse la documentación.

Este proceso se inicia con la aprobación por la secretaría general técnica del departamento competente en materia de Administración pública y la Secretaría General de la Presidencia, dentro del plazo de un mes desde la entrada en vigor de la ley, el procedimiento que se seguirá y los formularios que deberán cumplimentarse por los diferentes departamentos y organismos públicos respecto de las cinco cuestiones a las que se refiere el apartado ante-

rior. Dicha Resolución conjunta fue emitida con fecha 19 de marzo de 2021 (BOA del 29 de marzo). En ella se concretaron los procedimientos y plazos para la sustitución de autorizaciones o licencias previas por declaraciones responsables o comunicaciones, del silencio negativo por positivo y de los plazos de resolución de procedimientos o de emisión de informes y dictámenes. Además, la resolución exigió de las secretarías generales técnicas, destinatarias de esta, que concretasen las razones de interés general concurrentes en cada caso para justificar el mantenimiento de autorizaciones y licencias previas, efectos del silencio o plazos de resolución o informe.

Una vez aprobado dicho proyecto como Ley, la efectiva sustitución de autorizaciones o licencias previas por declaraciones responsables o comunicaciones requerirá, además, la aprobación de Decretos posteriores, que concretarán el momento a partir del cual se aplicará el régimen de declaración responsable o comunicación previa, tramitándose los procedimientos iniciados antes de ese momento conforme a la normativa que fuese de aplicación al iniciarse. Además, deberán incluir las tablas de cumplimiento, de modo que tanto los interesados como los órganos responsables del procedimiento puedan identificar de forma sencilla los requisitos y documentación precisa. Y, por último, establecerán también los modelos de declaración responsable o comunicación previa.

En cualquier caso, no habrá cambios sin capacidad de gestionarlos plenamente pues la aplicación del régimen de declaración responsable o comunicación requiere que, previamente, existan servicios y personal de inspección adecuados para desarrollar las funciones de comprobación, inspección y sanción. A tal fin, y con objeto de agilizar la transición organizativa de las estructuras actuales a las revisadas, redefiniendo sus funciones y competencias en el nuevo contexto, podrán tramitarse simultáneamente el Decreto anterior, previsto en la disposición final sexta de la Ley, y las modificaciones necesarias de las relaciones de puestos de trabajo y, en su caso, presupuestarias, para dotar servicios o reordenar los existentes que gestionaban autorizaciones y licencias.

Otro instrumento al servicio de la simplificación, igualmente mediata, es el plan de simplificación normativa, que se elaborará de forma simultánea al Plan de Gobierno en el primer semestre de cada legislatura, y se aprobará, junto al Plan de Gobierno, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón. Su objeto es la revisión, actualización, simplificación y, en su caso, consolidación de las disposiciones autonómicas vigentes. El plan de simplificación normativa incorporará medidas tales como las de simplificación y reducción del número de normas, adaptación de las normas a los principios de buena regulación o consolidación de la normativa vigente, en línea con lo directamente previsto en la disposición final decimoséptima de la LS, que ordena un amplio programa de refundición. El seguimiento de la ejecución del Plan se realizará con cada revisión del Plan Anual Normativo y se elaborará un informe final

que se adjuntará, previo informe de la Comisión de Simplificación, al Plan de Simplificación Normativa que sustituya al evaluado.

2. Régimen jurídico de intervención, silencio, informes, plazos y documentación. Novedades en la Ley de Simplificación

Precisa el preámbulo de la LS que en ella «se afrontan, en este marco, reformas estructurales de normas fundamentales para la organización y funcionamiento del sector público aragonés. No se trata con ello de desregular o hacer que lo público se retire de escena sino, como ya se ha señalado, de regular mejor, de homogeneizar procedimientos, de suprimir trámites superfluos, de automatizar la actuación administrativa utilizando nuevas herramientas tecnológicas, de interconectar todas las áreas para facilitar el flujo de información. Todos los departamentos afrontarán esa tarea de autoexamen y, tras él, de propuesta de mejora en el proceso de implantación de lo establecido en esta ley. Este proyecto, afrontado por muchos Estados ya, permanentemente pendiente en España, será un instrumento más de mejora para los servicios públicos, la garantía de los derechos sociales y el desarrollo de actividades económicas en Aragón, haciéndolas más competitivas, haciendo más competitivo a nuestro sector público autonómico y, a la postre, aumentando la competitividad de Aragón como territorio».

Quizá la cuestión más relevante de las incluidas en el título III es la potenciación del régimen de declaración responsable y comunicación como sistema preferente de intervención administrativa sobre la actividad de los particulares (art. 14 LS). De este modo, la declaración responsable y la comunicación se aplicarán en cualquier ámbito de competencia autonómica, con la única excepción de los supuestos en los que la normativa de la Unión Europea o del Estado, de aplicación directa o básica, exija declaraciones, autorizaciones o licencias previas. Excepcionalmente, podrán mantenerse autorizaciones o licencias previas mediante norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general, concretando en su memoria justificativa las razones, especificando los daños para los intereses generales ponderándolos con los legítimos intereses de sus destinatarios (art. 15.1 LS).

La LS recoge, de forma abierta, tales razones de interés general, considerando como tales «las razones definidas e interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en particular, de forma no limitativa, el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la prevención de la competencia desleal, la protección del medio ambiente y del entorno

urbano, la política de vivienda social, la protección de la salud, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico y los objetivos de la política social y cultural» [art. 2.b) LS].

Conviene recordar a este respecto que el concepto de razón imperiosa de interés general establecido en el artículo 17 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante LGUM), como excepción al régimen de declaración responsable, es aún más estricto, en su ámbito, que el de la nueva norma aragonesa. Prevé dicho precepto, básico y aplicable «al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional» (art. 2 LGUM), que «se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen» y que «se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización: a) Respetto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. b) Respetto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación. c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado. d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución».

De forma coherente con la normativa básica, se regula el contenido de la declaración responsable (art. 15.2 LS), la previsión de modelos (art. 15.3 LS) y la necesaria existencia, antes de su implantación, de servicios de inspección (art. 15.4 LS). Del mismo modo, la comunicación aparece concebida como «puesta en conocimiento» de la administración de datos relevantes para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho, podrá ser previa o posterior (art. 16.1 y 2 LS) y contará también con modelos para facilitar su presentación (art. 16.2 LS). Por lo demás, también de forma coherente con lo establecido en la legislación básica estatal, con una sola declaración o comunicación, tiene lugar el reconocimiento o es posible el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades administrativas de comprobación, control e inspección (art. 17 LS).

Especial atención tiene la regulación de la actividad de comprobación, inspección y sanción, claramente delimitadas en la LS. Así, el control inmediato de declaraciones responsables y comunicaciones tiene lugar a través de la actividad de comprobación, a la que se dota de un régimen específico. El control permanente, como en prácticamente cualquier otro ámbito de acción pública, se desarrolla ejerciendo las potestades de inspección y sancionadora.

La LS no elimina la capacidad de la administración para realizar un control permanente en los ámbitos de su competencia ejerciendo potestad de inspección. Así, las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que el interesado aporte la documentación exigible conforme a la normativa aplicable y éste deberá aportarla. Los efectos de la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, son los establecidos en la legislación básica (imposibilidad de continuar actividad o ejercer derecho, restauración), que hace suyos la LS (art. 18.2), sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador (arts. 34 a 49 LS).

Pero se regula específicamente la actividad de comprobación posterior de lo declarado o comunicado, que no afecta al pleno ejercicio de la potestad de inspección, comprenderá la totalidad de las manifestaciones y documentos objeto de la declaración responsable o la comunicación y tendrá lugar, dentro del plazo de seis meses, salvo que se establezca otro inferior en norma sectorial, desde la presentación de la declaración responsable, o en su caso, desde la de la subsanación de las deficiencias detectadas. La legislación sectorial podrá establecer el derecho del declarante o comunicante a solicitar la emisión por el órgano o entidad competente de un acto de conformidad, una vez transcurrido el plazo de comprobación.

Una relevante función de colaboración con la administración para hacer efectivo el régimen de intervención basado en declaración responsable y comunicación corresponde a las entidades colaboradoras de certificación (ECC en adelante), expresión de colaboración público-privada, bajo pleno control público. Podrá inscribirse y actuar como entidad colaboradora de certificación toda persona jurídica que, debidamente acreditada e inscrita en el registro de ECC, ejerza funciones de comprobación, informe y certificación en los ámbitos en los que hayan de aplicarse declaración responsable o comunicación como régimen de intervención administrativa o en aquellos otros en que se establezca por norma de rango legal (art. 19.1 LS). En todo caso, las funciones de las ECC no sustituirán las potestades propias de la administración. En este sentido, tanto la administración local como la autonómica podrán, en cualquier momento, verificar las funciones y actuaciones desarrolladas por aquellos (art. 19.2 LS).

Podrán acreditarse como ECC los colegios profesionales o personas jurídicas legalmente constituidas, conforme a un régimen reglado, accediendo al

registro de ECC (art. 20 LS). Los requisitos varían según los casos, pero se exige siempre póliza de responsabilidad profesional (art. 21 LS), máxime dado que su régimen de responsabilidad está rigurosamente regulado, previendo como regla general que las ECC serán responsables de los certificados que emitan, para concretar luego cuando dos o más entidades colaboradoras actúen conjuntamente, la entidad que emita el certificado principal será solidariamente responsable con las que emitan los accesorios, mientras que las que emitan los certificados accesorios serán responsables únicamente de los certificados que emitan (art. 25.1 y 2 LS). Cuando el que actúe sea un colegiado en colegio profesional acreditado en cuyo ámbito profesional resulte exigible seguro de responsabilidad civil profesional, el colegio profesional, en su condición de entidad colaboradora de certificación, y el profesional serán solidariamente responsables (art. 25.3 LS).

Las funciones de las ECC se concretan en la realización de comprobaciones, informes y certificaciones, la emisión de un documento-resumen con los requisitos principales de la actividad o establecimiento de que se trate, que habrá de exponerse en el local cuando resulte exigible, y el desarrollo de aquellas otras que les atribuya la normativa sectorial (art. 22.2 LS). El certificado de verificación documental emitido por las ECC, a instancia de los interesados, acredita, sin sustituir al criterio administrativo, que la ECC ha verificado la documentación precisa para obtener título habilitante, pronunciándose sobre su suficiencia e idoneidad para el fin pretendido (art. 26 LS).

Dada la relevancia de su función colaboradora, las ECC tienen obligaciones de registro de su actividad, mantenimiento de expedientes y documentación, confidencialidad y disponibilidad de personal y otras vinculadas a su estatuto como entidad colaboradora (art. 23 LS), especialmente en lo que respecta a incompatibilidades, como garantía de independencia y neutralidad en el ejercicio de sus funciones (art. 24 LS). Actúan en competencia y en régimen de mercado, si bien la LS incorpora mecanismos de transparencia de sus tarifas para informar a los usuarios de sus servicios (art. 22.5 LS).

La simplificación de procedimientos es objeto directo, en diversas vertientes, de la LS. Así, al igual que ocurre con el régimen de declaración responsable y comunicación, la norma aragonesa ha venido a potenciar el efecto positivo del silencio como regla general (art. 27.1 LS), ya establecido en la normativa básica, que prevé, como es bien conocido, que en todos los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la obligación de dictar resolución expresa, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado esta legítima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo. La LS establece, enumerándolas, todas las excepciones a la regla general comenzando, obviamente por las estatales (art. 27.2 LS), pero previendo, además, que «excepcionalmente, podrá también establecerse el sen-

tido desestimatorio del silencio mediante norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general» concretando en su memoria justificativa tales razones, especificando los daños para los intereses generales ponderándolos con los legítimos intereses de sus destinatarios» (art. 27.3 LS). En procedimientos iniciados de oficio rige la norma estatal y sectorial (art. 27.4 LS).

También al propósito del legislador aragonés de simplificar procedimientos y agilizar su resolución responde la regulación del plazo de resolución y notificación. Partiendo de las reglas estatales, conforme a las cuales plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa, que no podrá exceder de seis meses salvo que una norma estatal con rango de Ley, cuando sea de directa aplicación o básica, establezca uno mayor o así venga previsto en el derecho de la Unión Europea, será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento (art. 28.1 LS); se fija en procedimientos autonómicos como plazo general el plazo máximo de tres meses (art. 28.2 LS). No obstante, podrá establecerse un plazo superior, comprendido entre los de tres y seis meses, mediante norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general, concretando en su memoria justificativa tales razones, especificando los daños para los intereses generales ponderándolos con los legítimos intereses de sus destinatarios» (art. 28.3 LS).

En lo que respecta a la emisión de informes y dictámenes, dejando al margen los informes y dictámenes del Consejo Consultivo y el Consejo Económico y Social de Aragón, que continuarán rigiéndose por su normativa específica, se establece el plazo general, ya no solo residual, que será de diez días, excepto que la normativa de la UE o estatal, cuando sea de directa aplicación o básica, establezcan otro plazo superior. Podrá establecerse un plazo superior, excepcionalmente, mediante norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general, concretando en su memoria justificativa las razones, especificando los daños para los intereses generales ponderándolos con los legítimos intereses de sus destinatarios (art. 29.1 LS). Transcurrido el plazo máximo fijado sin pronunciamiento expreso y motivado del órgano competente para su evaluación, se entenderán emitidos en sentido favorable a la propuesta sometida a informe y a la continuación del procedimiento en aras de su resolución por el órgano competente (art. 29.2 LS). La suspensión del plazo máximo para la tramitación de un procedimiento administrativo por la necesidad de someterlo a informes preceptivos internos solo podrá acordarse por resolución expresa del órgano llamado a resolver el expediente concreto. Esta facultad no será delegable en el órgano encargado de su tramitación (art. 29.3 LS).

Los informes sectoriales que hayan de emitir los órganos o entidades del sector público aragonés en cualesquiera procedimientos de su competencia se solicitarán y remitirán electrónicamente a través de la plataforma de emisión de informes sectoriales o, si están dotadas de una funcionalidad equivalente, de

otras plataformas o servicios generales de administración electrónica existentes o que puedan desarrollarse para el conjunto del sector público de Aragón procurando la interoperabilidad de las mismas (art. 30 LS).

En línea con el principio de reducción de cargas que inspira la simplificación administrativa, se prevé como regla general, en todos los procedimientos de competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de sus organismos públicos iniciados a solicitud de interesado, la sustitución de la aportación de documentación por este por declaraciones responsables, concretando en todo caso el momento idóneo para la aportación, tendiendo a exigirla únicamente a quienes resulte estrictamente necesario, atendida la propuesta de resolución y en el momento inmediatamente anterior más cercano a la misma (art. 31 LS).

Finalmente, la LS impone el análisis y evaluación, con la periodicidad que se fije mediante acuerdo de la Comisión de Simplificación Administrativa, de los tiempos medios de tramitación de los expedientes de su competencia, identificando dilaciones indebidas y sus causas, sean estas regulatorias o de gestión (art. 32 LS). Además, sobre la base de los datos incorporados al Catálogo de Procedimientos Administrativos y Servicios prestados por la Administración autonómica (art. 54 LS), el portal de transparencia autonómico publicará, a efectos informativos, en formatos y presentación fácilmente comprensibles y de forma coordinada con el departamento competente en materia de administración electrónica, relación de procedimientos de su competencia, régimen de intervención administrativa sobre actividad de los particulares que se aplique, indicación, en su caso, de plazos máximos de resolución y de los efectos que produzca el silencio administrativo y plazos de emisión de sus informes y dictámenes (art. 33 LS).

3. Impulso a la administración electrónica. Palancas de avance

La LS no regula todo el proceso de transformación digital, que va más allá de su ámbito regulatorio y objetivos. Pero, reconocido como un elemento esencial del proceso de simplificación, si ha incorporado una serie de elementos clave de este que se configuran como palancas de avance para provocar un salto cualitativo con respecto a la situación actual. La coordinación del proceso en todo el sector público resulta esencial, y por ello se impone que las acciones de transformación digital del sector público autonómico han de ser coherentes entre sí y tener al ciudadano como referente, aun siendo conscientes de los problemas derivados de la limitación de las plataformas estatales a entes públicos (art. 50 LS).

Las palancas de transformación digital que incorpora la LS son las relativas al impulso de los sistemas de identificación y firma, la plena incorporación al

acervo administrativo aragonés de las tecnologías de registro distribuido, el registro de funcionarios habilitados, el espacio de relación con la ciudadanía, la plataforma de gobernanza de datos, los cuadros de mando y la planificación, organización e información sobre procedimientos.

Se opta por Cl@ve como plataforma de identificación y firma, aunque se admitan sistemas equivalentes, incluido sistemas de registro distribuido en el marco de la legislación básica estatal (art. 51.1 LS), también admitido para acreditar otros atributos de identidad (art. 51.5 LS).

Las tecnologías de registro distribuido se admiten con carácter general como tecnología para asegurar la aportación, acreditación e integridad de los datos y documentos en cualquier expediente, procedimiento o registro, así como para articular la tramitación administrativa automatizada (art. 52.1 y 2 LS).

El registro de funcionarios habilitados incorpora a funcionarios habilitados tramitadores (art. 53.4 a 6 LS), sobre la base del Sistema de Identificación de Usuarios mediante atributos del Sistema de Recursos Humanos (art. 53.1 y 2 LS). Se concretan también los atributos inscritos (art. 53.3 LS).

El espacio personal de relación con la ciudadanía se concibe como un estadio más avanzado que la tradicional carpeta ciudadana, un espacio personalizado y único de relación electrónica con servicios de interés personal de cada ciudadano, trámites, notificaciones y comunicaciones o repositorio de datos personales (art. 56 LS).

La Plataforma de Gobernanza de Datos está llamada a tener un papel esencial en el proceso de transformación digital del sector público. La administración digital, como la empresa digital, será administración del dato, generado por la propia actuación pública. La Plataforma se nutrirá de ellos y será base de gestión y diseño de políticas (art. 57 LS). Precisamente sobre tales datos se construirán los cuadros de mando que promueve la nueva norma, adaptados a cada política, elaborando información real y actualizada sobre el funcionamiento del ámbito de que se trate para el diseño de políticas, toma de decisiones, regulación y evaluación (art. 58 LS).

Finalmente, se afronta también la necesidad de planificar la regulación y establecimiento de procedimientos desde la perspectiva de simplificación y transformación digital. Así, toda memoria justificativa de normas que regulen procedimientos deberá incluir una descripción de sus opciones regulatorias para configurarlos haciendo referencia a cuestiones tales como los canales de relación, volumen, documentación, flujo, organización, etc. (art. 55 LS). Y, como corolario, se mejora la información sobre procedimientos y servicios configurando el Catálogo de Procedimientos y Servicios como el instrumento que centraliza toda la información en la materia, con enlaces a los espacios de tramitación electrónica (art. 54 LS).

IV. LA COORDINACIÓN COMO INSTRUMENTO DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA. EL DESARROLLO DE TÉCNICAS COLABORATIVAS, COORDINADORAS Y ORGANIZATIVAS AL SERVICIO DE LA SIMPLIFICACIÓN

Uno de los fundamentales principios organizativos y de funcionamiento del sector público es el de colaboración, interorgánica e interadministrativa. El ejercicio colaborativo y coordinado de las respectivas competencias se ha revelado como una formidable palanca de agilización y simplificación de la actuación administrativa. Por ello, no debe extrañar que una norma de simplificación parta, en este ámbito, de un mandato general de promoción por las administraciones públicas aragonesas de instrumentos de colaboración y coordinación y del ejercicio conjunto de sus facultades de intervención sobre las actividades económicas, tanto de policía como de inspección y sanción, mediante los convenios que pudieran ser precisos, con la finalidad general de impulsar la simplificación administrativa y la específica de agilizar el otorgamiento o control de los títulos habilitantes de desarrollo de actividades económicas, la ejecución de proyectos concretos o de sectores económicos específicos o la ágil resolución de cualesquiera procedimientos administrativos.

Se parte, por tanto, de un criterio antiformalista, que permita adaptar las medidas colaborativas y coordinadoras al ámbito específico en que hayan de aplicarse, ya sea un proyecto concreto, un sector económico específico o un procedimiento. Por ello, los instrumentos que podrán utilizarse son diversos, desde convenios o protocolos hasta órdenes de gestión coordinada, todo ello sujeto a evaluación permanente de las mejoras de eficacia y eficiencia alcanzadas. Además, habida cuenta de la debilidad estructural de la planta administrativa, consecuencia directa de la dispersión y baja densidad de la población, las administraciones públicas competentes en materia de cooperación y asistencia a los gobiernos locales podrán adoptar las medidas instrumentales y de fomento necesarias, incluido el ejercicio, mediando las técnicas de relación interadministrativa más adecuadas, de las facultades de intervención, inspección y sanción en materia de actividades económicas.

Entre las técnicas de colaboración y coordinación reguladas en la LS destaca la gestión coordinada de procedimientos, que consiste en el establecimiento de un marco de trabajo instrumental, organizativo y temporal para el ejercicio de una competencia o del conjunto coordinado de las competencias que corresponden a diferentes Administraciones públicas, organismos públicos u órganos administrativos, para la autorización de una actividad o proyecto concretos o de sectores económicos específicos.

La gestión coordinada se acordará por orden del departamento competente o, cuando lo sean varios, por orden conjunta, y mediante convenio cuando se trate de distintas Administraciones públicas. Las órdenes, o convenios, de

gestión coordinada de procedimientos establecerán el marco instrumental, organizativo y temporal de la gestión coordinada, incluyendo de forma detallada las medidas de coordinación y colaboración aplicables, así como, muy especialmente, el horizonte temporal de gestión coordinada determinando el momento en que se prevea la emisión de las resoluciones sustantivas o ambientales precisas para el desarrollo de la actividad o proyecto. Deberá también precisarse la documentación que deberá elaborarse y presentarse para hacer posible la gestión coordinada, conforme a la regulación de los procedimientos que constituyan su objeto. Finalmente, desde una perspectiva organizativa, deberá también identificarse a la persona responsable de la gestión coordinada, entre empleados públicos, autoridades o cargos del sector público autonómico, siempre con conocimientos especializados en la materia de que se trate, y los empleados públicos que actúen como enlace en los diferentes departamentos y organismos para el procedimiento de gestión coordinada. Tiempos, expedientes y personas son así objeto de coordinación para conformar una actuación previsible, anticipando los problemas e identificados a los agentes intervinientes.

Las órdenes o convenios de gestión coordinada podrán también establecer especialidades procedimentales previendo que cuando un órgano deba emitir informe en varios de los procedimientos coordinados, los emita todos simultáneamente mediante un único informe, con cuantos pronunciamientos correspondan al órgano competente. También podrán prever la resolución simultánea de los procedimientos de que se trate, cuando resulte legalmente posible, o la programación de su resolución sucesiva y coordinada en el tiempo para incrementar la previsibilidad y certidumbre de la actuación administrativa, todo ello en el marco temporal de la gestión coordinada que se haya previsto.

La actuación coordinada puede exigir en ocasiones, no siempre, personal, especialmente cuando se trate de gestión masiva y no automatizable. Es por ello por lo que la LS, como hicieron normas que la precedieron concebidas para la gestión de la pandemia, ha regulado las denominadas unidades transitorias de apoyo a la gestión, que pueden crearse también por orden, incluso de gestión coordinada, bien con esta finalidad específica, bien mediante orden específica para colaborar en la gestión masiva y ocasional de procedimientos. Será la orden de creación la que determine su composición, dependencia funcional, vigencia y tareas, teniendo presente que no podrá suponer incremento de gasto de personal y que para la dotación de estas unidades podrá aplicarse el régimen especial de atribución temporal de funciones.

Fácilmente se comprende, por ello, que dicho régimen especial de atribución temporal de funciones tiene carácter instrumental. Conforme al mismo, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos dependientes podrán atribuir a su personal, por razones de urgencia

o inaplazable necesidad, debidamente justificadas, mediando negociación colectiva, el desempeño temporal en atribución de funciones de carácter forzoso para la realización de funciones, tareas o responsabilidades, que podrán ser distintas a las correspondientes a su puesto de trabajo o función, en el mismo o en distinto departamento u organismo público y para la gestión coordinada de procedimientos o cuando, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por el personal que desempeñe con carácter permanente los puestos de trabajo o funciones que tengan asignadas.

Las condiciones subjetivas de la atribución de funciones forzosa, derivadas de la normativa básica estatal, imponen que la atribución incluya funciones de las propias del cuerpo, escala, clase de especialidad, categoría, subgrupo profesional, o funciones que desempeñe el personal afectado; que se realice conforme a criterios basados en el principio de objetividad, previa negociación colectiva, y sin que pueda afectar al personal temporal que sea incompatible por la naturaleza de su relación contractual, en el caso del personal laboral temporal, o de su nombramiento administrativo, en el caso del personal interino; y que si supone traslado forzoso a otra localidad, previa negociación colectiva se determinen los criterios conforme a los cuales se designará al personal del departamento u organismo público que esté destinado en la localidad más próxima o con mayores facilidades de desplazamiento, que tenga menores cargas familiares y, en igualdad de condiciones, menor antigüedad al servicio de la Administración, todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que por razón del servicio resulten procedentes. En todo caso, los empleados públicos afectados continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, que serán abonadas por su departamento u organismo público de origen. El incumplimiento de las funciones, tareas o responsabilidades asignadas por parte del personal a la atribución temporal de funciones dará lugar a la exigencia de la responsabilidad disciplinaria.

V. LA SIMPLIFICACIÓN DIRECTA. MEDIDAS ADOPTADAS EN DIFERENTES NORMAS ESTRUCTURALES PARA EL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO

La LS, además de lo anterior, ha incorporado un amplio paquete de reformas de leyes estructurales para la gestión pública, como son, por ejemplo, el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, la Ley 5/2015, de 25 de marzo, de subvenciones de Aragón, o la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, entre otras. A estas reformas se dedican las páginas que siguen.

1. **Medidas en materia de hacienda**

La reforma del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, responde al propósito de agilizar la gestión presupuestaria pues, como cualquier gestor público sabe, de nada sirve agilizar procedimientos sustantivos si la gestión presupuestaria es lenta o se paraliza, mal se podrán planificar los primeros, por mucho que insistan ciertos foros, si no resulta previsible y cierto el escenario presupuestario, tan condicionado frecuentemente por la azarosa vida política.

En esta línea, la disposición final primera de la LS afrontó una reforma de la normativa de Hacienda tendente, más que a introducir radicales cambios sustantivos, a modificar la atribución de competencias al Gobierno y al titular del Departamento de Hacienda, entre otras, con objeto de agilizar la gestión presupuestaria en relación con una serie de expedientes. Tal es el objetivo de la modificación del régimen de los gastos de carácter plurianual (art. 41 LHA), las imputaciones de créditos de ejercicios cerrados [art. 42.2.c) LHA], las generaciones de crédito (art. 45.3 LHA), las transferencias de créditos que alteren la suma global de créditos ni modifiquen secciones presupuestarias (art. 47.2 LHA), la unificación de supuestos en que se requiere autorización de gasto por el Gobierno (art. 51.1 LHA) o de las operaciones de Tesorería dentro de los límites de la Ley de Presupuestos (art. 96.2 LHA) y la cobertura de necesidades de Tesorería con anticipos del Banco de España o entidades de crédito (art. 90.1 LHA).

Pero, además, se han introducido reformas específicas en relación con la autorización de apertura de cuentas de gastos de centros docentes públicos (art. 88.4 LHA), la mejora de la regulación de los sistemas de cobro y pago, incorporando tarjetas de crédito y débito para recaudación de derechos y de débito o prepago por cajero pagador habilitando asimismo el uso de banca electrónica por determinados empleados públicos (art. 89 LHA) y la innecesidad de entrega de resguardo original de depósito para su devolución (art. 92.4 LHA).

Por otra parte, la disposición adicional cuarta de la LS regula la tramitación ante Consejo de Gobierno de los expedientes de gasto de pequeña cuantía, previendo los que, debiendo ser autorizados o aprobados por el Gobierno de Aragón, incluyendo entre los que podrán ser autorizados o aprobados por el titular del departamento competente en materia de hacienda aquellos expedientes que se determinen mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta del titular del departamento competente en materia de hacienda y, en todo caso, los expedientes de gasto por importe inferior a tres mil euros, excluidos los de convalidación o resolución de discrepancias regulados en los artículos 74 y 75 del texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad

Autónoma de Aragón, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

Finalmente, en lo atinente a derechos de pequeña cuantía, los titulares de los órganos directivos del departamento competente en materia de hacienda podrán acordar, en su caso, la no liquidación, anulación y baja en contabilidad de todas aquellas deudas inferiores a la cantidad de diez euros, o la que fije el titular del Departamento, cuando se consideren insuficientes para la cobertura del coste que representa su exacción y recaudación.

2. Medidas en materia de subvenciones públicas

Más relevante es la modificación de la Ley 5/2015, de 25 de marzo, de subvenciones de Aragón. Se ha regulado la tramitación urgente de subvenciones, nuevamente sobre la base del precedente de la normativa aprobada para la gestión de la crisis pandémica de 2020. La tramitación urgente de subvenciones podrá aplicarse con carácter excepcional, cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos o de situaciones sobrevenidas que supongan grave peligro o graves daños para los intereses generales o el tejido empresarial. Podrá utilizarse para procedimientos concretos, por ámbitos materiales específicos de la acción pública o en relación con las actuaciones necesarias de acuerdo con los acontecimientos o situación que justifiquen la urgencia. Cuando se trate de nuevas líneas de subvenciones, podrán tramitarse en todo caso en un expediente único que incluya las modificaciones precisas del plan estratégico, la elaboración de las bases reguladoras y la convocatoria de las ayudas. Puede preverse control financiero mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, a propuesta motivada de la Intervención General.

En segundo lugar, la reforma promueve la agilización de procedimientos y la reducción de cargas mediante medidas diversas, ya sea reduciendo plazos de tramitación, ya eliminando cargas, ya revisando ciertos trámites. En concreto, se han introducido los siguientes cambios:

- a) Informes de intervención y servicios jurídicos de bases reguladoras, 10 días, transcurridos los cuales, en ausencia de pronunciamiento expreso, se entenderán emitidos en sentido favorable (art. 11.3 LSA), previendo, además, posibilidad de bases tipo (art. 11.5 LSA).
- b) Innecesariedad de comisión de valoración, además de en los casos del art. 14.3.a) y c) LSA y cuando no sea preciso acudir a criterios para seleccionar ni para cuantificar la subvención, cuando dichos criterios sean totalmente automáticos, facilitando así gestión automatizada (art. 14.4 LSA), así como en los supuestos de reintegro (art. 49.3 LSA).
- c) Mejoras en la publicidad de convocatorias autonómicas de subvenciones (art. 15 LSA).

- d) Mejora técnica sobre fijación de criterios de cuantificación de la subvención (no sólo en simplificados) [art. 17.m LSA].
- e) Potenciación de presentación telemática de solicitudes (art. 18.1 LSA).
- f) Potenciación de declaración responsable para la presentación de documentos siempre que sea posible, sin perjuicio de la necesidad de aportación, cuando proceda, antes del pago (art. 19.3 LSA), y para la acreditación de cumplimiento de legislación sectorial (art. 40.3 LSA).
- g) Reducción del trámite de audiencia a propuesta de resolución, cuando sea preceptivo (art. 22.2 LSA).
- h) Reducción del plazo de resolución a tres meses desde publicación de la convocatoria o finalización del plazo de presentación de solicitudes, según determinen las bases reguladoras (art. 23.1 LSA).
- i) Se mantiene la exigencia de acreditación técnica del cumplimiento de requisitos de concesión directa, pero se elimina la exigencia de comisión técnica (art. 28.2, suprimiendo el 28.3 anterior LSA).
- h) Flexibilización de plazos (art. 32.1 a 3, y 5 para otras administraciones LSA) y sistemas de justificación (incluyendo informe de auditor, cuenta justificativa simplificada para pequeñas subvenciones y en entidades locales, informe del secretario-interventor, del interventor o del órgano de control equivalente que acredite la veracidad y la regularidad de la documentación justificativa de la subvención, expresando su conformidad, o la presentación de estados contables que acrediten la realización de la actividad tales como la ejecución presupuestaria) (art. 32.5, párrafo segundo LSA).

- i) Regulación general supletoria de pagos anticipados a entidades locales (90%, excepto FITE); familias e instituciones sin fines de lucro (90% en programas de sanidad, seguridad y protección social, vivienda y promoción social, excepto 100% para subvenciones inferiores a 18.000 € y las del 0,7% IRPF, sin prestación de garantía); y restantes supuestos (50%, con previsión en bases, que fijarán límite y garantías, obligatorias en anticipos superiores a 60.000 €, salvo que el beneficiario sea administración pública o una institución sin fines de lucro que reciba subvenciones para el desarrollo de proyectos de investigación y actuaciones de acción social y humanitaria) (art. 41.3 LSA).

A las subvenciones del fondo local se dedican la disposición transitoria quinta, la letra a) del apartado tercero de la disposición derogatoria única y el apartado décimo noveno de la disposición final segunda de LS. Los procedimientos de concesión de subvenciones destinadas a las entidades locales de Aragón incluidos en los presupuestos de la Comunidad Autónoma con cargo al Fondo Local de Aragón se regirán por bases reguladoras específicas para cada materia, elaboradas por los departamentos autonómicos competentes. La aprobación y modificación de estas nuevas bases reguladoras deberá comu-

nicarse, con carácter previo a su aprobación, al departamento competente en materia de régimen local. En todo caso, las bases del fondo local seguirán en vigor seis meses desde la entrada en vigor de la LS, debiendo aprobarse dentro de dicho plazo las bases específicas.

3. Medidas en materia de contratación pública

También de interés son las modificaciones introducidas en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, especialmente sobre contratos menores, recurso especial e incumplimiento culpable y prohibición de contratar, aun cuando también se han introducido otras para aligerar cargas administrativas sobre aportación de documentos (art. 5 LCA), regular la declaración responsable única (art. 6 LCA), la fiscalización de contratos derivados, que se eximen (art. 11 LCA) o la autorización automática a la administración para recabar datos (art. 15 LCA), así como la derogación de preceptos ya superados tras la reforma de la legislación básica (arts. 10, 12 y 14).

Entre las modificaciones introducidas por la LS, quizá la más relevante ha sido la del régimen jurídico del contrato menor, aunque, paradójicamente, el proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, en esta materia, se limitaba a introducir una modificación menor para aclarar la relación entre la exigencia de tres ofertas y la tramitación en concurrencia de contratos menores. Pero en la tramitación parlamentaria se suscitó cierto debate sobre el régimen del contrato y gasto menor que dio lugar a una propuesta transaccional integral que renueva y simplifica el régimen del contrato menor en Aragón.

La enmienda 246 del PP, propuso introducir un nuevo apartado 2bis en el artículo 4 de la Ley 3/2011 que estableciese lo siguiente: «Todas las prestaciones de importe inferior a los 3.000 euros tendrán la consideración de gasto menor y bastará para su pago con la presentación de factura. A estas previsiones no le son de aplicación las previsiones de contratación pública establecidas en la normativa de contratación pública, salvo la relativa al informe del órgano de contratación que justifique que no se está fraccionando ilegalmente el contrato en el sentido expresado en el artículo 99.2 LCSP». Dicha enmienda fue literalmente tomada de uno de los textos aportados en audiencia legislativa, planteando el grupo proponente una escueta motivación conforme a la cual, según su criterio, «puesto que se ha entrado a modificar la Ley 3/2011 sería deseable regular también el concepto de gasto menor». Parece poco discutible, sin embargo, que dicha previsión carecía de encaje constitucional pues sólo el legislador básico estatal puede establecer excepciones, especialmente tan categóricas, a norma básica estatal.

La enmienda partía, a mi juicio, de una inadecuada comprensión del marco legal vigente, integrado por la normativa de hacienda y la de contra-

tación, y de los conceptos de «gasto menor» y de «contrato menor». Lo cierto es que hay «gastos menores» no sujetos a la legislación de contratos, como puede ocurrir con los que retribuyen indemnizaciones por razón del servicio, por ejemplo, a través de anticipos de caja fija, y otros que sí lo están, como contratos menores, incluso aunque se retribuyan también a través de caja fija. Es sobre esta distinción sobre la que puede plantearse la conveniencia de regular el gasto menor, como había hecho ya, por ejemplo, la comunidad balear a través de la disposición adicional segunda de la Ley balear 14/2018, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2019, que resolvió por acuerdo el conflicto con el Estado en Comisión Bilateral, lo que otorga un plus a su norma, aceptada por el Estado como constitucional, según se desprende del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley 14/2018, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2019, publicado mediante Resolución de 25 de septiembre de 2019, de la Secretaría General de Coordinación Territorial.

Lo cierto, por otra parte, es que más allá del evidente problema de constitucionalidad de la enmienda propuesta, de haberse aceptado sin más en Aragón hubieran existido seis regímenes jurídicos diferentes para realizar contratos menores, seis, nada más y nada menos, por debajo de 40.000 euros para obras y de 15.000 euros para suministros y servicios. Concretamente, lejos de establecer un régimen claro para el gestor y para las autoridades de control, tales regímenes hubieran sido los siguientes:

a) Por debajo de 3.000 euros, el régimen de gasto menor que proponía la enmienda 246 del PP, un régimen que, curiosamente, al exigir «informe del órgano de contratación que justifique que no se está fraccionando ilegalmente el contrato en el sentido expresado en el artículo 99.2 LCSP», con redacción abiertamente entregada a la filosofía de la sospecha que subyace en ciertos planteamientos políticos y doctrinales, imponía precisamente aquello de lo que la norma básica exime al gasto menor, dado que excepciona expresamente «la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior».

b) Entre 3.000 y 5.000 euros, el régimen ordinario establecido en el artículo 118 y concordantes LCSP cuando no se utilice sistema de caja fija u otro similar.

c) Por debajo de 5.000 euros, además, el régimen del artículo 118.5 LCSP conforme al cual «lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del

sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros», teniendo presente que estos contratos están exentos con carácter básico de publicidad, entre otras cuestiones, conforme al artículo 63.4 LCSP.

d) Entre 5.000 y 6.000 euros en suministros o servicios y 5.000 y 30.000 euros en obras, el régimen establecido en el artículo 118 y concordantes LCSP.

e) Por encima de 6.000 euros en suministros o servicios o 30.000 euros en obras, el régimen del artículo 4.2, primer párrafo, de la Ley aragonesa 3/2011, conforme al cual se imponía consulta a tres empresas, al menos, siempre que fuese posible, teniendo presente que este régimen se solapaba con el del artículo 118 y concordantes LCSP.

f) En cualesquiera supuestos, dentro del umbral del contrato menor, es decir, 15.000 euros para suministros y servicios y 40.000 euros para obras, conforme al segundo párrafo del artículo 4.2 de la Ley aragonesa 3/2011 hubiera sido posible la licitación en concurrencia.

No parece el anterior un resultado aceptable. Si se reformaba esta cuestión, tal cual propone la LS, entonces en tramitación, lo razonable era simplificar la regulación. Y ello porque sucesivas reformas concebidas desde la sospecha y la desconfianza en el gestor público, desde la castiza confianza en que el boletín oficial resuelve por sí mismo los problemas, habían convertido el contrato menor en un problema, como ocurrió con el negociado por razón de la cuantía, vigente en multitud de países de la Unión Europea, con las actuales Directivas, con las mismas Directivas. Y tras convertirlo en un problema, se plantearon excepciones para evitar que lo fuese en algunos ámbitos, como el de la investigación, entre otros, abundando así, en el mejor de los casos, en error tras error. Se regula mal, con prejuicios, y se excepciona la regulación cuando se percibe inadecuada. Y cuando la excepción no es suficiente se vuelve a excepcionar la excepción. Tal es el germen de muchos delirios regulatorios que asfixian al sector público y a algunos sectores económicos.

En la regulación del contrato y gasto menor, como en tantas otras cuestiones, era indispensable combinar, de forma equilibrada, funcionalidad y control, sin llegar a la desregulación total, como en Navarra, tomando como referencia obligada los artículos 118 y concordantes LCSP, básicos, simplificando en lo posible la regulación precedente. Para ello, la transacción propuesta, que finalmente se incorporó al texto de la LS, partió del establecimiento únicamente de dos regímenes jurídicos, por debajo de 5.000 (gasto menor, que es contrato menor con régimen especial) y por encima de 5.000, remitiendo al artículo 118 y concordantes LCSP, con posibilidad de licitación voluntaria de todos y, en el caso de determinados contratos de servicios, por su carácter recurrente y la especial problemática práctica que han suscitado, con exigencia de licitación o exigencia de triple oferta.

Sobre esta base se aprobó la reforma del régimen jurídico del contrato y gasto menor. Conforme a ella «para la celebración de contratos menores regulados en la legislación básica estatal se aplicarán las siguientes reglas: a) Los contratos de obras, servicios y suministros cuyo valor estimado no exceda de 5.000 euros, IVA excluido, se considerarán gastos menores. Sin perjuicio de las normas especiales relativas a los pagos a justificar, el reconocimiento de la obligación y el pago de los gastos menores solo requiere que se justifique la prestación correspondiente mediante la presentación de la factura o del documento equivalente ante el órgano competente, que será debidamente conformado. Estos gastos menores no requieren ninguna tramitación sustantiva o procedimental adicional a los actos de gestión presupuestaria señalados. En todo caso los gastos menores constituyen pagos menores a los efectos del inciso final del artículo 63.4, del tercer párrafo del artículo 335.1 y del tercer párrafo del artículo 346.3 de la Ley 9/2017, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014». En segundo lugar, «los contratos de servicios que solo puedan ser prestados por un único empresario, los de suministros y los de obras, todos ellos de valor estimado superior a 5.000 euros, IVA excluido, se someterán al régimen establecido para los contratos menores en la legislación básica estatal». En tercer lugar, «los contratos de servicios de valor estimado superior a 5.000 euros, IVA excluido, no incluidos en la letra anterior requerirán la realización telemática de consulta previa al menos a tres empresas que puedan ejecutar el contrato, siempre que sea posible, o alternativamente, a elección del órgano de contratación, licitación pública conforme a lo establecido en la letra siguiente». Y, finalmente, «la licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá realizarse con publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante su ejecución. Podrá presentar proposición cualquier empresario con solvencia, capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante».

Modificación igualmente relevante, ha sido la que ha recuperado en Aragón los umbrales de recurso especial previstos en la legislación básica estatal, corrigiendo así la anomalía de nuestra Ley (sólo seguida por Navarra) (art. 17.2 LCA). Además, se regulan las causas de inadmisión de recurso especial (art. 21.2 LCA).

Y la tercera cuestión reseñable en esta materia, finalmente, es la relativa al régimen de la resolución por incumplimiento culpable del contratista y la imposición de prohibición de contratar. A este respecto, se establecen diversas medidas, sobre tramitación simultánea de resolución culpable y prohibición de contratar, comunicación de prohibiciones, efectos y extensión de efectos para reforzar la reacción administrativa ante contratistas maliciosos, todas ellas con objeto de reforzar la reacción administrativa contra incumplimientos del contratista, especialmente culpables o resultantes de prácticas colusorias o anticompetitivas. En esta línea, se prevé, la ampliación del plazo de resolución contractual, de modo que el plazo de resolución para los contratos de Administraciones públicas será el de la legislación básica de contratación pública y, en defecto de regulación, ocho meses contados desde la fecha en la que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, acuerde la incoación del procedimiento de resolución (art. 13 LCA). Además, se regula la tramitación simultánea del procedimiento de resolución por incumplimiento culpable y de declaración de prohibición de contratar, de modo que el contratista será emplazado a alegar simultáneamente respecto de ambas cuestiones, y advertido de la tramitación simultánea cuando la prohibición de contratar pueda deducirse de la culpabilidad del contratista en la resolución, presumiéndola si concurre dolo, mala fe o temeridad manifiesta en sus actuaciones (art. 13bis LCA). Además, se prevé, en lo que respecta a los efectos de la prohibición de contratar, que operará respecto de las adjudicaciones precisas para completar la prestación, promoviéndose la extensión de efectos a todo el sector público autonómico de todas las prohibiciones y la comunicación al Estado para la extensión a todo el sector público, previos los trámites que procedan (arts. 13bis.4 y 28 LCA).

4. Otras medidas de aplicación directa

La LS, junto a las anteriores reformas estructurales, ha introducido también otras modificaciones sectoriales en materia de energía, ordenación del territorio, urbanismo, INAGA, montes y vías pecuarias, entre otras. Así, ha realizado una amplia reforma del régimen de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, ampliando el régimen establecido en 2016 para la generación eólica, adaptándolo, a otras energías renovables no eólicas, cogeneración y residuos (título V y disposición final 10º LS).

En materia de ordenación del territorio, se elimina el trámite de informe de Comisión Delegada de Política Territorial en declaraciones de interés general, tanto en la normativa de ordenación del territorio (disposición final 7º LS) como en el Decreto-ley 1/2008 (disposición final 5º LS). En la misma línea, en la normativa urbanística se elimina el carácter dispositivo del régimen de declaración responsable y se extiende esta a determinadas instalaciones de

generación renovable y autoconsumo y en aparcamientos y espacios libres privados o instalación de puntos de recarga en edificios de uso colectivo (disposición final 8^a LS).

En relación con la normativa reguladora del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental, se introducen diversas reformas para centralizar y mejorar el intercambio de datos, documentación, consultas, expedientes e informes y se refuerza la obligación de comunicación telemática de los interesados (disposición final 11^a LS).

La normativa de montes y vías pecuarias se modifica igualmente, en términos muy similares, para coordinar el régimen de autorizaciones o concesiones demaniales con la normativa energética, simplificando además la tramitación de las modificaciones de tales títulos en determinados supuestos (disposiciones finales 14^a y 15^a LS).

Por lo demás, se introduce también un cambio menor en la normativa de vivienda, para establecer el plazo de tres meses para la enajenación directa su suelo tras concurso que haya quedado desierto, siempre conforme al pliego de condiciones que rigió dicho concurso (disposición final 9^a LS), se reforma el régimen de los planes anuales de aprovechamiento, que se someten a comunicación en lugar de autorización, y se da cumplimiento a acuerdos competenciales con el Estado (disposición final 12^a LS); y se introduce una modificación del devengo de la tasa 14 (servicios en materia de ordenación de actividades industriales, energéticas, metrológicas, mineras y comerciales) difiriéndolo a la resolución de admisión a trámite de solicitudes, cuando exista (DF 13^a LS).

LA TAUROMAQUIA PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL ENTRE SU PROTECCIÓN Y PERSECUCIÓN(*)

FERNANDO GARCÍA RUBIO

SUMARIO: I. PATRIMONIO CULTURAL Y TAUROMAQUIA. EL CASO DE GIJÓN: 1. *La actuación de la Alcaldía de Gijón el 18 de agosto de 2021.* 2. *Patrimonio cultural y tauromaquia.* 3. *La realidad jurídica actual.* 4. *Realidad sociocultural.* – II. LA LIDIA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA DE CARÁCTER PÚBLICO. III FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN. – IV LA PROTECCIÓN DE LA TAUROMAQUIA POR SU INTERÉS CULTURAL. LA REACCIÓN FRENTE A UNA PERSECUCIÓN: 1. *Determinaciones legales y jurisprudenciales.* 2. *La Ley 18/2013, de 12 de noviembre para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural. Origen y características.* 3 *Protección por razones socioeconómicas.* – V. TAUROMAQUIA Y PATRIMONIO INMATERIAL DE LA UNESCO Y SU CONTROVERSIAS EN OTROS PAÍSES: 1. *La cuestión de la lista de la UNESCO.* 2. *Los intentos prohibicionistas en los diferentes países.* – VI. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRA LA TAUROMAQUIA. – VII. CONCLUSIONES. – VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se analiza las características de la tauromaquia y su vertiente cultural desde su vertiente histórica y artística para desarrollar las críticas que recibe y su regulación protectora desde la legislación cultural nacional y las sentencias del Tribunal constitucional, para refutar la capacidad prohibicionista de los municipios y CCAA, a la vista de la jurisprudencia.

Palabras clave: tauromaquia; protección; prohibición; patrimonio cultural; lidia; protección animal; regulación; jurisprudencia; bien de interés cultural; y derecho autonómico.

ABSTRACT: *The characteristics of bullfighting and its cultural aspect are analyzed from its historical and artistic perspective to develop the criticisms it receives and its protective regulation from the national cultural legislation and the rulings of the Constitutional Court, to refute the prohibitionist capacity of the municipalities and CCAA, in view of jurisprudence.*

Key words: *bullfighting; protection; prohibition; cultural heritage; fighting; animal protection; regulation; jurisprudence; asset of cultural interest; and regional law.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 15/09/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 08/10/2021.

I PATRIMONIO CULTURAL Y TAUROMAQUIA. EL CASO DE GIJÓN

1. La actuación de la Alcaldía de Gijón el 18 de agosto de 2021

El verano de 2021 ha generado diferentes noticias, siendo una de las de más difusión mediática la referida a las declaraciones de la alcaldesa de Gijón sobre «prohibición» de las corridas de toros en su término municipal.

Al parecer el Ayuntamiento de Gijón prohibió (1) las corridas de toros después de conocerse las críticas de la alcaldesa por bautizar a dos reses lidiadas durante la feria de Begoña con nombres «Feminista» y «Nigeriano». Ana González, explicó los motivos que la llevaron a tomar esta decisión, muy criticada por el sector de la tauromaquia;

«*Las cosas que son tradición pueden cambiarse. Agarrarse a una tradición para decir que algo es inamovible no tiene mucho sentido*», expresó González, que cree que, en caso contrario, «*estaríamos todavía yendo en carros de caballo en vez de en coches*». Así, piensa que «*usar la tradición como un argumento de autoridad cuando no es más que una falacia*».

Preguntada sobre si no piensa rectificar entonces la alcaldesa afirmó que «*para rectificar hay que meter la pata*», y ella aseguró que no la ha metido.

Para González, en «*los últimos años de Gijón —y no pocos— hay una insatisfacción y malestar con las corridas de toros*» debido a un «*cambio de mentalidad y a la evolución de Gijón y de toda España*». Y añadió: «*Cosas como el maltrato animal, que no contemplábamos hace 40 años, ahora sí*». Además, en su decisión concurre otra circunstancia, el nombre de tres toros: uno que se llama «*Feminista*» y dos «*Nigeriano*», que causaron estupefacción en la alcaldía y según ella, en la población gijonesa.

Así para la titular de la alcaldía de la principal ciudad de Asturias «*el malestar general y cruzar más de una línea con estos nombres ha precipitado una decisión que ya estaba tomada, que era el final de las posibles prórrogas. Es decir, no volver a licitar la concesión para que haya corridas de toros*».

Preguntada González si es consciente de que, con su decisión, puede hacer gran daño al mundo del toro afirmó.

«*Soy consciente de que salvamos a toros, de que las sociedades evolucionan y ya no tiramos cabras desde el campanario; seguramente, en torno al lanzamiento de esta cabra también se generaba economía*», la alcaldesa de Gijón, que considera no obstante que el motivo económico «*no justifica todo*»,

(1) Declaraciones disponibles en: https://www.lasexta.com/programas/mas-valerde/entrevistas/habla-alcadesa-gijon-prohibir-corridas-toros-lampoco-tiramos-cabras-campanarios-sociedades-evolucionan_20210819611e9975b6749a0001ae50d5.html.

y ha precisado: «*Gijón está en otra situación, que es no valorar las cuestiones económicas y sí valorar el buen trato animal, en este caso a los toros*».

Esas primeras declaraciones, fueron complementadas posteriormente (2) y así por el momento, la alcaldesa de Gijón garantizó que la feria taurina de Begoña no volverá a formar parte de la programación veraniega del Ayuntamiento como hasta ahora. A pesar de que «*el Ayuntamiento no tiene competencias para prohibir los toros*», lo que sí puede confirmar que no van a sacar ningún tipo de concesión porque no es un tipo de espectáculos que quieran programar desde el Ayuntamiento.

Pero el plan de usos de la plaza del Bibio permite las corridas de toros y por lo tanto un empresario «poder puede» pedir su uso. Por ello, la alcaldesa recuerda que el consistorio no puede prohibir las corridas de toros «pero sí elegir qué programar allí».

El 21 de agosto la portavoz del Gobierno asturiano, Dª Melania Álvarez, al ser preguntada tras el Consejo de Gobierno celebrado dicho día por la decisión de la alcaldesa de Gijón, Ana González, de no renovar más el contrato de la Feria Taurina de Begoña, que se celebró por última vez este mes en la plaza de toros de El Bibio, afirmó «Compartimos las mismas siglas y los mismos planteamientos de origen» (3).

Así planteada la cuestión y pese a la polémica generada en agosto de 2021, por la supuesta «prohibición», lo cierto es que desde un punto de vista jurídico-administrativo, lo único que se plantea es la no renovación, conforme a sus pliegos reguladores de un contrato concesional de explotación de un bien de dominio público.

Ante esa circunstancia, debemos reflexionar sobre esas capacidades municipales y de otras autoridades administrativas sobre la tauromaquia y su actuación jurídico-administrativa.

2. Patrimonio cultural y tauromaquia

El patrimonio cultural (4) comprende no solo bienes inmuebles o muebles de carácter físico, sino un conjunto de tradiciones e instituciones de naturaleza inmaterial (5), de carácter muy diverso, tanto que hay algunos, que, pese a su

(2) <https://www.europapress.es/asturias/noticia-alcaldesa-recuerda-gijon-no-estan-prohibidos-toros-van-dedicar-plaza-actuaciones-musicales-20210819132839.html>.

(3) Se puede consultar en <https://www.elcomercio.es/gijon/toros-gijon-alcaldesa-partidos-hosteleros-taurino-polemica-20210820014734-nt.html>.

(4) Sobre el concepto vid GARCÍA CUETOS Mª Pilar (2012) y LÓPEZ RAMÓN Fernando (2017), pp. 17 a 30.

(5) Sobre el patrimonio cultural inmaterial vid. MARZAL RAGA Reyes (2018).

indudable peso cultural y tradición, son cuestionados por parte de la sociedad. Es el caso de la Tauromaquia.

Según el diccionario de la Real Academia de la lengua (6) la primera acepción del término Tauromaquia es el *Arte de lidiar toros*, por lo tanto, este «arte» no puede considerarse sin su indudable vertiente cultural.

La tauromaquia proviene semánticamente del idioma griego *ταῦρος*, *taūros* *toro*, y *μάχομαι*, *máchomai* «luchar», partiendo de la anterior definición, la lidia tanto a pie como a caballo (7) es de larga tradición y sus antecedentes se remontan a la edad de Bronce. La tauromaquia reúne el concepto y las reglas que definen el arte de lidiar o toreo, con ejemplos ya plasmados gráficamente en la cultura Minoica en las paredes del palacio de Knossos en Creta, siendo el toro objeto de referencia y hasta reverencia como en la cultura Elamita del actual Irán 2.500 años antes de Cristo. De hecho, como señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (8) el toro es un animal de carácter totémico presente en numerosas culturas de la antigüedad (Asiria), con numerosas representaciones y ejemplos como el combate de Ursus contra él en la novela de SIENKIEWICZ (9) y su plasmación cinematográfica.

Pero la lidia como hoy la entendemos es un arte que nació en España, del que se tiene constancia en el siglo XI con la celebración de festejos taurinos en Ávila y en Zamora en el siglo XIII (10). Festividades no exentas de persecución por parte de la Iglesia católica, como acertadamente relata MURO CASTILLO (11).

La forma más conocida de tauromaquia es la corrida de toros cuya expresión más moderna surgió en el siglo XVIII. La Tauromaquia es además el nombre que reciben las obras o libros que tratan sobre la misma y en los que se desarrollan dichas reglas del torero, tal y como recoge la segunda acepción del diccionario de la RAE.

(6) <https://dle.rae.es/tauromaquia>.

(7) Con una especial importancia en la «popularización del toreo a pie desde las primeras corridas a finales del siglo XVIII, frente a las lidias a caballo vinculadas a la nobleza». No obstante, esa afirmación es cuestionada por SANTONJA, Gonzalo (2010), que destaca la preexistencia de un toreo a pie generalizado con anterioridad.

(8) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Tomás Ramón (2014).

(9) La novela «*Quo vadis*» de Henryk SIENKIEWICZ se publicó por episodios en el periódico *Gazeta Polska* de Varsovia entre 1895 y 1896, y tras su éxito y numerosas traducciones y reediciones fue objeto de varias plasmaciones cinematográficas (1912, 1924, 1951, 1985 y 2001), las dos primeras italianas y mudas, la cuarta de igual origen y serie de TV y la última polaca. Siendo la más representativa la de 1951, dirigida por Mervin LeRoy, con un Ursus interpretado por Buddy Baer.

(10) Al respecto RODRÍGUEZ BLÁZQUEZ, Alfredo (2012).

(11) MURO CASTILLO, Alberto (1999), pp. 579 a 600. Este autor destaca normas de las partidas de Alfonso X aplicables a los toros.

Con el tiempo la tauromaquia se ha identificado con España y lo español en la cultura universal y hay numerosísimas manifestaciones del «pop-art» vinculados a ello (12).

En cualquier caso, la tauromaquia es, tal y como manifestó TIENRO GALVÁN (13), un verdadero acontecimiento nacional, siendo en nuestra opinión una de las principales razones de su crítica y ataque.

Como ya hemos apuntado la tauromaquia y su máxima expresión la lidia, tienen un claro componente artístico en el cual no solo los toreros, sino todo el conjunto busca la belleza no solo durante el lance, sino todo el espectáculo, los trajes, la música, etc.

Como otras muchas expresiones artísticas (el cine, el teatro, la danza, la música, etc) la tauromaquia necesita del público que la aprecie y disfrute y por tanto entra dentro del concepto y regulación de los denominados espectáculos públicos diferenciándose su regulación como tal de su naturaleza como arte, tal y como indica CARBALLEIRA (14), junto a otras vertientes laborales y ganaderas.

Aunque para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (15) el espectáculo taurino es sólo un aspecto, el más visible y llamativo, desde luego, de la Fiesta, en el que ésta, con toda su complejidad, se expresa. Pero no lo es todo. El espectáculo, como encuentro ante el público del toro y el torero, presupone la existencia de ambos sin la cual su encuentro no sería posible, obviamente, y la existencia de esas dos realidades destinadas a encontrarse debe ser correctamente asegurada, lo cual exige, como es lógico, una normativa adecuada capaz de aportar esa garantía.

El aspecto profesional y el aspecto ganadero (16) son, pues, dos perspectivas imprescindibles que hay que añadir a la tradicional de la reglamentación del espectáculo, porque esta reglamentación ni las ha comprendido, ni las comprende ahora, ni puede tampoco comprenderlas.

Pero hay más, la Fiesta de los Toros no es sólo un espectáculo más. Es desde hace siglos mucho más que eso. Es la expresión de esa amistad tres

(12) Tanto como referencia turística y souvenir (monteras, carteles, capotes, etc) como a través de iconos como la «Carmen» de Merimee y Bizet, pasando por numerosos grupos pop (toreros muertos) o situaciones análogas de interminable relación, siendo un mero ejemplo la película de Disney sobre el toro «Fernando».

(13) TIENRO GALVÁN, Enrique (1989).

(14) CARBALLEIRA RIVERA, Teresa (2019), pp. 87 a 100.

(15) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1988), p. 30.

(16) Ambas categorías, así como las escuelas taurinas son objeto de registro administrativo específico, verificables en <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/tauromaquia/registros.html>.

veces milenaria del hombre español y el toro bravo de la que habló ORTEGA Y GASSET (17). Es lo que durante más tiempo ha hecho más feliz a mayor número de españoles, como también destacó con su agudeza característica el ilustre filósofo.

Pero cabe recordar también que la protección del patrimonio cultural inmaterial incluye «*el respeto y conservación de los lugares, espacios, itinerarios y de los soportes materiales en que descansen los bienes inmateriales objeto de salvaguarda*» y que los «*espacios vinculados al desenvolvimiento de las manifestaciones culturales inmateriales*», las plazas de toros en este caso, «*podrán ser objeto de medidas de protección conforme a la legislación urbanística y de ordenación del territorio por parte de las Administraciones competentes*» (art. 4 Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial), tal y como destaca FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (18), debiéndose destacar que buena parte de los cosos taurinos son obras de arte protegibles por sí mismas por su alto valor cultural y así las plazas de Ronda, Maestranza de Sevilla, Las Ventas y la propia plaza de Gijón, etc., son BIC.

Pese a la tradición apuntada existen movimientos de carácter animalista que niegan ese carácter y así mediante Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural (19), se consagra dicho hecho, ya avanzado entre la doctrina desde 1988, puesto que como manifestaba FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (20) la Fiesta de los Toros forma parte irrenunciable de las culturas y tradiciones de los pueblos de España, del norte y del sur, pues en ambas zonas y de forma simultánea emergió espontáneamente la corrida, el toreo a pie, al filo del primer tercio del siglo XVIII (con los matices ya destacados anteriormente por el indicado SANTONJA).

3. La realidad jurídica actual

Esas culturas y tradiciones en su integridad están bajo la protección de la Constitución española de 1978, como con toda explicitud subraya su preámbulo, protección que los poderes públicos están positivamente obligados a otorgar adoptando al efecto las medidas necesarias para garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural de acuerdo con el categórico mandato que al efecto formula el artículo 46 de la Norma

(17) ORTEGA Y GASSET, J., (1962).

(18) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2016): 367-376.

(19) Sobre esta Ley, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., en sus trabajos (2014a), pp. 1-10; y (2014 b), pp. 1322 a 1352.

(20) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1988), p. 32.

Fundamental, puesto que como ya declarara FERNÁNDEZ (21) la fiesta de los toros es parte de nuestro patrimonio cultural.

De hecho, ya el artículo 46 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 no deja lugar a dudas cuando afirma que «*forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales*».

Por otra parte la ya señalada Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial establece en su disposición final sexta que: *Lo establecido en la presente ley se entiende, en todo caso, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural*.

Además el Tribunal Supremo, ya antes de dichas leyes, mediante sus sentencias de 20 de octubre de 1998 y de 21 de septiembre de 1999 reconoció la inseparable conexión existente entre la fiesta de los toros y el patrimonio cultural español, lo que permite al Estado ordenar los aspectos de los espectáculos taurinos «*mediante los que se persigue el sometimiento de su celebración a reglas técnicas y de arte uniformes que eviten su degradación o impidan que resulte desvirtuada en lo que podemos considerar sus aspectos esenciales*

Por otra parte el Tribunal Constitucional mediante la STC de 20 de octubre de 2016 declaró inconstitucional la ley catalana que prohíbe las corridas de toros y nuevamente mediante STC de 13 de diciembre de 2018 declaró igualmente inconstitucional la ley regional Balear Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears, destacándose el hecho cultural de dicha actividad, que ha sido protegida también en Francia.

Si eso no fuera suficiente las CCAA han reconocido estos valores y así la Región de Murcia mediante Decreto 25/2011, de 25 de febrero, por el que se declara Bien de Interés Cultural Inmaterial la Fiesta de los Toros en la Región de Murcia, Castilla –La Mancha que por acuerdo del Consejo de gobierno de la Comunidad de 22 de diciembre de 2011 declaró la fiesta de los toros bien de interés cultural, la Comunidad de Madrid a través del Decreto 20/2011, de 7 de abril, del Consejo de Gobierno, declaró Bien de Interés Cultural, en la categoría de Hecho Cultural, la Fiesta de los Toros en la Comunidad de Madrid y finalmente (por ahora) Castilla y León que mediante acuerdo de la Junta de Castilla y León 32/2014, de 3 de abril declaró en dicha región a la tauromaquia como bien de interés cultural de carácter inmaterial.

(21) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1988), p. 34-35.

Debemos destacar que como manifestación cultural profundamente arraigada entre los españoles los toros han generado buena parte de las cumbres del conjunto de las bellas artes, y así sólo a título de ejemplo debemos recordar manifestaciones pictóricas (Goya y Picasso), líricas (García Lorca) musicales (Joaquín Turina), escultóricas (Mariano Benlliure), etc, circunstancia que como recoge MAILLIS (22) no son solo españolas, sino que con su reflejo en Francia y Portugal, así como en América, se convierten en universales.

Si cabe diferenciar la tauromaquia, como arte reglado de ciertas manifestaciones populares, que, aunque de honda raigambre son indudablemente poco respetuosas con la dignidad del animal y así el caso del Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León.

Dicho Decreto-Ley, que prohibió la muerte pública de las reses, tuvo una afectación directa en la celebración del festejo taurino conocido como «El Toro de la Vega», cuya regulación se concretaba en una norma de carácter municipal. Este conflicto competencial motivó un recurso del Ayuntamiento de Tordesillas ante el Tribunal Constitucional, por entender que invadía su autonomía municipal. Dicho recurso fue inadmitido mediante Auto del Tribunal Constitucional núm. 206/2016, de 13 de diciembre de 2016, que proclamó que la prohibición de la muerte del animal tenía su encaje competencial en una norma autonómica: «Conforme a las referidas competencias, la Comunidad Autónoma puede, en principio, afrontar la regulación, desarrollo y organización de tales eventos lo que puede incluir, desde el punto de vista competencial, la prohibición de dar muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales. Además, resulta relevante que la intervención normativa se ha ceñido a la protección del animal al consistir en la prohibición de matar al toro en presencia del público y no a otro aspecto de la regulación del espectáculo».

En igual medida, van desapareciendo paulatinamente ya sea por el cambio social, o por la actividad administrativa de ejecución de las legislaciones protectoras de animales otros usos populares como los toros embolados, los toros de fuego, o los toros al mar, que se producían en toda la geografía española desde Denia a Ourense y desde Extremadura a Aragón.

La Tauromaquia en sentido estricto forma parte del patrimonio histórico y cultural común de todos los españoles, tal y como establece la Ley 18/2013, de 12 de noviembre para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural (en adelante LRTPC), especialmente en determinados puntos del territorio nacional en cuanto actividad enraizada en nuestra historia y en nuestro

(22) MAILLIS, Annie (2011), pp. 75 a 80.

acervo cultural común, como así lo demuestran los antecedentes de la ferias de Albacete, San Isidro, Sevilla, etc. Todo ello plasmado en las declaraciones como BIC donde se reconoce a la tauromaquia en las diferentes CCAA. Las fiestas o espectáculos taurinos incluyen no sólo a las corridas de toros, sino un numeroso conjunto de tradiciones y festejos populares vinculados al mundo del toro, que a su vez comprenden lo que hoy entendemos por «Tauromaquia».

Todo esto es signo de identidad colectiva, y ello justifica que su preservación corresponda y competa a todos los poderes públicos. El carácter cultural de la Tauromaquia es indiscutible y merece ser preservado como un tesoro propio de nuestro país, rico en culturas distintas. Esta específica manifestación cultural ha sido, incluso (23), exportada a otros países que la desarrollan, promocionan y protegen.

4. Realidad sociocultural

La Tauromaquia es una manifestación artística en sí misma desvinculada de ideologías en la que se resaltan valores profundamente humanos como puedan ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad, o el raciocinio como forma de control de la fuerza bruta. A ello hay que añadir que forma parte de la cultura tradicional y popular, como conjunto de las manifestaciones, conocimientos, actividades y creencias pasados y presentes de la memoria colectiva, siendo uno de los puntos de referencia a partir del cual las iniciativas de la sociedad se enmarcan en un contexto configurador de la identidad nacional propia, arraigada en una pluralidad de formas de expresión popular.

Las fiestas o espectáculos taurinos incluyen no sólo a las corridas de toros sino un numeroso conjunto de tradiciones y festejos populares vinculados al mundo del toro, que a su vez comprenden lo que hoy entendemos por «Tauromaquia».

Todo esto es signo de identidad colectiva, y ello justifica que su preservación corresponda y competa a todos los poderes públicos. El carácter cultural de la Tauromaquia es indiscutible y merece ser preservado como un tesoro propio de nuestro país, rico en culturas distintas. Esta específica manifestación cultural ha sido, incluso, exportada a otros países que la desarrollan, promocionan y protegen. La Tauromaquia es una manifestación artística en sí misma desvinculada de ideologías en la que se resaltan valores profundamente humanos como puedan ser la inteligencia, el valor, la estética, la solidaridad, o el raciocinio como forma de control de la fuerza bruta.

(23) Sobre esta variedad de países puede consultarse a BAUDET, Jean Baptiste (2017).

A ello hay que añadir que forma parte de la cultura tradicional y popular, como conjunto de las manifestaciones, conocimientos, actividades y creencias pasados y presentes de la memoria colectiva, siendo uno de los puntos de referencia a partir del cual las iniciativas de la sociedad se enmarcan en un contexto configurador de la identidad nacional propia, arraigada en una pluralidad de formas de expresión popular.

Por lo que su reconocimiento trasciende al mero festejo, que además por su importancia en toda España atrae a un gran número de ciudadanos y turistas desde la primavera al otoño en toda la nación, o al menos así era antes de la pandemia.

Así por ejemplo en Madrid la fiesta de los toros tiene un papel relevante en las Fiestas de San Isidro. Siendo la tauromaquia declarada Bien de Interés Cultural en abril del año 2011 (24) y el total de las festividades de San Isidro (incluyendo la feria taurina) está en curso (25).

Actualmente, la feria de San Isidro suele desarrollarse entre el 10 de mayo y el 10 de junio, reuniendo a las grandes figuras del momento y a las ganaderías más punteras. Toda la temporada taurina gira en torno a lo que acontece en este ciclo, y es entre las citadas fechas cuando el mundo del toro acapara la atención de aficionados y no aficionados. Pero son igualmente importantes en su contexto las ferias Sevilla de abril, Fallas valencianas, semana grande bilbaína, Begoña en Gijón (¿hasta 2021?), Albacete, Pilar de Zaragoza, Pontevedra, etc.

Pero esa tradición y protección no descartan el ánimo de corrientes sociales prohibicionistas, que unas veces de manera sibílica introduciendo poco a poco en la sociedad opiniones contrarias a la tradición taurina y otras más a las bravas prohibiendo directamente, mediante leyes regionales o actuacio-

(24) La feria taurina de San Isidro está considerada como principal feria taurina del mundo. Madrid siempre festejó el día de su patrón con corridas de toros desde sus inicios a mediados del siglo XVII, pero no tenía una feria taurina como tal. En 1929 y debido al auge del toreo y de la creciente afición, se construyó por la Plaza de toros de las Ventas, sobre el terreno llamado Las Ventas del Espíritu Santo, al que debe ese nombre. Es la mayor plaza de toros de España, y su construcción tardó siete años. Está realizada en ladrillo y cerámica dentro del estilo imperante de la época, el neomudéjar. Posee una superficie de 45.800 metros cuadrados y capacidad para 23.797 personas. Su ruedo, es uno de los más grandes del mundo, tras el de la plaza de toros de Ronda. Las Ventas es la tercera Plaza con más aforo del mundo después de la Monumental de México y la plaza de Toros de Valencia (Venezuela), y está considerada por profesionales, aficionados y críticos como la más importante del mundo.

(25) Así por Resolución de 29 de abril de 2021, de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Comunidad de Madrid, por la que se incoa el expediente de declaración de bien de interés cultural, en la categoría de Hecho Cultural, de las Fiestas Patronales de San Isidro, en Madrid. (B.O.C.M. Núm. 113 jueves 13 de mayo de 2021).

nes municipales las corridas y otros festejos, cargan regularmente contra la tauromaquia.

Esa «persecución» de una actividad legal ha sido realizada en ámbitos territoriales diferentes en uso de la autonomía reconocida por la CE, tanto a CCAA, como a EELL, como se desprende de actuaciones legislativas consideradas inconstitucionales, o meras prohibiciones municipales, directas o indirectas, como la que genera este trabajo.

II LA LIDIA Y SU REGULACIÓN JURÍDICA DE CARÁCTER PÚBLICO

Para conocer lo que algunos pretenden prohibir y otros garantizar, debemos conocer el fenómeno y así debemos destacar que la celebración de la lidia es el elemento central de la fiesta taurina y siempre ha tenido una regulación con intervención administrativa, aunque FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (26) discrepa parcialmente, pero es un hecho evidente, como se ha encargado de estudiar FERNÁNDEZ DE GATA (27), encontrándonos en la actualidad, tal y como apunta CARRILLO DONAIRE (28), con una dualidad de reglamentaciones, en base a las competencias autonómicas sobre espectáculos públicos y Cultura (29).

El reglamento es el aprobado por Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero (que aquel deroga).

Así, en el ejercicio de las competencias que las Comunidades Autónomas tienen sobre espectáculos públicos, la mayoría de estas ha previsto la regulación de los espectáculos taurinos y, en algunos casos, incluso, han aprobado su reglamento taurino específico: este es el caso de Navarra (Decreto Foral 249/1992, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos taurinos); Madrid (Decreto 112/1996, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos Populares); Aragón (Decreto

(26) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1988), p. 28, sostiene que *el mundo taurino, que ha vivido tradicionalmente a espaldas de la ley por culpa, sobre todo, de los poderes públicos, tiene ya hoy pruebas bastantes de que, si no se varían radicalmente los planteamientos tradicionales, el fracaso de cualquier intento de reforma está garantizado de antemano*.

(27) FERNÁNDEZ DE GATA SÁNCHEZ, D. (2015).

(28) CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio (2015).

(29) Así la DA Primera 2 del Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al Reglamento de Espectáculos Taurinos indica que *las menciones hechas a los Gobernadores civiles en este Reglamento se entenderán realizadas a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de espectáculos públicos, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley 10/1991*.

223/2004, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos); Andalucía (Decreto 68/2006, de 21 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Taurino de Andalucía); Castilla y León (Decreto 57/2008, de 21 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General Taurino de la Comunidad de Castilla y León); País Vasco (Decreto 124/2010, de 27 de abril, de modificación del Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos); La Rioja (Decreto 27/2011, de 8 de abril, por el que se regulan los espectáculos taurinos populares en la Comunidad Autónoma de La Rioja); Castilla-La Mancha (Decreto 38/2013, de 11/07/2013, por el que se aprueba el Reglamento de los festejos taurinos populares de Castilla-La Mancha); Extremadura (Decreto 35/2017, de 28 de marzo, por el que se modifica el Decreto 187/2010, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Festejos Taurinos Populares de Extremadura).

Estas reglamentaciones a excepción de Andalucía, Aragón, Castilla y León, Navarra y País vasco son referidas a los espectáculos «populares», esto es los encierros, capeas, etc, pero supone una capacidad de variación sobre la reglamentación general estatal.

En las CCAA con reglamento propio la lidia se debe ajustar a los preceptos autonómicos, tal y como se refleja en el propio reglamento estatal, pero con carácter general se respeta la estructura que desarrollaremos.

De los actuales Reglamentos de espectáculos taurinos, estatal y autonómicos, hay que extraer, tal y como recuerda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (30), todas aquellas materias que por su naturaleza están reservadas a la Ley y, en concreto, a una Ley estatal: la regulación de las profesiones taurinas, la regulación de la actividad empresarial, esto es, la organización de los festejos, la de los contratos, entre el propietario de las plazas (que normalmente es una Administración Pública como en Gijón), y los empresarios y entre estos y los ganaderos, dadas las peculiaridades propias del contrato de compraventa del ganado de lidia.

Conforme a la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, los indicados espectáculos taurinos se clasifican en corridas de toros o de novillos, celebradas en plazas de toros permanentes o habilitadas temporalmente para ello, y en festejos taurinos realizados en tales plazas o en lugares de tránsito público (31).

(30) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1988), p. 47.

(31) En concreto el art 25 del reglamento diferencia entre: a) Corridas de toros; en las que por profesionales inscritos en la Sección I del Registro General de Profesionales Taurinos se lidian toros de edad entre cuatro y seis años en la forma y con los requisitos exigidos en este Reglamento. b) Novilladas con picadores; en las que por profesionales inscritos en la Sección II del Registro General de Profesionales Taurinos se lidian novillos de edad entre tres y cuatro años en la misma forma exigida para las corridas de toros. c) Novilladas sin picadores; en las

Conforme dicha norma estatal la celebración de espectáculos taurinos en plazas de toros permanentes deberá ser comunicada por escrito al órgano administrativo competente y, en todo caso, al *Gobernador Civil de la Provincia*, (32) por los organizadores o promotores de los mismos con la antelación mínima y en la forma y términos que reglamentariamente se determine.

La Administración podrá suspender o prohibir la celebración del espectáculo por no reunir éste o la plaza los requisitos exigidos o por entender que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones de la seguridad ciudadana (33).

La resolución deberá adoptarse en forma motivada y notificarse en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde la comunicación prevista en la Ley de potestades, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo 39/2015.

La celebración de fiestas taurinas en plazas de toros no permanentes, así como en lugares de tránsito público, requerirá previa autorización del órgano administrativo competente y será comunicada, en todo caso, al *Gobernador Civil*, con los plazos de solicitud y resolución previstos en el número anterior. Se denegará la autorización cuando la plaza o el espectáculo no reúnan los

que por profesionales inscritos en la Sección III del Registro General de Profesionales Taurinos se lidian reses de edad entre dos y tres años sin la suerte de varas. d) Rejoneo; en el que por profesionales inscritos en la Sección IV del Registro General de Profesionales Taurinos la lidia de toros o novillos se efectúa a caballo en la forma prevista en este Reglamento. e) Becerradas; en las que por profesionales del toreo o simples aficionados se lidian machos de edad inferior a dos años bajo la responsabilidad en todo caso de un profesional inscrito en las Secciones I o II del Registro General de Profesionales Taurinos o en la condición de banderillero de la categoría primera de la Sección V, que actuará como director de lidia. f) Festivales; en los que se lidian reses despuntadas, utilizando los intervinientes traje campero. El desarrollo de los festivales se ajustará en lo demás a las normas que rijan la lidia de reses de idéntica edad en otros espectáculos. g) Toreo cómico; en el que se lidian reses de modo bufo o cómico en los términos previstos en este Reglamento. h) Espectáculos o festejos populares; en los que se juegan o corren reses según los usos tradicionales de la localidad.

(32) Esta determinación debe referirse desde la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la administración general del estado, derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, a los subdelegados del gobierno, debiéndose recordar que los diferentes estatutos de autonomía reconocen competencias en materia de seguridad pública (País Vasco, Cataluña y Navarra) y de espectáculos públicos (estas y el resto de las CCAA) en esa línea la ya indicada DA Primera 2 del reglamento indica que las menciones hechas a los Gobernadores civiles en este Reglamento se entenderán realizadas a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de espectáculos públicos, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley 10/1991.

(33) A esta razón debemos de unir la de sanidad pública por los avatares del Covid-19, como concurrió en las suspensiones durante el estado de alarma y los posteriores avatares en la nueva normalidad.

requisitos o se entienda que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones de la seguridad ciudadana.

En todo caso, la autorización para celebrar estas fiestas requerirá la existencia de las instalaciones y servicios sanitarios adecuados para atender cualquier emergencia que pueda producirse, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 10/1991.

Podemos, siguiendo a HURTADO GONZÁLEZ (34), desarrollar los tercios en que se estructura la propia actuación de estos profesionales taurinos o, lo que es lo mismo, el desenvolvimiento de la lidia, desde su comienzo a su final, momentos que corresponde al presidente «ordenar», como asimismo «los cambios de tercio». Que describimos brevemente siguiendo al indicado HURTADO GONZÁLEZ (35).

Así el primer tercio, tras la salida de la res al ruedo, corriéndola y parándola no más de tres banderilleros, y toreada de capote por el espada de turno, sigue con la actuación de los picadores, en la que la res recibirá «el castigo en cada caso apropiado» mediante, al menos, un «puyazo», dos «como mínimo en plazas de primera categoría», situándose los espadas a la izquierda del picador, con la posibilidad de realizar «quites» por orden de antigüedad, corriendo el turno si alguno declinara, y terminando el tercio una vez ordenado por el Presidente el cambio, con la retirada de los picadores.

En el segundo tercio, el espada de turno, si lo desea (y que también puede compartir la suerte con los otros espadas), y, si no, sus banderilleros (actuando de dos en dos por orden de antigüedad pero perdiendo el turno, a favor del tercer compañero, el que realice tres salidas en falso,) procederán a «banderillear a la res colocándole no menos de dos ni más de tres pares de banderillas», con un espada (el del turno siguiente) situado a espaldas del banderillero actuando y el otro, detrás de la res.

Y el «último tercio de la lidia», en el que, tras la «faena de muleta», se da «muerte a la res» mediante «estoque» (con posibilidad, «después de haber clavado» el mismo, de «descabellar»), para lo cual dispone el matador de un tiempo, recibiendo del Presidente, si no, los oportunos «avisos», que también resolverá sobre «los premios o trofeos» y, en su caso, en plazas de primera y segunda categoría, la concesión al toro del «indulto», en cuyo caso el matador actuante deberá, con una banderilla en sustitución del estoque, «simular la ejecución de la suerte de matar».

La regulación de cada uno de estos tercios va acompañada, desde luego, de muchísimas prescripciones particulares, tales como, precisa HURTADO

(34) HURTADO GONZÁLEZ, Luis (2013), p. 203, en todo caso el título VI del reglamento regula en los arts 68 y ss el desarrollo de la lidia.

(35) HURTADO GONZÁLEZ, L. (2013), p. 204.

GONZÁLEZ (36), que «el picador efectuará la suerte por la derecha, quedando prohibido barrenar, tapar la salida de la res, girar alrededor de la misma...», que «el espada no podrá entrar nuevamente a matar en tanto no se libere a la res del estoque que pudiese tener clavado a resultas de un intento anterior», etc., expresivas unas de los «usos tradicionales» (que el Presidente está obligado a tener en cuenta), fruto de la propia determinación reglamentaria.

Estas normas, las *regulae artis*, nada tienen que ver con las que se ocupan de la policía del espectáculo taurino, por lo que la fundamental cuestión que plantean no es sino el motivo de su intromisión (la intromisión, en definitiva, de los poderes públicos, no importa ahora si estatales o autonómicos) en la intimidad de la Fiesta, que aunque en el art 70.1 del reglamento expresa *el desarrollo del espectáculo se ajustará en todo a los usos tradicionales y a lo que se dispone en este artículo y en los siguientes* se encarga de regular tanto a nivel estatal, como de las CCAA, que lo han realizado el detalle del lance y su desarrollo.

De hecho y tal y como recuerda ALEGRE ÁVILA (37), el Tribunal Constitucional en su STC de 13 de diciembre de 2018 cuestiona la ley balear que, sin llegar al extremo de la prohibición catalana, rediseña o reconfigura la corrida de toros mediante el establecimiento de una serie de limitaciones y requisitos (38) que suponían la desfiguración de la «corrida de toros moderna», su adulteración o desnaturalización, en una suerte de «prohibición de facto», que, igualmente, conlleva la declaración de inconstitucionalidad y nulidad por contravención del artículo 149.2 de la Constitución, del que se desprende la preservación de la tauromaquia como componente o integrante del patrimonio cultural común, por vulneración de la imagen tradicional de las corridas de toros en tanto que «garantía institucional».

Esta garantía, en su día estudiada por SCHMITT (39), es pese a los dos votos particulares emitidos en su contra, poco consistentes desde ese prisma según ALEGRE, supone el hecho evidente que la reglamentación de las corridas de toros se ha construido, en efecto, a golpe de lance reglamentario, que han procedido a codificar esos «usos tradicionales».

Son, pues, las corridas de toros y por extensión la tauromaquia una institución privada en sentido estricto, de honda raigambre, en relación a la que el

(36) HURTADO GONZÁLEZ, L. (2013), p. 205.

(37) ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel (2020), pp. 5 y 6.

(38) Estos son la supresión de los tercios o suertes de varas y de banderillas; fijación de los límites mínimo y máximo de edad de los toros que han de ser lidiados; prohibición del enchiqueramiento de los toros; limitación a tres de los toros en cada corrida; establecimiento en diez minutos de la «participación» máxima de cada toro en la lidia; el capote y la muleta, únicos utensilios admisibles en la lidia; prohibición de dar muerte al toro en la plaza; devolución a los corrales de los toros una vez finalizada la lidia, etc.

(39) SCHMITT, Carl (2011).

poder público, en su faceta normativa, ha llevado a cabo una labor de limpieza y consolidación, a la que, por tanto, en el plano jurídico como sostiene acertadamente ALEGRE y nosotros compartimos, es de cabal aplicación (40) En este sentido, la tauromaquia ofrece una imagen perfectamente nítida, sin perjuicio, como es natural, de su esencial carácter evolutivo, que torna en adecuadamente reconocible la figura «corrida de toros [moderna]». Una imagen que, obviamente, tenía ante sí el constituyente de 1978, circunstancia es igualmente aplicable con algún matiz a la institución «autonomía local», que ha sido construida por el Tribunal Constitucional a partir de su Sentencia 32/1981, de 28 de julio (41).

III. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN

Cualquier elemento cultural que este reconocido como tal debe ser protegido por el Estado, en desarrollo del art 149.2 de la CE (42) y como tal y conforme al art 137 CE por todos sus entes, siendo esa protección articulada a través de cada una de las respectivas funciones administrativas, en base a las correspondientes competencias.

La innegable e indudable consideración del ámbito taurino como patrimonio cultural común de todos los españoles y el afianzamiento de las competencias del Estado en la materia han obligado a cambiar el concepto legal objeto de protección, tal y como apunta acertadamente FERNÁNDEZ DE GATA (43), desde el habitual de «Fiesta de los Toros» (que era precisamente el que aparecía en el texto original de la Iniciativa Legislativa Popular que se transformó en la LRTPC), por el más preciso de «Tauromaquia», al vincularse éste a los aspectos culturales e históricos de ese ámbito y eliminar los aspectos más administrativos vinculados a su consideración como espectáculo taurino, exclusivamente, y por tanto de competencia autonómica.

Este cambio legal (44), por otra parte, más preciso técnicamente, y su base en los preceptos constitucionales relativos a la cultura y al patrimonio histórico

(40) Así ALEGRE ÁVILA cita el fundamento jurídico 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 —asunto: matrimonio de personas del mismo sexo—, tal y como reconoce Voto particular 2 de la STC sobre Baleares] la garantía de la garantía institucional, a la que hoy presta cobertura de rango legal la LRTPC.

(41) ALEGRE ÁVILA Juan Manuel (2020), p. 9.

(42) *Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.*

(43) FERNÁNDEZ DE GATA SÁNCHEZ, D. (2014 a), pp. 1-10.

(44) No es el único introducido sobre la iniciativa legislativa popular, así en el trámite parlamentario se renunció a la declaración como BIC, al reconocerse la competencia autonómica en la materia y evitar así posibles inconstitucionalidades.

común (además de otros, como veremos) asegura sin problema competencial alguno la intervención normativa y administrativa del Estado.

En este sentido, el art. 1º de la Ley señala que, a los efectos de la misma, se entiende por Tauromaquia el conjunto de conocimientos y actividades artísticas, creativas y productivas, incluyendo la crianza y selección del toro de lidia, que confluyen en la corrida de toros moderna y el arte de lidiar, expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español. Por extensión, se entiende comprendida en el concepto de Tauromaquia toda manifestación artística y cultural vinculada a la misma.

Concepto amplio, sin duda, que abarca todas las manifestaciones taurinas, pues, como dice su Preámbulo, se incluyen no solo las corridas de toros sino un numeroso conjunto de tradiciones y festejos populares vinculados al mundo del toro, si bien quizás podría haber sido más preciso el precepto en relación con los festejos populares, aunque debemos entender que se incluyen con normalidad al mencionarse en el concepto los conocimientos y actividades artísticas, el arte de lidiar y toda manifestación artística y cultural vinculada a la tauromaquia.

Seguidamente, el art. 2 de la Ley establece que, en los términos definidos en el precepto anterior, la tauromaquia forma parte del patrimonio cultural digno de protección en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa aplicable y los tratados internacionales sobre la materia. Integración de la tauromaquia en el patrimonio cultural común, que ya era un hecho real, proveniente de la propia sociedad, y que ahora, expresamente, por ministerio de la ley se incorpora a tal categoría legal; cuestión que obviamente puede realizar la ley, de acuerdo con y en el marco de la CE.

Como es evidente, se ha cambiado la original declaración de la fiesta de los toros como bien de interés cultural de la iniciativa legislativa por su integración, conceptualmente como tauromaquia, en el patrimonio cultural común; cambio necesario para evitar problemas de constitucionalidad para realizar tal declaración, de acuerdo con la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985, puesto que desde la interpretación que la STC 17/1991, de 31 de enero, hace de los aspectos competenciales de tales declaraciones de bienes de interés cultural (principalmente, del art. 9 de esta última Ley), por estas razones la competencia del Estado es prácticamente residual (únicamente en relación con bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional), aunque Fernández de Gatta (45) sostiene que hacerlo por ministerio de la ley hubiera sido posible sin ningún problema constitucional.

(45) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., (2014 a), p. 8.

Pero, además, este cambio en el diseño de la Ley de la Tauromaquia tiene otra razón de ser, cual es la inseparable consideración de ésta como patrimonio cultural inmaterial, cuyo régimen jurídico en la Ley de Patrimonio Histórico Español, como patrimonio etnográfico tenía problemas de concreción, en particular de las medidas de promoción y protección. Cuestión que ha de ponerse en relación con la actual ley en la materia, aunque la regulación por la Ley de Protección del Patrimonio Cultural Inmaterial ha sido escasa y problemática (46), pero mejor que la anterior limitada e insuficiente (47) de la LPHE.

De hecho, este matiz es clave para analizar las posibles «prohibiciones» por parte de autoridades administrativas locales y autonómicas, como posteriormente analizaremos.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA TAUROMAQUIA POR SU INTERÉS CULTURAL. LA REACCIÓN FRENTA A UNA PERSECUCIÓN

1. Determinaciones legales y jurisprudenciales

Ahora bien, la incuestionable naturaleza cultural de la tauromaquia no supone que por prejuicios a la hora de evitar el sufrimiento animal (48), la vinculación política con la nación española, o su carácter castizo, que algunos tachan de «casposo», esta sea cuestionada por diferentes estratos sus representantes políticos con manifestaciones públicas, o actuaciones administrativas antitaurinas. Y sociales, los cuales tienen periódicamente eco en los medios de comunicación, siendo la más reciente la de Gijón en agosto de 2021.

Asimismo, esta animadversión frente a la tauromaquia es muy amplia en sociedades que no tienen la impronta mediterránea de origen de los toros, como las sociedades del norte de Europa, y de otras remotas por desconocimiento como las asiáticas y africanas y por tanto no puede desconocerse su relación con la non nata inclusión de la tauromaquia en la lista de bienes del patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO, como veremos más adelante.

No obstante, hay que señalar que las CC.AA. de Murcia, Castilla-La Mancha, Madrid y Castilla y León, ya han declarado la fiesta de los toros como bien de interés cultural, debiendo resaltarse que la STSJ Madrid 857/2012, de 21 de noviembre, ha avalado jurídicamente la ya apuntada declaración de la Comunidad de Madrid. Declaraciones que lejos de ser redundantes con la de la ley, son compatibles y complementarias, pues afianzan aún más la consideración de la tauromaquia como patrimonio cultural común.

(46) DE GUERRERO MANSO, Carmen (2017), pp. 53 a 86.

(47) CASTRO LÓPEZ, M^a Pilar y ÁVILA RODRÍGUEZ, C M^a (2015) 89-124.,

(48) Sobre la protección de los animales puede verse PÉREZ MONGUIÓ, José María (2015), 285-333.

La protección y promoción de la tauromaquia es una obligación para todas las AAPP y dejando al margen las actuaciones (en positivo o negativo) de las CCAA, estas y las EELL se ven vinculadas por esta Ley, tal y como determina nuestra jurisprudencia.

Lo mismo puede predicarse de los municipios y así pese a la voluntad de la alcaldesa de Gijón el 18 de agosto de 2021, de «prohibir» las corridas, si debe recordarse que esta obligación para los municipios es bastante clara e incontrovertible, toda vez que la STS 297/2019, de 7 de Mar. 2019, Rec. 410/2017, dispone en su fundamento jurídico tercero:

«La preservación de la tauromaquia como patrimonio cultural pasa por la imposición del deber a los poderes públicos de garantizar la conservación y promover su enriquecimiento, de acuerdo con lo previsto en el art. 46 CE (RCL 1978, 2836) (art.3), a través de las medidas específicas que contemplan tanto la Ley 18/2013 (RCL 2013, 1640) como la Ley 10/2015 (RCL 2015, 787). Por su parte, la ya mencionada Ley 10/2015 (RCL 2015, 787) reconoce en su preámbulo que las previsiones legislativas establecen un “tratamiento general” del patrimonio cultural inmaterial a la luz del notable florecimiento conceptual, así como de la conciencia social y, sobre todo, en el ordenamiento jurídico internacional».

«Lo hasta aquí expuesto de forma resumida acerca del patrimonio cultural inmaterial resulta relevante en la resolución de este recurso de inconstitucionalidad pues la disposición final sexta de la Ley 10/2015 (RCL 2015, 787) establece que lo dispuesto en ella se entiende “en todo caso, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley 18/2013, de 12 de noviembre (RCL 2013, 1640), para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural”».

De lo anterior se deduce que el Estado, en el ejercicio, entre otras, de sus competencias derivadas del art. 149.2 CE (RCL 1978, 2836), ha adoptado «un conjunto de normas, no controvertidas competencialmente ante este Tribunal, de las que se infiere que el Estado ha declarado formalmente la Tauromaquia como patrimonio cultural».

«La cuestión a resolver por tanto es la de si la consulta que el Ayuntamiento recurrente pretende llevar a cabo contradice o no el mandato legal contenido en la Ley 18/2013 y 10/2015 en los preceptos que la doctrina del Tribunal Constitucional cita».

«En este sentido tenemos que destacar, sin perjuicio de llamar la atención sobre el extremo de que el acuerdo recurrido sí hace referencia expresa tanto al informe de la Abogacía del Estado que se dice recoge el de la Subdelegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid, la Ley 18/2013 establece el deber de desarrollar una actividad de fomento en favor de la protección de los bienes de interés cultural por parte de las Administraciones Públicas. Como acertadamente señala el Sr. Abogado del Estado en su contestación a la

demanda, la Ley no da libertad a las Administraciones Pùblicas para promover o no la conservación de la tauromaquia o promover o no su enriquecimiento, sino que impone una obligación positiva en tal sentido. En consecuencia, una consulta popular que ponga en riesgo, siquiera de forma indirecta, ignorar la voluntad de la Ley, en cuanto está encaminada a la toma de una decisión que en modo alguno puede ser considerada favorecedora de aquella actividad de fomento, resulta contraria a lo dispuesto en la citada Ley y a lo establecido en la doctrina del Tribunal Constitucional que se cita en el acuerdo recurrido, ello sin perjuicio de la libertad de la Corporación Municipal la hora de aprobar un presupuesto de destinar unas partidas o una finalidad concreta. Lo que no es admisible es intentar vía consulta popular acordar una determinada actuación que no responde a la finalidad que persigue la Ley en materia de protección de bienes de interés cultural, que como decimos excede del ámbito estrictamente municipal.

No cabe oponer a lo anterior el contenido del Informe del Sr. Abogado del Estado ni el de la Subdelegación de Gobierno a que se refiere el Ayuntamiento recurrente dado su carácter no vinculante, sin que en el mismo se contenga referencia alguna al deber de desarrollar una actividad de fomento por parte de las Administraciones Pùblicas competentes, por tanto también la estatal y autonómica, en cuanto tienen competencias en la materia, omitiendo una fundamentación jurídica razonada del porqué de las conclusiones que alcanza».

Por tanto, debe recordarse que esta obligación para los municipios es bastante clara e incontrovertible. Esto se reafirma igualmente en la Comunidad valenciana (que no ha protegido como BIC la tauromaquia) pues la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, de siete de febrero de dos mil dieciocho (Sala de lo contencioso-administrativo sección cuarta), en su fundamento jurídico segundo alega:

Para resolver la lìtis planteada, debemos partir de la resolución recurrida y de las razones que la misma aduce para denegar la solicitud, y de su examen se desprende que los motivos son los que señala la Comisión de Cultura de dicho ayuntamiento de 4 de mayo de 2.016, que en síntesis se opone a la solicitud por cuanto que los espectáculos taurinos tienen connotaciones negativas y no conviene asociarlo a municipio, y siendo tal postura la misma mantenida por el Ayuntamiento en los últimos años ante tales solicitudes.

Concretada la resolución recurrida y las causas esgrimidas por la misma para la denegación, hemos de señalar que la propia sentencia entiende que es un hecho no controvertido en la presente lìtis que el Excmo. Ayuntamiento de Villena carece de competencia para autorizar o denegar la celebración de espectáculos taurinos o para cuestionar los rasgos jurídicos que definen la Tauromaquia como un bien de interés cultural, con tal argumento, que no es

cuestionado por el Ayuntamiento, está reconociendo, la falta de motivación y disconformidad a derecho de acuerdo recurrido, y sin embargo da razón al Ayuntamiento por causas alegadas al contestar la demanda.

Lo dicho nos lleva a determinar en primer lugar la posibilidad de esgrimir nuevos motivos de desestimación de la solicitud en vía jurisdiccional, y si así lo entenderíamos, determinar si la causa esgrimida es suficiente para determinar la conformidad a derecho de la resolución recurrida.

Este Tribunal entiende que esta posibilidad no es posible, pues supone indefensión a la actora, dejándolo sin la posibilidad de recurrir o no el acto administrativo de haberse fundamentado en la causa o motivo señalado por el Ayuntamiento en la contestación a la demanda, y en este sentido se ha pronunciado el TC en las Sentencias 20/1982, 124/2000, 174/2004, y 130/2004, en asuntos análogos a los que se enjuician.

Con lo dicho, es evidente que la apelación debe ser estimada, pues analizando los motivos de acto administrativo señalado por el Ayuntamiento en sede administrativa, se evidencia que los mismos son contrarios a derecho por falta de motivación, basándose en opiniones subjetivas de los miembros de la Comisión de Cultura, que evidencian su contrariedad a tales espectáculos, y que ponen de manifiesto la arbitrariedad de la resolución recurrida; y más cuando el TC en S 177/16 de 20 de octubre, señaló en síntesis que la prohibición de los espectáculos taurinos es competencia estatal, cuestión, que como dijimos, no se discute.

Con lo dicho bastaría para revocar la sentencia y anular el acto administrativo, sin que tal argumentación atacara para nada al principio de igualdad de partes, ya que los motivos de impugnación del acto administrativo no viene limitados a los esgrimidos en vía administrativa para los actores, pero si para la Administración, quien si podrá alegar hechos nuevos en su contestación (art 60.2 de la ley jurisdiccional) pero no nuevos motivos de fundamentación del acto recurrido, ya que, como dijimos, produciría indefensión.

No obstante, lo dicho, y aceptando a efectos dialecticos la posibilidad de alegar nuevos motivos para rechazar la solicitud, en este caso, la resolución también sería nula, pues el Ayuntamiento ante la solicitud debió actuar conforme al Reglamento de Usos, requiriendo a la actora la presentación de Pliegos y abriendo una licitación pública para el uso de la Plaza en dicha fecha, no actuando por tanto conforme a derecho.

Por otro lado las ya apuntadas Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la prohibición catalana de las corridas de toros, adoptada en 2010 y la STC 134/2018, de 13 de diciembre que declara inconstitucional la Ley regional balear de 2017 sobre las corridas de toros, recogen una clara deter-

minación, que es contraria a la traslación de «voluntades políticas» como hemos indicado (49).

Por tanto, ni la autonomía local, ni las competencias autonómicas en materia cultural o de protección animal, pueden ser aducidas para establecer prohibiciones en sus territorios de una actividad cultural como la tauromaquia que el estado ha protegido.

Los detractores de la tauromaquia alegan el maltrato animal y así de hecho, hay numerosas legislaciones autonómicas, e incluso normas estatales, que en su opinión afianzan dicha interpretación, puesto que las peleas de gallos o de perros están prohibidas en prácticamente todas las Comunidades Autónomas, pero nadie de peso jurídico ha defendido la inconstitucionalidad de la medida porque se limite la libertad (y es obvio que se limita) para defender un interés jurídico (el bienestar animal) que no tiene cobertura en nuestra Constitución (50).

De hecho, el Código penal español fue reformado no hace mucho para introducir el delito del maltrato animal, en ciertas circunstancias y a ciertas especies. Como es sabido, la restricción de libertad que supone tipificar una conducta como delito sólo es posible si hay un interés constitucional de suficiente relevancia protegido. Parece claro que, como sociedad, tenemos asumido que así es. Y por tanto los animalistas aducen esa circunstancia.

Otros argumentos antitaurinos no son tan filantrópicos, puesto que la no prohibición de los corre bous en Cataluña destiló un claro tufo nacionalista frente al «españolismo» de la fiesta de los toros.

En cualquier caso, es imprescindible reivindicar la parte artística del toreo porque como destaca CLEMENTE NARANJO (51) en la regulación que nuestros legisladores han hecho de la fiesta de los Toros no la han tenido en cuenta, centrándose en cuestiones de orden público que en la actualidad carecen absolutamente de fundamento. Al menos hasta que ya los abolicionistas consiguieron sus primeros éxitos y se produjo la reacción de los aficionados, eso sí a través de una iniciativa legislativa popular y no de un proyecto o proposición de Ley.

(49) Con respecto a la abolición vid los trabajos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2010), pp. 725 a 738; así como DOMÉNECH PASCUAL, G. (2010), y de Pablo DE LORA, (2010), donde los dos últimos autores sostienen conclusiones muy enfrentadas sobre la constitucionalidad de la abolición operada por el legislador catalán. Asimismo, me parece esencial en este orden de consideraciones el trabajo de ESTEVE PARDO José (2014) «, pp. 63 a 92.

(50) Pese a la argumentación de algunos juristas el art 15 CE se refiere solo a personas, otra cosa es la innecesidad de la crueldad, no obstante ROCA FERNÁNDEZ-CASTANY (2002) sostiene que la protección de los animales goza de rango constitucional debido a que éstos forman parte de los recursos naturales, del medio ambiente cuya conservación ordena el artículo 45 de la Constitución española.

(51) CLEMENTE NARANJO, Lorenzo (2011), pp. 13 a 30.

Junto a los argumentos culturales y jurídicos debemos destacar la existencia de importantes argumentos de dinamización económica, puesto que no sólo los toros generan una actividad económica en sí misma por la existencia de matadores, rejoneadores, cuadrillas, empleados de ganaderías, transporte, plaza de toros, etc sino que a su vez propician una actividad complementaria en la hostelería de gran importancia y sólo hay que comprobar las inmediaciones de la Plaza de Toros de las Ventas durante los meses de mayo y junio o la imposibilidad de encontrar plazas hoteleras en Ronda durante la celebración de su corrida «goyesca».

Desde un punto de vista directo debemos destacar, tal y como se desprende del control de taquilla, la existencia de un gran número de ciudadanos aficionados y asistentes a los festejos taurinos, (sin perjuicio de los que los ven por televisión a través del canal temático correspondiente), en concreto en la pasada Feria de San Isidro de 2019, puesto que el Covid-19, como tantas otras cosas, obligó a suspender la de 2020, 945.900 personas (conforme el control de taquilla) siendo por tanto el segundo espectáculo en número de asistentes en la ciudad tan sólo por detrás del fútbol y muy por encima de otros muchos deportes y actividades culturales.

2. La Ley 18/2013, de 12 de noviembre para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural. Origen y determinaciones

La protección jurídica que la LRTC 18/2013 realiza tiene, tal y como destaca CARRILLO DONAIRE (52), unos claros prolegómenos frente al intento de abolición originado en Cataluña (53), con antecedentes en el archipiélago canario (54).

(52) CARRILLO DONAIRE Juan Antonio (2015).

(53) Ya la Ley catalana 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales, cuyo artículo 4 «prohibía el uso de animales en espectáculos, peleas y otras actividades si ello puede ocasionarles sufrimiento o pueden ser objeto de burlas o tratamientos antinaturales o bien si puede herir la sensibilidad de las personas que los contemplen».

De esa prohibición el número 2 del propio artículo exceptuaba expresamente «la fiesta de los toros en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor la presente Ley, existan plazas construidas para celebrar dicha fiesta», así como «las fiestas con novillos sin muerte animal («corre-bous») en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebren». La posterior modificación de la Ley en 2010 realizó una prohibición total de las corridas, no así de los corre bous.

(54) Aunque FERNÁNDEZ DE GATA (2015) apunta que al ejemplo prohibitivo de la Comunidad de las Islas Canarias mediante la Ley de protección de los animales de 1991, que, según interpretación general (pero, no muy ajustada a la realidad de la norma), prohibió las corridas de toros en las Islas, si bien, en una adecuada interpretación, la misma no se pudo producir pues su objeto son únicamente los animales domésticos y de compañía; naturaleza

Así a LRTPC, se aprobó en el convulso contexto de cuestionamiento que viene afectando a la fiesta en los últimos años, especialmente agudizado desde la aprobación de la reforma del Texto Refundido de la Ley catalana de Protección de los Animales que prohibió las corridas de toros en Cataluña mediante la Ley del Parlamento catalán 28/2010, de 3 de agosto, lo que fué puntualmente secundado por algunos Ayuntamientos españoles (del País Vasco —muy significadamente San Sebastián—, Galicia e Islas Baleares, además de Cataluña, donde antes de la prohibición general ya había muchos Municipios que se habían declarado «antitaurinos») y por localidades de otros países con tradición taurina (como la ciudad de Bogotá, más de un centenar de cantones ecuatorianos —incluyendo el de la capital, Quito, que aprobó una ordenanza que prohíbe la muerte del toro en las corridas—, varias localidades venezolanas —entre ellas Hatillo en el distrito capital y Maracaibo—, o el Estado mexicano de Sonora).

Se recordará, en este sentido, que al calor de la polémica que levantó la abolición catalana, a la vuelta del verano de 2010 fue rechazada en el Congreso una Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular para modificar la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos en el sentido de reconocer el carácter cultural de la fiesta de los toros y reforzar las competencias del Estado. Asimismo, se rechazó una moción en el Senado, presentada también por el Grupo Popular, para declarar la tauromaquia Bien de Interés Cultural (en adelante, BIC). Poco más tarde, pese a haber votado en contra de ambas iniciativas, el PSOE —entonces en el Gobierno—, aceptó la reclamación de que los toros fueran considerados una manifestación cultural acordando el traspaso de las competencias de la Administración del Estado en la materia del Ministerio del Interior al de Cultura.

Debemos recordar lo que CARRILLO DONAIRE (55) calificó como *ampulosa representación de ese traslado* que tuvo lugar en octubre de 2010 en un acto formal en el que el entonces ministro del Interior, Alfredo Pérez Rubalcaba, escenificaba el traspaso ante los matadores más importantes del escalafón que componían lo que vino a llamarse el G-10.

No obstante, el contenido jurídico (no así el político) de ese traslado de competencias de Interior a Cultura era relativamente escaso, puesto que tampoco eran muy relevantes las competencias estatales sobre espectáculos taurinos debido al empoderamiento de las Comunidades Autónomas a partir de la interpretación que éstas hicieron de la Disposición Adicional Única de la Ley

que de ninguna forma puede asignarse a los toros de lidia, por muy en contacto con el hombre que estén, como ha reconocido pacíficamente la Jurisprudencia, FERNÁNDEZ DE GATA, Dionisio (2014 a).

(55) CARRILLO DONAIRE, J. A. (2015).

10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas de espectáculos taurinos declara que «lo establecido en la presente Ley será de aplicación general en defecto de las disposiciones específicas que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia», lo que se reiteró en el Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Espectáculos taurinos de la Ley 10/1991 sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos.

Así, el R. D. 1151/2011, de 29 de julio, aprobado a escasos dos meses de las elecciones generales que dieron lugar al cambio de gobierno de diciembre de 2011 —con mayoría popular en el Parlamento—, y el posterior R.D. 257/2012, aprobado ya por el Gobierno popular, materializaron la adscripción al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (56) de las siguientes funciones: la gestión de los Registros taurinos estatales de profesionales y de ganaderías (que conviven con los autonómicos, allí donde se han creado); el Secretariado de la Comisión Nacional de Asuntos Taurinos, cuya Presidencia se le atribuye al Ministro de Cultura; y las competencias de la Administración del Estado en materia de fomento y protección de la tauromaquia (en puridad, bastante inéditas en opinión de CARRILLO (57), hasta la aprobación de la Ley 18/2013).

El otro acontecimiento que hay que consignar en opinión de CARRILLO DONAIRE (58), y que condicionó más que ningún otro la aprobación de la Ley 18/2013, es la iniciativa legislativa popular auspiciada por la Federación de Entidades Taurinas de Cataluña. La iniciativa de los aficionados catalanes surgió también tras la abolición catalana. Durante casi dos años estuvo recogiendo adhesiones y firmas de aficionados por toda España, hasta que fue presentada ante el Congreso de los Diputados en febrero de 2013 para su tramitación parlamentaria con unas 590.000 firmas autentificadas. La iniciativa, que está en la base de la LRPC como Proposición de Ley, proponía dos medidas muy concretas: la declaración de la fiesta de los toros como BIC de conformidad

(56) La citada adscripción se mantiene al actual ministerio de Cultura y Deporte conforme el Real Decreto 509/2020, de 5 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura y Deporte, que cita expresamente a la tauromaquia, entre las competencias de la Dirección general de Bellas Artes, art 5º.1 l), que señala :El ejercicio de las competencias relativas al funcionamiento de los registros taurinos, el fomento y la protección de la tauromaquia y el secretariado de la Comisión Nacional de Asuntos Taurinos, cuya presidencia corresponde al titular del Ministerio de Cultura y Deporte o autoridad en quien éste delegue.

Además, no se deroga la Orden ECD/1000/2013, de 4 de junio, por la que modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Consultiva Nacional de Asuntos Taurinos.

(57) CARRILLO DONAIRE, J. A. (2015).

(58) CARRILLO DONAIRE, J. A. (2015).

con la Ley de Patrimonio Histórico-Artístico de 1985, de un lado; y, de otro, su inclusión en la Lista de la Convención UNESCO de bienes culturales de carácter inmaterial.

En opinión de CARRILLO DONAIRE (59) ha de anticiparse un dato relevante: la consideración jurídica de la tauromaquia como BIC, que es la principal categoría de protección de las contempladas en la legislación sobre de patrimonio histórico-artístico, no es para dicho autor la más adecuada para la protección de un bien cultural de carácter inmaterial. Y no lo es porque la categoría de los BIC, tanto en la legislación estatal como en la autonómica (aunque el propósito de la iniciativa legislativa popular era —lógicamente— la declaración estatal), está concebida para bienes muebles o inmuebles; es decir, para cosas, y no para bienes de naturaleza inmaterial.

Esta concepción no puede ser compartida, puesto que a nuestro juicio (compartido por 4 comunidades autónomas) la tauromaquia si es susceptible de protección en su categoría de patrimonio inmaterial como BIC, siendo esta la figura más adecuada, aunque la competencia, como ya hemos indicado sea de cada una de las CCAA y no del Estado.

3. Protección por razones socioeconómicas

Otra posible fórmula de protección e intervención administrativa consecuente es el fomento de la tauromaquia, como tal patrimonio cultural es el fomento, puesto que si al teatro, la cinematografía, la danza, etc., se le otorgan regímenes fiscales en el tipo del IVA distintos de otros espectáculos artísticos, así como numerosas subvenciones, cuestiones a las que la tauromaquia siempre ha sido ajena, pese al atractivo popular, las funciones ecológicas y el indudable carácter artístico-cultural.

Un tercer ámbito de protección es la de las reglas del juego «mercantil», toda vez que la parte de negocio de los toros es susceptible de su regulación, tal y como hemos indicado anteriormente, por las normas contractuales, laborales, tributarias, etc correspondientes, que competen indudablemente al amparo del art 149.1 CE al Estado.

En esa línea las limitaciones que para el ejercicio de la tauromaquia pudieran implantarse por CCAA, EELL y otras entidades (colegios profesionales, por ejemplo) podrían ser susceptibles de implicar prácticas restrictivas de la competencia y vulnerar el principio de unidad de mercado protegido por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

(59) CARRILLO DONAIRE, J. A. (2015).

Como indica FERNÁNDEZ TORRES (60) en consecuencia, es suficiente que la conducta o el acuerdo tenga aptitud para ocasionar un daño efectivo a la competencia, como es precisamente, el caso, en la medida en que los convenios y protocolos de colaboración atribuyen a los colegios oficiales (de arquitectos) una notoria posición de ventaja que no sólo no encaja, sino que incluso se contrapone al funcionamiento del mercado en régimen de libre competencia. Así lo entiende el Tribunal de Defensa de la Competencia (61), al afirmar a propósito de la denuncia presentada contra el contrato-tipo de cesión de los derechos de retransmisión de las corridas de toros celebrado por varios ganaderos con distintas cadenas de televisión que, aunque se haya suprimido la cláusula relativa a las limitaciones de retransmisiones (que, además, indican los expedientes, no se imponía de forma absoluta, dejándose en libertad a los contratantes para modificarla) y aunque no haya tenido efectos prácticos, en ambos casos infringe la LDC. Procede, pues, la declaración de práctica restrictiva del artículo 1.1.a) de la LDC.

V. TAUROMAQUIA Y PATRIMONIO INMATERIAL DE LA UNESCO Y SU CONTROVERSIAS EN OTROS PAÍSES

1. La cuestión de la lista de la UNESCO

La segunda medida relevante que contempló la LRPC, que ya figuraba en la Iniciativa Legislativa Popular que en su día la impulsó, consiste en encender al Gobierno de la Nación que ponga en marcha los trámites necesarios para la solicitud de la inclusión de la Tauromaquia en la lista representativa del Patrimonio Cultural inmaterial de la Humanidad a que se refiere el artículo 16 de la Convención UNESCO para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural inmaterial aprobada el 17 de octubre de 2003 por la Conferencia General de la ONU para la Educación, la Ciencia y la Cultura (62).

España ratificó dicha Convención en 2006 y, desde entonces, nuestra nación ha inscrito más de una decena larga de manifestaciones en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial y tres proyectos en el Registro de buenas prácticas, convirtiéndose en uno de los países con más elementos reconocidos. Con el deseo de cumplir los objetivos de la Convención, el Ministerio de Cultura empezó a trabajar en un «Sistema de salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial» que en 2011 se materializó en el Plan Nacional

(60) FERNÁNDEZ TORRE, Juan Ramón (2010) pp 1-10.

(61) Resolución de 1-3-2000, exp 459/99, Espectáculos Taurinos.

(62) Sobre esta materia y el procedimiento, es imprescindible MELGOSA ARCOS, Javier (2007), pp. 162 y ss.

de Patrimonio Cultural Inmaterial y, algo más tarde, fraguo en un Proyecto de Ley y en la actual LPCI.

Según dicha Convención, el patrimonio cultural inmaterial —también llamado patrimonio viviente—, es la raíz de nuestra diversidad cultural y su mantenimiento es una garantía para la continuación de la creatividad humana. Dicho patrimonio comprende las prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos y habilidades (así como los instrumentos, los objetos y artefactos, los espacios culturales asociados con los mismos) que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconocen como parte de su legado cultural. Este patrimonio cultural inmaterial —dice el Preámbulo de la Convención— *«transmitido de generación a generación, es constantemente recreado por comunidades y grupos en respuesta a su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, y les proporciona un sentido de identidad y continuidad, promoviendo de este modo el respeto por la diversidad cultural y la creatividad humana»*.

La Convención prevé, en esencia, tres instrumentos de protección: una Lista general representativa de los bienes que lo integran (Lista regulada en el art. 16 de la Convención, que es a la que apunta la Ley 18/2013); una Lista especial para bienes cuya subsistencia está amenazada y, por ello, requieren de «medidas urgentes de salvaguardia» (Lista del art. 17); y una tercera Lista de buenas prácticas en la que los Estados pueden consignar programas y medidas de protección, rehabilitación y conservación ejemplarizantes (art. 18).

En este orden de consideraciones es de resaltar que el PENTAURO (63) recoge en uno de sus objetivos la pretensión de *«Organizar una reunión con las autoridades competentes en materia de Tauromaquia en los diferentes países y/o regiones en los que se celebran fiestas de toros, a fin de redactar una declaración (estatuto) de principios fundamentales para la preservación de la tradición taurina en toda su pureza, y estudiar vías de colaboración que faciliten el ejercicio de las profesiones taurinas, la actividad empresarial en la organización de espectáculos taurinos, y la mejora de la comunicación de los valores de la Tauromaquia»*. Dicha iniciativa recibió impulso en el I Congreso Internacional sobre «La Tauromaquia como patrimonio cultural», celebrado en Albacete a finales de febrero de 2015, en el que las representaciones de los países con tradición taurina (España, Francia, Portugal, México, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela) avanzaron en la proposición conjunta al Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial la inclusión de la Tauromaquia en la lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.

(63) Es el primer plan nacional sobre la tauromaquia, aprobado por la comisión nacional de tauromaquia el 19 de diciembre de 2013.

La inclusión de la tauromaquia en la Lista general Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial del art. 16 de la Convención tendría, obviamente, un valor jurídico más descriptivo que prescriptivo, pero no cabe duda de que sería un importante obstáculo para el avance de las medidas abolicionistas y para la argumentación jurídica en favor de la subsistencia de la fiesta allí donde ésta sea amenazada o pase a ser una manifestación cultural minoritaria.

Por otra parte, a fin de llevar a cabo esta medida, la Disposición final primera de la Ley 18/2013 dispone que, en el plazo máximo de tres meses desde su aprobación, el Gobierno impulsará las reformas normativas necesarias para recoger el mandato y objetivos de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.).

Ahora bien esta solicitud no se ha planteado por el gobierno de España para evitar que se produzca una denegación, puesto que la decisión es una votación libre de los representantes de los estados integrantes del comité del patrimonio mundial en la UNESCO, con presencia de naciones con falta de cultura taurina, que podrían perfectamente por razones apriorísticas denegar dicha solicitud, con el consiguiente efecto boomerang.

2. Los intentos prohibicionistas en los diferentes países

Pero siguiendo la geografía taurina y los intentos prohibicionistas debemos recordar que Francia fue sensible hace ya muchos años a las acusaciones de maltrato animal que se produce con ocasión de las corridas de toros. La Ley Gramont de 2 de julio de 1850 declaró ilegal picar toros, banderillearlos y matarlos; admitiéndose que la represión del delito de crueldad con los animales (artículo 453 del Código Penal francés, luego artículo 521.1) se aplicase a la lidia de toros. La proscripción se ha mantenido con el tiempo, pese a lo cual antes y después de dicha prohibición la celebración de corridas de toros continuó prosperando en las plazas del sureste (Nîmes, Arles, Marsella, Fréjus o Béziers) y del suroeste de Francia (Burdeos, Toulouse, Dax, Mont de Marsan, Bayona y numerosas plazas de menor importancia) así como en algunas ciudades de Argelia, entonces francesa (principalmente Orán). Dada esta realidad, otra Ley de 24 de abril de 1951, modificó la prohibición mediante la modificación del artículo 521-1 del Código Penal, en cuyos términos se admitiría en lo sucesivo que, aun considerándolo un acto de crueldad, el tratamiento infligido al toro durante la corrida (pica, banderillas, muerte) está no obstante justificado «para las corridas de toros cuando existe una tradición local ininterrumpida».

La corrida se legalizaba en Francia bajo esta condición de la existencia de una «tradición local ininterrumpida», pero el laconismo de esta formulación legislativa determinaría inevitablemente su interpretación judicial, tal y

como resalta el reiteradamente citado CARRILLO (64) El alcance exacto de la reforma de 1951 y, en consecuencia, la mayor o menor aceptación de los toros en Francia iba a depender de lo que el *Conséil de État* en el ámbito del contencioso-administrativo y *Cour de Cassation* en el penal entendieran por la doble condición de «tradición ininterrumpida» y «tradición local». Ha sido, pues, labor de estos Tribunales establecer cuando existe y cuando no una regla consuetudinaria seguida de modo ininterrumpido en una determinada localidad o zona territorial.

La paradoja gala, sin embargo, como acertadamente apunta Carrillo, es que en Francia los toros no son una fiesta nacional, sino una excepción a una prohibición legal que se inaplica en el sur del país allí donde se acredita la voluntad de una minoría de aficionados. Además, y en ello reside la otra lección importante que puede sacarse del Derecho francés, se trata de una actividad que no cuenta en Francia con reglamentaciones formales en el plano jurídico positivo más allá de la referida prohibición y de su régimen de excepción de elaboración jurisprudencial. Pese a ello, la centralidad de la afición en ese país ha llevado a un modelo autorregulado en el que ésta es la protagonista absoluta y que, además de contar con un vigoroso estado de salud, resulta envidiable en muchos aspectos para los aficionados españoles. Tanto es así, que ante el crecimiento del movimiento de protesta y de las corrientes abolicionistas en el país vecino, el *Observatoire National des Cultures Taurines* impulsó y consiguió, en agosto de 2010 y antes que ningún otro país, la inclusión de la fiesta de los toros en la lista francesa de bienes integrantes del patrimonio cultural inmaterial, siguiendo los criterios definidos por la UNESCO.

Aunque como recuerda CARBALLEIRA (65) el *Conséil de État* en decisión de agosto de 2016 confirmó una sentencia contraria de la corte de apelación administrativa de París de 1 de junio de 2015, aunque tan solo *qu'en raison de graves irrégularités dans la forme et la substance du traitement de la procédure d'enregistrement* no entrando en el fondo, cuestión esta no debidamente resaltada por la autora, en nuestra opinión.

En Colombia, la condición de bien cultural de los toros se ha vehiculado con la interpretación referida a la prohibición de las corridas de toros en Bogotá (66). El asunto fue llevado ante los Tribunales colombianos por la

(64) CARRILLO DONAIRE, J. A. (2015).

(65) CARBALLEIRA RIVERA, Teresa (2019), p. 99.

(66) Debe indicarse, que, tras ser elegido alcalde de Bogotá, Gustavo Petro anunció en 2012 que prohibiría los toros en la capital colombiana con el argumento de que había que impulsar eventos en pro de la vida y no de la muerte. No obstante, el alcalde no prohibió como tal las corridas de toros, sino que se abstuvo de renovar el contrato con la Corporación Taurina de Bogotá, la empresa que explotaba la plaza La Santamaría (algo similar a lo que en España ha sucedido en algunas plazas, significadamente en la de San Sebastián y ahora en Gijón).

empresa y acabó residenciándose ante la Corte Constitucional Colombiana por la vía de una acción de tutela (el equivalente a nuestro recurso de amparo). El 22 de mayo de 2013, la Corte Constitucional dictó una dividida sentencia en la que estimaba las pretensiones de los gestores de la plaza y ordenaba a las autoridades municipales disponer lo necesario para la reanudación del espectáculo taurino, adoptando los mecanismos contractuales y administrativos que garantizasen la continuidad de la tauromaquia en esa localidad.

La Sentencia, tal y como describe VILLEGAS MORENO (67), se basa en otros pronunciamientos anteriores de la propia Corte relativos a las corridas de toros que ya señalaron que este espectáculo sólo puede hacerse en los municipios en los que sean manifestación de una tradición regular —como es el caso de Bogotá— en virtud de lo que establece la legislación colombiana sobre protección de los animales. Pero lo importante y más novedoso de esta nueva sentencia es que razona el fallo en la clave de la protección de las minorías. Así, llega a afirmar que la protección constitucional de la tauromaquia se fundamenta en que «*han de considerarse como expresiones culturales tanto las mayoritarias entre la población como las minoritarias, e incluso las que sufren del rechazo o desafección de algunos hacen parte de la cultura y sirven como sustento de la nacionalidad, pues de los artículos como el 7º y el 70 de la Constitución se deduce que todas las manifestaciones culturales se encuentran en pie de igualdad ante el ordenamiento jurídico colombiano*»; de forma que «*la cultura, en tanto valor constitucional que implica obligaciones para el Estado en su conservación y realización, puede servir como sustento para excepcionar el deber de protección animal pues las representaciones artísticas que la componen y estructuran son reflejo de un arraigo social de un grupo social determinado, que merece salvaguarda en pro de la garantía de la conservación y protección de la diversidad y el pluralismo, aunque aquella no deba ser ilimitada*». Por lo tanto, no es «*argumento válido para impedir la difusión de una obra artística el pretexto de proteger un supuesto interés de terceros, o de la colectividad, o de una mayoría o minoría, a no ser ofendidos por el contenido o la naturaleza de una obra artística, pues son tales personas quienes habrán de escoger, libremente, si acuden a una determinada exhibición o espectáculo o si se detienen en la contemplación de los mismos*». Y es que «*en un Estado basado en el pluralismo, es una exigencia ineludible para quienes no comparten el valor artístico o el contenido de una obra, abstenerse de impedir que el artista ejerza su libre expresión, y permitir, a la vez, que quienes valoran la obra puedan apreciarla pacíficamente*».

(67) VILLEGAS MORENO, J. L., (2017), pp. 231-256.

Siguiendo al referido VILLEGAS (68) en Ecuador, el presidente Rafael Correa convocó en mayo de 2011 una consulta popular en la que se incluía una pregunta relativa a la prohibición de matar animales en espectáculos públicos. Según el escrutinio del Consejo Nacional Electoral la prohibición habría contado con el apoyo del 61,2% de los ecuatorianos. Sin embargo, el espectáculo con toros podrá seguir celebrándose si se respeta la vida del toro. Como resultado de dicha consulta, 129 cantones prohibieron la muerte de toros y otros animales en espectáculos mientras que 95 cantones seguirán celebrando dichos espectáculos.

En México la tauromaquia se encuentra prohibida en los estados de Sonora y Guerrero. El 3 de mayo de 2013, en el estado mexicano de Sonora fueron prohibidas las corridas de toros, propuesta promovida por grupos ambientalistas y diversos líderes políticos al interior del congreso del estado que prohíben todo tipo de entretenimiento con animales, ¡salvo las peleas de gallos! que, si existen en Sonora y las permite el estado, convirtiéndose en el primer estado mexicano en prohibir las corridas de toros.

El estado de Guerrero se convirtió durante 2014 en la segunda entidad de la República Mexicana que prohíbe las corridas de toros, luego de Sonora.

En 2015 se trató en el estado de Baja California una ley para prohibir la tauromaquia. En ese año 2017 el Estado de Coahuila también prohibió la tauromaquia.

En el Perú el tema también tiene su controversia y así. en 15 departamentos del Perú hay plazas de toros, existiendo un total de 56 plazas. Así este tema ha sido tratado por el Tribunal Constitucional del Perú con ocasión de procesos donde la pretensión procesal constitucional ha estado fundada en asuntos tributarios y fiscales, y de manera incidental se ha abordado el tema de los espectáculos taurinos y su carácter cultural o no. Nos situamos en el año 2005 cuando este asunto fue abordado por el Tribunal Constitucional (69) ya que establecía que el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos grava el monto que se abona por concepto de ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Instituto Nacional de Cultura.

El primer punto de reflexión de la sentencia ya está prejuiciado al solapar que las corridas de toros son actos de crueldad contra los animales. En su desarrollo, aunque no hace alusión directa a las corridas de toros dice que «no existe ningún argumento racional que justifique el que el ser humano someta

(68) VILLEGAS MORENO, J. L. (2017). p. 241.

(69) STC de 13 de abril de 2005 N° 0042-2004, www.tc.gob.pe.

a torturas, tratos crueles y dé muerte, innecesariamente, a los animales; más aún si dichos actos se realizan por diversión en espectáculos públicos...». El segundo punto es abordado con rotundidad contra los espectáculos taurinos al señalar que los espectáculos taurinos «en los que el toro es asesinado... debe precisar que ellos no constituyen manifestaciones culturales que el estado tiene el deber de promover. Ello porque es un espectáculo que, al someter innecesariamente, al maltrato cruel y posterior muerte de un animal, afecta el derecho fundamental a la tranquilidad y al bienestar de las personas que se interesan por la protección y el buen cuidado de los animales».

También se cuestiona su carácter cultural, se alega una encuesta de opinión realizada en Lima y Callao que está en contra de los espectáculos taurinos. Y remata este punto afirmando que los espectáculos taurinos que comportan la tortura y muerte innecesaria del toro no es una costumbre extendida en todo el territorio peruano, sino más bien de ciudades como Lima, Trujillo, Puno, Huancayo y otros. Se ahonda en la cuestión y se sostiene que «estos espectáculos como el taurino, encubiertos por lo cultural, conllevan a un sufrimiento y tratamiento cruel, innecesario e injustificado contra los animales, el Estado no tiene el deber de promover dichos espectáculos...». Llama la atención la posición final irónica que acepta que se deben respetar las fiestas taurinas, siempre que en ellas no se someta a torturas y tratos crueles, o se sacrifique innecesariamente al toro, opción que debería merecer del Estado el reconocimiento y promoción de una fiesta cultural, por ser plenamente acorde con la Constitución.

En relación con el tercer punto, la sentencia sostiene que los espectáculos taurinos no han sido considerados por el legislador como manifestaciones culturales que deben ser promovidas por el Estado, de ahí que hayan sido incluidas dentro de las actividades que deben pagar el impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.

El Tribunal Constitucional peruano abordó el tema nuevamente en el año 2011 (70) por una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte, contra el artículo 2 de la Ley que promueve el desarrollo de los espectáculos públicos no deportivos, así como contra el artículo 1 de la ley que modifica y prorroga la vigencia de los apéndices I y II de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.

La sentencia se planteó, al haber la ley impugnada excluido a los espectáculos taurinos del listado de espectáculos públicos culturales exonerados del Impuesto General a las Ventas, si los espectáculos taurinos corresponden o no a una manifestación cultural, a fin de poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicha exclusión.

(70) STC de 19 de abril de 2011, N° 00017-2010. www.tc.gob.pe.

Al existir la sentencia del año 2005, analizada por VILLEGAS MORENO (71), la STC peruana de 2011 considera que ha llegado el momento de revisar el criterio jurisprudencial en torno al tema, dado que se suscitó un debate a partir de la sentencia referida. Y anuncia su cambio de rumbo por la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique. La mesa está servida para cambiar el criterio del Tribunal.

Así, atendiendo a fundamentos históricos, culturales y jurisprudenciales, ha rectificado el a juicio de VILLEGAS MORENO, lamentable fallo, asumiendo una posición favorable a la fiesta. Esta sentencia es trascendental para la protección de la tradición taurina peruana y constituye un aporte valioso para su defensa global, en la medida Establece que es una manifestación cultural y artística que se ha incorporado a la cultura mestiza y forma parte de la diversidad cultural del Perú. Así, se rechaza la tesis «nacionalista» que niega esta tradición por su origen hispánico. Al fundamentar su voto, el magistrado Vergara Gotelli sostuvo que «*negar el carácter cultural constituye una negación a nuestra propia historia*». Establece su carácter cultural precisando que, no porque algunos repreuben dicha actividad, puede dejar de tener la condición de cultural. Establece que quien esté en desacuerdo no está obligado a asistir, como también debe ser libre y voluntaria la concurrencia, por ejercicio en ambos casos, del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que se deriva de la dignidad humana. Declara que no podrá alegarse la afectación a derecho constitucional alguno por la sola oferta de los espectáculos taurinos, mientras no se coaccione la asistencia a ellos. Consolida la jurisprudencia regional, al asumir y validar los argumentos aportados por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C 1192/05 del año 2005, que estableció que aun cuando el rito taurino pone en peligro la integridad del torero, se infringe dolor y se sacrifica el toro, dichas manifestaciones no corresponden a actos de violencia, crueldad, salvajismo o barbarie, sino a demostraciones.

Como hemos podido comprobar los ataques a la tauromaquia son continuos, ya sean desde los intentos abolicionistas, o desde la práctica de la asfixia indirecta poniendo múltiples trabas, intentando acabar con tradiciones centenarias bajo una óptica claramente indigenista, como se desprende de la coincidencia con la detención del poder en cada país, estado o ciudad de los representantes de las fuerzas políticas bolivarianas o equivalentes.

Curiosamente de esas polémicas se libran los espectáculos portugueses y brasileños (72), que no contemplan la muerte del astado.

(71) VILLEGAS MORENO, J. L. (2017), p. 250.

(72) Sobre la Vaquejada, el Rodeio y la Farra do boi debe consultarse MAUDET, Jean Baptiste (2017), pp. 406 a 422.

VI. ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRA LA TAUROMAQUIA

Pero pese a ese panorama jurídico lo cierto es que el «prohibicionismo» sigue campando por numerosas instituciones y así el verano de 2021 ha generado la polémica en plena progresiva recuperación de los festejos tras la relajación de las medidas anti Covid-19.

Esas actuaciones encuentran, desde el punto de vista jurídico administrativo en un sector muy minoritario (73), que no comparte la doctrina del TC y que hace una interpretación muy extensiva del concepto del maltrato animal (74).

Pero esa lucha contra el maltrato tiene una manifiesta hipocresía en determinadas actuaciones, puesto que como recuerda TOLIVAR ALAS (75) la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008, añadió una letra, la f, al apartado 1 de dicho artículo 6 con el siguiente texto: «*f) Las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2.*»

La indicada Ley 28/2010 catalana, igualmente suprimió la letra a) del apartado 2 del artículo 6 del texto refundido, dejándolo redactado de la siguiente forma: «*Quedan excluidas de estas prohibiciones las fiestas con toros sin muerte del animal (correbous) en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran. En estos casos, está prohibido inferir daño a los animales.*»

Parece obvio, como mantiene Tolivar, que, si el argumento esgrimido para suprimir las corridas de toros en una determinada comunidad es el maltrato animal, con idéntico motivo habría de hacerse en relación a todos los espectáculos y celebraciones en los que se infinge maltrato —que no es exactamente lo mismo que daño— a los animales.

En Cataluña, posteriormente, el Decreto 156/2013, de 9 de abril, aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley 34/2010, de 1 de octubre, de regulación de las fiestas tradicionales con toros profundizo en esto y en el mismo, reiterando el preámbulo de la norma a desarrollar, se reconoce que «*la celebración de los espectáculos tradicionales con toros es una tradición muy antigua en Cataluña*», aunque no se habla de la tauromaquia en las plazas de Barcelona sino de la «*especial relevancia*» que estos espectáculos tienen en «*los municipios de Les Terres de l'Ebre, y concretamente en las comarcas de El Baix Ebre, El*

(73) Al respecto BOIX PALOP, Andrés (2010).

(74) Sobre esta materia véase OLMEDO DE LA CALLE, Eduardo (2021)

(75) TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2014), pp. 260 a 262.,

Montsià y La Terra Alta». Se definen en la normativa catalana estas fiestas tradicionales con toros, también conocidas como correbous, como «aquellos espectáculos populares en los que se sueltan se exhiben, se traen, se conducen, se lidian o se torean toros sin que haya muerte del animal» y que son actos coincidentes con fiestas mayores, ferias, celebraciones populares y celebraciones relevantes. Las celebraciones requieren de las preceptivas autorizaciones de la delegación territorial del Gobierno autonómico que han de incluir un pronunciamiento respecto a la constancia y verificación de la tradición de la fiesta popular y donde el silencio administrativo tiene efectos desestimatorios.

Parece evidente, sin entrar en mayores precisiones, que las tradiciones muy antiguas no justifican el «maltrato» animal, o si así fuera debe ser para todas, tal y como hemos expresado en la fundamentación del apartado I de este trabajo.

Otro tipo de actuaciones administrativas son las indirectas que pretenden ahogar la celebración de festejos taurinos por vías indirectas, así el Ayuntamiento de Madrid en época de la alcaldesa Manuela Carmena, no prohibió(por falta de competencia pese a algún intento de modificación de la ordenanza sobre animales del consistorio), pero negó cualquier fondo o partida en los presupuestos a la veterana escuela taurina municipal «Marcial Lalanda», lo que supuso la creación de una nueva escuela (la Jose Cubero «Yiyo»), por parte de la Comunidad autónoma de Madrid.

En esta línea, aunque más intempestiva se produce la declaración el 18 de agosto de 2021 por parte de la Sra. alcaldesa de Gijón de prohibir las corridas de la feria de Begoña de dicho municipio.

La alcaldesa no prohíbe strictu sensu las corridas, pero anuncia que no va a licitar, ni prorrogar el contrato de explotación de la plaza de toros, que paradojas de la vida (recuerdes el asunto de Villena) pretende destinarse a usos culturales, no taurinos.

Esta actividad, o más bien falta de actividad administrativa es muy parecida a los casos de Ciempozuelos y Villena, ya juzgados, puesto que además del mandato de la LRTPC a todas las AAPP (Ayuntamiento de Gijón incluido) para proteger la fiesta, existen ya pronunciamientos judiciales frente a esa «inactividad», como antes abordamos y si no existen impedimentos presupuestarios (no es el caso de Gijón al parecer) nos encontramos ante una actuación arbitraria.

Es evidente que ni una comunidad autónoma, ni un municipio pueden en uso de su autonomía «prohibir» la celebración de corridas, pero otra cuestión es la planteada sobre la disposición de fondos públicos o el aprovechamiento de bienes públicos.

Evidentemente ni la LRTPC, ni ninguna determinación presupuestaria obligan a destinar recursos específicos para la celebración de festejos taurinos,

por lo que la asignación o no de fondos quedará al libre albedrío de las corporaciones correspondientes, puesto que es imposible determinar jurídicamente la «teleología» de esas decisiones con recursos limitados y múltiples decisiones y opciones de gasto posible, salvo que en la memoria de Alcaldía de cada presupuesto elaborada conforme a lo exigido por el RD 500/1990 y el TRLHL, se haga expresa difusión de una voluntad excluyente, lo cual si vulneraría la «protección» exigible.

Otra cuestión es la posibilidad o no de veto de las instalaciones municipales destinadas originariamente a la celebración de festejos taurinos, puesto que por un lado, si el correspondiente PGOU del municipio recoge dicho uso, además de ser conforme a derecho, su exclusión supondría una vulneración del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

Por otra parte, tanto el TRLL, como el RBEL y la LPAP permiten el aprovechamiento por parte de los particulares de los bienes públicos y más cuando estos se realizan conforme a la naturaleza y finalidad del bien. Es una cuestión clásica de la neutralidad de las AAPP establecida por el art 103.1 CE, que supone que la voluntad e ideología del alcalde no puede menoscabar su actuación frente a una petición conforme a derecho, en este caso de uso de la plaza de toros para lidiar toros, valga la redundancia.

En ese sentido como ya hemos comprobado existen varios pronunciamientos jurisdiccionales que impiden esa prohibición de uso, por ser los toros un bien jurídicamente protegido y por tanto la actuación prohibicionista incurría en arbitrariedad e incluso en un ilícito penal del 404 del CP, tal y como antes de la «aclaración» de la alcaldía de Gijón, fue denunciado por numerosos aficionados.

De hecho, y como indicara en su día DOMÉNECH PASCUAL (76), las prohibiciones vulneran varios derechos constitucionales, aunque el considera «fundamentales» a las libertades profesional y de empresa de los arts 35 y 38, que aunque no gozan de la protección de los arts 14 a 29, si tienen su específica reserva de Ley y por tanto incapacidad municipal para acotarlas. Si es un derecho fundamental, que daría lugar a protección jurisdiccional específica y en su caso amparo la libertad artística y la libertad genérica de actuar, englobados en el art 20.b)CE.

VIII. CONCLUSIONES

La tauromaquia es patrimonio cultural de España y no solo aquí, lo cual está recogido por la legislación y expresamente avalado por el Tribunal Cons-

(76) DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel(2005).

titucional, aunque a algunos no les guste (77), por lo que no solo existe un derecho a disfrutar de la tauromaquia por quien lo deseé, sino un deber de las AAPP de fomentar y proteger este arte.

Así como ya apuntara FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (78) el deber constitucional de enriquecer el patrimonio cultural incluye, en fin, en cualquier caso, la obligación de instrumentar en la Ley las medidas precisas para preservar y mejorar la cabaña brava, que constituye indiscutiblemente por su singularidad una subespecie animal digna de los mayores desvelos.

Es realmente milagroso que, sin ayuda oficial alguna, la ganadería brava haya podido preservarse en España durante siglos y haya resistido, incluso, las críticas circunstancias creadas por la guerra civil (79), conservando hoy, en su mayoría, los más prestigiosos de los viejos encastes.

Existe por tanto un claro peligro sobre esta forma de biodiversidad. El toro bravo es una especie estrechamente vinculada a determinados ecosistemas, de los que forma parte y de los que poco a poco tiende a ser expulsada por la dinámica económica de nuestros días, que, en este punto, como en otros muchos, no es ciertamente neutral con respecto a la ecología (80). El poder público debe adoptar, al menos, las medidas precisas para compensar este acoso progresivo, que constituye una amenaza potencial para la supervivencia de la especie, y debe, en fin, favorecer la investigación sobre ella, que está más allá, como es lógico, de las posibilidades individuales de los criadores y que, sin embargo, es esencial para hacer frente a los problemas que la aquejan.

Desde luego sin toros no hay tauromaquia, pero sin esta no hay toro bravo, puesto que la especie y su conservación están vinculados a la lidia y si no, no hace falta más que verificar la inexistencia fuera de los países taurinos de esta especie que se convierte en meros sementales tipo Heresford.

Por tanto, los poderes públicos deben proteger y fomentar la tauromaquia, sin perjuicio de posibles actualizaciones en su desarrollo que eviten o limiten el sufrimiento del animal, destinando los correspondientes recursos al menos en la misma línea que otras actividades culturales.

De hecho por muy defensor de los «derechos» animales, o muy militante en la izquierda antitaurina que sea cada detractor, es absolutamente ignorante no reconocer la belleza estética de la fiesta de los toros, su carácter cultural endógeno y como fuente de inspiración a todas las bellas artes, lo cual reconoce nuestro derecho positivo y aunque gracias a los furibundos ataques y falta de

(77) Un ejemplo de crítica al TC lo tenemos en BOIX PALOP, Andrés (2016).

(78) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2016): pp. 367-376.

(79) Recuérdese a título de ejemplo cinematográfico la película «La vaquilla» de Luis García Berlanga de 1985.

(80) Así lo demuestra VILLEGAS MORENO, J. L. (2017), pp. 231-256.

neutralidad de diferentes AAPP se pueda apreciar una cierta regresión, debe recordarse el deber de protección de los hechos culturales minoritarios que la convención de la UNESCO reconoce. Y aunque por nuestra parte neguemos ese carácter minoritario, ello no evitaría su protección, al igual que las lenguas u otras tradiciones de carácter cultural que estuvieron en su momento en peligro, ¡o tienen los toros menos valor cultural que el «silbo gomero»!, por ejemplo.

Por tanto, tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y algunos TSJ existe un deber de las AAPP de proteger la tauromaquia y por tanto ningún Ayuntamiento puede prohibir o impedir la celebración de festejos taurinos en su término municipal (Gijón incluido).

Ese deber de protección incluye la necesidad de tramitar la autorización para un uso privativo de instalaciones públicas (en especial de las plazas de toros) por parte de los particulares, pero no así la obligación de consignar estos festejos en los presupuestos correspondientes.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA Juan Manuel (2017): «Toros y Patrimonio Cultural: la tauromaquia como Patrimonio Cultural inmaterial (consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2016, de 20 de octubre)», *Revista Patrimonio cultural y derecho*, N° 21, pp.551-607.
- (Director) (1994): *El patrimonio cultural español: aspectos jurídicos*, Ayuntamiento de El Burgo de Osma-Ciudad de Osma.
 - (2020): «El Tribunal Constitucional lida de nuevo con la tauromaquia: las corridas de toros en Baleares [Unas notas en relación a la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2018, de 13 de diciembre: a propósito de la categoría garantía institucional y su proyección a la tauromaquia]», disponible en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2872-El-Tribunal-Constitucional-lida-de-nuevo-con-la-tauromaquia-las-corridas-de-toros-en-Baleares.aspx>.
- ARANA GARCÍA Estanislao (2002): Régimen jurídico administrativo de los espectáculos taurinos», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz; Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, p. 107.
- BAQUERO RIVEROS, Javier Ernesto (2018): «Los espectáculos taurinos en España y Colombia: Análisis jurídico desde la perspectiva del bienestar animal y su relevancia constitucional», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n° 44, pp. 249-299.
- BOIX PALOP, Andrés (2016): «Ovación y vuelta al ruedo para el Tribunal Constitucional», Blog de la Revista Catalana de Dret Públic [en línea]. [Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya], 23 noviembre.

- BOIX PALOP, Andrés (2010): *La prohibición de las corridas de toros es constitucional*, publicado el 28 de julio, disponible en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=284>.
- CARA FUENTES, Elena Isabel (2002): «Espectáculos taurinos: de la prohibición al fomento, del mantenimiento del orden público a la defensa de los espectadores», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz; Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, pp. 183-223.
- CARBALLEIRA RIVERA, Teresa (2019) «La tauromaquia et le droit au bien-être animal», pp. 87 a 100 de *L'animal et l'homme*, ROUX-DEMARE, François-Xavier (director) Mare & Martin.
- CARRILLO DONAIRE Juan Antonio (2015): «La protección jurídica de la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial», *Revista general de derecho administrativo*, nº 39 lustel.
- CASTRO LÓPEZ, Mº Pilar y ÁVILA RODRÍGUEZ, C. Mº (2015): «La salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial: una aproximación a la reciente Ley 10/2015», *Revista sobre patrimonio cultural: regulación, propiedad intelectual e industrial (RIIPAC)*, Nº 5-6, pp. 89-124.
- CLEMENTE NARANJO, Lorenzo (2011): «Curiosidades sobre el derecho y los Toros», pp. 13 a 30 de *ENCUENTROS INTERNACIONALES DE DERECHO TAURINO, Segundo Tercio: Los Juristas y la tauromaquia* Madrid, 14, 15 y 16 de mayo de 2010, Feria de San Isidro, Tirant lo Blanch.
- Cossío, J. Mº (2007): *Los Toros*, 30 tomos, Ed. Espasa Calpe, Barcelona.
— *Los Toros. Tratado técnico e histórico*, 2 Tomos, 7º ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid.
- DE GUERRERO MANSO, Carmen (2017): «La escasa y problemática regulación del patrimonio inmaterial en España», pp. 53 a 86 [cap. tercero de la obra colectiva *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, LÓPEZ RAMÓN Fernando (coordinador), INAP].
- DE LORA, Pablo, (2010) «Las corridas de toros: las razones del abolicionismo», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, Madrid, lustel.
- DÍAZ VIANA, Luis y VICENTE BLANCO, Dámaso Javier (editores) (2016.): *El patrimonio cultural inmaterial de Castilla y León. Propuestas para un atlas etnográfico*, CSIC.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2010): «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, Madrid, lustel.
— (2005): «La prohibición de los espectáculos taurinos: problemas constitucionales», *Revista general de derecho administrativo*, nº 10, noviembre, lustel.

ESTEVE PARDO, José (2014): «Fundamentos éticos y jurídicos. Réplica a la crítica ecologista de la fiesta», publicado en el volumen colectivo *Fundamentos y Renovación de la Fiesta*, pp. 63 a 92. Real Maestranza de Caballería, Sevilla.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. (2012): «Prohibiciones taurinas y Administración Pública: las sentencias del caso "Carmen de Távora" y el futuro de la fiesta de los toros», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y Alonso García, R. (Coords.), y otros, en *Administración y Justicia: Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, tomo I, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 1059 a 1087.

- (2014): «La Ley de 12 de noviembre de 2013 para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural: una esperanza para el futuro», *Diario La Ley*, núm. 8239, pp. 1-10.
- (2014): «La Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como Patrimonio Cultural», *Ars Iuris Salmanticensis, Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, N°. 1, pp. 180-183.
- (2009): *El Régimen Jurídico de los Festejos Taurinos Populares y Tradicionales*, Globalia Ediciones Anthema, Salamanca.
- (2009): «El régimen jurídico de la fiesta de los toros: de las prohibiciones históricas a los reglamentos autonómicos del siglo XXI», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, Nº 24, pp. 3614-3634.
- (2016): «Tauromaquia: de las prohibiciones históricas de la fiesta de los toros a la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural común», dentro de *Tauromaquia: historia, arte, literatura y medios de comunicación en Europa y América*, Fátima Halcón (ed. lit.), Pedro Romero de Solís (ed. lit.), pp. 271-283.
- (2015): *Derecho y tauromaquia: desde las prohibiciones históricas a su declaración como patrimonio cultural* [Salamanca]: Hegar Ediciones Antema.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2010): «Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña», en *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, pp. 725 a 738.

- (1987): *Reglamentación de las Corridas de Toros*, Ed. Espasa Calpe, Madrid.
- (2016): «La inconstitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros. comentario breve de la stc de 20 de octubre de 2016», *Revista Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 2: 367-376.

- (1988): «La ordenación legal de la Fiesta de los Toros», *Revista de administración pública*, N° 115, pp. 27-56.
- Voz «Festejos taurinos», dentro de *Diccionario jurídico de la cultura*, coordinado por FUENTESECA DEFENEGGE Margarita, disponible en <http://www.rajyl.es>, pp. 72-73, 2014.
- (2014): *Los reglamentos taurinos: lo que puede ser diferente y lo que debe ser uniforme en la regulación de la fiesta. Fundamentos y renovación de la Fiesta*: Congreso celebrado en Sevilla, septiembre 2010, coord. por CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, VÁZQUEZ ALONSO, Víctor Javier, CARUZ ARCOS, Eduardo, pp.125-146.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2010): «Procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas y su externalización parcial a la luz de la legislación de defensa de la competencia», artículo publicado en *Actum Inmobiliario & Urbanismo* n° 10, enero-marzo.

GARCÍA CUETOS, Mª Pilar (2012): *El patrimonio cultural. Conceptos básicos*, Prensas universitarias de Zaragoza.

HURTADO GONZÁLEZ, Luis (2014): «El anclaje constitucional de los toros», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, diciembre pp. 1322 a 1352.

- (2012): «Cuestiones competenciales sobre la fiesta de los toros: a propósito de su posible declaración legal como bien de interés cultural», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública* 83 (mayo-agosto), 13-48.
- (2013): *Toreros y derecho*, Tirant lo Blanch.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2017): «Fuentes y concepto del patrimonio cultural en el ordenamiento español», pp. 17 a 30 (cap. primero) de la obra colectiva *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*, LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coordinador), INAP.

MAUDET, Jean Baptiste (2017): *Geografía de la tauromaquia*, Fundación Real Maestranza de caballería de Sevilla-Universidad de Sevilla.

MAILLIS, Annie (2011): «La corrida et sa légitimité culturelle», pp. 75 a 80, del libro colectivo *Encuentros internacionales de derecho taurino. Segundo Tercio: Los Juristas y la tauromaquia*, Madrid, 14, 15 y 16 de mayo de 2010 Feria de San Isidro, Tirant lo Blanch.

MELGOSA ARCOS, Javier (2007): «La aplicación de la convención sobre patrimonio mundial», pp. 162 y ss., de *Régimen jurídico de los centros históricos*, Dykinson, GARCÍA RUBIO, Fernando (coordinador).

MURO CASTILLO, Alberto (1999): «Notas para el estudio de la regulación jurídica de las fiestas de toros en el siglo XVI», *Anuario de historia del derecho español*, año, pp. 579 a 600.

- MULA, Anna: «Análisis jurídico, antecedentes y consecuencias de la sentencia 177/2016, del tribunal constitucional, sobre prohibición de las corridas de toros en Cataluña», *Revista de derecho UNED*, nº 22, 2018, pp. 407 a 436.
- OLMEDO DE LA CALLE, Eduardo (2021): *Los delitos de maltrato animal en España*, Tirant lo Blanch.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1962): *La caza y los toros*, Ed. Espasa-Calpe, Colección Austral, Madrid.
- PÉREZ MONGUIÓ, José María: «Marco jurídico de la protección animal en España desde 1929 hasta 2015: el lento y firme trote del mastín», *Revista Aranzadi de derecho ambiental* N°. 32, 2015 [ejemplar dedicado a: Homenaje a D. Ramón Martínez Mateo (III)], pp. 285-333.
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, Mª Luisa (2002): «Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz; Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, pp. 1209 a 1232.
- RODRÍGUEZ BLÁZQUEZ, Alfredo (2012): Tribuna de Ávila (27 de septiembre).«El inicio de la lidia de los toros».www.tribunaavila.com. Consultado el 18 de julio de 2020.
- SCHMITT, Carl» (2011): *Teoría de la Constitución*, Alianza editorial.
- TIERNO GALVÁN, Enrique (1989): *Los toros acontecimiento nacional*, Turner.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2014): *Los poderes públicos y el fuego*, Tirant lo Blanch.
- VILLEGAS MORENO, J. L. (2017): «La corrida como valor cultural y ambiental. Una aproximación comparada», en esta REVISTA, nº 49-50, pp. 231-256.

EL DEBILITAMIENTO DE LAS FUNCIONES TERRITORIALES, URBANÍSTICAS Y AMBIENTALES EN VIRTUD DE LA PANDEMIA EN MURCIA^(*)^(**)

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

«Sed dominus Yrnerius... coepit per se studere in libris nostris, et studendo coepit docere in legibus, et ipse fuit maximi nominis et fuit primus illuminator scientiae nostrae; et quia primus fuit qui fecit glosas in libris vestris, vocamus lucerna iuris».

Odofero (S. XIII), ad D. 1.1.6

«La ley es un conjunto de arbitrariedades reunidas en un código y consagradas por las costumbres de cada época. ¿Me entiende, padre? Cosa de profesionales».

Jaume CABRÉ (1991), Señoría

SUMARIO: I. ALGUNOS RASGOS DE ESTE PERÍODO PANDÉMICO DURANTE EL QUE SE LLEVAN A CABO LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS A MODO DE CONTEXTO.- II. ALGUNAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES DE LA CARM QUE INTRODUCE LA LEY 5/2020, DE 3 DE AGOSTO, DE MITIGACIÓN DEL IMPACTO SOCIOECONÓMICO DEL COVID-19 EN EL ÁREA DE MEDIO AMBIENTE: 1. Introducción. 2. Análisis individualizado de las modificaciones incorporadas a la LPAI por la ley 5/2020: A) La restricción de la participación de asociaciones ambientalistas. B) La incorrecta confusión entre «persona jurídica» y «órgano administrativo» y el rebajado protagonismo de la Consejería de medio ambiente. C) El formato electrónico de la documentación. D) Un retoque de la naturaleza, extensión y contenidos de las directrices, planes y programas de protección del medio ambiente. E) El intento de atenuar los incumplimientos en materia de suelos contaminados. F) La dilución de la diferencia de régimen jurídico entre las modificaciones sustanciales y no sustanciales de las actividades contaminantes.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 08/04/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 21/09/2021.

(**) Este trabajo tiene su origen en las notas que elaboré para preparar mis comparecencias en sede de audiencia legislativa ante la Comisión de Política territorial, medio ambiente, agricultura y agua de la Asamblea regional de Murcia que tuvieron lugar los días 18 y 30 de junio de 2020.

Se ha realizado en el marco del proyecto «La efectividad del Derecho ambiental en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia —EDAMur— (Ref. 20971/PI/18), financiado por la CARM a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación (Plan de Actuación 2019) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

G) La reducción o eliminación de requisitos administrativos. H) Una nueva alteración del régimen jurídico de la modificación de actividades: el precio medioambiental de la crisis. I) Los confusos cambios de redacción para acabar confesando que no se exige nada más que lo que establezca la legislación básica. J) El debilitamiento de la posición institucional de los órganos ambientales de la CARM. K) Un retoque a la información pública en el procedimiento de AAI. L) El progresivo acortamiento de los plazos para la emisión del informe municipal. M) El tortuoso camino hacia la nada: las autorizaciones ambientales en la CARM. N) ¿Cómo facilitar al máximo la modificación de actividades?: el nuevo art. 47 en relación ¿sistemática? con la redacción dada al art. 22 LPAL. Ñ) La regresión en materia de evaluación de impacto ambiental. O) La nueva regulación de la evaluación ambiental estratégica: los inexplicados vaivenes de las sucesivas reformas.

3. Conclusiones parciales y provisionales sobre el alcance de la reforma de la LPAL realizada: desordena que algo queda... – III. LA DESREGULACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DEL URBANISMO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 2/2020: 1. El proteico contenido de la Ley 2/2020 encuentra su leit motiv en la desregulación de diversos sectores de intervención administrativa. 2. La reforma de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia: A) ¿Una reforma en sentido ambiental?: las «nuevas» finalidades atribuidas a la actividad administrativa en materia urbanística. B) La eliminación de los instrumentos de coordinación interadministrativa: la supresión de la Comisión de Coordinación Política Territorial. C) La nueva posibilidad de planes municipales de ordenación de playas. D) La confusa ampliación del régimen transitorio en suelo urbanizable: modificación transitoria sólo a los –inconfesados– «efectos oportunos». E) La modificación de la tipología de los tipos de planes urbanísticos: el diablo está en los detalles. F) La disociación del PGMO de la EIA: lo urbanístico y lo ambiental se ponen de espaldas. G) Indeterminadas determinaciones para el suelo urbano en el PGMO, Planes parciales y especiales: los llamados «parámetros de ecoeficiencia» como soluciones para paliar los efectos climatológicos y para la renaturalización de las ciudades. H) La difuminación de la diferencia entre «reajustes» y «modificaciones estructurales» del planeamiento tiene, entre otras, consecuencias sobre su evaluación ambiental: forma y fondo se encuentran... I) La flexibilización de las licencias urbanísticas mediante la ampliación de los supuestos de declaración responsable. 3. Conclusiones sobre la reforma de la LOTURM llevada a cabo por la Ley 2/2020. – IV. BREVE CODA FINAL. – V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente estudio centra su análisis en las importantes modificaciones que se han llevado a cabo en la Región de Murcia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y protección del medio ambiente durante el año 2020. La complejidad y profundidad de los múltiples cambios operados determinan la necesidad de llevar a cabo un estudio sistemático que permita una necesaria reconstrucción futura del sistema jurídico en ámbitos tan esenciales para la defensa de la sostenibilidad en un contexto de agravamiento del cambio climático.

Palabras clave: ordenación del territorio; planes urbanísticos; procedimientos ambientales; evaluación ambiental; Covid19; regresión.

ABSTRACT: *The present study focuses its analysis on the important normative innovations on land planning and environmental protection manifested in the Region of Murcia (Spain) during the year 2020. The complexity and depth of many of these changes determine the need to carry out a systematic study that will hopefully enable a necessary future reconstruction of the legal system in areas so esencial for the defence of sustainability in a context of worsening climate change.*

Key words: *land planning; urban plans; environmental procedures; environmental assessment; Covid19; rollbacks.*

I. ALGUNOS RASGOS DE ESTE PERÍODO PANDÉMICO DURANTE EL QUE SE LLEVAN A CABO LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS A MODO DE CONTEXTO

Este tiempo quedará ya para siempre marcado por la epidemia causada por el virus que provoca la enfermedad Covid-19. El invierno de 2019 trajo este virus desde el Oriente y, desde comienzos de marzo de 2020, comenzamos a vivir en estado de alarma, confinados en nuestros domicilios con la esperanza de que disminuyera el número y la gravedad de los afectados. A partir de ese momento, se ha tratado de conseguir una complicada «nueva normalidad» (1), término que diluye los cambios que afectan a nuestro modo de vida anterior. Desde el punto de vista jurídico, se comprueba que las medidas adoptadas para la lucha contra la propagación del virus y para intentar disminuir el grave impacto que produce sobre la economía y la sociedad están obligando a redefinir algunas de las instituciones básicas de nuestro Derecho público (2). Podría decirse que al igual que el virus ha desnudado las debilidades de nuestro Estado social tras largos años de recortes aplicados durante la «Gran Recesión», del mismo modo, se han puesto de manifiesto las insuficiencias del arsenal jurídico requerido para amparar y dotar de garantías a las múltiples medidas que la emergencia de la crisis sanitaria y social requiere (3).

(1) LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (2020), «La “nueva normalidad” no es tan nueva», *The Conversation*, 13 junio 2020 (accesible en <https://theconversation.com/la-nueva-normalidad-no-es-tan-nueva-140705>).

(2) Especialmente ilustrativa resulta la consulta de ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2021), 2020, *El año de la pandemia de la Covid-19 (Estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid.

(3) La reciente STC 148/2021, de 14 de julio de 2021 al haber declarado inconstitucionales y nulos algunos de los preceptos del RD 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación sanitaria ocasionada por el Covid-19 impone con mayor grado exigencia esa necesaria revisión de los instrumentos jurídicos necesarios para combatir situaciones pandémicas. Para un análisis de las soluciones aplicativas que, en vista del fallo constitucional, de manera urgente se están intentando en relación a las sanciones impuestas durante el confinamiento vid. IZQUIERO CARRASCO, M. (2021), «La ejecución en el País

Este contexto enmarca el presente estudio (4) sobre las importantes y complejas modificaciones normativas que han tenido lugar en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, CARM) bajo la invocación de la lucha contra la pandemia y que han afectado a varias leyes regionales. Por una parte, el *Decreto-Ley 5/2020, de 7 de mayo, denominado de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de medio ambiente* tuvo como finalidad, de acuerdo a su propio preámbulo, «... estimular los canales para que los flujos económicos vuelvan a circular sin resistencias». La parte dispositiva del Decreto-Ley quedó estructurada en dos capítulos, una disposición transitoria y dos disposiciones finales. El capítulo I, compuesto por un artículo único, dividido en veintitrés apartados, modificó la *Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia* (en adelante, LPAI). Su capítulo II, compuesto igualmente por un artículo único, con un solo apartado, modificó el *Decreto 48/1998, de 30 de julio, de protección del medio ambiente frente al ruido* (5). La disposición transitoria reguló, en fin, el régimen de los expedientes en tramitación en el momento de su entrada en vigor, mientras que las disposiciones finales primera y segunda previeron el desarrollo normativo de sus disposiciones. Fue finalmente tramitado y aprobado, con algunos errores, pequeñas correcciones y ligeros cambios, como *Ley 5/2020, de 3 de agosto, de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de medio ambiente*.

Por otra, el *Decreto-Ley 3/2020, de 23 de abril, de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de vivienda e infraestructuras* (6) aprobó medidas urgentes relativas al ámbito de las infraestructuras portuarias, el transporte, la vivienda y, sobre todo y a pesar del mutismo de su título sobre este núcleo esencial, el urbanismo y la ordenación del territorio. En concreto, su capítulo IV modificó la *Ley 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia* (LOTURM). Fue finalmente tramitado y aprobado como *Ley 2/2020, de 27 de julio, de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de vivienda e infraestructuras* (7).

Vasco del fallo del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del Estado de alarma y sus efectos en el ámbito sancionador: una solución ingeniosa», en el blog «*Seguridad pública, Derecho Administrativo y derechos fundamentales*» (accesible en <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/blog/>). Último acceso: 03/09/2021).

(4) Sobre las múltiples cuestiones tratadas al hilo de las presentes reformas legislativas existe una abundante y muy cualificada bibliografía. En el presente estudio valorativo con carácter general del sentido y alcance de las reformas operadas iremos dando puntual cuenta de las fuentes utilizadas para su elaboración, excusando lagunas o más que probables olvidos de otras aportaciones igualmente esenciales.

(5) *Vid. infra* p. 269 y nota 10.

(6) BORM, núm. 97, de 28 de abril de 2020.

(7) BORM, núm. 176, de 31 de julio de 2020.

Ambas normas llevan a cabo una profunda reforma de muchos de los instrumentos de planificación territorial y urbanística y de protección ambiental preventiva que contempla la legislación de la CARM. Su verdadero alcance e impacto sobre la realidad social y jurídica deberán ser objeto de detenidos análisis. En estos momentos, sin embargo, el carácter fragmentario de las múltiples modificaciones realizadas así como su deficiente técnica legislativa, unido a la falta de memorias, dictámenes, estudios, análisis o, en fin, informes que pudieran aportar algo de luz y que nos esclarecieran sobre la finalidad y el objeto de estas iniciativas impone al jurista académico la ardua y laboriosa tarea de intentar una minuciosa reconstrucción, de unir los hilos, de buscar correspondencias, simetrías, analogías, diferencias o similitudes respecto de reformas anteriores, que posibiliten dos cosas principalmente: por una parte, calibrar el verdadero efecto producido sobre las muy diversas figuras de planeamiento y sobre los instrumentos que permiten el control preventivo de actividades contaminantes y consumidoras de recursos naturales. Pero, en segundo lugar, esa labor de rastreo de las líneas evolutivas del ordenamiento jurídico ambiental —difícil tarea cuando los textos originales han sufrido tal cascada de derogaciones parciales y de modificaciones supuestamente urgentes que trastocan toda su sistemática y que, bajo la apariencia de simples retoques técnicos, implican en realidad la transmutación completa del sentido y finalidad originarios!— nos debe permitir seguir explicando el Derecho como sistema jurídico y, por tanto, transmitirlo a las generaciones venideras de modo que no se pierda la memoria, que no reine el desconcierto y la confusión que sólo aprovecha a quien, conocedor secreto de los arcanos escondidos de la norma, se erige en consecuencia en su exclusivo operador al servicio de aquello sectores que precisen de su *expertise para el manejo estratégico que resulte preciso y, en cada caso, oportuno* (8).

Es por ello que el presente estudio adopta más bien la forma de glosa, al viejo estilo de los juristas medievales necesitados de reconstruir el ya lejano legado de los textos romanos, con la esperanza de que sea posible en un próximo futuro reconstruir alguno de los elementos esenciales del ordenamiento jurídico ambiental y de la ordenación del territorio y el urbanismo ante lo que se nos aparece, en el actual momento pandémico, como un conjunto de normas gravemente mutilado y carente de sistema (9). Ciertamente, este estudio podrá

(8) Sobre este apoderamiento de funciones públicas por consultoras privadas ha llamado con lucidez la atención GONZÁLEZ, J. (2021), «Contratos de consultoría y debilitamiento de las administraciones públicas», en el blog «Global Politics and Law» (accesible en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/>). Último acceso: 03/09/2021.

(9) Reflexiones más generales, si bien limitadas a los textos aprobados como Decreto-Ley, en mis anteriores trabajos ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2020), «Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia (primer semestre 2020)», *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, núm. 1, pp. 1-24; (2020), «Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia (segundo

ser complementado posteriormente con un análisis monográfico de aquellas cuestiones que, por su especial relevancia e interés, deban ser objeto de un tratamiento más específico.

II. ALGUNAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS AMBIENTALES DE LA CARM QUE INTRODUCE LA LEY 5/2020, DE 3 DE AGOSTO, DE MITIGACIÓN DEL IMPACTO SOCIOECONÓMICO DEL COVID-19 EN EL ÁREA DE MEDIO AMBIENTE

1. Introducción

La Ley 5/2020, de 3 de agosto, de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de medio ambiente supone la transformación en ley sin apenas modificaciones del Decreto-ley 5/2020, de 7 de mayo, y lleva a cabo de nuevo una amplia reforma de la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante, LPAI) (10).

Lo cierto es que la LPAI, que en su día derogó la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia (11), no

semestre 2020)», *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, núm. 2, pp. 1-10; (2020), «A la sombra de la pandemia: La crisis climática como telón de fondo de las transformaciones actuales del derecho ambiental», *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 37, 2020 —Ejemplar dedicado a: Litigios climáticos: luces y sombras— (accesible en <https://huespedes.cica.es/gimadus/>); y, en fin, (2020), «Los riesgos de regresión ambiental en la era Covid-19. Un estudio de caso en la Región de Murcia», en SORO MATEO, B. / JORDANO FRAGA, J. / ALENZA GARCÍA, J. F. (Dirs.) / PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Vulnerabilidad Ambiental y Vulnerabilidad Climática en Tiempos de Emergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 123-154.

(10) Suprime también el art. 13 (cap. III – «Compatibilidad de los usos del suelo y condiciones para la edificación») del Decreto 48/1998, de 30 de julio, sobre protección del medio ambiente frente al ruido que preveía que «Todos los instrumentos de planeamiento de desarrollo para los suelos urbanos y urbanizable situados junto a autopistas y autovías, cuya redacción se inicie con posterioridad a la entrada en vigor de este Decreto, habrán de ser informados con carácter previo a su aprobación definitiva por la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua a cuyo efecto contendrán una memoria ambiental que contemple el impacto acústico y las medidas para atenuarlo. El contenido de dicha memoria se atenderá a los criterios y directrices señalados en esta norma» (apdo. 1º). Y, en su apdo. 2º: «El informe de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Agua elaborado en cumplimiento del apartado anterior, prestará especial atención a la valoración y prevención del riesgo que los nuevos receptores, especialmente centros docentes y viviendas, pueden correr ante cada ubicación proyectada, las consecuencias ambientales para éstos y la conveniencia o no de realizar una modificación del planeamiento propuesto».

(11) La Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia y la Ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia formaban el núcleo de la protección jurídica del medio ambiente en la CARM hasta esos

supuso en modo alguno un impulso para colmar el evidente «déficit normativo ambiental» de la CARM (12) sino que, por el contrario, ha sufrido ella misma un calvario de derogaciones parciales y de modificaciones que la han dejado a día de hoy gravemente deformada y, en la práctica, virtualmente inaplicada.

En realidad, desde el mismo momento de su aprobación se puso en práctica una sistemática agenda normativa que la fue desactivando en sus

momentos. De la Ley del 92 subsisten algunos artículos, ya que, en su mayor parte, fue derogada por la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (a su vez, sustituida por el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia que, en esta ocasión, fue derogado por la LOTURM en 2015, a su vez profundamente modificada, entre otras, por el reciente D-Ley 3/2020).

Nunca más se supo del *Anteproyecto de Ley de Conservación de la Naturaleza y Biodiversidad de la Región de Murcia*, que llegó a presentarse en relevantes eventos sociales el 4 de marzo de 2011. También se hizo circular un *Proyecto de Ley regional de Montes* del que nunca más se supo. En la CARM mantiene de este modo su vigencia del periodo legislativo de los años 90 del pasado siglo la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial.

Un reciente Informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES) sobre «Patrimonio Natural y Biodiversidad: Situación Actual y Perspectivas» concluye con la necesidad de aprobar esta Ley de protección ambiental (accesible en <https://www.cesmurcia.es/>).

(12) A nivel de Ley, carecen de desarrollo en la CARM las bases estatales establecidas en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, la Ley 34/2007, Calidad del aire y protección de la atmósfera y, en fin, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

En relación al medio marino está también pendiente de desarrollo la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino y, en lo que afecta a suelos contaminados, se detecta un incumplimiento de la obligación legal que la Ley 22/2011 dirige a la Administración regional en relación a la determinación de los valores genéricos de referencia (VGR) para la declaración de suelos contaminados, determinación que, en puridad, debería preceder a cualquier planificación en base a la cual se adopten decisiones sobre prioridades de restauración o se requiera a los propietarios de los suelos inventariados, que no contaminados en el sentido de que no han sido declarados, para que descontaminen o se hagan cargo de los costes de descontaminación. Carece por último también de desarrollo legislativo, conforme se señaló, la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

En el nivel reglamentario, se detecta falta de desarrollo de las previsiones de la LPAI en materias como, entre otras, el establecimiento de valores límite frente a la contaminación (art. 9 LPAI), la regulación del Registro Ambiental de Actividades (art. 14 LPAI), la determinación de valores límite de emisión de la autorización ambiental integrada (art. 27, especialmente en sus apartados 2º y 3º LPAI), el establecimiento del régimen jurídico, la titulación exigible y la acreditación de los operadores ambientales (art. 134 LPAI).

Sobre este déficit normativo ambiental en la CARM *vid. ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., «Retos y transformaciones del Derecho ambiental en el marco de la liberalización de servicios: la experiencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia»*, en CASADO CASADO, L. / FUENTES I GASÓ, J. R. / GIFREU FONT, J. (coords.), *Prestación de servicios, Administraciones públicas y Derecho administrativo. Especial referencia al Derecho ambiental*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 465-502.

contenidos esenciales. De este modo, se puede reseñar como, el mismo año de su promulgación, la *Ley 13/2009, de 23 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, tributos propios y medidas administrativas para el año 2010*, en su disposición derogatoria primera, derogó la disposición adicional octava LPAI, de modo que quedaban neutralizados los componentes tributarios de base impositiva ambiental que debían conformar el sustrato financiero de la anunciada «nueva» política ambiental. El año siguiente, la polémica *Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de Medidas Extraordinarias para la Sostenibilidad de las Finanzas Públicas* impuso drásticos recortes a la estructura administrativa de las CARM que afectó, de modo singular, a la Consejería de Medio Ambiente, frustrando así de nuevo su necesario fortalecimiento si debía estar en condiciones de acometer los nuevos y, sobre el papel, ambiciosos retos que la LPAI comportaba. Los intentos de escapar a la disciplina ambiental se hacen manifiestos con la aprobación de la *Ley 7/2011, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Fomento Económico en la Región de Murcia* que supone, de este modo, una modificación indirecta de la LPAI en cuanto a los denominados «Proyectos estratégicos» (Tít. III, art. 8 —«Régimen Jurídico de los proyectos estratégicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia») al dotárseles de un régimen jurídico excepcional y privilegiado que consigue, en gran medida, obviar los requisitos ambientales (13).

Por su parte, las *Leyes 5/2013, de 8 de julio, de apoyo a los emprendedores y a la competitividad e internacionalización de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) de la Región de Murcia*; la *Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*; y la *Ley 8/2014, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias, de Simplificación Administrativa y en materia de Función Pública* prosiguen la senda de «simplificación administrativa» y de «eliminación de obstáculos burocráticos» que normalmente acompañan esta labor de deconstrucción del ordenamiento jurídico ambiental, proyectando una imagen negativa sobre sus efectos sobre la actividad económica y transformando sus instrumentos preventivos de control en meros trámites formales que, en la imagen que consigue transmitirse, sólo parecen responder a la voraz propensión de los funcionarios a dificultar el libre desenvolvimiento de las incommensurables capacidades emprendedoras de una sociedad atenazada por lo que se dibuja como una pesadilla de tintes, en ese escenario que se quiere transmitir, entre orwelliano y kafkiano. La paradoja es que quien así razona lleva más de un cuarto de siglo al frente de esa misma

(13) Sobre esta cuestión *vid. VERA JURADO, D. J. (2021), «Las actuaciones de interés autonómico: cara y cruz de un instrumento polémico», Revista General de Derecho Administrativo (Iustel),* núm. 56 (accesible en <https://www.iustel.com/>).

Administración que, sin el fundamento que proporcionarían estudios, memorias o análisis, se lanza a deconstruir el edificio por el mismo construido.

En esta misma senda, la *Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia* (en adelante, LOTURM) tuvo como su primer objetivo el de agilizar los trámites en el ámbito de la ordenación del territorio y del urbanismo. Se pretendió, en definitiva, como un objetivo primordial, que las actividades económicas cuya implantación precisara de licencias, conforme a otras disposiciones ya vigentes sobre liberalización de servicios, pudieran obtenerlas en el menor tiempo posible.

La voluntad del Ejecutivo regional de la CARM para impulsar y obtener posteriormente la convalidación parlamentaria de su agenda desreguladora se plasma en la *Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas*, que tenía su origen en el Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril (14). La aportación fundamental de esta norma consiste en la eliminación de la «autorización ambiental única» (en adelante, AAU), medida estrella de la LPAI y que nunca llegó a estar realmente en vigor (15). Por último, en esta sintética visión evolutiva sobre el régimen jurídico ambiental en la CARM, debe consignarse la aprobación de la *Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de Aceleración de la Transformación del Modelo Económico Regional para la Generación de Empleo Estable de Calidad, que formaba un pack con la Proposición de Ley, de 2 de julio de 2018, para la creación de la Agencia Regional de Clima y Medio Ambiente (ARCA)*, que finalmente no prosperó por la ruptura de los compromisos políticos que la sustentaban y que, en definitiva, venía a externalizar la gestión administrativa ambiental (16).

(14) Sobre el abusivo recurso a la figura del Decreto-Ley para justificar, en este caso, como «extraordinarias y urgentes» lo que no son sino ocasiones aprovechadas para ir plasmando en normas las concepciones previas y afianzando las agendas políticas desreguladoras *vid. ÁLVAREZ CARREÑO, «A la sombra de la pandemia...»*, *op. cit.*

(15) En efecto, la LPAI, en su disposición transitoria 2º («*Adaptación al régimen de autorización ambiental única*»), establecía el 31 de octubre de 2017 como el plazo a partir del cual serían exigibles sus requerimientos; incluso, su régimen sancionador solo sería aplicable a partir de esa misma fecha «*si las instalaciones estuviesen funcionando antes de la entrada en vigor de la Ley*». Se puede afirmar pues que, en puridad, la LPAI nunca llegó a aplicarse...

(16) Una crónica periodística sobre estas evoluciones en ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2019), «*Resucitando al Arca*», *Diario La Verdad*, de 6 de agosto de 2019 (accesible en <https://www.laverdad.es/>).

Vid. infra en este mismo estudio la referencia a la STC 161/2019, de 12 de diciembre (ponente: MONTOYA MELGAR), que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad presentado contra esta Ley.

2. Análisis individualizado de las modificaciones incorporadas a la LPAI por la Ley 5/2020

En las siguientes líneas se aportará un análisis individualizado de las recientes modificaciones, siguiendo, a efectos de claridad expositiva, el mismo orden y numeración de la Ley 5/2020. La inexistencia de una memoria o de un proyecto de Ley dificulta, como se ha señalado *supra*, enormemente la comprensión de la finalidad y el alcance de cada una de las dispersas medidas que se van introduciendo en el texto de la LPAI que ha sido sometida a un bombardeo de reformas y amputaciones a lo largo de los últimos años que hace igualmente muy difícil el trazado de las vertiginosas evoluciones.

El propio preámbulo de la Ley 5/2020 proporciona algunas indicaciones de su orientación cuando, en un primer momento, destaca cómo la pandemia obliga a adoptar medidas que solucionen el grave problema social y económico que se ha generado. El núcleo de la fundamentación de las medidas de modificación de la Ley ambiental que incorpora queda sintetizado en el siguiente fragmento: *«Esta ley se centra en las medidas urgentes para tratar de ganar eficiencia en los procedimientos de evaluación y autorizaciones ambientales en la planificación administrativa, en la ordenación de usos del territorio y en la utilización de recursos naturales, garantizando a través de estos que, cuando dichas actividades puedan producir efectos adversos sobre el medio ambiente y la salud humana, se tienen en cuenta los principios de acción preventiva y cautelar, mediante la prevención, corrección y compensación de los impactos en el medio ambiente, teniendo en consideración a su vez el cambio climático.»*

Siempre desde el principio constitucional del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como del deber de conservarlo y la obligación de los poderes públicos de velar 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, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

De este modo, su cap. I, integrado por un único artículo, incorpora las modificaciones señaladas en cuya exposición seguiremos el mismo orden y numeración de la Ley:

A) La restricción de la participación de asociaciones ambientalistas

La primera modificación consiste en añadir un nuevo apartado 4 al art. 3 («Ámbito de aplicación») para introducir las definiciones «a los efectos de la evaluación ambiental estratégica de planes y programas y la evaluación ambiental de proyectos» de «Administraciones públicas afectadas» (letra a), «público» (letra b) y «personas interesadas» (letra c). En concreto, respecto de esta última categoría precisa que se entenderá por tales a:

«1.º Toda persona física o jurídica que tenga la consideración de interesado según la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común.

2.º Cualquier persona jurídica sin ánimo de lucro que cumpla los siguientes requisitos:

I) Que tenga, entre los fines acreditados en sus estatutos, la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular, y que tales fines puedan resultar afectados por el plan, programa o proyecto de que se trate.

II) Que lleven, al menos, dos años legalmente constituidas y vengan ejerciendo de modo activo, las actividades necesarias para alcanzar los fines recogidos en sus estatutos.

III) Que, según sus estatutos, desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el plan, programa o proyecto que debe someterse a evaluación ambiental».

Como se puede apreciar la definición conecta directamente con las definiciones establecidas en el art. 2 en su relación con el art. 23 de 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. Pero tampoco pasa desapercibido el modo en que se restringe el concepto definido en la legislación básica estatal al añadir que esos fines estatutarios «puedan resultar afectados por el plan, programa o proyecto de que se trate». Y no debe entenderse como una delimitación meramente territorial del alcance del plan, programa o proyecto puesto que esa delimitación ya se realiza en el requisito tercero. No se puede predecir el efecto restrictivo real de esta previsión, aunque se puede constatar la intencionalidad restrictiva al añadir ese plus de exigencia a las asociaciones de protección ambiental para poder atribuirles la condición de interesadas en un procedimiento ambiental en la CARM.

B) La incorrecta confusión entre «persona jurídica» y «órgano administrativo» y el rebajado protagonismo de la Consejería de medio ambiente

Se modifica el apdo. 1 del art. 5 («Cooperación y colaboración interadministrativa») cuando se prevé que «las administraciones públicas, así como sus distintos órganos, ajustarán sus actuaciones a los principios de información mutua, cooperación y colaboración, de acuerdo con el principio de lealtad institucional». La introducción de este añadido en un precepto que permanecía idéntico desde la versión original de la LPAI de 2009 resulta absolutamente incorrecta desde el punto de vista dogmático y sólo puede ser fruto de la volun-

tad legislativa de disciplinar a algún órgano regional (¿la Consejería de medio ambiente?) ignorando principios elementales de la organización administrativa.

Por otra parte, se modifica el apdo. 4 del art. 5 (17) para explicitar que no será en exclusiva la consejería con competencias en medio ambiente la que «... *creará, mantendrá y pondrá a disposición de las distintas administraciones intervenientes en los procedimientos de evaluación o autorizaciones ambientales una plataforma informática que permita la transmisión de documentación y actos administrativos relativos a los mismos, su seguimiento y su acceso público, según determine la normativa sectorial aplicable, a través de internet en el tiempo y forma establecidos en la normativa aplicable, con la excepción, en su caso, de los datos que gocen de confidencialidad*», sino que esta función la desarrollará «... *en colaboración con la consejería competente en informática*». Este añadido es la única modificación del precepto que resulta coherente con la intencionalidad de rebajar el ya escaso protagonismo de la consejería ambiental.

C) El formato electrónico de la documentación

Se introduce un nuevo art. 5 bis por el cual se exige el formato digital de toda la documentación que se incorpore a los procedimientos regulados por la Ley.

D) Un retoque de la naturaleza, extensión y contenidos de las directrices, planes y programas de protección del medio ambiente

La cuarta modificación anunciada en la Ley como que modifica «los puntos 1, 2 y 4, y se elimina el punto 3, reenumerando correlativamente el punto 4 como punto 3, del artículo 8», en realidad no hace tal y mantiene en apdo. 3º como preveía el Decreto-Ley. Este error resulta expresivo de la deficiente técnica normativa y de la baja calidad técnica que luce toda esta apresurada reforma.

Las modificaciones de este art. 8 («*Directrices, planes y programas al servicio de la política de protección del medio ambiente*») se concretan en las siguientes:

(17) La Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de Aceleración de la Transformación del Modelo Económico Regional para la Generación de Empleo Estable de Calidad ya había procedido a añadir un nuevo apartado cuarto a este precepto para establecer que: «*De conformidad con legislación básica estatal reguladora del procedimiento administrativo común, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes*».

El órgano peticionario de un informe facultativo deberá fundamentar la conveniencia de solicitarlo y señalar el plazo para su emisión. De no emitirse el informe en el plazo señalado y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora se podrán proseguir las actuaciones».

— Se elimina del apdo. 1º la referencia al «*corto y medio plazo*» como marco temporal para que las directrices de protección del medio ambiente definan los principios rectores que han de guiar la política regional en materia de calidad ambiental. No se entiende muy bien la eliminación, pero lo cierto es añade indeterminación a los criterios de la política ambiental regional que quedan ahora sin ninguna referencia temporal.

— En relación al ámbito de los planes de protección del medio ambiente, se modifica la referencia en el apdo. 2º a su «*ámbito territorial o sectorial*» para sustituir la expresión por «*planes integrales o sectoriales de protección del medio ambiente*». En definitiva, eliminar la calificación de «territorial» para los planes ambientales de modo que se configure, como efectivamente se intenta, un régimen jurídico distinto y separado de los planes ambientales de los de ordenación del territorio y urbanísticos.

— El erróneamente anunciado como desaparecido apdo. 3º elimina la referencia a que los planes ambientales puedan tener por objeto «*localizar instalaciones o actividades, o contengan limitaciones o determinaciones vinculantes*». En la nueva redacción «*Las directrices, planes y programas del medio ambiente*, incluidos los planes autonómicos en materia de residuos, contaminación acústica, o de calidad del aire o contaminación atmosférica, tendrán la consideración de *instrumentos de ordenación del territorio cuando tengan por finalidad la regulación de actividades y la coordinación de políticas urbanísticas y medioambientales con incidencia territorial que deban prevalecer sobre otros instrumentos de ordenación del territorio de rango inferior y planeamiento urbanístico, debiendo ajustarse en estos casos a lo establecido en la legislación territorial y urbanística vigente en cuanto tipología, naturaleza, alcance y procedimiento de elaboración y aprobación*».

Tres precisiones adicionales sobre esta nueva redacción: por una parte, la inclusión de los planes de residuos, contaminación acústica, calidad del aire o contaminación atmosférica viene a ser un sucedáneo a modo de desarrollo legislativo de las bases estatales en materias todavía a día de hoy carentes de un verdadero tratamiento por el legislador regional en cumplimiento de la competencia asumida para su desarrollo y eventuales normas adicionales de protección. Por otra parte, repárese en el añadido «y *planeamiento urbanístico*» para subrayar la remisión a la ley urbanística del régimen jurídico de la planificación ambiental cuando ose traspasar ese límite. Por último, la expulsión de los planes, directrices y programas de protección medioambiental (incluidos los de ruidos, residuos, contaminación atmosférica) de la categoría de instrumento de ordenación territorial determina que los planes ambientales no puedan afectar a la ordenación territorial y consecuentemente esta *sensu contrario* podrá hacerse sin tener en cuenta las zonificaciones, zonas de exclusión o las protecciones impuestas por estos planes.

E) El intento de atenuar los incumplimientos en materia de suelos contaminados

La modificación del apdo. 1º del art. 9 («*Establecimiento de valores límite frente a la contaminación*») se limita a añadir respecto de la redacción original una referencia a los «*niveles genéricos de referencia*» y a «*suelos*» a modo, de nuevo, de paliativo a la falta de desarrollo legislativo en estas materias en el ámbito de la CARM. Cabe realizar algunas precisiones: por una parte, la expresión «*niveles genéricos de referencia*» carece de desarrollo jurídico y no se indican los parámetros que se van a tener en cuenta, incurriendo por tanto en una grave imprecisión. Por otra, la nueva redacción, en las escasas ocasiones en que alude a las mejores técnicas disponibles (MTD), no precisa ni la forma ni los instrumentos que se van a tener en cuenta para la determinación de los valores límites ni los niveles genéricos de referencia (18).

F) La dilución de la diferencia de régimen jurídico entre las modificaciones sustanciales y no sustanciales de las actividades contaminantes

En relación a los «*deberes de los titulares de instalaciones y actividades*» contemplados en el art. 12 LPAL se otorga una nueva redacción a la letra d) que hace desaparecer la distinción entre «*modificaciones sustanciales*» y «*no sustanciales con efectos sobre el medio ambiente*» en relación con el deber de comunicarlas al órgano competente para otorgar las autorizaciones ambientales autonómicas o la licencia de actividad. Nos aventuramos a interpretar que esta desaparición del término «*modificación sustancial*» debe ser la causa de que ahora el deber se concrete en «*comunicar o solicitar autorización, según proceda*» (19).

G) La reducción o eliminación de requisitos administrativos

El art. 15 («*Coordinación con el régimen aplicable en materia de industria, energía y minas*») resulta modificado en dos apartados. En el primero se añade «*o la presentación, en su caso, de declaración responsable o comunicación*» en coherencia con la expansión de estas figuras a supuestos donde antes se exigía

(18) El 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 regula de una forma mucho más precisa los parámetros de determinación de la Mejor Técnica Disponible (MTD). *Vid.* REVUELA PÉREZ, I. (2019), «*Mejores técnicas disponibles: un singular sistema de regulación ambiental*», *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1, pp. 1-34 (accesible en <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/index>).

(19) *Vid. infra* en este estudio el apdo. II.2.8 sobre modificación de actividades.

autorización administrativa. Además, se ponen al día en este mismo apdo. las referencias a la Ley del Sector Eléctrico (antes, Ley 54/1997 y, ahora, Ley 24/2013) y a la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (antes, LO 1/1992, de 21 de febrero y, ahora, LO 4/2015).

Por otra parte, se suprime el apdo. 2º que señalaba que «*En el caso de otras instalaciones o actividades no sujetas a autorización industrial, el otorgamiento de la licencia de actividad o su modificación, cuando resulte exigible, precederá a la inscripción en el Registro de Establecimientos Industriales de las industrias sometidas al régimen de comunicación por el Real Decreto 2135/1980, de 26 de septiembre, de liberalización en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias, y su normativa de desarrollo*». Debemos suponer que se elimina la necesidad de obtención de la licencia como requisito para la inscripción en dicho Registro.

En definitiva, esta sustancial rebaja de las exigencias ambientales para las actividades industriales consiste en una transformación del papel de la Administración Pública que, en muchas ocasiones, se limita a ser la destinataria de una simple declaración responsable. Para otras actividades industriales no sujetas a autorización industrial, en segundo lugar, suprime la necesidad de licencia de actividad previa para que puedan ser inscritas en el registro de actividades.

H) Una nueva alteración del régimen jurídico de la modificación de actividades: el precio medioambiental de la crisis

El art. 22 relativo a la «*modificación de la instalación o actividad*», sucesivamente modificado desde su versión original en 2009 en los años 2014 (20), 2016/2017 (21) y 2018 (22) viene a ser objeto de nuevo de una profunda modificación que afecta a sus apdos. 1 a 5 y al 6 y 7 que se eliminan (23).

(20) Disposición final 2. 1 de la Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

(21) Art. 3. 4 del Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas. Posteriormente incorporado con la misma numeración a Ley 2/2017, de 13 de febrero, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas.

En el presente estudio nos referimos en ocasiones a la «reforma 2016/2017» como modo de sintetizar estos cambios.

(22) Art. 23. 4 de la Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de Aceleración de la Transformación del Modelo Económico Regional para la Generación de Empleo Estable de Calidad.

La STC 161/2019, de 12 de diciembre, declara que no es constitucional siempre que sea interpretado en los términos de su FJ 7º.

(23) El Decreto-Ley 5/2020 anunciaba también la eliminación de un apdo. 8º que, sin embargo, no constaba en ninguna de las diferentes versiones de la Ley.

Se pueden tratar de sintetizar las modificaciones realizadas en el siguiente sentido:

— En el apdo. 1º se define ahora qué debe entenderse por modificación (*«Se considerará que se produce una modificación en la instalación cuando, en condiciones normales de funcionamiento, se pretenda introducir un cambio no previsto en la autorización ambiental originalmente otorgada, que afecte a las características, a los procesos productivos, al funcionamiento o a la extensión de la instalación»*) para, a continuación, clasificarlas en «sustanciales» y «no sustanciales», que era a lo que se limitaba este apdo. en su redacción original.

El cambio puede tener su trascendencia en la medida en que parece interpretar que, cuando las modificaciones estuvieran previstas en la autorización inicial, estas ya no se considerarán modificaciones a los efectos de aplicar este régimen jurídico. Es decir, serían modificaciones materiales, reales u objetivas, pero no modificaciones formales o jurídicas al quedar así cubiertas por esta redacción.

— El apdo. 2º se limita ahora a afirmar que a las instalaciones sometidas a la AAI se les aplicará el régimen jurídico relativo a sus posibles modificaciones previsto en la legislación básica del Estado.

— El apdo. 3º, del mismo modo, se limita a afirmar que *«Las modificaciones de instalaciones sujetas a autorización ambiental sectorial precisarán de autorización del órgano autonómico competente en todo caso»*.

— El apdo. 4º establece los requisitos para que una modificación pueda considerarse «no sustancial»: *«a) Cuando se trate de instalaciones de tratamiento de residuos: i) Aquellas que supongan una modificación de maquinaria o equipos, pero no impliquen un proceso de gestión distinto del autorizado. ii) Las que supongan el tratamiento de residuos de características similares a los autorizados, siempre que no impliquen un incremento del 25% en la capacidad de gestión de residuos peligrosos, del 50% en la capacidad de gestión de residuos no peligrosos o procesos de gestión distintos de los autorizados; b) Para instalaciones que conlleven actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera (grupos A y B) aquellas que supongan una modificación o reemplazo de maquinaria, equipos o instalaciones por otras de características similares, siempre que no suponga la inclusión de un nuevo foco A o B que suponga un incremento superior al 35% de la emisión mástica de cualquiera de los contaminantes atmosféricos que siguen en la autorización o del total de las emisiones atmosféricas producidas; c) En las actividades que generen vertidos tierra-mar, aquellas que no supongan un incremento superior al 25% del caudal de vertido o del 25% de la concentración de cualquier sustancia contaminante, y, en todo caso, siempre que no se introduzcan nuevos contaminantes ni se superen los valores límite de emisión establecidos en la autorización original; d) En todo caso las modificaciones que no modifiquen o reduzcan las emisio-*

nes, vertidos o capacidad de gestión de residuos de las instalaciones citadas en los apartados a), b) y c) anteriores».

La novedad estriba, respecto de la reforma realizada en 2018 que fue la que ya reinterpretó al alza las posibilidades de incremento del impacto contaminante de la instalación sin que se considerara modificación sustancial, en añadir como no sustancial la modificación que suponga hasta un 25 % más del caudal de vertido o de un 25 % más de concentración de alguna sustancia contaminante.

— Por último, el apdo. 5º se limita a establecer que el resto de modificaciones deben ser consideradas sustanciales.

Tres reflexiones adicionales deben hacerse en relación a esta modificación. La primera deriva del hecho de la ampliación de los supuestos en los que una modificación que incrementa de manera significativa el impacto ambiental no sea considerada, sin embargo, sustancial. La segunda, en la misma línea, destaca la eliminación de la previsión que se contenía en el apdo. 7º por la que «*Cuando la modificación por sí misma esté sometida a evaluación ambiental de proyectos, la modificación se considerará sustancial en todo caso*». Por último, denunciar que la posibilidad de estos incrementos de contaminación se posibilita sin la necesaria referencia a las mejores tecnologías disponibles. En este sentido, el art. 7 —*Valores límite de emisión y medidas técnicas equivalentes*—, en su apdo. 5º, del 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, establece que: «*Esta excepción podrá invocarse solamente si se pone de manifiesto mediante una evaluación que la consecución de los niveles de emisión asociados con las mejores técnicas disponibles tal y como se describen en las conclusiones relativas a las MTD daría lugar a unos costes desproporcionadamente más elevados en comparación con el beneficio ambiental debido a: a) La ubicación geográfica o la situación del entorno local de la instalación de que se trate; o b) Las características técnicas de la instalación de que se trate*» (24).

I) Los confusos cambios de redacción para acabar confesando que no se exige nada más que lo que establezca la legislación básica

El art. 26 LPAI ve modificada la definición de su objeto que, en su redacción original rezaba «*autorizaciones que incorpora la autorización ambiental*

(24) El legislador regional reincide en sus intentos de sortear los límites impuestos por la legislación ambiental básica del Estado. Se debe recordar que el art. 23. 4 de la Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de aceleración de la transformación del modelo económico regional para la generación de empleo estable de calidad, en cuanto modificaba este art. 22 LPAI fue objeto de impugnación ante el TC (Recurso de inconstitucionalidad 878/2019) que fue resuelto en su Sentencia 161/2019, de 12 de diciembre (Ponente: MONTOYA MELGAR). *Vid.* en concreto, su FJ 7º.

integrada» y que pasa ahora a denominarse «*condiciones de la autorización ambiental integrada*». Este cambio de denominación anuncia la modificación de sus apdos. 1º (25) y 2º y el añadido de un nuevo apdo. 4º (26).

Sin embargo, en verdad el apdo. 2º no resulta modificado y permanece en su redacción original (27), en un nuevo error que viene a constatar la deficiente técnica normativa y la improvisación de esta nueva reforma de la ley ambiental de la CARM.

A fuer de ser exhaustivos, se puede destacar la modificación de la redacción del apdo. 1º que ahora precisa que la AAI conlleva el otorgamiento de la autorización además de las de residuos y vertidos a las aguas continentales y litorales, la de «*los vertidos al sistema integral de saneamiento*» y, sobre contaminación atmosférica, viene a expresar la necesidad de obtener también la autorización «... así como las determinaciones de carácter ambiental en

(25) La nueva redacción de este apdo. 1º del art. 26 LPAI representa en realidad una transposición, con cuatro ligeros añadidos, de la letra b) del apdo. 1º del art. 11 – «*Finalidad de la autorización ambiental integrada*» – del 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: «... integre en un solo acto de intervención administrativa todas las autorizaciones ambientales existentes en materia de producción y gestión de residuos, incluidas las de incineración de residuos municipales y peligrosos y, en su caso, las de vertido de residuos; de vertidos a las aguas continentales, incluidos los vertidos al sistema integral de saneamiento, y de vertidos desde tierra al mar, así como las determinaciones de carácter ambiental en materia de contaminación atmosférica, incluidas las referentes a los compuestos orgánicos volátiles» (el subrayado es nuestro).

Podríamos preguntarnos por qué no se reproduce también la letra a) de ese mismo apartado 1º del art. 11, según el cual: «1. *La finalidad de la autorización ambiental integrada es: a) Establecer todas aquellas condiciones que garanticen el cumplimiento del objeto de esta ley por parte de las instalaciones sometidas a la misma, a través de un procedimiento que asegure la coordinación de las distintas Administraciones públicas que deben intervenir en la concesión de dicha autorización para agilizar trámites y reducir las cargas administrativas de los particulares*». Quizás porque ello conllevaría el reconocimiento de que la eliminación de la «autorización ambiental única» (AAU) que se llevó a cabo mediante el D-L de 2006, luego transformado en Ley 2017 de liberalización, supone un retroceso en esa línea de actuación. El motivo alegado entonces, de acuerdo con el Preámbulo de la ley de 2017, hace referencia a que se había comprobado que al promotor se le generaban cargas porque las AAPP se cruzaban los documentos y que era preferible para el promotor gestionar dos procedimientos separados, uno ante la Administración regional y otro ante la municipal.

(26) No se ve afectado el apdo. 3º: «*La autorización ambiental integrada podrá establecer condiciones que resulten precisas para la restauración del espacio afectado una vez producida la cesación de la explotación, en particular mediante la adopción de las medidas necesarias para evitar los riesgos de contaminación*».

(27) Art. 26. 2: «*La autorización ambiental integrada se otorgará sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deban exigirse para la ocupación o utilización del dominio público, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente en materia de aguas y costas y demás normativa que resulte de aplicación*».

materia de contaminación atmosférica, incluidos las referentes a los compuestos orgánicos volátiles» cuando en la redacción original de la LPAI se aludía simplemente a que la AAI incluía la autorización de «... actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera».

En definitiva, en nuestra consideración, el núcleo esencial de esta modificación se resume en afirmar que *«Mientras la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el ámbito de sus competencias no desarrolle las normativas sectoriales que afectan a las materias objeto de autorización ambiental integrada en la implantación de instalaciones o actividades, la consejería competente en medio ambiente no exigirá otras autorizaciones o requisitos normativos distintos a los establecidos por la legislación estatal sectorial que en cada caso corresponda y por esta ley»* (apdo. 4º). La pregunta es: ¿Y cuáles son los que exige esta Ley?... En realidad, en este último apartado la CARM renuncia —si se intenta escudriñar el subtexto— a imponer exigencias ambientales para instalaciones o actividades para los que no existe desarrollo normativo autonómico.

J) El debilitamiento de la posición institucional de los órganos ambientales de la CARM

En relación a la «solicitud de AAI» el art. 31, ya modificado en los años 2014, 2016/2017 y 2018 mediante la legislación a que se ha hecho *supra* referencia, viene de nuevo a recibir nueva redacción para expresar, en definitiva, que el legislador regional se remite *in toto* y exclusivamente a la legislación estatal básica, sin especificar como hacia la redacción de la LPAI original (apdo. 1º) (28) y, por otra parte, facilitar al promotor la presentación de la documentación para la obtención de la AAI al permitirle hacerlo, cuando el proyecto esté sujeto a EIA simplificada autonómica, en un momento posterior a que se haya emitido el informe de impacto ambiental (29).

(28) Las exigencias de la normativa estatal se recogen en el art. 12 —«Contenido de la solicitud»— del Real Decreto Legislativo 1/2016.

(29) El precepto contempla, en definitiva, las dos opciones que tiene un promotor de un proyecto sujeto a EIA simplificada (art. 7. 2 de la Ley 21/2013): a) Presentar al mismo tiempo toda la documentación de la AAI ante el órgano sustitutivo (por ej. Dirección General de Industria y Minas) a efectos de EIA, y éste la remite al órgano ambiental (Consejería de Medio Ambiente) para que emita el Informe de Impacto Ambiental, documento que precede a la autorización de la actividad por el órgano sustitutivo; o puede, b) esperar a obtener el Informe de Impacto Ambiental primero y luego, una vez obtenido, presentar la solicitud de AAI.

En este último caso, no se hace mención a que el promotor tenga que presentar la documentación al órgano ambiental para poder recibir el informe de impacto ambiental.

K) Un retoque a la información pública en el procedimiento de AAI

El art. 32 que regula el trámite de información pública dentro del procedimiento de AAI no viene aparentemente a introducir modificaciones sustanciales a pesar de su amplitud (afecta a los apdos. 1 y 3 y añade dos nuevos apdos. 4 y 5) (30). Los cambios tienen *prima facie* una naturaleza meramente redaccional. Así, si antes el apdo. 1º afirmaba que «*El procedimiento de autorización ambiental integrada comprenderá en todo caso un trámite de información pública que permita a cualquier persona física o jurídica examinar el expediente o la parte del mismo que se acuerde*», en la actualidad se afirma que «*El procedimiento de autorización ambiental integrada comprenderá en todo caso un trámite de información pública que permita a cualquier persona física o jurídica examinar el expediente, exceptuándose de este trámite aquellos datos de la solicitud que, de acuerdo con las disposiciones vigentes, gocen de confidencialidad*». Una remisión a la confidencialidad regulada por «*las disposiciones vigentes*» que, si, por una parte, reduce la discrecionalidad que permitía la redacción original; por otra, no deja de plantear interrogantes sobre el alcance y extensión de la declaración de confidencialidad que, en todo caso, debe ser normativa, vía ley o reglamento, excluyéndose la posibilidad de que dicha declaración se lleve a cabo por simple acto administrativo.

La modificación del apdo. 3º de este art. 32 tiene igualmente un mero alcance redaccional; así, si la versión original de la LPAI establecía que: «*Si la actividad no está sometida a evaluación ambiental de proyectos, pero sí a alguna de las autorizaciones sustantivas a que se refiere el artículo 15, el trámite de información pública se llevará a cabo por el órgano competente para otorgar la autorización sustantiva, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Región de Murcia por plazo mínimo de treinta días. El trámite será común al previsto en su caso en el procedimiento de autorización sustantiva*», ahora el enunciado reza del siguiente modo: «*Si la actividad está sometida a alguna de las autorizaciones sustantivas a que se refiere el artículo 15, o a la normativa de control de riesgos inherentes a los accidentes graves, el trámite de información pública se practicará por el órgano competente para otorgar la autorización sustantiva o, en su defecto, por el competente en materia de accidentes graves. La información pública se llevará a cabo mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Región de Murcia por plazo mínimo de treinta días. El trámite será común al previsto, en su caso, en el procedimiento de autorización sustantiva, o en la normativa de control de riesgos inherentes a los accidentes graves*».

(30) La modificación sustancial consistió en la eliminación en su antiguo apdo. 4º del derecho de los vecinos a ser consultados sobre los proyectos de AAI que afectaran a su municipio que fue llevada a cabo por mediante la reforma 2016/2017.

La novedad consiste en el añadido de la previsión de sometimiento de la actividad a la «*normativa de control de riesgos inherentes a los accidentes graves...*», pero la sistemática del precepto ha quedado gravemente dañada por cuanto, en la redacción original, existía un esquema inteligible (el art. 32. 2 se refería a las actividades sometidas a EIA y el art. 32. 3 a las que, no estando sometidas a EIA, sí lo estaban a otra autorización sectorial) que queda ahora oscurecido.

La eliminación del segundo párrafo de que constaba este apdo. que indicaba, para el supuesto de autorizaciones de industria, energía y minas, que del resultado de la información pública se debía dar traslado inmediato al órgano competente para otorgar la AAI (31) tiene como consecuencia la no intervención del órgano ambiental, cuyas anteriores diligencias pasarán ahora a ser solventadas por el órgano sustantivo.

El apdo. 4º del art. 32 otorgaba un derecho de consulta y participación a los vecinos en el procedimiento de otorgamiento de la AAI (32) que fue ya laminado en 2016-2017; la reforma de 2020 reintroduce un nuevo apdo. 4º pero cuyo contenido hace referencia a la necesidad de unidad de trámites en una directriz que se dirige al «órgano sustantivo» en una referencia que puede incluir a órganos tanto regionales como locales (33) e, incluso, estatales.

El apdo. 5º recibe nueva redacción para instar, en un precepto vacío de contenido jurídico pero expresivo de la perspectiva e intención adoptada, que los diversos órganos intervinientes prosigan de manera inmediata sus actuaciones. Este precepto tiene ya su precedente en la introducción en la reforma 2016-2017, cuya continuidad ideológica resulta palmaria, con un párrafo 2º en el apdo. 3º de este precepto, según el cual: «*Del resultado de la información pública se dará inmediatamente traslado al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada, para que continúe la tramitación*».

(31) «*Del resultado de la información pública se dará inmediatamente traslado al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada, para que continúe la tramitación*».

(32) «*En cualquiera de los supuestos a que se refieren los apartados anteriores, el órgano sustantivo competente, antes del anuncio de información pública, requerirá del ayuntamiento correspondiente que se dirija a los vecinos y vecinas inmediatos al emplazamiento propuesto, comunicándoles la solicitud de autorización ambiental integrada y la sede del órgano sustantivo en que se encuentre el expediente de autorización, para que puedan consultarla y alegar lo que estimen oportuno en el plazo de veinte días. Practicadas las comunicaciones a los vecinos y vecinas, el ayuntamiento remitirá justificación al órgano sustantivo para su incorporación al expediente*».

(33) Para este caso, el nuevo párrafo 2º de este apdo. 4º establece que: «*En el caso de que el órgano sustantivo sea el propio Ayuntamiento donde se ubica la instalación, este informe se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de esta ley*» [art. 34 sobre «*Informe preceptivo del Ayuntamiento* [sic]» que también resulta, como se recoge en el cuerpo de este estudio, profundamente modificado].

L) El progresivo acortamiento de los plazos para la emisión del informe municipal

El art. 34 («*Informe del ayuntamiento*») ve modificado su apdo. 3º en línea de continuidad con la reducción de plazos que de modo intenso supuso la reforma 2016/2017 de la LPAI. Si en la redacción original el Municipio disponía de dos meses «*desde la recepción del expediente*» para emitir su informe y en caso de incumplimiento, tras requerimiento del «*órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada*», disponía de un plazo adicional de un mes; en 2016/2017 el plazo suplementario quedaba reducido a «*veinte días naturales*». Ahora, el plazo de emisión del informe se limita a un mes. La no emisión en plazo del informe municipal, en la redacción original de la LPAI, no impedía su incorporación tardía al procedimiento, en cuyo caso debía ser tenido en consideración por el órgano competente (antiguo apdo. 5º). En 2016/2017 se elimina esta posibilidad, dejándose la única opción de la continuación de las actuaciones (actual apdo. 3º cuya redacción proviene de la reforma de 2016/2017 que añade que el requerimiento realizado al municipio deberá comunicarse al promotor).

Si finalmente el municipio no hubiera emitido el informe, sería el órgano autonómico competente el que lo supliría «*en la fijación de las condiciones relativas a la competencia local, que se establecerán de conformidad con la normativa que resulte aplicable*» (antiguo apdo. 6º, hoy suprimido).

Desde el conocimiento de la realidad práctica, se podrá convenir en que, si ya venía siendo difícil con los medios disponibles que se cumpliera con el plazo de dos meses, reducirlo a la mitad implica que, en muchas ocasiones, el informe quedará sin emitir.

M) El tortuoso camino hacia la nada: las autorizaciones ambientales en la CARM

Se debe recordar que el art. 17 LPAI sobre «*Autorizaciones ambientales autonómicas*» («1. Son autorizaciones con fines ambientales generales cuyo otorgamiento corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia: a) Autorización ambiental integrada. b) Autorizaciones ambientales sectoriales. 2. En las referencias que esta ley hace a la “autorización ambiental autonómica”, se entienden comprendidas tanto la autorización ambiental integrada como las autorizaciones ambientales sectoriales»), en principio no afectado por esta reforma de 2020, fue modificado en sus apdos. 1. b) y 2 por el art. 3.1 del Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas (tramitado luego como Ley 2/2017, de 13 de febrero). Sólo esa medida desmontó toda la filosofía de la LPAI original, con el

efecto además de anular la posibilidad de equiparar las limitaciones de la AAI a la AAU dado que la Ley de calidad del aire preveía este tratamiento común cuando las CCAA hubieran desarrollado mecanismos de autorización propios siguiendo el esquema de la AAI. Al retroceder y volver a las autorizaciones sectoriales se permitieron cambios tales como el aumento en la posibilidad de contaminación (del 25% al 35%) y que no se considerara modificación sustancial las reguladas en el art. 22 LPAI. Este juego combinado del D-Ley de 2016, convertido en Ley de Liberalización de 2017 y Ley de Aceleración del 2018, viene ser rematado por el D-Ley 5/2020 (transformado en la vigente Ley 5/2020) que resulta expresiva de una manipulación jurídica a largo plazo, diseñada y ejecutada por fases, quizás para que pase desapercibida y que, desde luego, dificulta enormemente el análisis y valoración dogmática y, en cualquier caso, pone de manifiesto que corresponde a un diseño trazado que no tiene nada que ver con la pandemia de Covid19.

El art. 45 (significativamente titulado ahora «*Remisión a la normativa estatal*», frente a su original contenido referente a «*Instalaciones sometidas a la autorización ambiental única*») abre el cap. III («*Autorizaciones ambientales sectoriales*») del Tít. II («*Autorizaciones ambientales autonómicas*»). Este precepto ha sido sometido a profundas revisiones desde la original redacción de 2009 a través de sucesivas reformas en 2014, 2016-2017, 2018 y ahora en 2020 que lo han dejado prácticamente irreconocible. De este modo, la redacción original de su apdo. 1º rezaba:

«*Se someten a autorización ambiental única la instalación, montaje, explotación o traslado, así como la modificación sustancial de las actividades e instalaciones de titularidad pública o privada, no sometidas a autorización ambiental integrada, que se relacionen en el Anexo I.*»

En 2014, mediante la Ley 2/2014, de 21 de marzo, de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se le añadió un párrafo 2º a este apdo. 1º según el cual:

«*Los proyectos sometidos a evaluación ambiental que no estén a su vez sujetos a ninguna de las autorizaciones incluidas en el Anexo I no se sujetarán a autorización ambiental única, sino que la evaluación ambiental del proyecto se integrará en el procedimiento de autorización por razón de la materia que corresponda.*»

Además, se dio nueva redacción al apdo. 1º quedando del siguiente modo: «*Son autorizaciones ambientales sectoriales las exigidas por la normativa estatal, y comprenden: las relativas a la gestión de residuos, reguladas por la legislación de residuos; las de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera, reguladas por la legislación de calidad del aire y protección de la atmósfera; y las de vertidos al mar, reguladas por la legislación de costas.*»

En 2016, mediante el Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas, sin embargo, se eliminó el párrafo 2º.

En relación a este apdo. 2º de este art. 45, si su redacción original señalaba que: «*El régimen aplicable a la autorización ambiental única será el establecido por las disposiciones contenidas en el presente capítulo, y las disposiciones comunes del capítulo I*», en la reforma 2016-2017 pasa a disponer que: «*Para la implantación de instalaciones o actividades, la Consejería competente en materia de medio ambiente no exigirá otras autorizaciones que las establecidas por la legislación estatal*». Mediante esta última reforma de 2020 su redacción queda del siguiente modo: «*Mientras la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el ámbito de sus competencias, no desarrolle estas normativas sectoriales, en la implantación de instalaciones o actividades, la Consejería con competencias en Medio Ambiente, no exigirá otras autorizaciones o requisitos normativos distintos a los establecidos por la legislación estatal sectorial que en cada caso corresponda o en esta ley*» (34).

En 2018, mediante la Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de Aceleración de la Transformación del Modelo Económico Regional para la Generación de Empleo Estable de Calidad se añadió a este art. 45 un nuevo apdo. 3º, que permanece, según el cual: «*Estas autorizaciones tienen una finalidad exclusivamente ambiental, por lo que su tramitación se entenderá circunscrita exclusivamente al ámbito de la normativa ambiental sectorial a que se refieran y se concederán sin perjuicio de otras normativas y autorizaciones*» (35).

(34) Esta coletilla de «...o en esta ley» carece de cualquier clase de contenido y más parece puesta para despistar todavía más a su esforzado exégeta que debería rebuscar a lo largo de todo el texto de la norma para encontrar que, finalmente, no hace referencia a ningún contenido.

(35) La presente reforma de 2020 ha indultado al art. 46 sobre «*Coordinación de actuaciones y trámites ambientales*» que había sido profundamente modificado de manera sucesiva en las reformas de 2016-2017 y 2018. Su redacción actual por tanto establece: «1. *Cuando sea exigible más de una autorización ambiental sectorial, éstas deberán solicitarse conjuntamente y serán objeto de una sola resolución, que será desestimatoria si procediera denegar alguna de ellas.* 2. *A las solicitudes de autorización ambiental sectorial se acompañará: a) La documentación necesaria de acuerdo con la normativa estatal reguladora de la autorización. Ésta se acompañará de la documentación que al efecto se establezca por Orden del consejero competente en materia de medio ambiente. b) La comunicación de actividad potencialmente contaminadora de la atmósfera en el caso de estar sujeto a ella [grupo C del anexo IV de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera], o justificación de haber realizado la misma ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma. c) Comunicación previa al inicio de la actividad de producción y gestión de residuos, si resulta exigible, o justificación de haber realizado dicha comunicación previa ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma. d) Informes a que se refiere*

N) ¿Cómo facilitar al máximo la modificación de actividades?: el nuevo art. 47 en relación ¿sistemática? con la redacción dada al art. 22 LPAI (36)

Si la reforma de 2016-2017 había derogado los arts. 47 a 58 LPAI, la nueva reforma de 2020 encuentra el oportuno hueco para introducir un nuevo art. 47 titulado «Procedimiento de autorización ambiental sectorial», según el cual: «1. El procedimiento de autorización de las instalaciones sometidas a autorización ambiental sectorial se llevará a cabo según lo dispuesto en la normativa sectorial de aplicación. Las modificaciones de dichas instalaciones requerirán autorización, cuyo procedimiento se atendrá a lo dispuesto en los puntos siguientes. 2. Cuando se trate de modificaciones sustanciales se seguirá el mismo procedimiento de autorización que el previsto para una instalación de nueva planta y no podrán llevarse a cabo en tanto no sea otorgada una nueva autorización ambiental sectorial. La nueva autorización ambiental sectorial que se conceda sustituirá a la anterior, refundiendo las condiciones impuestas originariamente para el ejercicio de la actividad y aquellas que se impongan como consecuencia de la modificación sustancial de la instalación. Dicha autorización no podrá otorgarse con anterioridad a la finalización, en caso de ser necesario, del procedimiento de evaluación ambiental. 3. Cuando se trate de modificaciones no sustanciales, junto a la solicitud de autorización, el titular de la instalación presentará documentación justificativa de las razones por las que estima que la modificación es no sustancial, indicando razonadamente por qué se considera como tal, con el desglose pormenorizado de los aspectos y criterios establecidos en el apartado 4 del artículo 22. Para la determinación del carácter no sustancial de la modificación deberán examinarse conjuntamente todas las modificaciones no sustanciales previas junto con la que se solicita. El órgano autonómico competente, en el plazo máximo de 45 días desde la

el artículo 3 del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, en el supuesto de actividades incluidas en su ámbito de aplicación. 3. Las solicitudes se presentarán ante el órgano sustantivo a efectos de evaluación de impacto ambiental, junto con la solicitud de inicio de evaluación ambiental ordinaria o simplificada, el cual la remitirá al órgano ambiental cuando proceda según la legislación estatal de evaluación ambiental. Si el proyecto no está sujeto a evaluación de impacto ambiental de competencia autonómica, las solicitudes se presentarán ante el órgano competente para concederlas. 4. El plazo máximo para resolver y notificar las autorizaciones ambientales sectoriales será de tres meses, a contar desde la fecha en que haya tenido entrada en el registro del órgano competente. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud. 5. No se concederán las autorizaciones ambientales sectoriales sin el previo informe de impacto ambiental o declaración de impacto ambiental, cuando resulten exigibles».

(36) Vid. supra apdo. II. 1. 8 en este estudio.

solicitud, emitirá resolución en la que se recoja, bien que la modificación tiene carácter sustancial y por tanto debe ser sometida al procedimiento de autorización establecido en el punto anterior, o bien que la modificación tiene carácter no sustancial, incorporando las modificaciones a la autorización vigente. Si la documentación presentada resulta insuficiente, el órgano autonómico competente requerirá al interesado para que proceda a su subsanación en el plazo máximo de quince días, suspendiéndose el cómputo del plazo anterior. De no remitir la subsanación en el plazo indicado se le entenderá desistido de su solicitud. Si la modificación se encuentra en los supuestos de evaluación de impacto ambiental según lo dispuesto por la normativa básica estatal aplicable o por lo dispuesto en esta ley, no podrá llevarse a cabo con anterioridad a la finalización del procedimiento de evaluación ambiental, y previa autorización ambiental sectorial, que se emitirá en el plazo máximo de 30 días desde el fin de dicho procedimiento».

Debe subrayarse la introducción de algunos ligeros cambios entre la redacción dada a este último párrafo del precepto por el Decreto-Ley 5/2020 y la que finalmente luce tras su tramitación y aprobación como Ley 5/2020. Así, si en el Decreto-Ley el plazo de emisión de la resolución del órgano autonómico para la determinación del carácter sustancial o no de la modificación era de «30 días» (art. 47. 3, párrafo 3º LPAI) en la redacción definitiva de la Ley este plazo se amplía a «45 días» (versión vigente del art. 47. 3, párrafo 3º LPAI). En este mismo sentido, si en la redacción original del Decreto-Ley parecía reconocerse el derecho al titular de la instalación para llevar a cabo la modificación (art. 47. 3, último párrafo: «*El titular de la instalación podrá llevar a cabo la modificación cuando el órgano autonómico competente para otorgar la autorización ambiental sectorial no dicte resolución en el citado plazo...*»), la redacción final que otorga la Ley a este mismo precepto se muestra más respetuosa con la finalidad de prevención del daño ambiental: «*Si la modificación se encuentra en los supuestos de evaluación de impacto ambiental según lo dispuesto por la normativa básica estatal aplicable o por lo dispuesto en esta ley, no podrá llevarse a cabo con anterioridad a la finalización del procedimiento de evaluación ambiental, y previa autorización ambiental sectorial,...»* (37).

(37) Destaca el énfasis con el que las sucesivas reformas de la LPAI intentan apuntalar un pseudoprincipio *pro libertate* en materia de prevención de las alteraciones del orden público. Así, ejemplo paradigmático, el art. 59 —primero del cap. I («*Disposiciones generales*») del Tít. III («*Régimen de la licencia y la declaración responsable de actividades*»)— proclama, desde su reforma llevada a cabo en 2016-2017, que: «*Con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia de actividad*», frente a la redacción original en 2009 por la cual: «*Se exigirá licencia de actividad para la instalación, montaje, ejercicio o explotación, traslado o modificación sustancial de cualquier actividad mercantil o industrial que se pretenda desarrollar, ya sea de titularidad pública o privada, tanto en*

Ñ) La regresión en materia de evaluación de impacto ambiental

El Tít. IV LPAI sobre «*Evaluación ambiental de proyectos*» (arts. 83 a 99, aunque se debe consignar que los arts. 87 a 98 están vacíos de contenido desde su derogación por la reforma de 2016-2017) se ve también afectado, de nuevo, por las modificaciones de 2020. Las sucesivas reformas han incidido especialmente en la propia configuración jurídica del instrumento de evaluación y, sobre todo, en la perspectiva desde la que el legislador regional afronta su tarea en el marco competencial constitucional.

De este modo, en un primer momento, si en la redacción original de la LPAI en 2009 el art. 83 definía la EIA (38), a partir de la reforma de 2016-2017 el precepto se limita a realizar una remisión *in toto* a la legislación

el interior de edificaciones como en espacios libres, tenga o no finalidad lucrativa...», para establecer, a continuación, un régimen de excepciones que, en la nueva redacción, queda remitida al Anexo I (art. 59, apdo. 2º LPAI).

Destacamos estas modificaciones redaccionales porque, en nuestra consideración, son altamente expresivos de que, por encima de los cambios prácticos, reales, aquí está teniendo también lugar una disputa altamente ideológica donde el nominalismo —poner nombre a las cosas crea su realidad (NAIM-GESBERT, 2019, 24-25)— encubre la pretensión de anteponer una determinada visión del papel de los poderes públicos, en este caso en materia de protección de derechos como el del medio ambiente o la salud, frente a la iniciativa de los particulares que encuentra su amparo en otros derechos como el de libertad de empresa y, en definitiva, en el de propiedad. Contraposición ficticia, en nuestra opinión, y por eso se señala el carácter de pseudoprincipio, porque estos dos últimos derechos encuentran en nuestro sistema constitucional sus propios límites inmanentes en la función social y en su sometimiento al interés general. Por supuesto que, en cada caso concreto, en cada ocasión, se debe determinar el alcance de unos y otros, sus respectivos ámbitos y límites, pero carece de sentido (fuera de las luchas ideológicas y de la defensa de intereses muy concretos) intentar proclamar *a priori* la superioridad intrínseca de unos frente a otros.

Pensemos que ese esfuerzo se hace, en este caso, en relación al limitado alcance de un instrumento preventivo como la licencia municipal de actividad (art. 63, apdo. 1º): «*La licencia de actividad tiene por objeto verificar si la instalación o modificación sustancial de una actividad reúne aquellos requisitos exigibles para evitar daños al medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas o el patrimonio histórico*» (nueva redacción dada el precepto por esa misma reforma de 2016-2017 cuando en su primigenia versión regulaba las actividades exentas de licencia y que, por cierto, incluía una declaración en el párrafo 2º del apdo. 2º de este art. 63 por la cual «*No podrán otorgarse licencias de actividad exenta en contra del planeamiento urbanístico*» que hoy, salvo error de este glosador, ha desaparecido.

(38) «*1. Se entenderá por evaluación ambiental de proyectos el conjunto de estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente. 2. La evaluación ambiental de proyectos identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los siguientes factores: a) El ser humano, la fauna y la flora. b) El suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje. c) Los bienes materiales y el patrimonio cultural. d) La interacción entre los factores mencionados anteriormente. 3. La evaluación ambiental de proyectos finalizará con la emisión de la declaración de impacto ambiental por el órgano ambiental, la cual se hará pública*».

básica del Estado («*Es de aplicación en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la legislación estatal de evaluación de impacto ambiental, sin más particularidades que las contenidas en esta ley y en la normativa reguladora de los procedimientos de autorización o aprobación de proyectos*»). Precepto pues superfluo y confuso en la medida en que el nuevo art. 84, también modificado en 2016-2017, remacha que «*Serán objeto de evaluación de impacto ambiental ordinaria y simplificada en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia únicamente los proyectos comprendidos en la legislación básica estatal*» (apdo. 1º).

En segundo lugar, se debe destacar que un núcleo esencial de las reformas realizadas consiste en permitir el aumento de la contaminación y de los impactos ambientales sin sometimiento a EIA, es decir, se altera el régimen jurídico de las modificaciones con efectos adversos significativos sobre el medio ambiente. Así, el apdo. 2º del art. 84 regula el efecto de las modificaciones de proyectos o actividades con efectos adversos sobre el medio ambiente sobre la EIA, en desarrollo de las previsiones de la LEA (39). El umbral se eleva al doble respecto de las previsiones anteriores de la LPAI después de su reforma en 2016-2017: si en la versión anterior se consideraba *ex lege* que «... una modificación puede tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente cuando suponga un incremento de más del 15 por 100 de emisiones a la atmósfera, de vertidos a cauces públicos o al litoral, de generación de residuos, de utilización de recursos naturales o de afectación a áreas de especial protección designadas en aplicación de las directivas 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, y 92/43/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, y 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, o a humedales incluidos en la lista del Convenio Ramsar»; en la actualidad y después de la reforma de 2020 «... se entenderá que una modificación puede tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente cuando suponga

(39) El art. 7. 2, letra c, de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA) establece que: «*Serán objeto de una evaluación de impacto ambiental simplificada: ... c) Cualquier modificación de las características de un proyecto del anexo I o del anexo II, distinta de las modificaciones descritas en el artículo 7.1.c) ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución, que pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente. Se entenderá que esta modificación puede tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente cuando suponga: 1.º Un incremento significativo de las emisiones a la atmósfera; 2.º Un incremento significativo de los vertidos a cauces públicos o al litoral; 3.º Incremento significativo de la generación de residuos; 4.º Un incremento significativo en la utilización de recursos naturales; 5.º Una afectación a Espacios Protegidos Red Natura 2000; 6.º Una afectación significativa al patrimonio cultural.*

Por su parte, el art. 7. 1, letra c, prevé que: «*Serán objeto de una evaluación de impacto ambiental ordinaria los siguientes proyectos: ... c) Cualquier modificación de las características de un proyecto consignado en el anexo I o en el anexo II, cuando dicha modificación cumple, por sí sola, los umbrales establecidos en el anexo I*».

un incremento de más del 30 por 100 de emisiones a la atmósfera, de vertidos a cauces públicos o al litoral, de generación de residuos, de utilización de recursos naturales, o cuando la modificación suponga una afección a espacios naturales protegidos, Red Natura 2000 o una afección significativa al patrimonio cultural» (40). Se elimina además el párrafo 2º de este art. 84. 2 que preveía que «*No obstante, tratándose de proyectos comprendidos en el anexo I de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, si el incremento supera el 50 por 100 de los citados parámetros, la modificación estará sometida a evaluación de impacto ambiental ordinaria*».

La consecuencia inmediata que se deriva de este precepto es la disminución del umbral a partir del cual debe someterse a EIA las modificaciones de actividades que tengan un efecto adverso significativo sobre el medio ambiente. Es decir, consiste precisamente en afirmar que, a partir de la entrada en vigor de la reforma legal, el medio ambiente de la Región de Murcia no sufre una afección con relevancia suficiente como para que se deba someter a EIA cuando aumentan al doble las emisiones contaminantes de una determinada instalación o actividad. Y ello sin que este notable cambio de criterio venga sustentado en ningún tipo de estudio, informe, análisis o memoria que proporcione una base científico-técnica y, desde luego tampoco, jurídica. El Preámbulo del Decreto-Ley, del que trae causa, tan sólo afirmaba que «*Aplicando la experiencia adquirida y los datos de los expedientes tramitados se hace necesario un reajuste de los valores en materia de seguimiento de instalaciones industriales, que garantizando la protección del medio ambiente y la salud humana no produzca una inmersión constante en procesos administrativos que invabilicen la actividad*».

Tratando de realizar una síntesis, se debe apuntar que esta modificación se enmarca en el artículo 7. 2, letra c), de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, LEA que exige evaluación ambiental simplificada para el siguiente supuesto: «*c) Cualquier modificación de las características de un proyecto del anexo I o del anexo II, distinta de las modificaciones descritas en el artículo 7.1.c) ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución, que pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente*».

La determinación de cuándo una modificación pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente quedan en el ámbito autonómico. La CARM acordó que esa afección tenía relevancia cuando superase un porcentaje, fijándolo en su día en un 15% y que, con la reforma de 2020, se

(40) Con esta nueva redacción, no queda claro si quedan reducidas las zonas protegidas a las de la «Red Natura 2000», lo que dejaría fuera otros espacios como, por citar un ejemplo especialmente significativo, el Mar Menor, humedal del convenio Ramsar. En cualquier caso, la mera introducción de la sombra de duda frente al dictado claro del precepto que se deroga nos impele a interrogarnos por la *mens legislatoris*, que de esta forma, consciente o inconsciente, expresa o implícita, introduce dudas donde antes había claridad.

ve incrementado hasta ese 30%. La consecuencia evidente es que se amplía el margen de contaminación «de más» hasta ese tanto por ciento que puede realizar una empresa sin necesidad de realizar nueva EIA. Por tanto, las emisiones a la atmósfera se podrán incrementar libremente hasta el límite del 30%, el volumen de vertidos a los cauces públicos o al literal hasta un 30%, la generación de residuos se puede igualmente incrementar hasta un 30%, en fin, pueden aprovechar hasta un 30% más de recursos naturales sin que pase nada. Pero, ¿esto significa que se ven superados los límites previamente autorizados? La única respuesta posible es la afirmativa porque, de lo contrario, la modificación incurre en una grave contradicción, pues la interpretación contraria resulta totalmente incomprensible ya que no tiene sentido permitir a una empresa que incremente su nivel de contaminación en un 30%, si las emisiones de esa empresa están por debajo de los límites contemplados en la autorización ambiental. Por otra parte, el nivel de contaminantes permitidos en la autorización ambiental resulta proporcional a la producción prevista, por lo que parece irreal plantear que se pueda producir un incremento de la producción dentro del margen de emisiones concedido. La única consecuencia posible del análisis de la modificación introducida es que con la ampliación de las instalaciones se produzca un aumento proporcional del nivel de producción y del de contaminación. Pero, por otra parte, un aumento en esa proporción de cada uno de las emisiones o impactos ¿no supone mucho más que un aumento del 30%? ¿Se han establecido límites de calidad ambiental, de impactos totales o cualquier otra garantía respecto a los efectos cumulativos, sinérgicos, en el área o poblaciones afectadas?... ¿Cuánto más realmente estamos permitiendo que se contamine sin control?...

En tercer lugar, se detecta el intento de desplazar la EIA de proyectos urbanísticos hacia los municipios, aunque, como se verá, el texto definitivo de la ley da un paso atrás —¿momentáneo? — frente a las pretensiones iniciales del Decreto-Ley. Se debe recordar, en este sentido, que el art. 85 LPAI regulaba, en su versión primigenia, los supuestos de EIA caso por caso. Sin embargo, a partir de la reforma 2016-2017 pasó a regular el carácter ambiental o sustantivo de los órganos que intervienen en la tramitación de procedimientos sometidos a EIA. El Decreto-Ley 5/2020 pretendía llevar hasta sus últimas consecuencias el desplazamiento de la EIA hacia los órganos municipales, por lo menos, en relación a los proyectos de urbanización o que afecten a supuestos regulados por la LOTURM.

Es por ello que se ha afirmado al principio de este estudio que la reforma de la LPAI hay que analizarla en paralelo con la reforma llevada a cabo, un poco antes, de la LOTURM sin que su troceamiento en piezas separadas y la falta de referencia expresa a la modificación de la LOTURM en el Decreto-Ley COVID anterior consigan ocultar lo que no es sino una reforma pensada con un mismo objeto y finalidad aunque el diseño del proceso de aprobación,

la estrategia si se quiere, haya preferido separar y diferir de este modo las medidas adoptadas con el efecto inmediato de dificultar su necesario análisis y valoración conjunta.

De este modo, si en la reforma 2016-2017 las reglas para la determinación del órgano sustantivo autonómico o municipal en el ámbito de la Región de Murcia se establecían de acuerdo con los siguientes criterios:

«a) En primer lugar, cuando el proyecto esté sometido a autorización o aprobación del órgano autonómico competente por razón de la materia, será este el que tenga la condición de órgano sustantivo a efectos de evaluación de impacto ambiental.

b) Cuando se trate de instalaciones sujetas al Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, será órgano sustantivo el órgano autonómico competente en materia de accidentes graves.

c) Cuando se trate de proyectos sometidos a autorización ambiental autonómica, distintos de los anteriores, el órgano sustantivo será la consejería con competencias en materia de medio ambiente si el municipio en que se ubica la instalación no supera los 50.000 habitantes; y el ayuntamiento en aquellos municipios de población superior a 50.000 habitantes.

d) En los proyectos no sometidos a autorización ambiental autonómica, distintos de los previstos en los apartados a) y b), el Ayuntamiento».

El Decreto-Ley, mediante la alteración del punto (sic) 2 de este art. 85 y el añadido de nuevos puntos (sic) 3 y 4, preveía su modificación en el siguiente sentido:

«a) Con carácter general, cuando el proyecto esté sometido a autorización o aprobación del órgano autonómico competente por razón de la materia, será este el que tenga la condición de órgano sustantivo a efectos de evaluación de impacto ambiental.

b) En los proyectos de explotación agrícola intensiva de áreas naturales, seminaturales e incultas será órgano sustantivo el órgano autonómico competente en materia de montes.

c) Cuando se trate de instalaciones sujetas al Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, será órgano sustantivo el órgano autonómico competente en materia de accidentes graves.

d) En los proyectos destinados a la cría de animales en explotaciones ganaderas, y a la producción de fertilizantes, fitosanitarios, productos alimenticios, mataderos y despiece de animales o subproductos animales, será

órgano sustantivo el órgano autonómico que ostente la competencia sobre el control de la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, siguiendo lo establecido en el artículo 5.1.d) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

e) Cuando se trate de proyectos sometidos a autorización ambiental autonómica, distintos de los anteriores, el órgano sustantivo será la consejería con competencias en materia de medio ambiente si el municipio en que se ubica la instalación su población de derecho no supera los 20.000 habitantes, y el ayuntamiento en aquellos municipios cuya población de derecho supere los 20.000 habitantes.

f) En los proyectos no sometidos a autorización ambiental autonómica, distintos de los previstos en los apartados a), b), c) y d) el órgano sustantivo será el Ayuntamiento» (nuevo apdo. 3º previsto en el Decreto-Ley).

En relación concreta a los proyectos de naturaleza urbanística el Decreto-ley señalaba: «*No obstante, en el caso de proyectos de desarrollo de los instrumentos regulados por la normativa autonómica sectorial en materia de ordenación del territorio y urbanismo, cuya aprobación corresponda a las entidades locales, actuará como órgano ambiental el ayuntamiento correspondiente al ámbito territorial del plan o programa. Los municipios con población menor de 20.000 habitantes, que no dispongan de recursos para llevar a cabo las funciones de órgano ambiental determinado por dicha normativa, podrán, previo convenio, encargar esta función al órgano ambiental autonómico determinado por la legislación autonómica en materia de evaluación ambiental»* (modificación del apdo. 2º prevista en el Decreto-Ley).

Finalmente, después de los debates parlamentarios y ante la realidad de la insuficiencia de los medios con que cuentan los órganos municipales para afrontar con garantías de independencia y calidad técnica las EIA, la versión finalmente aprobada de la Ley, eleva de los 20.000 a 50.000 habitantes el requisito para que el órgano local sea considerado órgano ambiental a efectos de la EIA. La redacción queda como sigue:

«1. Corresponde a la consejería con competencias en materia de medioambiente ejercer las funciones de órgano ambiental cuando se trate de la evaluación ambiental de proyectos que deban ser adoptados, aprobados o autorizados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia o las entidades locales de su ámbito territorial, o que deban ser objeto de declaración responsable o comunicación previa ante las mismas.

2. No obstante, en el caso de proyectos de desarrollo de los instrumentos regulados por la normativa autonómica sectorial en materia de ordenación del territorio y urbanismo, cuya aprobación corresponda a las entidades locales, actuará como órgano ambiental el ayuntamiento correspondiente al ámbito territorial del plan o programa, en los municipios con población superior a

50.000 habitantes. En resto de municipios, el ejercicio de las competencias que son propias del órgano ambiental podrá delegarse en los Ayuntamientos, siempre que acrediten la disposición de medios técnicos y personales necesarios para el ejercicio de la competencia.

3. Para la determinación del órgano sustantivo autonómico o municipal en el ámbito de la Región de Murcia, se tendrán en cuenta las siguientes reglas por orden de prioridad:

a) Con carácter general, cuando el proyecto esté sometido a autorización o aprobación del órgano autonómico competente por razón de la materia, será éste el que tenga la condición de órgano sustantivo a efectos de evaluación de impacto ambiental.

b) En los proyectos de explotación agrícola intensiva de áreas naturales, seminaturales e incultas será órgano sustantivo el órgano autonómico competente en materia de montes.

c) Cuando se trate de instalaciones sujetas al Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, será órgano sustantivo el órgano autonómico competente en materia de accidentes graves.

d) En los proyectos destinados a la cría de animales en explotaciones ganaderas, y a la producción de fertilizantes, fitosanitarios, productos alimenticios, mataderos y despiece de animales o subproductos animales, así como los vertidos tierra mar, será órgano sustantivo el órgano autonómico que ostente la competencia sobre el control de la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, siguiendo lo establecido en el artículo 5.1.d) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

e) Cuando se trate de proyectos sometidos a autorización ambiental autonómica, distintos de los anteriores, el órgano sustantivo será la consejería con competencias en materia de medio ambiente si el municipio en que se ubica la instalación su población de derecho no supera los 50.000 habitantes, y el ayuntamiento en aquellos municipios cuya población de derecho supere los 50.000 habitantes. En el resto de los municipios, el ejercicio de las competencias que son propias del órgano sustantivo podrá delegarse en los ayuntamientos, siempre que acrediten la disposición de medios técnicos y personales necesarios para el ejercicio de la competencia.

f) En los proyectos no sometidos a autorización ambiental autonómica, distintos de los previstos en los apartados a), b), c) y d) el órgano sustantivo será el Ayuntamiento».

Finalmente, la conciencia de las posibles contradicciones con la legislación básica estatal y con el Derecho de la UE en que se puede incurrir en

esta materia, no sólo con el espíritu sino incluso con su aplicación práctica, inclinan al redactor del Decreto-Ley a introducir a modo de salvaguarda un nuevo apdo. 4º, que se integra en la versión definitiva de la Ley, según el cual: «*La consejería competente en medio ambiente y las entidades locales tendrán en cuenta una adecuada separación de las funciones que puedan dar lugar a un conflicto de intereses cuando el órgano ambiental sea simultáneamente el órgano sustantivo en el proceso de evaluación ambiental del proyecto.*»

Un precepto vacío de contenido pero que pretende otorgar apariencia de garantía y de control de la capacidad técnica y de la imparcialidad de los órganos locales enfrentados a la responsabilidad de desempeñarse como órganos ambientales a efectos de la EIA con la inmediatez y la íntima interacción con los promotores privados, siempre tan presente en la realidad local. Si bien este nuevo apartado prevé los conflictos que se van a producir al converger en el mismo órgano municipal el carácter de sustantivo con el del ejercicio de las funciones ambientales, en realidad, las modificaciones realizadas promueven una grave desprotección de la perspectiva ambiental puesto que será la misma entidad local la que tramite los procedimientos y los supervise, sin que exista ningún órgano externo de control y supervisión. Por otra parte, este apdo. 4º no establece ninguna medida concreta que salvaguarde el conflicto de intereses a los que se refiere, con posible vulneración del art. 3. 2 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, cuando establece que: «*Las Administraciones Públicas garantizarán que el órgano ambiental y el órgano sustantivo ejerzan las funciones derivadas de la presente ley de manera objetiva, y aplicarán en su organización una adecuada separación de las funciones que puedan dar lugar a un conflicto de intereses cuando el órgano ambiental sea simultáneamente el órgano sustantivo o el promotor del plan, programa o proyecto.*»

Desde otro punto de vista, se debe apuntar que la asunción del papel de órgano ambiental por los municipios permite a la Administración regional desligarse de una visión del medio ambiente como un conjunto de interrelaciones que van, en la mayor parte de los casos, mucho más allá de los estrictos confines a que se extienden los términos municipales donde pueden ejercer su jurisdicción los órganos municipales. Y, en cualquier caso, alienta la competitividad entre las entidades locales, conscientes de que el promotor preferirá instalarse en el término que menores requisitos ambientales le exija.

Un cuarto elemento que debe ser objeto de análisis viene referido a los supuestos de exclusión del trámite de EIA por motivos excepcionales que, en mi consideración, tratan de normalizar la excepción para convertirla casi en la regla. De este modo, el art. 86 LPAL, que permanecía inmodificado desde 2009, también ha sido objeto de alteraciones que afectan tanto a su estructura como al contenido. Así, se elimina del apdo. 1º la previsión de que por Ley de la Asamblea regional se aprobaran proyectos excluidos específicamente del

trámite de EIA para expresar ahora que «*El Consejo de Gobierno, a propuesta del órgano sustantivo y oído el órgano ambiental, mediante acuerdo motivado podrá excluir del trámite de evaluación de impacto ambiental a los proyectos que se encuentren en los supuestos excepcionales recogidos en la normativa básica estatal. Dicho acuerdo de exclusión decidirá si procede someter el proyecto excluido a otra forma alternativa de evaluación que cumpla con los principios y objetivos de dicha legislación básica y que realizará el órgano sustantivo*». Esta posibilidad se encontraba prevista antes de la actual reforma en el apdo. 2º de este art. 86 y respecto de la cual se pueden señalar algunas diferencias de matiz: si tanto en la versión original de la LPAI como incluso en el Decreto-Ley se preveía la posibilidad de que la propuesta de exclusión se hiciera por parte del órgano ambiental, en la redacción definitiva finalmente aprobada se elimina esa capacidad de propuesta para ser sustituida por un simple trámite de audiencia (art. 86. 1: «*oído el órgano ambiental*»).

Por último, la evaluación alternativa a que debe someterse el proyecto excluido corresponde, de acuerdo con la reforma realizada, al órgano sustantivo cuando en la versión original de la LPAI no se decía nada a este respecto lo que hacía más bien corresponder esa función al órgano ambiental puesto que, en definitiva, se trata de la evaluación de impacto ambiental y así lo exige el principio de especialidad funcional orgánica.

Por último, esta amplia y profunda modificación del instituto de la EIA en la LPAI culmina con esta, de menor calado, referente al seguimiento y vigilancia de la DIA prevista en el art. 99 que se adecúa, en su apdo. 1º, a las nuevas concordancias consecuencia de las modificaciones realizadas con el único añadido del llamamiento a la lealtad institucional (art. 5. 1 LPAI) como principio que rige las relaciones de cooperación y colaboración interadministrativa.

O) La nueva regulación de la evaluación ambiental estratégica: los inexplicados vaivenes de las sucesivas reformas

El Tit. V LPAI relativo a la «Evaluación ambiental de planes y programas» (arts. 100 a 111, aunque este último que regulaba las reglas de inserción del trámite de evaluación ambiental en los procedimientos de planeamiento urbanístico fue ya derogado en 2015 con la aprobación de la LOTURM) (41) sufre una reelaboración completa.

(41) La LOTURM derogó igualmente el Anexo IV LPAI que originalmente regulaba la aplicación del régimen de evaluación ambiental a los instrumentos de planeamiento urbanístico. Anteriormente, la Ley 2/2014, de 21 de marzo de Proyectos Estratégicos, Simplificación Administrativa y Evaluación de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia había retocado algunos aspectos esenciales de la LPAI en relación a la evaluación ambiental de planes urbanísticos. Así suprimió, en este mismo Anexo IV, la letra c) de su

En este sentido, el art. 100 («Objetivos y finalidad») recoge el concepto legal de evaluación ambiental estratégica (en adelante, EAE) de acuerdo con lo que establece el art. 5. 2 d) de la Ley 21/2013 y establece la obligación de adaptarse a la legislación básica estatal para la elaboración de planes y programas. En cierto modo, representa un desandar el camino iniciado con la reforma realizada en 2016-2017 cuando este mismo precepto de la LPAL fue modificado para hacerle decir simplemente que «*Es de aplicación en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la legislación estatal de evaluación ambiental estratégica, sin más particularidades que las contenidas en esta ley, en la legislación urbanística y demás normativa reguladora de los procedimientos de elaboración y aprobación de planes y programas*». El nuevo apdo. 2º hace referencia a la concurrencia de distintos planes o programas que deban de ser objeto de EAE para establecer, en su párrafo 2º, una jerarquía de las distintas evaluaciones que se practiquen cuando señala que en el estudio inicial estratégico y territorial y el estudio ambiental estratégico, en su caso, del plan o programa se deberán tener en cuenta la evaluación ya realizada y las decisiones tomadas en la evaluación del instrumento superior. El apdo. 3º contempla el supuesto de que el trámite de EAE se realiza sobre un plan de ordenación territorial o urbanística que incluya infraestructuras de titularidad estatal o regional, indicando que tales infraestructuras no deben de ser objeto de una nueva evaluación ambiental (42).

El apdo. 4º contempla el supuesto de tramitación paralela y simultánea del procedimiento de EAE y del procedimiento de EIA de los proyectos que los desarrollen cuando ambos procedimientos se tramiten ante el mismo órgano ambiental. Impone la limitación de que no se puedan emitir el Informe de Impacto Ambiental (informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental simplificada) o la Declaración de Impacto Ambiental (informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental ordinaria) hasta que no se hayan emitido el Informe Ambiental Estratégico (resolución con

apdo. 3º, según el cual: «*Quedan también sujetos directamente a evaluación ambiental de planes y programas los siguientes instrumentos de planeamiento urbanístico, aunque no se encuentren comprendidos en los supuestos generales de sujeción del artículo 104... c) Los planes especiales que afecten al suelo no urbanizable protegido*».

(42) El apoyo parece encontrarse en la disposición adicional quinta LEA sobre concurrencia y jerarquía de planes o programas: «*1. Cuando exista una concurrencia de planes o programas promovidos por diferentes Administraciones públicas, éstas deberán adoptar las medidas necesarias con el fin de que puedan complementarse y para evitar que se produzca una duplicidad de evaluaciones, asegurando que todos los efectos ambientales significativos de cada uno son convenientemente evaluados. 2. Cuando los planes y programas se estructuren en distintos ámbitos jerárquicos de decisión de una misma Administración pública, la evaluación ambiental en cada uno de ellos deberá realizarse teniendo en cuenta la fase del proceso de decisión en la que se encuentra el plan o programa, para evitar la duplicidad de evaluaciones*

.

la que finaliza la evaluación ambiental estratégica simplificada) o la Declaración Ambiental Estratégica (informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación ambiental estratégica ordinaria).

El nuevo art. 101 LPAI enumera en su apdo. 1º los planes, programas y sus modificaciones que son objeto de EAE, con remisión a la legislación básica estatal. Indica que la EAE deberá realizarse antes de la aprobación definitiva de los planes, programas o modificaciones y, en relación a la anterior redacción del precepto, suprime la mención que se hacía a la «legislación urbanística u otra legislación reguladora de los procedimientos de elaboración y aprobación de planes y programas», sin que ello pueda significar que tales planes y programas derivados de legislación urbanística dejen de estar sujetos a la EAE (43).

En su apdo. 2º mantiene que la normativa sectorial que sea aplicable a un plan o programa podrá establecer los planes o programas que cumplen las condiciones indicadas en la legislación básica estatal exigidas para que un plan o programa o sus modificaciones deba de ser sometido a EAE. Esta misma normativa sectorial podrá establecer cuándo las modificaciones se consideran menores o cuándo los planes se consideran afectos a zonas de reducida extensión. Esta referencia a la «normativa sectorial» está prefigurando que será la legislación de ordenación del territorio y la urbanística la que llevará a cabo esa delimitación (44).

(43) En la LEA estatal, su art. 6 indica los planes y programas que deberán de ser objeto de EAE ordinaria («1. Los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración pública y cuya elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, cuando: a) Establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y se refieran a la agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo; o bien, b) Requieran una evaluación por afectar a espacios Red Natura 2000 en los términos previstos en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. c) Los comprendidos en el apartado 2 cuando así lo decida caso por caso el órgano ambiental en el informe ambiental estratégico de acuerdo con los criterios del anexo V. d) Los planes y programas incluidos en el apartado 2, cuando así lo determine el órgano ambiental, a solicitud del promotor») o simplificada («2. Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica simplificada: a) Las modificaciones menores de los planes y programas mencionados en el apartado anterior. b) Los planes y programas mencionados en el apartado anterior que establezcan el uso, a nivel municipal, de zonas de reducida extensión. c) Los planes y programas que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos mencionados en el apartado anterior»).

Fue la reforma de 2016-2017 la que añadió esa más o menos críptica referencia a «... u otra legislación reguladora de los procedimientos de elaboración de los planes y programas».

(44) Vid. *infra* en este mismo estudio el análisis de la reforma de la LOTURM.

En fin, en su apdo. 3º se considera que un plan o programa actúa como marco para la autorización de futuros proyectos cuando en dicho plan o programa se incluyan condiciones determinantes para su aplicación directa en las autorizaciones de futuros proyectos «... ya sea en cuanto a su ubicación, naturaleza, dimensiones u otros requisitos específicos que los definan, independientemente de que estos estén sometidos a régimen de autorización, declaración responsable o de comunicación previa».

El art. 102 LPAI atribuye en su apdo. 1º la condición de órgano ambiental al órgano autonómico en los siguientes supuestos: por una parte, a los planes, programas y sus modificaciones cuya elaboración corresponda a la Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, a aquellos en los que, aun correspondiendo su aprobación final o definitiva a la administración autonómica, en alguna de sus fases de aprobación intervenga tanto la administración local como la autonómica.

En su apdo. 2º se observa el mismo fenómeno que ya se ha constatado en sede de EIA: el intento de desplazar a los municipios la responsabilidad para la tramitación de los procedimientos de EAE de planes urbanísticos que, si bien en el Decreto-Ley era radical, se ve fuertemente matizada en la definitiva redacción que incorpora la Ley (45).

Por último, los arts. 103 a 111 LPAI, cuyo contenido había sido derogado en la reforma 2016-2017, recuperan su dedicación originaria en la LPAI de 2009 y pasan ahora a incluir una regulación completa del procedimiento de EAE: art. 103 («Fases de la EAE»), art. 104 («Inicio del procedimiento. Solicitud de inicio»), art. 105 («Consultas previas a las AAPP afectadas y pronunciamiento del órgano ambiental»), art. 106 («Elaboración de la versión preliminar del plan o programa y del estudio ambiental estratégico»), art. 107 («Información pública, informes sectoriales preceptivos y consultas ambientales a las administraciones públicas afectadas. Expediente de evaluación ambiental estratégica»), art. 108 («Análisis técnico del expediente y Declaración Ambiental Estratégica»), art. 109 («Aprobación del plan o programa sometido a evaluación ambiental estratégica ordinaria y publicidad»), art. 110 («Vigencia, prórroga y modificación de la declaración ambiental estratégica»).

Se carece en estos momentos de criterios de juicio suficientes para determinar la necesidad de recuperar esta regulación de la EAE en la CARM cuando hace tan sólo unos pocos años se había decidido en 2016, igualmente a través de Decreto-Ley, su simple y llana desaparición (46).

(45) *Vid. supra* comentarios realizados en sede de EIA, art. 85 LPAI, en cuanto se reproduce aquí el mismo intento que se constató en el anterior de desplazar lo urbanístico al ámbito local.

(46) Para una visión actual y comparativa entre las diferentes CCAA de la ordenación del territorio en España *vid. FARINÓS DASI, J. (coord.) (2021), Marco legal y procedimental de la ordenación del territorio en España: diagnóstico y balance*, Aranzadi, Cizur Menor.

3. Conclusiones parciales y provisionales sobre el alcance de la reforma de la LPAI realizada: desordena que algo queda...

Como se ha ido señalando, son muchos los riesgos no sólo ambientales sino incluso para el propio Estado de Derecho que plantean algunas de las modificaciones realizadas y que requieren de la doctrina un esfuerzo de reconstrucción teórica que permita valorar globalmente esta cascada de cambios parciales que, desde una óptica fuertemente desreguladora, ponen en riesgo nuestro futuro en común. ¡Qué ardua la reconstrucción del puzzle cuando las reglas del juego están escondidas!

El Derecho ambiental, inserto de este modo en un proceso de deconstrucción desde paradigmas neoliberales, está actuando de nuevo como terreno de prueba de muchas de las transformaciones que, en virtud de diversos factores, está experimentando el ámbito y el papel reservado a los poderes públicos en su misión de garantizar objetivos de interés general.

Ciertamente, los responsables políticos se encuentran constantemente en la encrucijada que supone encontrar un adecuado equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, por una parte, y la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, por otra. Por ello, hace ya tiempo que la Comisión europea apeló al necesario equilibrio de intereses con el fin de justificar la adopción de las medidas proporcionadas, no discriminatorias, transparentes y coherentes, lo cual exige un proceso de toma de decisiones estructurado que cuente con información científica pormenorizada y con datos objetivos de los que la modificación de la LPAI queda completamente ayuna (47).

III. LA DESREGULACIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DEL URBANISMO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 2/2020

1. El proteico contenido de la Ley 2/2020 encuentra su *leit motiv* en la desregulación de diversos sectores de intervención administrativa

La Ley 2/2020 acomete la reforma de diversos sectores de intervención administrativa y, a pesar de que entre esa pluralidad de contenidos no puede detectarse ninguna unidad de sentido, sí es cierto que todas responden a una misma filosofía desreguladora que, a la postre, deviene en el verdadero *leit*

(47) Cfr. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución (COM/2000/0001 final) (accesible en <https://eur-lex.europa.eu/>).

motiv de la norma (48). Expondremos, en primer lugar, una visión general de los contenidos de la Ley para centrar nuestro estudio, en un segundo momento, en la modificación que afecta a la planificación del territorio y del urbanismo.

En este sentido, el capítulo I de la Ley 2/2020, compuesto por un artículo único que se divide en quince apartados, modifica la Ley 3/1996 de 16 de mayo de Puertos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para, en síntesis, ampliar los usos de los puertos deportivos; simplificar la tramitación administrativa «... para la organización de actividades náuticas, de fomento de la cultura de la sostenibilidad y lucha contra el cambio climático» y, sobre todo, para agilizar las solicitudes de concesión o autorización ...con el objeto de dinamizar la economía». En esta misma filosofía, se flexibilizan los informes sectoriales necesarios para otorgar autorizaciones y concesiones, reduciendo los plazos de emisión y limitándolos a los preceptivos y, en fin, se dice introducir un «mercado» de cesión de derechos concesionales sobre los puntos de amarre (49).

El capítulo II modifica la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, del Transporte Público de Personas en Vehículos de Turismo por medio de Taxi para que se permita a los titulares de las licencias compatibilizar su empleo con otras dedicaciones y se amplíen el número de viajeros y se flexibilicen algunos otros requisitos para el ejercicio de la actividad (50).

(48) El único contenido que responde a una finalidad diferente —a saber, lograr inclinar el apoyo parlamentario en favor de la aprobación del conjunto de medidas previstas en la Ley— consiste en la inclusión en su disposición final primera de una amnistía a los beneficiados por ayudas por el terremoto de Lorca en 2011 que todavía no habían justificado su utilización para la finalidad con que se otorgaron los fondos percibidos.

(49) De la amplitud de la reforma en materia de puertos da cuenta el listado de preceptos de la Ley CARM 3/1996 afectados: arts. 5. 1 (elimina el apdo. 2º), art. 6.1 y 2, art. 7.1 y 4 (elimina apdos. 5 y 6), art. 8.1 y 2, art. 9. 2, art. 11, art. 16. 4, 6 y 10 (añade dos nuevos apdos. 12 y 13), art. 29, art. 30. 4, art. 33, art. 35 (letra a), art. 36, art. 37 y, en fin, art. 41.

(50) En el preámbulo de la Ley 2/2020 se afirma que esta actividad no tiene naturaleza de servicio público, aunque sí sea de interés social y la finalidad de la reforma consiste en flexibilizar su régimen jurídico «a todos los niveles». Destaca esa negación de la naturaleza de servicio público cuando la propia Ley de 2014 reformada señala en su E. de M. que se establecen en ella «los principios generales a los que debe sujetarse la prestación de este tipo de transporte, teniendo en cuenta la naturaleza de servicio público de carácter impropio que le atribuye la doctrina y la jurisprudencia», con remisión al todavía vigente Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros. Por otra parte, su art. 1 define su objeto como «la regulación de los servicios de transporte público urbano e interurbano de viajeros realizados en vehículos de turismo, que transcurran íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia».

En cualquier caso, los preceptos de la Ley afectados por la presente reforma liberalizadora son los siguientes: art. 2, letra a (límite capacidad del vehículo: 9 plazas); art. 14., apdo. 1º

Su capítulo III afecta a la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia. Se debe destacar de esta reforma, en apretada síntesis, algunos de sus elementos más sobresalientes: en primer lugar, se establece que la licencia de primera ocupación que emitan los municipios sirve como calificación administrativa finalizadora del procedimiento de declaración de vivienda protegida; se elimina, en segundo lugar, la condición por la que toda vivienda protegida está sujeta al régimen legal de protección mientras se mantenga la calificación del suelo; se suprimen los derechos de tanteo y retracto que tenía la Administración sobre las viviendas protegidas (arts. 34 y 49) (51). Además, se autoriza la cesión de las viviendas protegidas a aquellos titulares de contratos de alquiler que lleven veinticinco años pagando con regularidad todas sus cuotas y aquellos otros que, aunque sólo lleven diez años, concurren en ellos alguna circunstancia como ser mayor de 65 años, mayores de 50 años en situación de desempleo de larga duración, familias monoparentales, mujeres víctimas de violencia de género, víctimas del terrorismo, familias numerosas y familias con una o más personas con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, así como la regulación del régimen de precario (52).

En cualquier caso, la Ley supone un freno a muchas de las medidas desreguladoras que se pretendían introducir a través del Decreto-Ley. Así, ejemplo significativo, el Decreto-Ley eliminó el apdo. 2º del art. 25 sobre régimen legal de protección de viviendas protegidas establecía que: «*En todo caso, las viviendas protegidas edificadas sobre suelos destinados por el planeamiento urbanístico a la construcción de vivienda protegida estarán sujetas al régimen legal de protección mientras se mantenga la calificación del suelo*». Su pretendida supresión mediante Decreto-Ley suponía una grave desprotección de las viviendas protegidas, ya que al eliminar la prohibición que contenía, permitía que suelos con viviendas que gozaban de algún régimen de protección pública pudieran ver modificada su finalidad para pasar a ser destinados a la cons-

(prestación del servicio); art. 17, apdo. 1º (aumento de la capacidad a nueva plazas); art. 9 (supresión de la exigencia de plena o exclusiva dedicación, además de la supresión del límite máximo conductores contratados); art. 20, apdo. 1 (introducción de las TICs y fomento de la reducción de las emisiones de los vehículos); art. 24 («plazas individualizadas»); art. 30, apdos. 1 y 4 (cálculo de la tarifa); y, en fin, art. 35, apdo. 12 (suprimido).

(51) La pretensión del Decreto-ley de suprimir el Registro administrativo de viviendas protegidas fue excluida finalmente del texto de la Ley después de los debates parlamentarios.

(52) El conjunto de preceptos específicamente reformados son los siguientes: art. 10. 1; art. 22. 2 —*Licencia de primera ocupación*—; se añade un nuevo apdo. 3º al art. 22; art. 25. 2, art. 33 —*Registro de demandantes de vivienda protegida*— (el Decreto-Ley lo eliminaba, pero fue recuperado en la tramitación como Ley); art. 34; art. 41; art. 42; y, art. 43. Asimismo, se modifican los artículos 51, 56, 59 ter, 59 quáter y 62 relativos al Servicio regional de Orientación y Mediación Hipotecaria. Por último, se elimina la disposición transitoria segunda.

trucción de vivienda en régimen libre y no de protección. Esta liberalización de suelos afectos a vivienda en régimen de protección estaba orientada a facilitar que, mediante operaciones de reforma interior, de planes especiales, en manzanas que hoy albergan vivienda protegida de cierta antigüedad, pero donde el valor del suelo es alto por la localización que tienen en la ciudad, se construyera vivienda libre que, a buen seguro, hubiera resultado inasequible para quienes habitan estos barrios más humildes o deprimidos. La supresión de este artículo venía en definitiva a restar capacidad a los poderes públicos para hacer efectivo el derecho a la vivienda que tienen los ciudadanos al desproteger suelos y liberalizarlos para la construcción de vivienda libre a la que solo puede acceder quienes tienen una determinada capacidad económica, sin tener en cuenta el derecho a la vivienda que tienen todas las personas (53). Después de los debates parlamentarios, el texto de la Ley 2/2020 vuelve a recoger el contenido del apdo. 2º del art. 25 que había pretendido eliminarse.

Por último, se debe consignar aquí que el posterior Decreto-Ley 10/2020, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia lleva a cabo una nueva reforma de la Ley 6/2015 de vivienda que pasa a denominarse «Ley de Vivienda y Lucha contra la Ocupación de la Región de Murcia» (54).

2. En especial, la reforma de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia

A) ¿Una reforma en sentido ambiental?: las «nuevas» finalidades atribuidas a la actividad administrativa en materia urbanística

Se modifica, en primer lugar, la redacción del apdo. 11 del art. 5 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia (en adelante, LOTURM) que, en su redacción original, declaraba que «*La actividad administrativa en materia de urbanismo tendrá, en aplicación de los principios constitucionales de la política económica y social, entre otras, las siguientes finalidades: ... 11. Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua,*

(53) En cualquier caso, estas actuaciones de reforma interior deberán garantizar a los moradores los derechos de realojo y retorno que señala el art. 19 del *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*.

(54) Este Decreto-Ley modifica, además, la Ley 2/2012, de 11 de mayo, sobre ayudas para los damnificados por el terremoto de Lorca y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación. Con la nueva redacción se añaden los principios de «... desarrollo sostenible, a la protección del medio ambiente y de la salud humana y al uso racional de los recursos naturales de la sociedad y el territorio, con ordenación de usos residenciales y productivos acordes al interés general, de los equipamientos y servicios...».

B) La eliminación de los instrumentos de coordinación interadministrativa: la supresión de la Comisión de Coordinación Política Territorial

La Comisión de Coordinación Política Territorial (en adelante, CCPT) era un órgano constituido por representantes de todas las Consejerías del Gobierno CARM así como de la Federación de Municipios y de la Administración general del Estado que el art. 15 LOTURM (55) definía como órgano regional, de carácter consultivo, «... que asegura la colaboración y coordinación interadministrativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo y asegura la participación en la elaboración y el seguimiento de los instrumentos de ordenación territorial» (apdo. 1º) (56).

Sin embargo, el Decreto-Ley y luego la Ley consideran que todas las AAPP allí representadas participaban de una u otra manera en la elaboración de los distintos planes de ordenación territorial y que, por tanto, su existencia era redundante. Sus funciones pasan a ser desempeñadas por el Consejo Asesor de Política Territorial (art. 16 LOTURM) (57).

La relevancia de la supresión de este órgano se hace manifiesta con el análisis de los preceptos de la LOTURM que preveían la intervención de este órgano y que resultan afectados por su supresión:

— Art. 36, apdo. 3º: se elimina el previo informe de la CCPT para la aprobación inicial de los instrumentos de ordenación del territorio (Directrices, Planes OT y Programas de Actuación Territorial). A partir de esta reforma, la aprobación inicial corresponde al consejero, ya sin informe del órgano suprimido.

(55) Su eliminación obliga también a la eliminación de la referencia a la Comisión de Política Territorial que hacía el art. 14 —«Órganos territoriales y urbanísticos de la Comunidad Autónoma»—, en su letra d).

(56) El Decreto CARM 59/2001, de 27 de julio, regulaba su organización y funcionamiento.

(57) El Decreto CARM 66/2002, de 8 de marzo, regula la organización y funcionamiento de este Consejo Social de Política Territorial de la Región de Murcia en la que se aprecian diferencias relevantes respecto a la prevista para la CCPT suprimida: sólo existen representes del Gobierno regional y de los sectores sociales interesados.

- Art. 42, apdo. 2º: se elimina el previo informe de la CCPT en la elaboración del Plan Cartográfico Regional.
- Art. 65, apdo. 2º: se elimina el previo informe de la CCPT en la aprobación inicial de las Estrategias del Paisaje (58).
- Art. 68: se elimina el previo informe de la CCPT en la aprobación inicial de la Estrategia de Gestión Integrada de Zonas Costeras (GIZC) (59).
- Art. 70, apdo. 2º: se elimina el previo informe de la CCPT en la aprobación inicial de la tramitación de los instrumentos de ordenación del territorio, planes de ordenación de playas y Estrategias territoriales.
- Art. 161 —«Resolución definitiva del plan general»—, apdo. 2º, se elimina el previo informe de la CCPT antes de la decisión del consejero en la Resolución definitiva del Plan General. Se suprime de este modo un control y una fiscalización de la labor de la Consejería, sobre todo, si tenemos en cuenta que, a partir de la reforma analizada, el PGOM se aprueba por el consejero, incluso mediante silencio administrativo...

(58) La desaparición de la CCPT nos impulsa a preguntarnos sobre cómo se materializa la coordinación en esta materia a que obliga ese mismo apdo. 1º del art. 65 LOTURM.

El sitio web del Sistema de Información Territorial de la Región de Murcia (accesible en sitmurcia.carm.es/portal-del-paisaje) da cuenta de una aprobación inicial en 2011 y permite acceder a un documento denominado «Estrategia del Paisaje de la Región de Murcia». Entre otros importantes aspectos en ese mismo documento se recoge la falta de una adecuada coordinación administrativa (Apdo. 3, p. 9: diagnóstico. Se insiste en pp. 17 y 20: se hace referencia expresa al importante papel de la CCPT; p. 30, subproyecto 06: se destaca la necesidad de coordinación); se exponen los riesgos de los desarrollos periurbanos, de la ciudad difusa (Apdo. 3º Diagnóstico, p. 11).

(59) La GIZC en la CARM sufre un importante retraso. Sólo se encuentra en trámite desde 2016 la del Mar Menor. El último acto en su tramitación consiste en la formulación de Declaración ambiental estratégica (DAE) mediante Resolución, de 22 de octubre de 2019, de la Dirección General de Medio Ambiente; es decir, unos pocos días después de la mortalidad masiva de peces y crustáceos por anoxia que se manifestó el día 12 de octubre de ese mismo año. Esta Resolución se publica en el BORM del día 02/11/2019 y está pendiente de aprobación definitiva por el Consejo de Gobierno. De forma paralela, el 10 de octubre de 2019 se había aprobado el Plan de Gestión Integral de los Espacios Protegidos del Mar Menor y de su franja litoral que estaba pendiente desde hacía muchos años. En este documento se anuncian posteriores planes, programas orientados a evitar la proliferación de urbanizaciones, luchar contra el cambio climático, eliminar obras que dificultan la circulación del agua (diques, espigones...) y, entre otras, la ordenación de los usos en playas, puertos y actividades náuticas.

Los medios de comunicación nos dan noticia de que «El Consejo de Gobierno aprueba la Estrategia de Gestión Integrada de Zonas Costeras en el Mar Menor y su entorno» (31/03/2021. Accesible en <https://www.murcia.com/region.asp>). Según este medio: «El Consejo de Gobierno de la Región de Murcia ha dado hoy luz verde a la Estrategia de Gestión Integrada de Zonas Costeras en el Mar Menor y su entorno, el instrumento más importante de cuantos ha podido impulsar el Gobierno regional, ya que define la hoja de ruta de actuaciones concretas para alcanzar y mantener un buen estado ambiental del Mar Menor y un desarrollo socio ecológico sostenible en su entorno».

C) La nueva posibilidad de planes municipales de ordenación de playas

Se modifica el art. 53 —«Elaboración y competencia»— del Capítulo II —«Planes de Ordenación de Playas»— del Tít. III —«Ordenación del Litoral» (arts. 48-58 LOTURM)— para pasar a prever que los municipios puedan aprobar planes de ordenación, si así lo autoriza la Consejería: «*La elaboración de los Planes de Ordenación de Playa podrá corresponder al ayuntamiento donde se ubique la playa a ordenar, siempre que la consejería lo autorice o a la consejería competente en materia de ordenación del litoral. En los Planes de Ordenación de Playa que afecten a más de un municipio, la competencia corresponderá a la consejería*». Estos nuevos planes municipales estarían exentos de EAE ordinaria (disp. adic. 1º, apdo. 1º, letra b) pero sí a EAE simplificada (disp. adic. 1º, apdo. 2º, letra b) de la Ley 2/2020.

D) La confusa ampliación del régimen transitorio en suelo urbanizable: modificación transitoria sólo a los —inconfesados— «efectos oportunos»

El Decreto-Ley 3/2020 preveía la ampliación del régimen transitorio en suelos urbanizable sectorizado y sin sectorizar mediante la modificación de los arts. 100. 2 y 101. 1 LOTURM con la finalidad de favorecer la agilidad del desarrollo de las herramientas urbanísticas y la inversión empresarial. En concreto, su E. de M. justificaba de este modo las modificaciones señaladas: «*Se amplía el régimen transitorio en suelos urbanizable sectorizado y sin sectorizar a través de la modificación de los artículos 100. 2 y 101. 1, con el fin de favorecer la agilidad del desarrollo de las herramientas urbanísticas y la inversión empresarial*». Sin embargo, dicha modificación no tiene acceso finalmente al texto de la Ley que queda en este extremo inalterada. No obstante, debe mencionarse la aprobación —con entrada en vigor desde el mismo día de su publicación— del Decreto-Ley 7/2020, de 18 de junio, de medidas de dinamización y reactivación de la economía regional con motivo de la crisis sanitaria (COVID-19) (60). Su Título III de «Medidas administrativas» (arts. 5 a 10), recoge, como señala su E. de M. «... diversas modificaciones de tipo procedural detectadas como consecuencia de la ejecución de las mismas en este período, como adaptación de plazos de tramitación y modificaciones en diversas normas vigentes en el ámbito regional que precisan de una mejora regulatoria, entre otras...». Por su parte, la disposición transitoria única prevé la aplicación con efectos retroactivos a los expedientes en trámite iniciados con anterioridad, «*las modificaciones efectuadas por el presente Decreto-Ley*

(60) BORM, núm. 140, de 19 de junio de 2020.

a la Ley 30/2015 de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia» (61).

En concreto, su art. 6 modifica los arts. 100 (62) y 101. 1 (63) LOTURM que regulan el régimen transitorio de edificación y uso en suelo urbanizable sectorizado y, respectivamente, sin sectorizar. Nuestra sorpresa proviene del hecho de que estos preceptos ya habían sido reformados por el anterior Decreto-ley 3/2020, de 23 de abril. Por su parte, la Ley 2/2020, de 27 de julio, que lo transforma en Ley guarda un absoluto silencio sobre estas cuestiones: ¿qué sucedió entre abril y junio para que se reformara de forma apresurada e inmotivada la recién acometida reforma en materia de régimen transitorio de usos del suelo? ¿A quién o quienes beneficiaron o perjudicaron las medidas adoptadas en junio? ¿Por qué la Ley del mes siguiente que lo aprueba como Ley no hace ninguna referencia al de junio?... ¿Qué finalidad ha tenido la

(61) Disposición transitoria única —«Efectos de la modificación de la Ley 30/2015, de 30 de marzo de Ordenación Territorial y Urbanística»: «Las modificaciones en el presente Decreto Ley relativas a los artículos 100 y 101 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia, serán de aplicación a los expedientes en trámite iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto Ley».

(62) «1. Hasta tanto se apruebe el correspondiente planeamiento de desarrollo, en el suelo urbanizable sectorizado no podrán realizarse obras o instalaciones, salvo los sistemas generales que puedan ejecutarse mediante planes especiales y las de carácter provisional previstas en esta ley. 2. No obstante, cuando el Plan General establezca una pre ordenación básica del sector o se haya aprobado inicialmente el planeamiento de desarrollo, se admitirán edificaciones aisladas destinadas a industrias, hoteleras en todas sus categorías, actividades terciarias o dotaciones compatibles con su uso global, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el planeamiento y las garantías que se establecen en esta ley. 3. Igualmente podrán autorizarse las edificaciones a las que se refiere el párrafo anterior, cuando se haya aprobado inicialmente una modificación del planeamiento de desarrollo vigente, de conformidad con sus condiciones, siempre que no perjudiquen los derechos urbanísticos de los propietarios del sector, previa audiencia a los mismos y con las garantías que se establecen en esta Ley. 4. Las autorizaciones contempladas en este artículo se otorgarán condicionadas al efectivo cumplimiento de las determinaciones urbanísticas que se contengan en la aprobación definitiva del planeamiento de desarrollo. Igualmente, en ningún caso se podrá superar el aprovechamiento resultante del sector referido a la superficie de la actuación. El autorizado no tendrá derecho a indemnización alguna si tuviere que adaptar la edificación por la entrada en vigor de la aprobación definitiva del planeamiento de desarrollo. 5. Este régimen transitorio quedará suspendido cuando se alcance el treinta por ciento del aprovechamiento del sector o de su superficie, computando la superficie total ocupada por las actuaciones».

(63) «1. Hasta tanto se apruebe el correspondiente planeamiento de desarrollo, en el suelo urbanizable sin sectorizar podrán realizarse obras o instalaciones de carácter provisional previstas en esta ley, y aquellos sistemas generales que puedan ejecutarse mediante planes especiales, quedando el resto de los usos y construcciones sujetos al régimen de este artículo, con las condiciones señaladas en los artículos siguientes.

Una vez aprobado inicialmente el planeamiento de desarrollo se admitirá el régimen transitorio establecido en el artículo 100 con las condiciones del mismo».

doble modificación durante unos breves meses del régimen transitorio en suelo urbanizable? (64).

E) La modificación de la tipología de los tipos de planes urbanísticos: el diablo está en los detalles

Se modifica el nombre de la sección 1º —«Tipos de planes»— del capítulo I —«Instrumentos de planeamiento urbanístico»— del Título VII —«Planeamiento urbanístico municipal» (arts. 113-178 LOTURM)— para pasar a denominarse «Tipos de planes e instrumentos complementarios». A continuación, se altera el apdo. 2º del art. 113 para eliminar los Estudios de Detalle y se crea un nuevo apdo. 4º a partir del cual los Estudios de Detalle se definen como instrumentos complementarios (E. de M.: «instrumentos ágiles de adaptación de pequeñas actuaciones urbanísticas») ¿Qué se gana sacando los Estudios de Detalle del apdo. 2º del art. 113 como instrumentos de desarrollo del PGOM y crear una nueva categoría en el apdo. 4º donde se le atribuye una función de complemento?

La clave está en su exclusión del procedimiento de EIA. De este modo, se procede a modificar el apdo. 1º del art. 166 LOTURM de modo que se excluyen estos «instrumentos» «en todo caso» del procedimiento de EIA «por su escasa dimensión e impacto» (65). Se añade además un nuevo apdo. 5º a

(64) La Ley 2/2020 sí recoge la reforma de la letra e) del apdo. 3 del art. 101 —«Régimen transitorio de edificación y uso en suelo urbanizable sin sectorizar»— que queda redactado con el siguiente contenido: «Se autorizarán, mediante el título habilitante correspondiente y con las limitaciones establecidas en la presente ley, las siguientes construcciones ligadas a la utilización racional de los recursos naturales:...el) Instalaciones de producción de energía renovable, las cuales no se considerarán como uso industrial sino como infraestructuras energéticas».

Un cambio más cosmético que real por cuanto estas instalaciones energéticas ya estaban incluidas en el apdo. 4º del mismo precepto al venir siendo consideradas actividades industriales y productivas:

«Excepcionalmente, podrán admitirse, previa autorización del órgano autonómico competente, actuaciones específicas de interés público, siempre que se justifiquen las razones para su localización fuera del suelo urbano o urbanizable sectorizado, se inserten adecuadamente en la estructura territorial y se resuelvan satisfactoriamente las infraestructuras precisas para su funcionamiento.

Podrán incluirse en este supuesto las siguientes construcciones e instalaciones: ... d) Actividades industriales y productivas».

La necesidad de coordinar estos cambios queda de manifiesto si se repara en que las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Suelo Industrial de la Región de Murcia (DPOTSI), que fueron aprobadas mediante Decreto 102/2006, de 8 de junio (BORM, de 16 de junio de 2006), sigue considerando que estas instalaciones están incluidas entre las determinadas en el art. 5 como uso industrial.

(65) «Corresponde a los ayuntamientos la aprobación inicial de los Estudios de Detalle, quedando excluidos, en todo caso, del procedimiento de evaluación ambiental por su escasa

este mismo precepto por el cual «*La tramitación de un Estudio de Detalle no impedirá la tramitación de las correspondientes licencias de edificación, quedando ésta supeditada a la aprobación definitiva del mismo*». Se compatibiliza así la tramitación del instrumento urbanístico con la obtención de la licencia de edificación («*los dos procesos se tramitan en paralelo, sin necesidad de que se solapen sus tiempos*»). Por último, se modifica también el apdo. 4º según el cual el acuerdo de aprobación definitiva que, en la versión original de la LOTURM, era para «*su conocimiento y efectos oportunos*» queda a hora limitado a «*su archivo*» (66).

Debe ser señalado adicionalmente que esta posibilidad de tramitación de las licencias antes de que se haya aprobado de manera definitiva el planeamiento a través del Estudio de Detalle, deja sin resolver la existencia de un derecho de indemnización para el propietario del suelo si, una vez tramitada la licencia, no fuera aprobado finalmente el instrumento.

F) La disociación del PGMO de la EIA: lo urbanístico y lo ambiental se ponen de espaldas

La Ley 2/2020 modifica el apdo. 2º del art. 116 —«*Determinaciones generales*»— dentro de la Sección 2ª —«*Plan General Municipal de Ordenación*» (arts. 114-124 LOTURM)— para, según su preámbulo «*aclarar que el plan general de ordenación municipal no es competente para establecer supuestos sometidos a EIA al ser una competencia de la legislación ambiental*». De este modo, si la redacción original del precepto afectado señalaba que «*Asimismo, el plan contendrá aquellas otras determinaciones que deba recoger por indicación expresa de la propia ley, en particular los supuestos que requieren Estudio de Impacto Territorial o Estudio de Paisaje y los sometidos a evaluación ambiental, debiendo contener todas las medidas correctoras, de prevención y protección del medio ambiente que correspondan*», la nueva redacción elimina la referencia a la obligación de que la documentación del

dimensión e impacto. Tras la aprobación inicial se someterán a información pública durante veinte días para que puedan ser examinados y presentadas las alegaciones correspondientes. El texto completo estará a disposición del público en el lugar que se determine por el Ayuntamiento.

(66) Esta voluntad de rebajar del papel de la Administración Pública urbanística se observa también en sede de Planes parciales y especiales cuando se establece que la remisión del plan aprobado y del expediente administrativo se hace exclusivamente «*para su archivo*», cuando la redacción original establecía «*para su conocimiento y efectos oportunos*» (modificación de la letra d) del art. 164 LOTURM: «*El plan aprobado y copia del expediente completo se remitirán a la dirección general competente para su archivo, notificándose a todos los interesados que consten en el expediente*»).

PGOM contenga las determinaciones recogidas en la EIA; solo se refiere a partir de ahora a los Estudios de Impacto Territorial y de Paisaje.

G) Indeterminadas determinaciones para el suelo urbano en el PGMO, Planes parciales y especiales: los llamados «parámetros de ecoeficiencia» como soluciones para paliar los efectos climatológicos y para la renaturalización de las ciudades

El legislador, consciente de la necesidad de dotar de un cariz ambiental a las reformas en curso, procede a enumerar algunas medidas denominadas «ecoeficientes» en el planeamiento «para aprovechar mejor los escasos recursos hídricos en nuestra Región y combatir los fenómenos climatológicos adversos» (E. de M.). Se promueve así la implementación de las denominadas «Soluciones Basadas en la Naturaleza» (SBN) como estrategia para la renaturalización de las ciudades y mejorar las condiciones de vida de su población. El problema estriba en determinar el contenido jurídico de este tipo de expresiones. En concreto, las SBN, que tanto predicamento alcanzan en la actualidad, carecen de cualquier tipo de especificación normativa. No entran ni siquiera dentro de la discrecionalidad técnica y constituyen, a lo sumo, principios jurídicos indeterminados donde la zona de incertidumbre sigue siendo demasiado amplia para poder garantizar un mínimo de control judicial sobre el cumplimiento de estos vagos e imprecisos, aunque biensonantes, mandatos (67).

En este sentido, la modificación del art. 117 LOTURM —«Determinaciones en suelo urbano»— consiste en añadir una nueva letra I) según la cual: «De forma específica, el Plan General Municipal de Ordenación deberá contener las siguientes determinaciones en suelo urbano... I) introducir parámetros de ecoeficiencia con soluciones para paliar los efectos climatológicos...» (68).

(67) La consulta del sitio web de la Comisión UE nos confirma en la impresión de que se trata de una directriz en fase de investigación pero carente de cualquier contenido vinculante accesible en https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/research-area/environment/nature-based-solutions_en.

Vid. FAIVRE, N. / FRITZ, M. / FREITAS, T. / DE BOISSEZON, B. / SOFIE VANDEWOESTIJNE, S. (2017), «Nature-Based Solutions in the EU: Innovating with nature to address social, economic and environmental challenges», *Environmental Research*, vol. 159, pp. 509-518.

(68) A modo ejemplificativo el precepto enumera las siguientes: utilización de pavimentos permeables como medida para evitar la impermeabilización de suelos, resolución de la evacuación de aguas mediante redes separativas de pluviales y residuales, establecimiento de sistemas de reutilización de aguas pluviales (economía circular), implantación de Soluciones Basadas en la Naturaleza (SBN) en los modelos de urbanización, sistemas de Drenaje Urbano Sostenible para aquellos suelos de especiales escorrentías (SUDs) y, en fin, entre otras posibles, la adopción de medidas de economía circular, reciclaje de residuos de la construcción y eficiencia energética en todas las instalaciones urbanas.

A estas medidas ambientalistas, deben añadirse la modificación realizada en el art. 124 —«Determinaciones»— dentro de la Sección 4^a —«Planes Parciales»— (arts. 123-124 LOTURM) en el mismo sentido que la anterior (69) y, en esta misma dirección, la del art. 128, apdo. 5^o (Sección 5^a —«Planes Especiales»— arts. 125-139 LOTURM) (70).

H) La difuminación de la diferencia entre «reajustes» y «modificaciones estructurales» del planeamiento tiene, entre otras, consecuencias sobre su evaluación ambiental: forma y fondo se encuentran...

La modificación de una serie de artículos persigue facilitar la gestión y el desarrollo del planeamiento «modificando la consideración de reajuste del planeamiento» (E. de M.). De este modo, se añade un apdo. 4^o al art. 123 LOTURM («El Plan parcial podrá reajustar la delimitación del sector hasta un 10 % de su superficie por razones justificadas en la adecuación de su delimitación a la realidad física») (71). En esta misma dirección, se añade al art. 128 LOTURM un nuevo apdo. 4^o —un nuevo «punto» en la impropia terminología que emplea el legislador murciano— por el cual «El plan especial podrá reajustar la delimitación del sector hasta un 10% de su superficie por razones justificadas de discordancia entre cartografías, adecuando su delimitación a la realidad física».

Se otorga a los Planes Parciales y a los Planes Especiales la posibilidad de reajustar su delimitación hasta un 10 %, sin que se aclare cómo se tramitarán

(69) «Los Planes Parciales contendrán las siguientes determinaciones: ... m) Introducción de parámetros de ecoeficiencia señalados en el apartado I) del artículo 117.1 de la presente ley».

(70) «Los planes especiales establecerán medidas de renaturalización de las ciudades, como:

- Rehabilitación de edificios y espacios públicos con criterios de sostenibilidad, sobre todo en entornos degradados.
- Implementación de medidas contra la impermeabilización de suelos urbanos existentes mediante Soluciones Basadas en la Naturaleza (SBN) y Sistemas de Drenaje Urbano Sostenible (SUDs).
- Fomento de la reutilización y reciclado de residuos de la construcción (RCD).
- Adopción de medidas de captación de agua de lluvia en edificios para su posterior reutilización y evitar así el vertido de agua acumulada en cubiertas a las vías públicas, para no incrementar las escorrentías en episodios de precipitación de carácter intenso.
- Fomento de las soluciones basadas en la naturaleza (SBN) en edificios, como la implementación de cubiertas vegetales siempre que sea posible».

(71) Este indeterminado concepto de «reajuste de planeamiento» nos aparece, además de en este art. 123, en los arts. 128 —planes especiales— y art. 147 —planes de iniciativa particular—.

estos cambios en la realidad, conforme a qué procedimiento, ni se especifica a qué tipo de suelos limítrofes al sector del plan pueden afectar. Resulta, en fin, necesario determinar cuanta superficie de suelo puede verse afectada por esta nueva norma si recordamos que existen planes en municipio de la CARM que se extienden sobre superficies mayores al millón de metros cuadrados.

Estas transformaciones están, además, en unidad de sentido con la llevada a cabo sobre el apdo. 2º del art. 173 para el que si, antes la modificación de los planes era estructural si afectaba al 20%, a partir de la presente reforma que consolida la Ley 2/2020 dicho porcentaje sube al 30% (72). Se ve de

(72) Art. 173 LOTURM —«Modificación de los planes»: «1. Se considera modificación de planeamiento la alteración de las determinaciones gráficas o normativas que excedan de lo previsto en el propio plan como posibilidad de ajuste u opciones elegibles y que no alcance el supuesto de revisión, lo que deberá quedar debidamente acreditado en su formulación. 2. Las modificaciones de planeamiento general pueden ser estructurales o no estructurales, según su grado de afección a los elementos que conforman la estructura general y orgánica y el modelo territorial, teniendo en cuenta su extensión y repercusión sobre la ordenación vigente. A estos efectos se consideran modificaciones estructurales las que supongan alteración sustancial de los sistemas generales, del uso global del suelo o aprovechamiento de algún sector o unidad de actuación, en una cuantía superior al treinta por ciento, en cualquiera de dichos parámetros, referida al ámbito de la modificación. También se considerará como estructural la modificación que afecte a más de 50 hectáreas, la reclasificación de suelo no urbanizable y la reducción de las dotaciones computadas por el plan, que no podrá incumplir, en ningún caso, los estándares legalmente establecidos. 3. La modificación de cualquier plan o su desarrollo que conlleve un incremento de aprovechamiento, precisará para aprobarla la previsión de mayores dotaciones, aplicándose los estándares señalados por el plan sobre los incrementos de aprovechamiento. Si la superficie necesaria de suelo para dotaciones fuera inferior a 200 m², podrá sustituirse por la cesión de la misma cuantía de superficie construida integrada en un solo inmueble o complejo inmobiliario. 4. Si las modificaciones de los instrumentos de planeamiento tuvieran por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de los espacios libres públicos calificados como sistema general, deberá justificarse el interés público y su compensación con igual superficie en situación adecuada, analizando las afecciones resultantes para su posible indemnización. Se tratará como modificación estructural y se sujetarán al mismo procedimiento y documentación determinados en esta ley para tal modificación estructural del plan general. 5. No podrán aprobarse modificaciones de planeamiento para cambiar la clasificación o calificación de suelo no urbanizable protegido que se motive en la eliminación de los valores que justificaron aquellas, salvo por razones fundamentadas de interés público. 6. No podrán aprobarse modificaciones de planeamiento para ampliación de suelo urbano por aplicación del criterio de consolidación por edificación previsto en esta ley, salvo que se trate de edificaciones anteriores a dicho plan. 7. De conformidad con lo dispuesto en la legislación básica, cuando la modificación de planeamiento conlleve incremento de aprovechamiento o modifique los usos globales del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según consten en el Registro de la Propiedad.

8. No obstante lo dispuesto en los apartados 3 y 4, no se requerirá modificación de plan en el supuesto excepcional de puntual ocupación de espacios libres o de dominio público o incremento de edificabilidad que resulten indispensables para garantizar la accesibilidad y la

este modo aumentada la cuantía de la alteración en los sistemas generales, del uso global del suelo o del aprovechamiento de algún sector o unidad de actuación de un 20% a un 30% para que una modificación del planeamiento sea considerada estructural y su aprobación dejara así de ser competencia municipal.

Por otra parte, se elimina para un asunto de tanto interés general la competencia del Consejo de Gobierno para decidir sobre las modificaciones de los espacios libres públicos y se eliminan igualmente los informes de la Dirección de los Servicios Jurídicos quedando la facultad atribuida en exclusiva al consejero competente, soslayando la deliberación en el seno del Consejo de Gobierno y la fiscalización y supervisión de la Dirección de los Servicios Jurídicos.

El sentido y alcance de estas alteraciones en los porcentajes y en las competencias de los órganos implicados se nos revela claramente cuando tenemos en cuenta la modificación de las competencias y criterios para la EAE de planes y programas que lleva a cabo la nueva disposición adicional primera de la LOTURM que introduce esta Ley 2/2020. En efecto, de acuerdo con el nuevo apdo. 4º de la misma: *«Se entiende por modificación menor, a los efectos de evaluación ambiental estratégica: Las modificaciones no estructurales de planeamiento general. Las modificaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo. Las modificaciones de las estrategias o instrumentos de ordenación del territorio que no impliquen alteración del modelo de desarrollo urbano y territorial».*

De modo general, esta nueva disposición adicional 1º LOTURM elimina la necesaria referencia al sometimiento a la EAE, tanto ordinaria como simplificada, de los supuestos generales previstos por la legislación básica estatal. En su nueva redacción dada por la Ley 2/2020 se acotan tales supuestos de modo que se dejan fuera parte de los contenidos de la legislación básica estatal. En particular, puede inducir a confusión cuando se «entiende por modificación menor» las «modificaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo», porque puede implicar que se obvie la definición de «modificaciones menores» incluida en la legislación estatal básica, que establece que son «cambios en las características de los planes o programas ya adoptados o aprobados que no constituyen variaciones fundamentales de las estrategias, directrices y propuestas o de su cronología pero que producen diferencias en los efectos previstos o en la zona de influencia».

eficiencia energética de edificios existentes, en los términos establecidos en la legislación estatal de suelo, siempre que se asegure la funcionalidad de los espacios libres, dotaciones públicas y demás elementos de dominio público. 9. Las modificaciones recabarán exclusivamente los informes preceptivos y sectoriales de aquellos organismos que resulten afectados conforme a la legislación sectorial específica».

El legislador regional murciano está dando así pie a que pueda producirse la modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo que no se ajusten a la definición de modificación menor que viene establecida por la ley estatal básica (73) y podría estar incurriendo, por tanto, en la inconstitucionalidad mediata o indirecta que el TC detecta en su STC 109/2017, de 21 de septiembre (Ponente: González-Trevijano), recaída en recurso de inconstitucionalidad presentado por la AGE frente a determinados preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental (74).

I) La flexibilización de las licencias urbanísticas mediante la ampliación de los supuestos de declaración responsable

La modificación del art. 264 LOTURM implica la flexibilización de las licencias urbanísticas mediante la ampliación de los supuestos de declaración responsable a los «*pequeños cambios de uso*», los «*edificios de nueva planta no residenciales ni de uso público de gran sencillez*» e, incluso para las «*intervenciones muy puntuales en edificios catalogados, salvaguardando el objeto de su catalogación*».

Sobre la declaración responsable se afirma en el preámbulo de la Ley 2/2020 que: «*se flexibilizan las licencias urbanísticas... concretamente se amplían los supuestos de declaración responsable en los títulos habilitantes para hacerla extensiva a pequeños cambios de uso, a edificios de nueva planta no residenciales ni de uso público de gran sencillez, o a intervenciones muy puntuales en edificios*

(73) Para un análisis de la evolución jurisprudencial que refuerza la necesidad de EAE de planes urbanísticos bajo la sanción de nulidad *vid.* RAMOS MEDRANO, J. A., «Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica (EAE)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 73, 20 de noviembre de 2017 (accesible en <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/>).

Como destaca en su comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 26 de junio de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2. Ponente: RODRIGO LANDAZÁBAL) LÓPEZ PÉREZ, la jurisprudencia interpreta de manera restrictiva la exención de EAE, prevista en la norma estatal para los planes que tienen como finalidad la protección ambiental, excluyendo de esta previsión los planes netamente urbanísticos que quedan fuera de la misma y deben ser por tanto objeto de evaluación. *Vid.* LÓPEZ PÉREZ, F., *Actualidad Jurídica Ambiental*, de 6 abril 2021 (accesible en <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-pais-vasco-clasificacion-de-suelos-evaluacion-ambiental/>).

(74) En concreto, de los tres preceptos impugnados, encontramos cierta analogía con el art. 9.4 de la Ley balear que, en su redacción original, excluía de la EAE determinados planes y programas, incluidos, entre otros, los estudios de detalle (letra e). Ciertamente, la técnica de exclusión utilizada por el legislador murciano, al mantenerse en unos términos abstractos o generales, hace más difícil determinar en qué grado se incurre en una reducción de los niveles mínimos de protección establecidos por la legislación básica. El legislador balear optó por excluir categorías de planes y sus modificaciones que sí están sometidos a EAE de conformidad con la legislación básica, lo que determina su inconstitucionalidad (STC, 109/2017, Fº 3).

catalogados, salvaguardando el objeto de catalogación. Es una clara apuesta por la agilización para la regeneración de la economía con un instrumento directo y ágil que se ha visto en estos cinco años que funciona y es eficaz».

De este modo, a partir de la reforma operada, se permite mediante una simple declaración responsable cambiar los usos característicos de un edificio y también la intervención sobre edificios, inmuebles y ámbitos patrimonialmente protegidos o catalogados y sobre edificios de nueva planta, todo ello con restricciones que, si bien quedan definidas en el artículo, se hace utilizando expresiones vagas como «*de alcance menor*» o «*de escasa entidad constructiva y sencillez técnica*». Esta deficiente técnica legislativa introduce una patente inseguridad jurídica y crea el riesgo de que, tras la declaración responsable y la ejecución de las obras, pueda resultar imposible detectar una posible extralimitación, máxime cuando se trate de licencias sobre inmuebles con valor cultural o que puedan estar situados en espacios protegidos. Resulta, en definitiva, dudosa la compatibilidad de esta nueva redacción del precepto con los mandatos recogidos en la legislación de patrimonio cultural, donde se obliga a la existencia de autorizaciones e informes previos para cualquier intervención sobre bienes culturales protegidos.

3. Conclusiones sobre la reforma de la LOTURM llevada a cabo por la Ley 2/2020: la consolidación de una evolución regresiva

Como se ha señalado, la Ley 2/2020, de 27 de julio, de mitigación del impacto socioeconómico del COVID-19 en el área de vivienda e infraestructuras (75) tiene su origen en el Decreto-Ley 3/2020, de 23 de abril (76). La tramitación parlamentaria, si bien ha introducido ligeras modificaciones, no puede dejar de considerarse un mero trámite obligado para la convalidación de las medidas regresivas ya acordadas por el Gobierno de la CARM al atender los requerimientos diseñados en esta dirección por los poderosos grupos que guían su política —significativamente, la Confederación Regional de Organizaciones Empresariales de la Región de Murcia (CROEM) (77). La consolidación así de otra reforma regresiva puede ser parcialmente desactivada en sede judicial. De momento, algunas asociaciones ya han puesto en marcha mecanismos de denuncia que pretenden conseguir la declaración de inconstitucionalidad de algunos de sus elementos más controvertidos (78).

(75) BORM, núm. 176, de 31 de julio de 2020.

(76) BORM, núm. 97, de 28 de abril de 2020.

(77) Cfr. el apartado medio ambiente de su sitio web accesible en <https://croem.es/>.

(78) Vid. *Europapress*, «Huermur solicita al Defensor del Pueblo que recurra al TC dos leyes 'ómnibus' de la Región de Murcia», 7 de octubre de 2020 (accesible en <https://www.europapress.es/murcia/>).

En el presente estudio se han dado cuenta de la mayoría de las innovaciones introducidas, aunque algunas otras se han debido dejar en el tintero como la que afecta al art. 147 sobre planes de iniciativa particular (79) o al art. 193 sobre actuaciones de dotación (80) que, por su especial carácter técnico, deberán ser objeto de análisis específicos. Ciertamente, resulta agotadora la tarea de rastrear, sin mayores asideros, las múltiples modificaciones encadenadas en los más diversos preceptos, en la mayoría de las ocasiones introducidas a través de sucesivos decretos-leyes que, posteriormente, se tramitan como leyes, en la mayoría de las ocasiones sólo con leves modificaciones.

En cualquier caso, del estudio realizado sí se pueden extraer una serie de reflexiones generales, a modo de conclusiones. En primer lugar, la convicción que expresa la reforma —en línea con las producidas durante estos últimos años— en que la agilización de los procedimientos urbanísticos se soluciona eliminando plazos o trámites olvida la función de garantía del procedimiento. Quizás fuera precisamente el necesario refuerzo del servicio técnico de la CARM el que podría contribuir precisamente, sin menoscabo de garantías, al adecuado cumplimiento de sus funciones y ello además le permitiría ser capaz de proporcionar el soporte que necesitan los órganos municipales, en vez de hacer recaer sobre ellos cada vez mayores responsabilidades cuando en este nivel administrativo la carencia de medios y de recursos resulta abrumadora.

En segundo lugar, las sucesivas reformas llevadas a cabo en la legislación urbanística y de ordenación del territorio de la CARM propugnan un urbanismo

El sitio web de la asociación Huermur contiene información relevante sobre conflictos ambientales y sobre acciones en defensa del patrimonio cultural en la Región de Murcia (<https://huermur.es/>).

(79) Se modifica la letra d) del apdo. 1º de este artículo para añadir el adjetivo «vinculados» a los sistemas generales previstos en un ámbito de actuación cuando se vean afectados por una iniciativa privada para modificación del planeamiento urbanístico de desarrollo. De esta forma, se entiende que ya no computarán en el porcentaje establecido en el sistema de actuación para el desarrollo de un sector urbanístico todos los propietarios de suelo situado en los sistemas generales del sector, pues ahora quedan fuera los propietarios de suelo en sistemas generales adscritos, ya que los únicos legitimados por la Ley serán los de sistemas generales vinculados. Se reduce pues *de facto* el porcentaje necesario de propietarios de suelo de un sector urbanístico para promover su desarrollo.

Un completo estudio y exhaustivo análisis jurisprudencial en LÓPEZ RAMÓN, F. (2020), *Las vinculaciones singulares urbanísticas*, Atelier, Barcelona.

(80) Se modifica el apdo. 1º de este precepto para introducir la locución «Dichas actuaciones en suelo urbano consolidado se tramitarán como planes especiales de ordenación urbana». Estos planes especiales están regulados en el art. 132 LOTURM que ya fue objeto de modificación por la Ley 10/2018, de 10 de noviembre, de aceleración de la transformación del modelo económico regional para la generación de empleo estable de calidad.

La delgada línea entre actos de gestión urbanística y el planeamiento se ve de esta manera invertida puesto que son aquellos los que, en vez de ejecutar el plan, determinan su modificación.

«a la carta», libre para las iniciativas privadas, lo que resulta contraproducente para atender los graves problemas que afectan al territorio de la Región de Murcia como son, por citar algunos significativos, la práctica destrucción del Mar Menor como ecosistema, la «Murcia vaciada» de muchas zonas del noroeste de la Región, la excesiva previsión de suelo urbanizable fruto de las olas liberalizadoras que no se corresponde con las necesidades de la población ni con la realidad socioeconómica, el excesivo parque de viviendas vacías fruto de la crisis inmobiliaria, las infraviviendas o el insuficiente acondicionamiento de muchas para soportar situaciones como el reciente confinamiento pandémico o, más a largo plazo, la necesaria adaptación al cambio climático y a los efectos que va a comportar (olas de calor, fenómenos meteorológicos adversos como inundaciones...) (81), la mala calidad del aire en las ciudades más grandes de la Región, los suelos contaminados por metales pesados en Cartagena fruto del abandono de la actividad minera y de las instalaciones industriales anexas, la excesiva proliferación de granjas porcinas de gran tamaño que contaminan los acuíferos, la creciente dispersión urbana ligada al boom inmobiliario y los problemas de movilidad y de transporte que plantea, la necesidad de preservar los valores ambientales en espacios protegidos y a la vez garantizar las legítimas aspiraciones de desarrollo de las comunidades afectadas...

En este sentido, la reforma de la Ley de ordenación territorial y urbanística debería orientarse —más allá de vacuas invocaciones a la ecoeficiencia— hacia la difícil resolución de estos problemas que, por resultar externalidades al urbanismo concebido como simple actividad mercantil privada, no van a encontrar solución en la mano negra del mercado deslocalizado. Más bien, por el contrario, la exigencia del tiempo presente parece residir en recuperar, con los ajustes que sean necesarios, la centralidad del plan como eje de la potestad de ordenación del territorio y del urbanismo. En cierto modo, la anterior crisis ya debió servir para comprobar que la preferencia por el tratamiento privatizador de la actividad urbanística resulta incluso perjudicial para la propia

(81) Cfr. AGUIRRE I FONT, J. M. (2020), «La adaptación del planeamiento urbanístico al cambio climático», en TRAYTER JIMÉNEZ, J. M./ SOCIAS CAMACHO, J. M. (Dirs.), *Urbanismo ambiental y cambio climático: la ciudad turística sostenible*, Atelier, Barcelona, pp. 133-153.

Precisamente, el cap. 2º («*Land-climate interactions*») del Informe especial del IPCC en 2019 sobre «Cambio climático y territorios» destaca la necesidad de sinergias entre ambas políticas para mitigar y adaptar las sociedades a sus efectos (accesible en <https://www.ipcc.ch/srccl/>). Por su parte, en el resumen para los responsables de políticas se puede leer que «Appropriate design of policies, institutions and governance systems at all scales can contribute to land-related adaptation and mitigation while facilitating the pursuit of climate-adaptive development pathways (high confidence). Mutually supportive climate and land policies have the potential to save resources, amplify social resilience, support ecological restoration, and foster engagement and collaboration between multiple stakeholders (high confidence)» (p. 29).

economía, además de por supuesto para el medio ambiente, la calidad de vida y, entre otros, para enfrentar los retos derivados de la actual crisis climática.

En tercer lugar, y ya en relación a la técnica legislativa, resulta contraproducente escindir unas medidas legislativas que, sin duda, han sido concebidas de forma paralela para repartirlas entre el Decreto-Ley que modifica la LOTURM (Decreto-Ley 3/2020) y, el Decreto-Ley 5/2020 que produce cambios tan significativos en la LPAI (82). Estas operaciones de reforma normativa así concebidas dificultan enormemente poder mantener la concepción que nos transmite MARTÍN REBOLLO según la cual «el urbanismo es un resultado que apela, sobre todo, a lo que genéricamente podríamos llamar “el diseño de la ciudad” entendida esa expresión en un sentido muy amplio. Un resultado que apela a unas actividades plurales de carácter interdisciplinar puesto que concentra a muy diversos expertos y profesionales: arquitectos e ingenieros, sobre todo, pero también economistas, sociólogos, proyectistas y, al final, en un papel aquí modesto, a los juristas. Pero ante todo apunta a opciones políticas que son o deben ser el resultado de un debate ciudadano» (83).

IV. BREVE CODA FINAL

Al hilo del estudio de las modificaciones legislativas que han sido objeto del presente estudio, se puede afirmar que las innovaciones normativas que se detectan en España, especialmente en el ámbito autonómico, para combatir las consecuencias de la crisis de la Covid19 se deben calificar, en una análisis general y de conjunto, de regresivas para la protección y conservación del medio natural y de la calidad de vida por cuanto, en síntesis, implican la eliminación de informes de órganos y la reducción de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos ambientales y de ordenación del territorio y urbanísticos (84).

Esta relajación de las exigencias y de los trámites para el control ambiental dificulta la evaluación de los efectos sobre el entorno de las actividades e

(82) Esta última ya amenazada por la Ley 10/2018 de una próxima refundición (Disposición final primera — «Elaboración de textos legislativos refundidos»: «Se autoriza al Consejo de Gobierno para que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la presente ley, apruebe los textos refundidos de las disposiciones legales que han modificado o afectado a las leyes que se indican a continuación. La refundición incluye la posibilidad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que sean objeto de cada texto refundido... Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada...»).

(83) MARTÍN REBOLLO, L. (2019), «Introducción al Derecho urbanístico. El fenómeno urbano como objeto de consideración jurídica...», en *Leyes administrativas*, 25^a edición, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, p. 2179.

(84) Cfr. ÁLVAREZ, «Los riesgos de regresión ambiental...», op. cit., pp. 123-154.

instalaciones que se van a implantar en el territorio. Muchas de ellas afectan potencialmente al agua, a la calidad del aire, al suelo y a la producción de residuos que deben ser analizados, individualmente y de forma conjunta, para evitar el deterioro ambiental. Incluso los bienes culturales y el patrimonio arqueológico llegan a verse afectados de forma negativa en su estándar de protección (85).

En concreto, en la Región de Murcia, el Gobierno de la CARM aprecia la ventana de oportunidad que ofrece la coyuntura pandémica para profundizar en la agenda desreguladora y regresiva que está en proceso hace muchos lustros en su seno, como ha sido consignado *supra*. Una tensión regresiva que, con diferentes matices e intensidades, también se comprueba en otros territorios como Andalucía (86), Baleares (87), Galicia (88), Extremadura (89), Castilla y León (90) y, entre las hasta ahora identificadas, Madrid (91).

Como nos recuerda CHAVES (92) para otro ámbito normativo como es el tributario, profundamente afectado por las graves deficiencias técnicas de las apresuradas modificaciones normativas, el Tribunal Constitucional en su interpretación del principio de seguridad jurídica (art. 9. 3 CE) reclama que

(85) En una tendencia que también se detecta en otras CCAA. Cfr. ALMANSA-SÁNCHEZ, J. (2020), «Cómo las reformas de las leyes del suelo autonómicas pueden perjudicar al patrimonio arqueológico», 7 junio de 2020 (accesible en <https://theconversation.com/>).

(86) Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía (accesible en el sitio web del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/504/1>).

(87) Decreto-ley 8/2020, de 13 de mayo, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Islas Baleares para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la Covid-19. Boletín Oficial de las Islas Baleares núm. 84, de 15 de mayo de 2020 (accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOIB-i-2020-90196>).

(88) Orden, de 27 de abril de 2020, por la que se acuerda el inicio y/o la continuación de la tramitación de determinados procedimientos indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios públicos en el ámbito de la Consellería durante la vigencia del estado de alarma (DOG, núm. 84. lunes, 4 de mayo de 2020. Accesible: <https://www.xunta.gal/>).

(89) Decreto-Ley 10/2020, de 22 de mayo, de medidas urgentes para la reactivación económica en materia de edificación y ordenación del territorio destinado a dinamizar el tejido económico y social de Extremadura, para afrontar los efectos negativos de la COVID-19 (DOE, núm. 99 lunes, 25 de mayo de 2020. Accesible: <http://doe.gobex.es/>).

(90) Cfr. Ecologistas en Acción, «Con la excusa de la covid, la Junta suprime la licencia ambiental en Castilla y León», 19/06/2020 (accesible en <https://www.ecologistasenaccion.org/146703/con-la-excusa-de-la-covid-la-junta-suprime-la-licencia-ambiental-en-castiella-y-leon>).

(91) Sitio web del Gobierno de Madrid, «Díaz Ayuso sustituye las licencias urbanísticas por declaraciones responsables» (accesible en <https://www.comunidad.madrid/>).

(92) CHAVES, J. R., «De leyes y croquetas» (post del 24/03/2021), en su blog «El Rincón Jurídico» (accesible en <https://delajusticia.com/>).

la utilización en las normas de conceptos jurídicos determinados o categorías conceptuales debe llevar parejo, en su desarrollo, la inmediata certidumbre que los identifica y su incumplimiento debería acarrear las consecuencias jurídicas que el ordenamiento reserva a las quiebras constitucionales.

Por el contrario, cuando se acomete el análisis de los novedosos textos normativos que han sido objeto de este estudio se experimenta la desagradable sensación de que el legislador busca precisamente provocar confusas relaciones entre las normas de modo que el intérprete, desde la soledad de su estudio, sufre una perplejidad paralizante al ver enormemente dificultada su tarea de aportar luz sobre el Derecho aplicable y poder así explicar de manera racional y sistemática cuáles sean las hipotéticas consecuencias sobre la realidad social de las nuevas normas así introducidas en nuestro ordenamiento jurídico (93).

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE I FONT, J. M. (2020): «La adaptación del planeamiento urbanístico al cambio climático», en TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. / SOCÍAS CAMACHO, J. M. (Dirs.), *Urbanismo ambiental y cambio climático: la ciudad turística sostenible*, Atelier, Barcelona.
- ALMANSA-SÁNCHEZ, J. (2020): «Cómo las reformas de las leyes del suelo autonómicas pueden perjudicar al patrimonio arqueológico», *The Conversation*, 7 junio de 2020 (accesible en <https://theconversation.com/>).
- ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (2012): «Retos y transformaciones del Derecho ambiental en el marco de la liberalización de servicios: la experiencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia», en CASADO CASADO, L. / FUENTES I GASÓ, J. R. / GIFREU FONT, J. (coords.), *Prestación de servicios, Administraciones públicas y Derecho administrativo. Especial referencia al Derecho ambiental*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- (2020): «Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia (primer semestre 2020)», *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, núm. 1, pp. 1-24.
- (2020): «Derecho y políticas ambientales en la Región de Murcia (segundo semestre 2020)», *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. XI, núm. 2, pp. 1-10.

(93) Como destaca el autor citado, «la cruel paradoja es que cuanto más se impone la buena regulación por leyes generales, copiosos principios y bonitas gobernanzas de celofán, peores son los productos normativos que ofrecen los boletines oficiales. Parece que nos hemos acostumbrado a que se publiquen malas normas y que los tribunales pongan "remiendo" que no "remedio" al caso. Triste» (*ibidem*).

- (2020): «A la sombra de la pandemia: la crisis climática como telón de fondo de las transformaciones actuales del derecho ambiental», *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 37, 2020 —Ejemplar dedicado a: Litigios climáticos: luces y sombras— (accesible en <https://huespedes.cica.es/gimadus/>).
- (2020): «Los riesgos de regresión ambiental en la era Covid-19. Un estudio de caso en la Región de Murcia», en SORO MATEO, B./ JORDANO FRAGA, J./ ALENZA GARCÍA, J. F. (dirs.), PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Vulnerabilidad Ambiental y Vulnerabilidad Climática en Tiempos de Emergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 123-154.

ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2021): 2020, *El año de la pandemia de la Covid-19* (Estudios jurídicos), Iustel, Madrid.

CASADO CASADO, L. (2013): «Jurisprudencia al día», *Actualidad Jurídica Ambiental* (disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-tribunal-supremo-espacios-naturales-protegidos-2/>).

CHAVES, J. R. (2021): «De leyes y croquetas», blog «El Rincón jurídico» (<https://delajusticia.com/>).

FAIVRE, N. / FRITZ, M. / FREITAS, T. / DE BOISSEZON, B. / SOFIE VANDEWESTIJNE, S. (2017): «Nature-Based Solutions in the EU: Innovating with nature to address social, economic and environmental challenges», *Environmental Research*, vol. 159.

FARINÓS DASI, J. (coord.) (2021): *Marco legal y procedimental de la ordenación del territorio en España: diagnóstico y balance*, Aranzadi, Cizur Menor.

GONZÁLEZ, J. (2021): «Contratos de consultoría y debilitamiento de las administraciones públicas», blog «Global Politics and Law» (<https://www.globalpoliticsandlaw.com/>).

LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (2020), «La “nueva normalidad” no es tan nueva», *The Conversation*, 13 junio 2020 (accesible en <https://theconversation.com/>).

LÓPEZ PÉREZ, F., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, de 26 de junio de 2020 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2. Ponente: Rodrigo Landazábal)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, de 6 abril 2021 (accesible en <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/>).

LÓPEZ RAMÓN, F. (2020): *Las vinculaciones singulares urbanísticas*, Atelier, Barcelona.

NAIM-GESBERT, E. (2019): *Droit général de l'environnement. Introduction au droit de l'environnement*, 3^a edición, LexisNexis, Paris.

RAMOS MEDRANO, J. A., «Más de 90 planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica (EAE)», *Actualidad Jurídica*

- dica Ambiental*, n. 73, 20 de noviembre de 2017 (accesible en <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/>).
- REVUELTA PÉREZ, I. (2019): «Mejores técnicas disponibles: un singular sistema de regulación ambiental», *Revista catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1 (accesible en <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/index>).
- VERA JURADO, D. J. (2021): «Las actuaciones de interés autonómico: cara y cruz de un instrumento polémico», *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), núm. 56 (accesible en <https://www.iustel.com/>).

LAS TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS: REGULACIÓN ACTUAL Y SU INCIDENCIA EN LAS RELACIONES EXTERIORES DE LA UNIÓN EUROPEA^(*)

ANDONI POLO ROCA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DATOS PERSONALES Y DATOS NO PERSONALES: DISTINCIÓN NECESARIA A EFECTOS DE TRANSFERENCIA.– III. LA COMUNICACIÓN, REVELACIÓN Y CESIÓN DE DATOS PERSONALES A TERCEROS.– VI. LAS PRIMERAS REGULACIONES DE LOS «FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES», «TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS» O «MOVIMIENTOS INTERNACIONALES DE DATOS».– V. LAS «TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS» EN LA ACTUAL NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS: 1. El Reglamento General de Protección de Datos y la LOPDGDD. 2. Definiendo el concepto.– VI. LAS «TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS» PERSONALES EN LA ACTUAL NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS: 1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación. 2. Transferencias mediante garantías adecuadas. 3. Normas corporativas vinculantes o Binding Corporate Rules (BCRs): cobertura adicional a las transferencias de datos personales en el ámbito empresarial y el comercio internacional. 4. Excepciones del RGPD para la licitud de las transferencias internacionales. 5. Transferencias internacionales de datos personales penales: el flujo transfronterizo de datos personales del ámbito penal. 6. Las transferencias internacionales de datos respecto del Reino Unido: el flujo de datos personales UE-Reino Unido.– VII. EL PODER EXPANSIVO DEL RGPD: DE LA UE, AL MUNDO.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El Reglamento General de Protección de Datos ha supuesto dotar a la Unión Europea de una normativa uniforme en materia de protección de datos y, especialmente, en lo relativo a las transferencias internacionales de datos. Así, el RGPD ha superado el marco anterior, ha armonizado a todos los Estados miembros de la UE y ha regulado distintos instrumentos jurídicos relativos a las transferencias internacionales de datos personales. La actual regulación ha intentado aunar la libertad de circulación de datos personales con el derecho a la protección de datos: dos categorías de gran relevancia que necesitan de equilibrio. Esta regulación ha servido, además, para impulsar los flujos transfronterizos de datos personales y para expandir la aplicación del RGPD de una manera indirecta. En suma, se ha europeizado esta materia y se ha otorgado

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 04/03/2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 13/09/2021.

una protección comunitaria a los movimientos internacionales de datos. A ello se le añade también la regulación de las normas corporativas vinculantes, un instrumento en lo que respecta a las transferencias de datos personales en el comercio internacional y el ámbito empresarial. En general, todo ello ha supuesto un nuevo marco que afecta directamente a las relaciones exteriores de la UE (acuerdos comerciales, cooperación internacional, etc.), y abre el camino a seguir en la futura construcción de flujos de datos personales.

Palabras clave: transferencias internacionales de datos personales; flujo transfronterizo de datos personales; movimiento internacional de datos personales; RGPD; datos personales; Unión Europea; normas corporativas vinculantes; NCV; negocios internacionales; comercio internacional; relaciones internacionales; mercado interior; espacio europeo de datos; derecho de la Unión Europea.

The international data transfers: current regulation and their impact on the external relations of the European Union

ABSTRACT: The General Data Protection Regulation has meant providing the European Union with uniform regulations on data protection and, especially, with regard to international data transfers. Thus, the RGPD has exceeded the previous framework, has harmonized all the EU Member States and has regulated different legal instruments related to international transfers of personal data. The current regulation has attempted to combine the free movement of personal data with the right to data protection: two highly relevant categories that need to be balanced. This regulation has also served to boost cross-border flows of personal data and to expand the application of the GDPR in an indirect way. In short, this matter has been Europeanized, and community protection has been granted to international data movements. To this is also added the regulation of the Binding Corporate Rules, an instrument regarding transfers of personal data in international trade and business field. In general, all of this has created a new framework that directly affects the EU's external relations (trade agreements, international cooperation, ...), and opens the way for the future construction of personal data flows.

Key words: cross-border data flows; international data transfers; international data movement; GDPR; personal data; European Union; binding corporate rules; BCRs; international business; international trade; international relations; common market; European data space; EU law.

I. INTRODUCCIÓN

La transmisión de datos es fundamental en un mundo globalizado: tanto Estados como particulares y empresas transfieren millones y millones de datos en sus actividades diarias; en especial, aquellas que operan a nivel internacional.

La protección de datos personales fue ganando relevancia durante el siglo XX, y, siendo ésta una materia de tal importancia, se puso de manifiesto la

necesidad de regular la transmisión de este tipo de datos, para garantizar, al mismo tiempo, su protección.

Las transferencias internacionales de datos personales suponen un alto riesgo para el derecho a la protección de datos (1); será necesario, por ello, controlar los flujos transfronterizos de datos personales (2).

Las nuevas tecnologías han supuesto un impulso sin precedentes para las transferencias internacionales de datos personales (3), y era necesario regular un ámbito tan relevante como éste, aunando la libre circulación de información y el derecho a la protección de datos personales. Estaremos, por tanto, ante una materia muy compleja (4), ya que deberá conciliar los siguientes elementos: la protección de datos y la intimidad, el interés público del Estado, la actividad de las empresas a nivel internacional y la libertad de información y comunicación (5).

Es por ello, que nos es preciso analizar si la actual normativa sobre protección de datos —en especial, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)— ha conseguido este fin, y si se ha conseguido regular una materia tan delicada como son las transferencias internacionales, garantizando la máxima protección a la ciudadanía respecto de sus datos personales, ya que, si no, se vulneraría el derecho fundamental a la protección de datos: un derecho reconocido en el artículo 18.4 de la CE, el artículo 8 de la CDFUE y el artículo 16 del TFUE que reconoce a la ciudadanía un poder de disposición total sobre sus datos personales (6) y la oposición de que sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (7).

II. DATOS PERSONALES Y DATOS NO PERSONALES: DISTINCIÓN NECESARIA A EFECTOS DE TRANSFERENCIA

En primer lugar, debemos poner el acento en qué constituye un dato personal y qué no, ya que debemos diferenciar las transferencias internacionales de datos personales y las transferencias internacionales de datos no personales; ello se debe a que cada una de las dos categorías tiene su propia regulación.

La segunda categoría, las transferencias internacionales de datos no personales, es regulada en virtud del Reglamento (UE) 2018/1807, del Parlamento

(1) U. ABERASTURI GORRÍO (2011: 331).

(2) L. SERRANO DE PABLO VALDENE BRO (2008: 578).

(3) O. ESTADELLA YUSTE (1995: 109).

(4) A. ORTEGA GIMÉNEZ (2016: 29).

(5) O. ESTADELLA YUSTE (1996: 195).

(6) STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4º, y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º, *in fine*.

(7) STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6º.

Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (8), que establece un marco de libre circulación de datos no personales en la UE. Por tanto, la clave en esta cuestión será qué constituye un dato personal, puesto que la consideración de dato personal nos lleva a la aplicación de una normativa mucho más restrictiva (y, por ello, más protectora): el RGPD.

Estaremos ante una transferencia internacional de datos personales cuando el objeto de la transferencia sea toda información sobre una persona física identificada o identificable (9). La información del dato personal debe, así, poder vincularse a una persona (10). Serán dato personal, por tanto, todos aquellos que identifican o permitan identificar a cualquier persona (11). En estos supuestos, las trasferencias deberán realizarse bajo la regulación del RGPD.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2018/1807 ha optado por una nota negativa para definir los datos no personales: según la norma, serán todos aquellos que no sean datos personales tal como se definen en el RGPD (12). Ello conllevará la aplicación material del Reglamento (UE) 2018/1807, y no del RGPD, en las transferencias internacionales de este tipo de datos.

De este modo, la debida distinción entre dato personal y no personal nos lleva a que las transferencias internacionales se rijan por el Reglamento (UE) 2018/1807 o por la normativa sobre protección de datos.

III. LA COMUNICACIÓN, REVELACIÓN Y CESIÓN DE DATOS PERSONALES A TERCEROS

Por otro lado, no es preciso, a efectos de análisis, distinguir la transferencia internacional de datos personales de la comunicación o cesión de datos personales a terceros.

En primer lugar, no toda comunicación o revelación de datos a un tercero implica una cesión de datos a efectos legales. La (antigua) Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) definía la cesión o comunicación de datos como «toda revelación de

(8) Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

(9) Art. 4, apartado 1, del RGPD.

(10) M. ARIAS POU (2016: 118); y J. L. PIÑAR MAÑAS (2010: 193 y 194).

(11) STEDH 27798/1995, de 16 de febrero de 2000, Amann contra Suiza, ap. 65; y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º. También SAN de 24 de enero de 2003, nº rec. 400/2001, FJ 5º.

(12) Art. 3, apartado 1), del Reglamento (UE) 2018/1807.

datos realizada a una persona distinta del interesado» (13); nos encontramos, de este modo, ante una definición bastante amplia, ya que «revelación» puede ser: entrega, difusión, consulta, transferencia, comunicación, etc. Es decir, cualquier forma que facilitara el acceso a los datos de un fichero a un tercero, distinto de la persona interesada. En este sentido, estaremos ante una cesión de datos, si el tercero que recibe los datos decide sobre el objeto y finalidad del tratamiento de dichos datos recibidos y puede aplicarlos a sus propias finalidades; pero, si este no decidiese sobre su finalidad y se limitase a realizar algunas operaciones sobre dichos datos, estaremos ante un simple acceso a dichos datos (14).

Al hablar de cesión de datos personales, nos referimos a que los datos personales salen de la inicial esfera de control de su titular, quien los había transmitido directamente a otra persona, para incorporarse a otro ámbito en el que actúa un tercer sujeto ajeno a la relación entre el titular de los datos y el primer responsable del fichero (15). Así, los datos salen del contexto en el cual han sido recogidos y registrados en el fichero, pasando a otro que puede obedecer a unos fines distintos; el dato situado dentro de un contexto y finalidad distinta permite la obtención de información del interesado distinta a aquella para la que consintió el tratamiento (16). La cesión, asimismo, precisa del consentimiento del interesado (con excepciones legales tasadas); recordemos que el consentimiento del interesado resulta la piedra angular de la protección de datos y su tratamiento (17), formando parte del contenido esencial del derecho (18).

En suma, deberemos diferenciar la revelación o comunicación, la cesión y las transferencias internacionales de datos: todas las transferencias interna-

(13) Art. 3, letra i), de la LOPD.

(14) Art. 3, letra c), de la LOPD. La LOPD recoge la cesión como tratamiento de datos (tratamiento específico con objeto y finalidad propios), pero no así la comunicación. La definición de tratamiento de datos recoge expresamente: «las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias», por lo tanto, no todas las revelaciones o comunicaciones de datos serán cesión de datos personales a efectos legales.

(15) U. ABERASTURI GORRINO, I. LASAGABASTER HERRARTE (2011: 232).

(16) SAN 5776/2004, de 22 de septiembre, n.º rec. 888/2002, FJ 3º. «Así, al regular la cesión de datos a terceros, el legislador tiene en cuenta el riesgo potencialmente mayor de uso indebido de los datos, dado que los datos salen del contexto en el cual han sido recogidos y registrados en el fichero, pasando a otro que puede obedecer a unos fines distintos. De forma tal que el dato situado dentro de un contexto y finalidad distinta permite la obtención de información del afectado o interesado distinta a aquella para la que consintió el tratamiento. Por eso el legislador, con una finalidad preventiva, establece dos restricciones: la necesidad del previo consentimiento del afectado (con las excepciones establecidas en el Art. 11.2) y que la comunicación obedezca a fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente y cessionario».

(17) P. N. HOWARD, S. JONES (2005: 323).

(18) M. M. SERRANO PÉREZ (2005: 255).

cionales de datos serán una revelación, comunicación o cesión de datos (pero con el complemento internacional), pero no toda revelación, comunicación o cesión serán transferencias internacionales; asimismo, todas las cesiones serán revelaciones de datos, pero no todas las revelaciones de datos supondrán una cesión.

IV. LAS PRIMERAS REGULACIONES DE LOS «FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES», «TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS» O «MOVIMIENTOS INTERNACIONALES DE DATOS»

Si bien el término «transferencia internacional de datos» debe considerarse de modo genérico aplicable a todos los flujos de datos a través de las fronteras, independientemente de cuál sea el soporte utilizado para ello o la forma de tratamiento (19), esta figura ha tenido distintas denominaciones a lo largo de las distintas regulaciones que se han ido sucediendo. Entre otros: «flujos transfronterizos de datos personales», «transferencia de datos personales a países terceros», «movimiento internacional de datos», etc. (20).

En 1980 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ya se refería a lo que denominaba «flujos transfronterizos de datos personales» (*cross border flows of personal data*, en su versión inglesa) y reconocía la necesidad de que la protección de los datos de carácter personal no supusiera un obstáculo para el cumplimiento de fines económicos en sectores como el bancario o el de los seguros (21). La OCDE entendía por «flujos transfronterizos de datos personales» los desplazamientos de datos personales más allá de las fronteras nacionales, y declaró que los Estados debían evitar restringir los flujos transfronterizos de datos personales entre ellos y elaborar leyes, políticas y prácticas en nombre de la protección de la privacidad y las libertades individuales que pudieran crear obstáculos a los flujos transfronterizos de datos personales que se excedieran en requisitos para esa protección (22).

A nivel internacional, una de las primeras normas específicas en la materia de protección de datos fue el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos

(19) A. ORTEGA GIMÉNEZ (2016: 41).

(20) Cfr. J. PIÑOL I RULL, O. ESTADELLA YUSTE (1993: 78 y 79); E. SUNÉ LINÁS (1999: 267 a 269); M. Á. DAVARA RODRÍGUEZ (2006: 23 y 24); y D. SANCHO VILLA (2010: 23).

(21) Recomendación del Consejo (de la OCDE), de 23 de septiembre de 1980, relativa a las Directrices que rigen la protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales.

(22) *Ibídem*.

de carácter personal (23) («Convenio n.º 108»), sustituido en la actualidad por el «Convenio n.º 108+» del año 2018 (24). Este convenio estableció los fundamentos de la protección de datos a nivel internacional (25).

El Convenio de 1981 tenía como objeto conjugar la protección de datos y la libre circulación transfronteriza de los datos (26), ya que este último tenía un gran valor económico para los Estados y traía muchas inversiones (27).

Además de armonizar la legislación interna de los Estados parte, esta norma internacional supuso un primer paso para construir una vertebración legislativa en materia de protección de datos (28). Lo que el Convenio trató como «circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal» (29) fue denominado como «flujos transfronterizos de datos» y regulado en el Capítulo III (30) de la norma.

En España, el legislador quiso elaborar una norma interna en materia de protección de datos siguiendo los criterios del Convenio n.º 108 y aprobó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD). En dicha ley se partía de los fundamentos del Convenio, especialmente del Capítulo III (31), y se reconocía que era necesario conciliar la «protección de la integridad de la información personal» con el libre «flujo transfronterizo de datos», que constituía «una auténtica necesidad de la vida actual de la que las transferencias bancarias, las reservas de pasajes aéreos o el auxilio judicial internacional pueden ser simples botones de muestra» (32). Así, la LORTAD denominó a este fenómeno como «movimiento internacional de datos» y lo recogió en su Título V (33); todo ello partiendo de

(23) Convenio n.º 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. Ratificado por España el 27 de enero de 1984.

(24) Nombre completo: Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, modificado por el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STCE n.º 108), adoptado por el Comité de Ministros en su Sesión n.º 128º el 18 de mayo de 2018. Accesible en: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regard/16808b36f1>.

(25) C. J. BENNETT, C. D. RAAB (2006: 85 y ss).

(26) G. BUQUICCHIO (1986: 99).

(27) A. MADEC (1984: 84).

(28) H. CAMPUZANO TOMÉ (2002: 79).

(29) Preámbulo del Convenio n.º 108.

(30) Art. 12 del Convenio n.º 108.

(31) Art. 12 del Convenio n.º 108.

(32) Exposición de motivos n.º 4 de la LORTAD.

(33) Art. 32 y 33 de la LORTAD.

una norma general básica: no podían realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la LORTAD (34).

La UE, siguiendo el camino marcado por el Convenio, elaboró la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la norma con la que se le dio inicio a la normativa comunitaria sobre protección de datos (35).

Esta norma europea quiso armonizar y unir la protección de los derechos fundamentales de las personas en materia de datos personales y la libre circulación de datos personales de un Estado miembro a otro (36), resultando esto necesario para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

Además, la Directiva 95/46/CE completó el Convenio n.º 108 de 1981, y tuvo como uno de sus fines la creación de un «espacio europeo de la información» (37) (es decir, de datos).

La norma europea reguló en su Capítulo IV la «transferencia de datos personales a países terceros» (38), estableciendo con carácter general que la transferencia a un país tercero de datos personales únicamente podía efectuarse cuando el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado (39).

Por su parte, España aprobó en el año 1999 la LOPD que traspuso la Directiva 95/46/CE y actualizó la LORTAD. En dicha norma, se mantuvo la denominación de la LORTAD («movimiento internacional de datos»), no la de la Directiva («transferencia de datos personales a países terceros»), ni del Convenio («flujos transfronterizos de datos»), y ello se reguló en su Título V (40). La regulación de la LOPD en este sentido fue bastante parecida a la de la LORTAD [no podían realizarse transferencias temporales ni definitivas con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable a la ley española (41)], con algunas modificaciones y algunas excepciones más que las que tenía la norma de 1992.

(34) Art. 32 de la LORTAD.

(35) C. J. BENNETT, C. D. RAAB (2006: 93 y ss).

(36) Considerando n.º 3º y art. 1 de la Directiva 95/46/CE.

(37) C. CONDE ORTIZ (2005: 55).

(38) Art. 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE.

(39) Art. 25.1 de la Directiva 95/46/CE.

(40) Art. 33 y 34 de la LOPD.

(41) Art. 33.1 de la LOPD.

V. LAS «TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS» EN LA ACTUAL NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

1. El Reglamento General de Protección de Datos y la LOPDGDD

El Reglamento General de Protección de Datos (42) (RGPD), aprobado por la UE en 2016 y efectivamente aplicable desde el año 2018 (43), supuso dotar a la UE de una norma básica fundamental en materia de protección de datos.

La importancia de esta norma se basa esencialmente en su carácter de reglamento, de alcance general obligatorio en todos sus elementos (44), a diferencia de la anterior norma europea que tenía carácter de directiva, lo que suponía una descompensación en la normativa de los Estados miembros (45), consiguiéndose actualmente el buscado intento de lograr una uniformidad legislativa a nivel comunitario (46); y, también, en su expansión en lo relativo a la aplicación, conceptos, contenido, etc.

En lo que respecta a las transferencias internacionales de datos, la norma comunitaria ha denominado a este fenómeno «transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales» y lo ha regulado en su Capítulo V con bastante contenido normativo (47).

Por su parte, a nivel legislativo español, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) lo ha denominado «transferencias internacionales de datos», regulándolo en su Título VI (48), aunque la ley se limita a completar lo no regulado por el RGPD, ya que éste es directamente aplicable; en especial, en aquellos apartados no regulados por el RGPD o en los que el reglamento ha permitido a los Estados miembros cierta flexibilidad normativa.

(42) 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).

(43) El RGPD entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea; no obstante, comenzó a ser aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. Véase: art. 99 del RGPD.

(44) Art. 288 del TFUE.

(45) A. RALLO LOMBARTE (2012: 37 y ss.). En palabras del propio autor: «la Directiva se tradujo en una pavorosa asimetría europea sobre la que, sin duda, se ha construido una *doble velocidad europea* en el ritmo de garantía efectiva del derecho a la protección de datos personales» (cursiva del autor).

(46) *Vid.* P. SOLAR CALVO (2012).

(47) Art. 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50 del RGPD.

(48) Art. 40, 41, 42 y 43 de la LOPDGDD.

Comienza el Reglamento pronunciándose sobre que en la presente transformación tecnológica que vivimos, se «ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales» (49) y, de igual modo, para garantizar dicha protección y «evitar divergencias que dificulten la libre circulación de datos personales dentro del mercado interior, es necesario un reglamento que proporcione seguridad jurídica y transparencia»; todo ello teniendo en cuenta que «el buen funcionamiento del mercado interior exige que la libre circulación de los datos personales en la Unión no sea restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales» (50).

Podemos ver, por tanto, que es voluntad de la norma comunitaria conjugar la protección de datos y la libre circulación de los datos dentro de la Unión y fuera.

Deducimos por todo ello que el RGPD ha querido seguir uno de los objetivos clave que ya se marcó la Directiva 95/46/CE y que hemos mencionado anteriormente: la creación de un «espacio europeo de la información» (51) (o «espacio europeo de datos»).

2. Definiendo el concepto

El Reglamento de la LORTAD de 1994 (52) (RLORTAD) definió la transferencia de datos como «el transporte de datos entre sistemas informáticos por cualquier medio de transmisión, así como el transporte de soportes de datos por correo o por cualquier otro medio convencional» (53); pero, sin duda, fue la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) quien proporcionó una definición más completa, en una instrucción del año 2000 donde dio una definición a la transferencia internacional de datos y la consideró «toda transmisión de los mismos fuera del territorio español» y, en particular, «las que constituyan una cesión o comunicación de datos y las que tengan por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero» (54).

(49) Considerando n.º 6º del RGPD.

(50) Considerando n.º 13º del RGPD.

(51) C. CONDE ORTIZ (2005: 55).

(52) Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

(53) Art. 1.6 del RLORTAD.

(54) Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos. Publicada en: «BOE» núm. 301, de 16 de diciembre de 2000.

La Directiva 95/46/CE y la LOPD de 1999, por otro lado, no ofrecieron una definición, pero sí, en cambio, el Reglamento de la LOPD de 2007 (55) (RLOPD). El reglamento entendía por transferencia internacional de datos todo «tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio del Espacio Económico Europeo, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español» (56).

De este modo, para el RLOPD de 2007, serán transferencia internacional las que supongan una transmisión fuera del Espacio Económico Europeo (EEE), pero no las que lo supongan fuera de los países que sean miembro del EEE entre ellos (57); el RLOPD dio, así, un paso más allá del Convenio n.º 108 y de la Directiva 95/46/CE (58), incluso de la propia LOPD que desarrollaba (59). Se aseguraba así una mayor libertad en las transferencias de datos en el EEE (60).

El actual RGPD no ha sido claro sobre qué es una transferencia internacional de datos personales a efectos del reglamento y no ha ofrecido una definición de esta (61); tampoco lo han hecho ni la LOPDGDD, ni el Convenio 108+ de 2018.

El Consejo de Europa, en cambio, sí ha definido la transferencia internacional en su informe explicativo del Convenio 108+, y ha declarado que habrá transferencia internacional (62) de datos personales «cuando los datos personales se divultan o se ponen a disposición de un destinatario sujeto a la jurisdicción de otro Estado u organización internacional» (63). El intercambio

(55) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

(56) Art. 5.1 letra s) del RLOPD.

(57) J. M. FÁTÁS MONFORTE, J. GARCÍA SANZ (2008: 140).

(58) U. ABERASTURI GORRÍÑO (2011: 334).

(59) La LOPD en su artículo 34 letra k) sí las consideraba transferencias internacionales de datos, si bien les daba un carácter especial o privilegiado.

(60) L. SERRANO DE PABLO VALDENE BRO (2008: 578); y, también, STS 5484/2006, de 25 de septiembre, rec. n.º 3223/2002, FFJ 4º y 5º.

(61) M. TUDORICA, T. MULDER (2019: 194).

(62) En realidad, tanto el Convenio 108+ como el Consejo de Europa en su informe lo denominan «transferencia fronteriza de datos» (*«transborder data transfer»*), pero nos es conveniente denominarlo transferencia internacional, ya que, como luego veremos, a efectos del RGPD se diferencian los dos conceptos.

(63) CONSEJO DE EUROPA, *Council of Europe Treaty Series*, n.º 223. Informe explicativo del Protocolo que modifica el Convenio para la protección de las personas con respecto al procesamiento automático de datos personales, p. 17, ap. 102. «*A transborder data transfer occurs when personal data is disclosed or made available to a recipient subject to the jurisdiction of another State or international organisation*». Accesible en: <https://rm.coe.int/16808ac91a>.

de datos personales, por su parte, lo ha definido como una «comunicación de información a un destinatario claramente identificado por un transmisor conocido» (64). De esto se deduce que: la transferencia internacional de datos no tiene una definición legal; sí, en cambio, un significado natural marcado por la práctica; la transferencia se realiza por cualquier medio; y los datos se ponen a disposición de un destinatario (65).

Debemos tener en presente, además, lo establecido por el TJUE en el caso Lindqvist de 2003 (66) que interpretó la Directiva 95/46/CE. El tribunal declaró que publicar datos personales en una *web* en la que se puede acceder desde cualquier lugar no suponía una transferencia internacional de datos personales, ni siquiera aun siendo accesibles desde países terceros (67), si bien sí un tratamiento de datos, y argumentó que no había «una transferencia directa entre estas dos personas» (68). Por lo que podemos intuir que a en una transferencia internacional de datos necesitamos: una transferencia de datos entre dos sujetos, un exportador de datos y un importador de los mismos.

El vigente RGPD ha diferenciado las «transferencias de datos transfronterizas» (*cross-border data transfers*) y las «transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales», que serán las «transferencias internacionales de datos» (*international data transfers*).

Según el Reglamento, las «transferencias de datos transfronterizas» son: transferencias de datos personales desde y hacia diferentes establecimientos de un responsable o un encargado del tratamiento, establecido en más de un Estado miembro de la UE, o transferencias de datos personales de interesados de más de un Estado miembro de la UE al establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento con sede en un único Estado miembro de la UE (69).

(64) CONSEJO DE EUROPA, Informe introductorio para la actualización de la recomendación n.º R (97) 5 del Consejo de Europa sobre la protección de datos médicos, de 15 de junio de 2015, p. 5. Accesible en: <https://rm.coe.int/introductory-report-for-updating-recommendation-r-97-5-of-the-council/168073510c>.

(65) M. TUDORICA, T. MULDER (2019: 195).

(66) STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, Göta hovrät (Suecia) c. Lindqvist.

(67) M. PULIDO QUECEDO (2003: 15).

(68) STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, Göta hovrät (Suecia) c. Lindqvist, ap. 61.

(69) Todo ello lo deducimos del art. 3 (ámbito territorial de aplicación del RGPD) y del art. 4, apartado 23º, del RGPD que define el «tratamiento transfronterizo» como: «a) el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de establecimientos en más de un Estado miembro de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, si el responsable o el encargado está establecido en más de un Estado miembro, o b) el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de un único

Actualmente, por lo tanto, se diferencian, a efectos del RGPD, tres casos en la comunicación de datos: el primero, dentro de la Unión, en lo que respecta a los datos personales entre Estados miembros (mercado interior), rige la libre circulación de dichos datos (excepto la libre circulación de datos personales relacionada con actividades excluidas del ámbito del Derecho de la Unión (70)); el segundo, serán las «transferencias de datos transfronterizas»; y, el tercer y último caso, serán las «transferencias internacionales de datos».

En esta regulación, asimismo, nos es necesario tener en cuenta que dentro de la UE rigen las normas sobre Espacio Schengen, libre circulación (sin restricciones de personas, bienes, servicios y capital) y mercado interior, por lo que, los movimientos de datos entre Estados miembro no serán transferencias internacionales *stricto sensu*, ni tampoco las realizadas en el EEE (como luego analizaremos); tampoco lo serán las «transferencias de datos transfronterizas» (*cross-border data transfers*).

Así, para hablar de transferencia internacional de datos personales, debe haber un traslado de datos personales de un lugar del EEE a cualquier otro país u organización internacional, es decir, el lugar de destino debe encontrarse en un territorio externo al EEE (71).

Por tanto, parece que, basándonos a efectos teóricos en la definición que recogió el RLOPD (72), podemos definir la transferencia internacional como «una transmisión de datos personales fuera del territorio del EEE, bien constituya una cesión o comunicación de datos, bien tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable».

Por último, como hemos señalado al principio, el dato objeto de la transferencia deberá ser personal; si no, dejaríamos de estar en el ámbito del RGPD y regiría el Reglamento (UE) 2018/1807.

VI. LAS «TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE DATOS» PERSONALES EN LA ACTUAL NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

Como hemos mencionado, el RGPD ha regulado las «transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales» (transferencias internacionales de datos) en su Capítulo V, diferenciándolas de las

establecimiento de un responsable o un encargado del tratamiento en la Unión, pero que afecta sustancialmente o es probable que afecte sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro.

(70) Considerando n.º 16º del RGPD.

(71) A. ORTEGA GIMÉNEZ (2016: 41); y A. ORTEGA GIMÉNEZ (2015: 23 y ss.).

(72) Art. 5.1 letra s) del RLOPD.

«transferencias de datos transfronterizas», y ha establecido el siguiente régimen sobre las transferencias internacionales de datos:

1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación (art. 45).
2. Transferencias mediante garantías adecuadas (art. 46).
3. Normas corporativas vinculantes o *Binding Corporate Rules* (art. 47).
4. Normas finales para la licitud de las transferencias internacionales (art. 49).

1. Transferencias basadas en una decisión de adecuación

Señalaba la LOPD de 1999 que las transferencias a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable a la ley española (LOPD) requerían autorización previa del Director de la AEPD, que solamente podía otorgarla si se obtienen garantías adecuadas (73); por lo que, *a sensu contrario*, podían realizarse transferencias a los países que presentaran un nivel de protección equiparable a la ley española, con total libertad, sin necesidad de autorización específica de la AEPD (74); «protección equiparable» significa semejante, «equivalente», pero no idéntico (75).

Según la Directiva 95/46/CE, además, Comisión Europea podía hacer constar que un país tercero garantiza un nivel de protección adecuado (76); así, la categoría «nivel de protección adecuado» hacía referencia al nivel de la protección, no a la protección como tal (77), siendo este concepto más débil y abierto, así como menos restrictivo, que el de «protección equivalente» (78).

Actualmente, rige un sistema parecido, pero al ser la protección de datos una materia europeizada en su gran parte. Serán los organismos comunitarios los que realizarán dichos controles; ya no será «hacer constar», sino que serán las instituciones europeas quienes decidan y controlen.

De este modo, el RGPD ha establecido que para realizar transferencias de datos personales a un tercer país u organización internacional, será necesario una decisión de la Comisión Europea que establezca que dicho tercer país u organización internacional garantizan un nivel de protección adecuado (79).

(73) Art. 33.1 de la LOPD.

(74) U. ABERASTURI GORRIÑO (2011: 338); y F. COUDERT (2005).

(75) E. ULL PONT (2000: 148 y ss.); y J. APARICIO SALOM (2000: 189).

(76) Art. 25.6 de la Directiva 95/46/CE.

(77) E. GARCÍA-CUEVAS ROQUE (2012: 178).

(78) M. HEREDERO HIGUERAS (1997: 187); y J. VERDAGUER LÓPEZ, M. A. BERGAS JANÉ (2012: 361).

(79) Art. 45.1 del RGPD.

Es necesario, por tanto, una decisión de adecuación de la Comisión y, una vez dictada la decisión, las transferencias al tercer país u organización internacional recogidos en la decisión no requerirán ninguna autorización específica, aportando de esta forma en toda la Unión seguridad y uniformidad jurídicas (80). Las decisiones de adecuación son, en suma, el principal instrumento legislativo de la UE para permitir una mayor libertad de flujo transfronterizo de datos (81). Crear un flujo de datos personales entre dos o más países supone, así, que la información deberá circular tan libremente como en el interior de cada uno de los territorios respectivos, todo ello cuando se le reconozca al otro país un nivel de protección adecuado (82).

La Comisión establecerá su criterio de adecuación mediante un acto de ejecución (83), al tratarse de un ámbito en los que se requieran condiciones uniformes de aplicación; por tanto, como acto jurídico vinculante de la UE, tiene eficacia directa en los Estados. El efecto principal de una decisión de adecuación es hacer que la transferencia realizada a ese tercer país u organización internacional sea equivalente a la que se realiza entre países del EEE (84); es decir, reconocer a través de este instrumento una «protección adecuada» en un tercer país significa que dicha protección es «sustancialmente equivalente» a la dada en la UE (85).

Debemos, sin embargo, matizar el carácter de la decisión: parece que mediante la decisión la Comisión confiere a dicho tercer estado u organización internacional generalidad y «confianza» al garantizarlo como seguro, pero no es así: debemos tomarlo como una *presunción de garantía* según el TJUE, ya que dicha decisión será impugnable ante el tribunal si se constatase que el tercer país u organización internacional no garantiza un nivel de seguridad suficiente (86) (que es lo que sucedió con el caso *Schrems I* de 2016).

La Comisión, por su parte, además, también puede decidir revocar esa decisión, previo aviso y completa declaración motivada al tercer país u organización internacional (87).

En lo que respecta a los países contratantes del Convenio 108+, debemos señalar un apunte: el convenio ha recogido la norma general de libre movi-

(80) Considerando n.º 103 del RGPD.

(81) J. J. GONZALO DOMÉNECH (2019: 371).

(82) S. RIPOLL CARULLA (1994).

(83) Art. 291 del TFUE.

(84) J. J. GONZALO DOMÉNECH (2019: 355).

(85) A. I. MENDOZA LOSANA (2015: 217).

(86) STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, ap. 73, 74 y 96.

(87) Considerando n.º 103 del RGPD.

miento de datos entre los países contratantes; sin embargo, un Estado de la UE no podrá enviar datos libremente a un Estado contratante del Convenio y no miembro de la UE. Para ello, el tercero Estado (contratante y no miembro) deberá cumplir la normativa europea en materia de protección de datos, lo que tiene como fin que la protección del movimiento internacional de datos de los habitantes de la Unión quede bajo la normativa comunitaria, dando mayor garantías a dichas transferencias (88). Los países que hayan ratificado los Convenios 108 y 108+, por tanto, estarán en una situación especial (89).

A la hora de evaluar la adecuación del nivel de protección, los elementos que la Comisión Europea deberá tener en cuenta para determinar si un tercer país u organización internacional garantiza un nivel de protección adecuado se basará en tres pilares (90): a) el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación (en general), el acceso de las autoridades públicas a los datos personales (normas, medidas de seguridad, etc.), normas sobre transferencias internacionales, jurisprudencia y el reconocimiento a los interesados de derechos efectivos y exigibles y de recursos y acciones efectivos; b) la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes en materia de protección de datos (funciones, poderes, controles, etc.), y c) los compromisos internacionales asumidos u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes o su participación en sistemas multilaterales o regionales, especialmente en materia de protección de datos. El RGPD, por último, no ha recogido el procedimiento para instar una decisión de adecuación (91).

Teniendo en cuenta, por otro lado, que el concepto de adecuado que exige el reglamento es bastante ambiguo (92), el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT 29) —en la actualidad, Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) (93)— dio

(88) EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European data protection law*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2018, p. 52. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf.

(89) V. GUASCH PORTAS (2012: 428 y ss.); y C. ÁLVAREZ RIGAUDIAS (2010).

(90) Art. 45.2 del RGPD.

(91) *Vid.* J. L. PIÑAR MAÑAS (2016: 441).

(92) A. CERDA SILVA (2011: 335).

(93) El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 (GT 29) fue creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, en su artículo 29 (de ahí el nombre). Sin embargo, el RGPD (art. 68-76) ha creado el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), un organismo europeo independiente que ha venido a sustituir al GT 29 y en el que también se ha incluido el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD).

algunos criterios a tener en cuenta a la hora de hacer este análisis en 1998 (94) y los actualizó en el año 2018 (95).

Tal como declara el GT 29, el documento de trabajo de 2018 tiene como finalidad proporcionar orientación a la Comisión Europea a la hora de evaluar el nivel de protección de datos en terceros países y organizaciones internacionales, pero, además, según el propio GT 29, el documento quiere servir también de orientación básica para aquellos terceros países y organizaciones internacionales interesadas en obtener la adecuación (96).

Así, se debe hacer un primer análisis del tercer país y organización internacional en su conjunto (Estado de Derecho, derechos humanos, legislación general, etc.) y, después, analizar la estructura general en materia de protección de datos (legislación, medidas, organismos de control, etc.); en especial, si se respetan los principios fundamentales de la protección de datos (derechos del interesado, licitud del tratamiento, etc.). La adecuación se debe lograr a través de la combinación de derechos para los interesados y las obligaciones de quienes procesan datos, o quienes ejercen control sobre dicho procesamiento y supervisión por parte de organismos independientes; las reglas de protección de datos solo son efectivas si son exigibles y se siguen en la práctica: es necesario considerar no solo el contenido de las normas aplicables a los datos personales transferidos, sino también el sistema establecido para garantizar la efectividad de tales reglas, ya que los mecanismos de aplicación eficientes son de suma importancia para la efectividad de reglas de protección de datos (97).

En lo que respecta a los terceros países u organizaciones internacionales que necesitan de una decisión de la Comisión Europea que establezca que estos garantizan un nivel de protección adecuado, debemos hacer unas matizaciones. La primera será que entre los Estados miembros de la UE habrá libertad de movimiento de dichos datos personales, ya que todos ellos están

(94) GT 29. Documento de trabajo n.º 12 sobre la transferencia de datos personales a terceros países: aplicación de los artículos 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 24 de julio de 1998.

(95) GT 29. Documento de trabajo n.º 254 rev. 01 sobre la Referencia de Adecuación, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, aprobado el 28 de noviembre de 2017, revisado por última vez y aprobado el 6 de febrero de 2018.

(96) GT 29. Documento de trabajo n.º 254 rev. 01 sobre la Referencia de Adecuación, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, aprobado el 28 de noviembre de 2017, revisado por última vez y aprobado el 6 de febrero de 2018, p. 2: «*This document aims to provide guidance to the European Commission and the WP29 under the GDPR for the assessment of the level of data protection in third countries and international organizations [...]. In addition, it may guide third countries and international organizations interested in obtaining adequacy.*

(97) GT 29. Documento de trabajo n.º 254 rev. 01 sobre la Referencia de Adecuación, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, aprobado el 28 de noviembre de 2017, revisado por última vez y aprobado el 6 de febrero de 2018, p. 3.

abajo la aplicación común, igual e armonizada del RGPD, creando un flujo europeo de datos personales (libre circulación). Ya con la Directiva 95/46/CE, en medida en que los Estados miembros estaban obligados a incorporar la directiva a sus ordenamientos, podía deducirse que no se requería de autorización previa entre estos (98).

Por tanto, teniendo en cuenta el carácter obligatorio y general de un reglamento como el RGPD y el hecho de haberse armonizado, uniformizado e igualado toda la normativa todos los Estados miembros, las transferencias entre estados miembros no serán transferencias internacionales, sino que habrá libertad de circulación de dichos datos: la UE será como una unidad, como si fuese un solo Estado a efectos de circulación de datos personales. Recordemos, además, que según el TJUE, la difusión de datos personales en una página web realizada por un interesado ubicado en un Estado miembro no se considerará una transferencia internacional (99).

La segunda cuestión, por otro lado, será en lo que respecta al EEE: en el año 2018, el RGPD se incorporó al Acuerdo EEE (100), por lo tanto, el RGPD se aplica a todo el EEE, que incluye todos los países de la UE, más Islandia, Liechtenstein y Noruega.

No obstante lo anterior, algunos autores defienden que los países del EEE deben ser considerados «países terceros», ya que el RGPD no les excluye en ningún momento de tal consideración (101) —no, en cambio, los Estados miembros de la UE—; así, definen las transferencias internacionales de datos personales como «un tratamiento de datos en el que hay implicado, al menos, un Estado miembro de la UE y un país tercero (de fuera de la UE) o una organización internacional» (102). Recordemos que no lo entendía así el RLOPD de 2007 en su definición jurídica (103).

La creación del EEE permitió a los países de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) participar en el mercado interior de la UE, sin tener que adherirse directamente a la UE; ello significa que en todos los acuerdos que sean parte los países del AELC serán considerados como otro Estado parte a efectos del mercado interior (104), suponiendo, así, un acuerdo de asociación de carácter multilateral que crea un sistema institucional complejo y de naturaleza peculiar (105).

(98) U. ABERASTURI GORRIÑO (2011: 342).

(99) STJUE (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, asunto Göta hovrät (Suecia) c. Lindqvist.

(100) Art. 217 del TFUE.

(101) J. L. PIÑAR MAÑAS (2017: 2063).

(102) *Ibíd.*

(103) Art. 5.1 letra s) del RLOPD.

(104) N. STOFFEL VALLOTON (2003: 585 y ss.).

(105) *Ibíd.*

Por ello, no es posible considerarlos como «países terceros», ya que la definición jurídica de transferencia internacional de datos parte de la misma EEE (no de la UE), y, por otro lado, ya que la esencia misma del EEE es participar en ese mercado interior de la UE, por lo que el hecho de que el RGPD haya sido incluido al EEE supone que los países del EEE entran al mencionado «espacio europeo de la información» que el reglamento ha querido construir; no podemos, por lo tanto, calificarlas de transferencia internacional, ya que, si fuese ese el caso, sería necesario alguno de los instrumentos del RGPD (una decisión de adecuación, garantías adecuadas, etc.) y no es el caso: se ha incluido el RGPD al EEE (106).

En las transferencias basadas en una decisión de adecuación, por otro lado, se incluyen actualmente todos aquellos países y organizaciones que la Comisión entendió que mantenían un adecuado nivel de protección (107); si bien todas estas decisiones son anteriores a 2016, las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud de la Directiva 95/46/CE (108) permanecerán en vigor en la categoría de transferencias basadas en una decisión de adecuación, hasta que sean modificadas, sustituidas o derogadas por una posterior Decisión de la Comisión (109). De este modo, la Comisión ha entendido que mantienen un adecuado nivel de protección: Andorra (110), Argentina (111), Canadá (112), Guernesey (113), Isla de Man (114), Islas

(106) Podemos decir que se ha creado, de este modo, una especie de mercado interior en lo que respecta a los datos personales, por medio del RGPD que será aplicable en todo el EEE; respondiendo, además, los países del EEE por los incumplimientos del RGPD que realicen.

(107) Art. 45.9 del RGPD.

(108) Art. 25.6 de la Directiva 95/46/CE.

(109) Art. 45.9 del RGPD.

(110) Decisión 2010/625/UE, de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuada protección de los datos personales en Andorra. OJ L 277, 21.10.2010.

(111) Decisión 2003/490/CE, de la Comisión, de 30 de junio de 2003, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina. OJ L 168, 5.7.2003.

(112) Decisión 2002/2/CE, de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección de los datos personales conferida por la ley canadiense Personal Information and Electronic Documents Act. OJ L 2, 4.1.2002.

(113) Decisión 2003/821/CE, de la Comisión, de 21 de noviembre de 2003, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en Guernesey. OJ L 308, 25.11.2003.

(114) Decisión 2004/411/CE, de la Comisión, de 28 de abril de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en la Isla de Man. OJ L 151, 30.4.2004.

Feroe (115), Israel (116), Jersey (117), Nueva Zelanda (118), Suiza (119) y Uruguay (120).

Cabe señalar que aunque la decisión de la Comisión sobre Nueva Zelanda y Uruguay fuese más tardía que las demás, anteriormente el GT 29 ya les había dado su aprobación (121); además, algunos de estos actos de ejecución no se aplican a todos los tratamientos de datos personales: es el caso de Canadá (122).

En lo que respecta a Hungría, es cierto que le fue reconocido un adecuado nivel de protección por parte de la Comisión con su respectiva Decisión (123); sin embargo, Hungría es actualmente Estado miembro de la UE y, por ello, ya no lo podemos considerar «país tercero», sino Estado miembro.

(115) Decisión 2010/146/UE, de la Comisión, de 5 de marzo de 2010, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada dada en la Ley de las Islas Feroe sobre el tratamiento de datos personales. OJ L 58, 9.3.2010.

(116) Decisión 2011/61/UE, de la Comisión, de 31 de enero de 2011, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales. OJ L 27, 1.2.2011.

(117) Decisión 2008/393/CE, de la Comisión, de 8 de mayo de 2008, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales en Jersey. OJ L 138, 28.5.2008.

(118) Decisión de Ejecución 2013/65/UE, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Nueva Zelanda. OJ L 28, 30.1.2013.

(119) Decisión 2000/518/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al nivel de protección adecuado de los datos personales en Suiza. OJ L 215, 25.8.2000.

(120) Decisión de Ejecución 2012/484/UE, de la Comisión, de 21 de agosto de 2012, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por la República Oriental del Uruguay en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales. OJ L 227, 23.8.2012.

(121) Cfr. GT 29. Dictamen 6/2010, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 12 de octubre de 2010; Dictamen 11/2011, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 4 de abril de 2011.

(122) Respecto de Canadá debemos matizar que, según la Decisión 2002/2/CE, de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, tiene reconocido el nivel adecuado de protección por la Comisión Europea respecto de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley canadiense de protección de datos.

(123) Decisión 2000/519/CE, de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales en Hungría. OJ L 215, 25.8.2000.

Asimismo, en cuanto a EEUU, este ámbito ha sido bastante controvertido. Hasta 2015, se les reconocía un adecuado nivel de protección a aquellas entidades que respetasen los principios de «Puerto Seguro» (*Safe Harbor*) (124); no obstante, ello fue anulado por el TJUE en el caso *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner de 2016* (125).

Ante esa situación, ello fue sustituido por el «Escudo de Privacidad UE-EEUU» (*EU-US Privacy Shield*), aprobado en el año 2016 por la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016 (126): los que respetaran los principios de dicha Decisión se les reconocía un nivel adecuado de protección. El TJUE, en cambio, volvió a anularlo y declaró inválido el Escudo de Privacidad en el caso *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems* (caso Schrems II) de 2020 (127) —escudo que dejó de ser un mecanismo aplicable, de manera inmediata desde la publicación de la sentencia—.

Sin abordar un análisis profundo de esta cuestión, una de las consideraciones más relevantes sobre la sentencia del caso *Schrems II* es la de que, según el Tribunal, tanto el Escudo como cualquier Decisión se deberá siempre interpretar (y adaptarse) a la luz de las disposiciones del RGPD y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (128).

De igual modo lo declaró el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) en su estrategia para que las instituciones de la UE cumplan con la sentencia *Schrems II* de 2020, al afirmar que las transferencias de datos personales a terceros países deben cumplir con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, así como con la legislación de protección de datos de la UE aplicable, en la que también declaró que la UE debía evitar transferencias internacionales a EEUU (129).

(124) L. A. BYGRAVE (2010: 41).

(125) STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*.

(126) Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. OJ L 207, 1.8.2016.

(127) STJUE (Gran Sala), de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems*.

(128) STJUE (Gran Sala), de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems*, ap. 140 y ss.

(129) SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (SEPD). Estrategia para que las instituciones de la UE cumplan con la sentencia «Schrems II», de 29 de octubre de 2020. Accesible en: https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2020/strategy-eu-institutions-comply-schrems-ii-ruling_en.

Con la regulación actual que requiere una decisión de adecuación, la primera Decisión fue la relativa a Japón (130) en 2019, que creó la mayor área mundial de flujo transfronterizo de datos personales seguro.

Por lo tanto, en esta categoría de transferencias tendremos a Islandia, Liechtenstein y Noruega (miembros del EEE) y a Andorra, Argentina, Canadá, Guernesey, Isla de Man, Islas Feroe, Israel, Japón, Jersey, Nueva Zelanda, Suiza y Uruguay (EEUU ya no). También debemos incluir en la lista a Reino Unido, desde el año 2021, pero con ciertos matices, como se analizará más adelante.

Por último, cabe mencionar que, en el año 2021, la Comisión Europea inició el proceso para la adopción de una decisión de adecuación respecto a Corea del Sur-República de Corea.

2. Transferencias mediante garantías adecuadas

En esta categoría de transferencias nos encontramos ante una situación en la que la Comisión no ha emitido una decisión de adecuación, pero en la que el responsable o el encargado del tratamiento podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas (131). Es decir, en este caso, se podrán efectuar transferencias a un tercer país u organización internacional que no tenga el visto bueno de la Comisión si se cumplen una serie de garantías tasadas recogidas por el RGPD, sin que sea necesaria una autorización expresa de una autoridad de protección de datos para ello (autorización de la AEPD, en el caso de España).

Esta disposición supone una especie de norma supletoria para todos aquellos casos en los que no haya un acto de ejecución de la Comisión que determine si un tercer país u organización internacional garantiza un nivel de protección adecuado; sin embargo, la LOPDGDD ha establecido que podrán hacerse transferencias internacionales de datos personales a países u organizaciones internacionales que no cuenten con decisión de adecuación de la Comisión, previa autorización de la AEPD o, en su caso, de autoridades autonómicas de protección de datos (132). Teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho de la Unión y que un reglamento es un acto jurídico de

(130) Decisión de Ejecución (UE) 2019/419, de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal. OJ L 76, 19.3.2019.

(131) Art. 46.1 del RGPD.

(132) Art. 42.1 de la LOPDGDD.

alcance general obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros (133), el orden de prelación de estas normas sería el siguiente: 1) decisión de la Comisión sobre la protección adecuada, 2) a falta de dicha decisión, que haya garantías adecuadas y que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas, y 3) a falta de la anterior, previa autorización de la AEPD o, en su caso, de autoridades autonómicas de protección de datos.

Entre las garantías adecuadas tasadas que recoge el reglamento para permitir las transferencias sin decisión de la Comisión ni autorización de la autoridad de control competente encontramos las siguientes: un instrumento jurídicamente vinculante y exigible entre las autoridades u organismos públicos, normas corporativas vinculantes o *Binding Corporate Rules*, cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por una autoridad de control y aprobadas por la Comisión, un código de conducta o un mecanismo de certificación (134).

En cambio, sí será necesaria la autorización de la autoridad de control competente, si bien no decisión de la Comisión, en los casos en los que estemos ante cláusulas contractuales entre el responsable o el encargado y el responsable, encargado o destinatario de los datos personales en el tercer país u organización internacional, o de disposiciones que se incorporen en acuerdos administrativos entre las autoridades u organismos públicos que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados (135).

Al hablar de un instrumento jurídicamente vinculante y exigible, el RGPD hace referencia a acuerdos o convenios vinculantes, para los casos que haya una transferencia internacional entre autoridades y organismos públicos; su uso, por tanto, queda limitado al ámbito de Administraciones Públicas (136).

En cuanto a las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión o por la autoridad de control y Comisión, éstas serán cláusulas para incluir en los contratos que servirán de garantía en las transferencias que se realicen.

De este modo, podrán llevarse a cabo transferencias internacionales de datos a territorios que no han obtenido la declaración de nivel adecuado de protección, en base a un contrato celebrado entre el exportador y el importador de datos (137). Actualmente, existen las siguientes decisiones de la Comisión Europea sobre cláusulas tipo: la Decisión 2001/497/CE de la Comisión, de 15

(133) Art. 288 del TFUE.

(134) Art. 46.2 del RGPD.

(135) Art. 46.3 del RGPD.

(136) M. RECUERO LINARES (2019: 423).

(137) V. GUASCH PORTAS (2017: 342).

de junio de 2001 (138) y la Decisión 2004/915/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004 (139), para transferencias entre responsables del tratamiento, y la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010 (140), para transferencias de responsables del tratamiento a encargados del tratamiento.

No obstante, en todo ello, deberemos tener en cuenta la Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 de la Comisión de 4 de junio de 2021 (141). Según ésta, las cláusulas contractuales de la Decisión 2001/497/CE y de la Decisión 2010/87/UE quedarán derogadas a partir del 27 de septiembre de 2021 (también de la Decisión 2004/915/CE (142)); si bien los contratos celebrados antes de dicha fecha con arreglo a las decisiones 2001/497/CE o 2010/87/UE se considerarán que ofrecen garantías adecuadas ex RGPD hasta el 27 de diciembre de 2022, siempre que las operaciones de tratamiento permanezcan inalteradas y que las cláusulas contractuales tipo garanticen que la transferencia de datos personales esté sujeta a garantías adecuadas (143).

Esto responde, según recoge la Decisión en sus considerandos, a que los importadores y exportadores de datos deben poder seguir utilizando las cláusulas contractuales tipo establecidas en las Decisiones 2001/497/CE y 2010/87/UE para la ejecución de contratos celebrados entre ellos antes de la fecha de derogación de las Decisiones (27 de septiembre de 2021), durante un período adicional de quince meses (27 de diciembre de 2022), siempre que, como se ha mencionado, las operaciones de tratamiento que sean objeto del contrato permanezcan inalteradas y que las cláusulas garanticen que la transferencia de datos personales esté sujeta a garantías adecuadas en el sentido del RGPD (144).

(138) Decisión 2001/497/CE de la Comisión, de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE. DO L 181 de 4.7.2001.

(139) Decisión 2004/915/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países. DO L 385 de 29.12.2004.

(140) Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DO L 39 de 12.2.2010.

(141) Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 de la Comisión de 4 de junio de 2021 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo.

(142) La Decisión 2004/915/CE fue una norma en virtud de la cual se modificó la Decisión 2001/497/CE; por ello derogar ésta significa derogar aquélla.

(143) Art. 4 de la Decisión de Ejecución (UE) 2021/914.

(144) Véase: Considerando n.º 24 de la Decisión de Ejecución (UE) 2021/914.

Las cláusulas contractuales tipo (145) solamente están relacionadas con la protección de datos; ambas partes tienen plena libertad para incluir cualquier otra cláusula sobre cuestiones relacionadas con sus negocios que consideren pertinente para el contrato, siempre que no contradiga las cláusulas contractuales tipo. Las decisiones de la Comisión han establecido las características y contenido que deben reunir estas cláusulas tipo y también formulario con las cláusulas para facilitar su inclusión en el contrato (146). Suponen, de este modo, uno de los mecanismos más utilizados en la práctica para realizar transferencias internacionales con países u organizaciones con los que no existen Decisiones de adecuación (147).

Las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por una autoridad de control y aprobadas por la Comisión son parecidas a las anteriores; serán aprobadas por una autoridad competente (como la AEPD (148)) y aprobadas por la Comisión, siendo necesaria la aprobación de esta última para que sean jurídicamente válidas a efectos del RGPD (149).

En lo que respecta al código de conducta, éste será elaborado por los Estados miembros, autoridades de control, Comité y Comisión Europea, y tendrán como objeto la correcta aplicación del RGPD (150). Constituyen, en sí mismos, mecanismos de autorregulación, además de estar bajo la regulación del reglamento (151).

Así, los códigos de conducta no serán instrumentos específicos previstos para las transferencias internacionales, sino que las transferencias internacionales podrán ser parte de los códigos de conducta (152), y una vez aprobado, si estas se hubieran incluido, serán tomadas como garantías adecuadas (153).

(145) D. SANCHO VILA (2010: 124 a 128, y 135 y ss.).

(146) Entre estas cláusulas tenemos: cláusula de definiciones, de detalles de la transferencia, de tercero beneficiario, de obligaciones del exportador de datos, de obligaciones del importador de datos, de responsabilidad, etc. Véase: Anexo de la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010.

(147) M. RECUERO LINARES (2019: 424).

(148) Entre éstas, tenemos la siguiente, por ejemplo: AEPD. Resolución Autorización Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de 14 de mayo de 2019, de la Agencia Española de Protección de Datos. N° Expediente: TI/00001/2019. Accesible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ti-00001-2019-resolucion-autorizacion-cnmv.pdf>.

(149) GUASCH PORTAS (2017: 343).

(150) Art. 40.1 del RGPD.

(151) SERRANO PÉREZ (2021: *in toto*). La autora denomina a este fenómeno «autorregulación regulada».

(152) Art. 40.2, letra j), del RGPD.

(153) Véase: HELGUERO SÁINZ (2010: *in toto*).

El CEPD elaboró las Directrices 1/2019 sobre códigos de conducta y organismos de supervisión (154), en las que estableció los criterios básicos para el funcionamiento de esta figura, en virtud del RGPD; además de recoger los requisitos mínimos que deben cumplir estos códigos de conducta, y los requisitos mínimos para su supervisión efectiva.

El mecanismo de certificación, por último, será expedido por los organismos de certificación que tengan un nivel adecuado de pericia en materia de protección de datos, una vez informada la autoridad de control (155).

3. Normas corporativas vinculantes o *Binding Corporate Rules (BCRs)*: cobertura adicional a las transferencias de datos personales en el ámbito empresarial y el comercio internacional

La expansión y globalización del comercio internacional ha impulsado la internacionalización necesaria de las empresas, lo que ha supuesto la difícil tarea de compatibilizar derechos fundamentales con las exigencias del comercio internacional (156). Tal como reconoce la doctrina, los movimientos internacionales de datos personales tienen una gran relevancia para la expansión del comercio (157). Es por ello que, como hemos comentado desde el principio, las transferencias internacionales deben conjugar ambas.

Los flujos transfronterizos de datos personales se han vuelto esenciales para el comercio internacional (158); el uso comercial de datos personales potencia el comercio digital y contribuye al crecimiento económico (159), con lo que será necesario conseguir el equilibrio entre dicho uso y la protección de la ciudadanía.

Este supuesto hace referencia al ámbito mercantil: partimos de un supuesto en el que grupos empresariales o uniones de empresas con empresas en distintos países deben traspasarse determinada información. En este caso, sería un obstáculo para el tráfico jurídico tener que solicitar una autorización administrativa para cada vez que una empresa necesite información de otra de su mismo grupo empresarial; al fin y al cabo, las comunicaciones de datos

(154) CEPD. Directrices 1/2019 sobre códigos de conducta y organismos de supervisión con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679, de 4 de junio de 2019, del Comité Europeo de Protección de Datos. Accesible en: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201901_v2.0_codesofconduct_es.pdf.

(155) Art. 43.1 del RGPD.

(156) A. ORTEGA GIMÉNEZ (2016: 29).

(157) J. OSTER (2017: 351).

(158) Véase: S. YAKOVLEVA (2020: *in toto*).

(159) S. YAKOVLEVA (2020: 882).

entre filiales multinacionales y/o la gestión de procesos de recursos humanos en una multinacional, entre otras, están a la orden del día (160).

El RGPD ha resuelto esto mediante las normas corporativas vinculantes o *binding corporate rules*, normas corporativas de carácter vinculante aprobadas por la autoridad de control, a las que se podrán unir los grupos de empresas, permitiendo salvaguardar la transferencia de datos y el correcto funcionamiento empresarial. La regulación de esta categoría constituye un importante avance en la agilidad e intereses del tráfico mercantil (161).

Estas normas no serán regulación en sí misma, sino el criterio para concluir si se dan o no garantías suficientes en las transferencias (162). El GT 29 definió las normas corporativas vinculantes o *binding corporate rules* como «códigos de conducta que redactan y siguen organizaciones multinacionales y que contienen medidas internas pensadas para poner en práctica principios de protección de datos (como auditoría, programas de formación, red de funcionarios de privacidad, sistema de tratamiento de quejas)» (163).

Esta categoría no fue recogida por la Directiva 95/46/CE; sin embargo, antes del RGPD, el GT 29 introdujo el concepto de normas corporativas vinculantes y recogió la posibilidad de recurrir a las mismas para la transferencia internacional de datos en su documento de trabajo del año 2003 (164), y elaboró unas directrices y principios sobre las normas corporativas vinculantes, al entender necesaria esta figura jurídica para articular un mecanismo de correcto funcionamiento empresarial en relación con la protección de datos en el año 2008 (165), actualizado en el año 2017 (166) [en 2017 el RGPD ya estaba aprobado, pero aún no era aplicable (167)]. Asimismo, el GT 29 siguió dotando de contenido a esta figura que él creó: estructura de las normas cor-

(160) R. GARCÍA DEL POYO, F. GARI (2007).

(161) A. I. HERRÁN ORTIZ (2002: 312).

(162) P. FERNÁNDEZ-LONGORIA, J. FERNÁNDEZ-SAMANIEGO (2010: 1789).

(163) GT 29. Dictamen 3/2010 sobre el principio de responsabilidad, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 13 de julio de 2010, ap. 19.

(164) GT 29. Documento de trabajo n.º 74: Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación del artículo 26 (2) de la Directiva de protección de datos de la UE a las normas corporativas vinculantes para las transferencias internacionales de datos, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 3 de junio de 2003.

(165) GT 29. Documento de trabajo n.º 153 que establece una tabla con los elementos y principios que se encuentran en las normas corporativas vinculantes, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 24 de junio de 2008.

(166) GT 29. Documento de trabajo n.º 256 que establece una tabla con los elementos y principios que se encuentran en las normas corporativas vinculantes, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 29 de noviembre de 2017.

(167) Si bien el RGPD fue aprobado en el año 2016, no fue aplicable hasta el 25 de mayo de 2018 (art. 99 del RGPD).

porativas vinculantes (168), preguntas frecuentes (169), elementos y principios a tener en cuenta por el encargado del tratamiento (170), etc.

Actualmente, el hecho de que el RGPD las haya recogido de forma expresa, confiere, por primera vez, rango legal a las normas corporativas vinculantes (171).

A efectos del reglamento, se definen como «las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta» (172); en sus considerandos, además, el reglamento ha establecido que todo «grupo empresarial o unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta debe tener la posibilidad de invocar normas corporativas vinculantes autorizadas para sus transferencias internacionales a organizaciones dentro del mismo grupo empresarial o unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta» (173).

Así, las normas corporativas vinculantes suponen un instrumento jurídico que vincula a las partes de una transferencia internacional de datos y que sirve para ofrecer garantías adecuadas cuando dicha transferencia es a un tercer país sin nivel adecuado decidido por la Comisión. Esta categoría, asimismo, supone una transferencia mediante garantías adecuadas (174), por lo que no será necesaria una autorización expresa de una autoridad de protección de datos para la transferencia internacional de datos basada en normas corporativas vinculantes (estas ya habrán sido aprobadas por una autoridad de protección de datos personales).

De este modo, las normas corporativas vinculantes constituyen el instrumento idóneo para regular las transferencias internacionales de datos personales en estructuras empresariales multinacionales, tanto dentro de las sociedades

(168) GT 29. Documento de trabajo n.º 154 que establece una estructura de las normas corporativas vinculantes, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 24 de junio de 2008.

(169) GT 29. Documento de trabajo n.º 155 rev. 05 relativo a las preguntas frecuentes sobre las normas corporativas vinculantes, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 7 de febrero de 2017 (rev.).

(170) GT 29. Documento de trabajo 02/2012 n.º 195 que establece una tabla de elementos y principios a tener en cuenta por el Encargado del Tratamiento en las normas corporativas vinculantes, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 6 de junio de 2012.

(171) CORDERO ÁLVAREZ (2019: 71 y 72).

(172) Art. 4, apartado 20º, del RGPD.

(173) Considerando n.º 110 del RGPD.

(174) Art. 46.2, letra b), del RGPD.

del mismo grupo, como aquellas uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta. Asimismo, aportan una solución única y homogénea para toda la estructura empresarial, quedando las sociedades con residencia fuera de la UE bajo la normativa comunitaria, de una manera indirecta, ya que a estas se les aplicarán estas normas cuyo contenido se ajustará a las normas europeas.

El RGPD, además, no ha querido que hubiese una remisión normativa sobre el concepto de grupo empresarial y él mismo lo ha definido entendiéndolo, a efectos del reglamento, como «grupo constituido por una empresa que ejerce el control y sus empresas controladas» (175).

Resulta una definición parecida al concepto de grupo en el Derecho español (176) o en la doctrina que la concibe como un agregado empresarial de varias sociedades jurídicamente autónomas que actúan bajo una dirección económica común (177); pero habrá una pequeña diferencia en lo que respecta a los grupos con integración paritaria u horizontal (178), donde no habrá tanta subordinación hacia una sociedad matriz dominante (179). A pesar de ello, aunque anteriormente la figura de las normas corporativas vinculantes se limitaba a entidades pertenecientes a un mismo grupo de empresas, con el RGPD esta figura servirá también para uniones de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta, sin que estas tengan que pertenecer necesariamente al mismo grupo empresarial (180). Es por ello que ha sido voluntad del reglamento que todas las concentraciones empresariales (181), aún cuando no pudiesen

(175) Art. 4, apartado 19º, del RGPD.

(176) Art. 18 de la Ley de Sociedades de Capital, en relación al art. 42 del Código de Comercio: «Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

(177) J. M. EMBID IRUJO (2003); J. M. EMBID IRUJO (2012); J. M. EMBID IRUJO (2013); y J. M. EMBID IRUJO (2008: 86): «un grupo es un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo». También, J. M. EMBID IRUJO (1987: 153): «empresa articulada, que consigue realizar sus fines mediante la integración de diversas sociedades bajo una dirección económica común, o dirección unitaria».

(178) La integración de los grupos empresariales puede ser jerárquica o vertical (relación de subordinación donde hay una sociedad dominante) o paritaria u horizontal (propiedad única con gestión descentralizada, otorgando un margen de actuación bastante independiente a todas las sociedades del grupo).

(179) Cfr. J. M. EMBID IRUJO (2008: 87 y 88).

(180) COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. COM (2017) 7 final, de 10 de enero de 2017, p. 5.

(181) También podemos incluir figuras como el Joint Venture, las sociedades conjuntas, las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) o las Uniones Temporales de Empresa (UTE);

incluirse en grupo empresarial, tuviesen a su disposición el uso de este instrumento jurídico a la hora de efectuar transferencias internacionales de datos, para no obstaculizar, así, el tráfico jurídico y el buen funcionamiento empresarial.

Como ya hemos mencionado, con las normas corporativas vinculantes no será necesaria una autorización expresa de una autoridad de protección de datos para la transferencia internacional, ya que estas ya habrán sido aprobadas por una autoridad de protección de datos personales (182): la competente en cada caso (en cada Estado miembro), según donde se encuentre establecido el responsable o el encargado del tratamiento (183). Dicha autoridad de control competente deberá aprobar las normas corporativas vinculantes siempre que: a) sean jurídicamente vinculantes y aplicables para todas las partes en todas las transferencias internacionales que vayan a efectuarse, b) confieran expresamente a los interesados derechos exigibles (teniendo lo previsto por el RGPD como contenido imperativo mínimo), y c) cumplan los requisitos mínimos de contenido exigidos por el reglamento. De igual modo, en el proceso de aprobación por parte de la autoridad de protección de datos competente deberemos tener en cuenta también los documentos (184) y formularios (185) del GT 29. La regulación actual del RGPD, además, reduce los trámites burocráticos al suprimir las obligaciones generales de notificación previa a las autoridades de protección de datos y autorización por estas de las transferencias a terceros países basadas en normas corporativas vinculantes (186).

pero, en su caso, las normas corporativas vinculantes cubrirán únicamente las transferencias realizadas desde el inicio de la figura asociativa, hasta el final de la misma; es decir, serán, al igual que la UTE, temporales. La Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional define las UTE como «sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro» (art. 7.1).

(182) Art. 57.1, letra s), del RGPD.

(183) Art. 55.1 del RGPD.

(184) GT 29. Documento de trabajo n.º 263 rev. 01 que establece un procedimiento de cooperación para la aprobación de «Reglas Corporativas Vinculantes» para responsables y encargados del tratamiento bajo el RGPD, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 11 de abril de 2018.

(185) GT 29. Recomendación n.º 264 sobre el formulario de solicitud estándar para la aprobación de las reglas corporativas vinculantes del responsable del tratamiento para la transferencia de datos personales, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 11 de abril de 2018; y GT 29. Recomendación n.º 265 sobre el formulario de solicitud estándar para la aprobación de las reglas corporativas vinculantes del encargado del tratamiento para la transferencia de datos personales, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 11 de abril de 2018.

(186) COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado. COM (2017) 7 final, de 10 de enero de 2017, p. 5.

Por último, en lo que respecta al contenido de las normas corporativas vinculantes, el RGPD ha establecido un contenido imperativo mínimo que deberán incluir estas (187), entre otras: la estructura y los datos de contacto del grupo empresarial o de la unión de empresas, transferencias o conjuntos de transferencias de datos (categorías, tipo de tratamiento, fines, etc.), carácter jurídicamente vinculante de las normas, aplicación de los principios generales en materia de protección de datos, derechos de los interesados y los medios para ejercerlos, etc.

A parte de este contenido del RGPD, podemos remitirnos de igual modo a los elementos y principios de las normas corporativas vinculantes aprobadas por el GT 29 (188).

Entre las normas corporativas vinculantes (BCRs) que han sido aprobadas por la AEPD podemos mencionar las siguientes: Grupo *Fujikura Automotive Europe, S.A.U.*, de 11 de marzo de 2020, respecto del responsable (189); Grupo *Iberdrola, S. A.*, de 15 de diciembre de 2020, respecto del responsable (190); Grupo *Kumon Europe & Africa Limited, S.A.*, de 26 de febrero de 2021, respecto del responsable (191); y Grupo *Kumon Europe & Africa Limited, S.A.*, de 26 de febrero de 2021, respecto del encargado (192).

4. Excepciones del RGPD para la licitud de las transferencias internacionales

El RGPD, por último, ha previsto unas excepciones para situaciones específicas, para permitir transferencias internacionales; excepciones que se salen de las normas generales del reglamento.

(187) Art. 47.2 del RGPD.

(188) GT 29. Documento de trabajo 256 rev. 01 que establece una tabla con los elementos y principios en los que deben basarse las Normas Corporativas Vinculantes del responsable del tratamiento, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 6 de febrero de 2018 (rev.); y GT 29. Documento de trabajo 257 rev. 01 que establece una tabla con los elementos y principios en los que deben basarse las Normas Corporativas Vinculantes del encargado del tratamiento, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, de 6 de febrero de 2018 (rev.).

(189) AEPD. Resolución de Aprobación de las Normas Corporativas Vinculantes del Grupo Fujikura Automotive Europe (Grupo FAE). Expediente: TI/00001/2020. Accesible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ti-00001-2020-resolucion-aprobacion-bcr-fae.pdf>.

(190) AEPD. Resolución de Aprobación de las Normas Corporativas Vinculantes del Grupo Iberdrola. Expediente: TI/00002/2020. Accesible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ti-00002-2020-resolucion-aprobacion-bcr-iberdrola.pdf>.

(191) AEPD. Resolución de Aprobación de las Normas Corporativas Vinculantes del Grupo Kumon. Expediente: TI/00001/2021. Accesible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ti-00001-2021-resolucion-aprobacion-bcr-r-kumon.pdf>.

(192) AEPD. Resolución de Aprobación de las Normas Corporativas Vinculantes del Grupo Kumon. Expediente: TI/00002/2021. Accesible en: <https://www.aepd.es/es/documento/ti-00002-2021-resolucion-aprobacion-bcr-e-kumon.pdf>.

Así, la primera de las excepciones dispone que, en ausencia de una decisión de adecuación o de garantías adecuadas, una transferencia a un tercer país u organización internacional únicamente se realizará cuando se dé el consentimiento informado y expreso del interesado; cuando sea necesario para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento (o para ejecutar medidas precontractuales), o para la celebración o ejecución de un contrato entre el responsable y un tercero; por razones importantes de interés público; para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones; para proteger los intereses vitales (del interesado o un tercero); o cuando la transferencia se realice desde un registro público con objeto de facilitar información al público y abierto a la consulta de éste (193).

No obstante ello, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) ha declarado, que, de conformidad con los principios inherentes al Derecho europeo, estas excepciones deben interpretarse restrictivamente, para que la excepción no se convierta en la regla general (194); ello siguiendo a la doctrina consolidada del TJUE, que tiene declarado que la protección del derecho fundamental al respecto de la vida privada al nivel de la Unión exige que las excepciones y limitaciones de la protección de los datos de carácter personal deberían aplicarse solamente en la medida en que sea estrictamente necesario (195).

Por otro lado, el RGPD ha recogido una excepción más, con objeto de dar la mayor cobertura posible a las transferencias internacionales. Según ésta, en caso de que no haya decisión de adecuación, garantías adecuadas o alguna de las condiciones citadas, se podrá realizar la transferencia internacional si: a) no es repetitiva, b) afecta a un número limitado de interesados, c) es necesaria a los fines de intereses legítimos del responsable del tratamiento, y d) el responsable del tratamiento ha evaluado todas las circunstancias concurrentes en la transferencia y ha ofrecido garantías (196).

(193) Art. 49.1 del RGPD.

(194) CEPD. Directrices 2/2018 sobre las excepciones contempladas en el artículo 49 del Reglamento 2016/679, del Comité Europeo de Protección de Datos, de 25 de mayo de 2018, p. 4. Accesible en: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_2_2018_derogations_es.pdf.

(195) STJUE (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, asunto C-73/07, caso Satakunan Markkinapörssi y Satamedia, ap. 56; STJUE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2010, acumulados C-92/09 y C-93/09, casos Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) y Hartmut Eifert (C-93/09), ap. 77; STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, ap. 52; STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner, ap. 92; y STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, Tele2 Sverige y Watson y otros, ap. 96.

(196) Art. 49.1.II del RGPD.

Entre estas excepciones, la primera es en su mayoría idénticas a las bases de licitud del tratamiento que recoge el reglamento (197); la segunda, en cambio, parece pensada para casos no excepcionales, sino excepcionalísimos, que no se puedan subsumir en ninguna de las anteriores bases comentadas hasta ahora. Parece el RGPD quiere, así, dar mucha más cobertura normativa a las transferencias internacionales, con muchas «oportunidades normativas» que den cobertura a las transferencias que se vayan a realizar. Pero ello a la luz del CEPD y del TJUE supondrá siempre una categoría limitada y restrictiva que será siempre subsidiaria y excepcional, de conformidad con el Derecho de la Unión.

5. Transferencias internacionales de datos personales penales: el flujo transfronterizo de datos personales del ámbito penal

Como análisis final al marco relativo a las transferencias internacionales en la regulación actual de protección de datos, nos es necesario mencionar que, si bien el RGPD establece el marco general, debemos siempre tener en cuenta que puede haber *lex specialis* en este ámbito, que es lo que sucede en el ámbito penal, por ejemplo, con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (198) (denominada «*Law Enforcement Directive*» o «*LED*», en inglés), que tendrá una especialidad en las transferencias internacionales, al ser éstas relativas al ámbito penal —directiva que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales—.

En todo esto, también debemos tener en cuenta el Convenio n.º 185 del Consejo de Europa, sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 («Convenio de Budapest») (199). El ámbito del Convenio es la ciberdelincuencia; sin embargo, éste también incluye algunas disposiciones que afectan a la protección de datos, entre otros.

(197) Art. 6.1 del RGPD.

(198) Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

(199) El Convenio de Budapest fue ratificado por España el 14 de septiembre de 2010 y entró en vigor en España el 1 de octubre de 2010. Véase: Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

Actualmente, está en vías de negociación el Segundo Protocolo adicional al Convenio de Budapest (200), que versará, sobre cooperación judicial en ámbito penal, y también sobre transferencias internacionales de datos personales en ámbito penal.

Por tanto, el Convenio de Budapest, la Directiva (UE) 2016/680 y el RGPD coexistirán, siendo éstas las bases de las transferencias internacionales en el marco de las investigaciones y sanciones penales. En dicho régimen, será la propia Directiva (UE) 2016/680 la que regule, como *lex specialis* en este ámbito, las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales y las decisión de adecuación específicas en este ámbito (art. 36), que serán independientes de las del RGPD analizadas, por lo que una no conlleva la otra, ni la otra conlleva la una (son necesarias decisiones de adecuación separadas).

Así, el régimen construido por la Directiva (UE) 2016/680 y por el Convenio de Budapest ahonda en la creación de flujos transfronterizos de datos personales del ámbito de enjuiciamiento criminal (para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales); un flujo especial relativo a reforzar la cooperación jurisdiccional penal, pero que nacerá de un régimen de transferencia internacional de datos personales.

6. Las transferencias internacionales de datos respecto del Reino Unido: el flujo de datos personales UE-Reino Unido

Una cuestión controvertida, por último, será la situación jurídica del Reino Unido respecto a las transferencias internacionales de datos personales.

Con el «Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica», en virtud del cual Reino Unido dejó de ser parte de la UE desde el 1 de enero del 2021, el país también quedó fuera de la aplicación del RGPD, *de iure*. Por tanto, el Reino Unido pasó de estar dentro del «espacio europeo de la información» a ser un país tercero, a efectos del RGPD; ello pese a que el Acuerdo de Retirada recogió una disposición específica en relación a la protección de datos (201) —si bien ello es cierto, también debemos tener en

(200) Recomendación de Decisión del Consejo por la que se autoriza la participación en las negociaciones sobre un Segundo Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia (STE n.o 185), COM(2019) 71 final. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019PC0071>.

(201) Véase: Artículo 71. Protección de los datos personales. Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

cuenta que, pese a ello, el RGPD sigue siendo aplicable en muchas empresas del Reino Unido, debido a su aplicación extraterritorial, en virtud de su criterio subjetivo (el interesado)—.

Al ser considerado país tercero, se le aplicará el régimen previsto en el RGPD y serán necesarios instrumentos como una decisión de adecuación o garantías adecuadas (202).

De este modo, dentro de las negociaciones ulteriores al Acuerdo de Retirada, Reino Unido y la Unión elaboraron el marco para la constitución de un flujo de datos personales Reino Unido-UE, que trajera consigo un espacio de movimiento de datos. Las negociaciones incluyeron tanto el RGPD (203) como la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril, («*Law Enforcement Directive*») (204), con objeto de crear un flujo transfronterizo de datos personales, en una doble dimensión: el primero, respecto del RGPD, y, el segundo, en lo que respecta a los datos personales relativos a la jurisdicción penal.

En el año 2021, el Parlamento Europeo, por resolución de 21 de mayo de 2021, se pronunció acerca de la adecuación (205), y, finalmente, en virtud de la Decisión de Ejecución de la Comisión Europea, se declaró que Reino Unido mantiene un adecuado nivel de protección (206). Mediante dicha Decisión de Ejecución se constituyó el flujo de datos entre el Reino Unido y la Unión Europea.

Entre los distintos fundamentos en los que se basaron la Decisión de Ejecución tenemos la *UK Data Protection Act 2018* de 2018 del Reino Unido, que entró en vigor el 23 de mayo de 2018, y complementó la aplicación del RGPD y, a su vez, transpuso la Directiva (UE) 2016/680 en el Reino Unido. La

(202) Véase: A. GASCÓN MARCÉN (2020: *in toto*).

(203) Borrador del Proyecto de Decisión de la Comisión Europea, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido. Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/draft_decision_on_the_adequate_protection_of_personal_data_by_the_united_kingdom_-_general_data_protection_regulation_19_feb_2020.pdf.

(204) Borrador del Proyecto de Decisión de la Comisión Europea, de conformidad con la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuada protección de los datos personales por parte del Reino Unido. Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/draft_decision_on_the_adequate_protection_of_personal_data_by_the_united_kingdom_law_enforcement_directive_19_feb_2020.pdf.

(205) Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de mayo de 2021, sobre la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido [2021/2594(RSP)]. Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0262_ES.pdf.

(206) Decisión de Ejecución de la Comisión, de 28 de junio de 2021, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido. Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/decision_on_the_adequate_protection_of_personal_data_by_the_united_kingdom_-_general_data_protection_regulation_en.pdf.

Comisión analiza dicha norma respecto del RGPD, en la que, cuando aquella se elaboró, se adaptaron los principios básicos del reglamento europeo, lo que la Comisión denomina «Derecho de la UE conservado» («retained EU law») (207); es por ello que la Comisión Europea concluye que, dado que la DPA del Reino Unido se basa en la legislación de la UE, «las normas de protección de datos en el Reino Unido en muchos aspectos reflejan fielmente las normas correspondientes aplicables dentro de la Unión Europea» (208).

La Decisión de Ejecución, por otro lado, ha recogido una cláusula de extinción de la propia Decisión; así, transcurrido ese tiempo la Comisión valorará si Reino Unido sigue manteniendo el nivel adecuado de protección con su legislación, y, en ese caso, renovará la Decisión de Ejecución.

Así, a fecha de 2021, los países que tienen declarada la adecuación por la Comisión son trece: Andorra, Argentina, Canadá, Guernesey, Isla de Man, Islas Feroe, Israel, Japón, Jersey, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suiza y Uruguay.

VII. EL PODER EXPANSIVO DEL RGPD: DE LA UE, AL MUNDO

Todo lo mencionado hasta aquí también afecta a otros ámbitos como son, entre otros, las relaciones exteriores de la Unión Europea (acuerdos comerciales, cooperación internacional, etc.), y, en especial, a las relaciones comerciales entre la UE y terceros países.

Así, que un país tercero tenga una legislación nacional robusta en materia de protección de datos que cumpla con todas las exigencias mencionadas para que se considere que tiene un nivel adecuado de protección en lo que respecta a datos personales será una ventaja para la creación de redes comerciales entre dicho país tercero y la UE, o entre dicho país tercero y un país europeo.

Ello, asimismo, tiene otra consecuencia: que los países terceros se esfuerzen en elaborar marcos legislativos nacionales fuertes que cumplan las características de los cánones exigidos por el RGPD, para así no quedar excluidos en cualquier relación que pueda conllevar de un modo u otro que haya datos personales en juego.

Tal como reconoció la propia Comisión Europea en el año 2010, antes del RGPD, el carácter adecuado del nivel de protección era evaluado en primer lugar por el responsable del tratamiento y, después, por la autoridad de control en materia de protección de datos del Estado miembro correspondiente,

(207) Decisión de Ejecución de la Comisión, de 28 de junio de 2021, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por parte del Reino Unido, p. 4 y 5.

(208) *Ibid.*

lo que daba lugar a enfoques diferentes de la apreciación del nivel de protección garantizado por los terceros países u organizaciones internacionales y, por consiguiente, tal como se recogió el informe: «implica el riesgo de que el nivel de protección de los interesados previsto en un tercer país se juzgue diferentemente de un Estado miembro a otro. Asimismo, los instrumentos jurídicos existentes no establecen condiciones precisas y armonizadas en cuanto a las transferencias que pueden considerarse legítimas. Por ello, las prácticas varían de un Estado miembro a otro» (209).

Así, el RGPD ha traído que la protección de datos, y especialmente las transferencias internacionales de datos personales y las decisiones de adecuación, se conviertan en un ámbito europeo, lo que ha convertido a la Unión Europea en un bloque que ha unificado y armonizado este ámbito, y ello está haciendo que el reglamento adquiera un protagonismo y una relevancia a nivel global. Se ha consolidado, además, el «espacio europeo de la información», ese espacio interior de datos personales, con libertad de movimiento, que viene a reflejar el espíritu mismo de la UE: la unificación estatal y la libertad de circulación (de datos personales, en este caso).

Por lo tanto, la unificación que ha supuesto el hecho de que el RGPD tenga carácter de reglamento y que la protección de datos se haya europeizado, no solo ha armonizado las normativas nacionales en materia de protección de datos de los veintisiete Estados miembros de la UE, sino que, además, está marcando el camino a seguir en la elaboración de legislaciones nacionales a nivel mundial.

Al fin y al cabo, el propósito de las decisiones de adecuación de la Comisión Europea es confirmar formalmente, con efectos vinculantes para los Estados miembros, que el nivel de protección de datos en un tercer país o una organización internacional es esencialmente equivalente al nivel de protección de datos en la Unión Europea (210).

Tal como declara el GT 29, el documento de trabajo de 2018 tiene como finalidad proporcionar orientación a la Comisión Europea a la hora de evaluar el nivel de protección de datos en terceros países y organizaciones interna-

(209) COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea», Bruselas, 04-11-2010, pp. 16 y 17. COM(2010) 609 final. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:ES:PDF>.

(210) GT 29. Documento de trabajo n.º 254 rev. 01 sobre la Referencia de Adecuación, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, aprobado el 28 de noviembre de 2017, revisado por última vez y aprobado el 6 de febrero de 2018, p. 3; y también STJUE (Gran Sala), de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner*, ap. 52.

cionales, pero, además, según el propio GT 29, el documento quiere servir también de orientación básica para aquellos terceros países y organizaciones internacionales interesadas en obtener la adecuación (211).

Con todo este régimen, además, se consigue que en las relaciones exteriores de la Unión Europea, especialmente en los acuerdos comerciales internacionales, la protección de datos no sea negociable; por lo que, así, los derechos de privacidad y protección de datos no estarán sujetos a negociación en ningún acuerdo comercial internacional futuro con países no pertenecientes a la UE (212).

Por todo ello, el reglamento ésta siendo la punta de lanza de la regulación relativa a la protección de datos a nivel mundial, manteniéndose a la vanguardia en este ámbito, y, de un modo indirecto, está influyendo en las normas nacionales de otros Estados a nivel internacional, máxime cuando el TJUE ha establecido que cualquier decisión de adecuación —que conlleva la creación de flujos— se deberá adaptar siempre al marco del RGPD y la CDFUE (213).

De este modo, los países terceros, en caso de que quisieran mantener las relaciones (comerciales, por ejemplo) con la Unión, intentarán adecuarse lo máximo posible al RGPD (214); ello está haciendo que el RGPD se convierta en un modelo a seguir para los legisladores de todo el mundo.

(211) GT 29. Documento de trabajo n.º 254 rev. 01 sobre la Referencia de Adecuación, del Grupo de Trabajo del Artículo 29, aprobado el 28 de noviembre de 2017, revisado por última vez y aprobado el 6 de febrero de 2018, p. 2: «*This document aims to provide guidance to the European Commission and the WP29 under the GDPR for the assessment of the level of data protection in third countries and international organizations [...]. In addition, it may guide third countries and international organizations interested in obtaining adequacy.*

(212) Véase: SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS (SEPD), «*Data protection is non-negotiable in international trade agreements*», 2021. Accesible en: https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2021/data-protection-non-negotiable-international_en.

(213) STJUE (Gran Sala), de 16 de julio de 2020, asunto C-311/18, Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited y Maximillian Schrems, ap. 140 y ss.

(214) Podemos poner el siguiente caso a modo de ejemplo: en el año 2019 la República de Kenia aprobó la Ley n.º 24 de 2019, de protección de datos (*Data Protection Act, 2019*). Dicha norma es muy parecida al RGPD (en algunos apartados rozando la copia), y ello será muy beneficioso a la hora de relacionarse con la UE. No obstante, en este caso preciso, sí hay un impedimento: Kenia aún no tiene constituida una autoridad de control de protección de datos, lo cual dificulta la ya mencionada consideración de nivel adecuado de protección según el RGPD, ya que la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes en materia de protección de datos es uno de los requisitos para ello (art. 45.2 del RGPD). Sin embargo, la norma keniata es un ejemplo de lo mencionado. La Ley está accesible en el Boletín Oficial de la República de Kenia (*Kenya Gazette*): http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/2019/TheDataProtectionAct_No24of2019.pdf.

Y también para consulta en línea: <http://kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=No.%2024%20of%202019>.

VIII. CONCLUSIONES

Los flujos transfronterizos de datos personales (*cross border flows of personal data*) son un fenómeno que nos aparecerá constantemente por la importancia que tienen los datos hoy en día y por vivir actualmente en un mundo globalizado.

De este modo, y como hemos analizado, todas las regulaciones sobre transferencias internacionales de datos personales tenían, y siguen teniendo, la voluntad de aunar la protección de los datos personales y la libre circulación de dichos datos personales a nivel internacional.

Las regulaciones que se han ido sucediendo han tenido un carácter normativo mínimo, dando, así, un punto de inicio a las transferencias internacionales de datos personales y dejando el desarrollo legislativo y normativo en manos de los Estados. Sin embargo, el RGPD ha supuesto un cambio sustancial en esta materia: ha dotado de bastante contenido la regulación sobre las transferencias internacionales de datos y, además, por su carácter de reglamento, ha supuesto una armonización y un auténtico paso adelante en este ámbito a nivel comunitario.

Las decisiones de adecuación suponen un instrumento jurídico fundamental para permitir una mayor libertad de flujo transfronterizo de datos, ya no será decidido por cada Estado miembro, sino de una manera comunitaria; a ello debemos añadirle las garantías adecuadas y las normas finales de transferencias internacionales de datos. Parece que el RGPD quiere, así, dar mucha más cobertura normativa a las transferencias internacionales, con muchas «oportunidades normativas» que den cobertura a las transferencias que se vayan a realizar, con dos fines: permitir que haya cuantas más transferencias posibles y, al mismo tiempo, asegurarse de que todas las transferencias que se realicen cumplan con lo establecido y den garantías y, sobre todo, protección a los sujetos de los datos transferidos.

El reglamento supera indudablemente la anterior regulación de la directiva y crea una mayor libertad de circulación de datos, mediante un flujo o espacio europeo libre de datos personales (toda la UE, más el EEE) y ampliaciones de dichos flujos llevadas a cabo a través de las decisiones de adecuación. Con dichas ampliaciones hechas por la Comisión, además, se consigue de manera indirecta que los estándares normativos europeos en materia de protección de datos sean incluidos en legislaciones de terceros países.

Como se ha mencionado, los flujos de datos personales suponen que los datos circularán tan libremente entre los dos países u organizaciones internacionales como dentro del país. Siendo así, por un lado, el RGPD ha unificado la libre circulación de datos; por otro, se ha expandido la norma al EEE, y, por último, se han creado distintos flujos de datos personales en virtud de decisiones

de adecuación que viene a construir redes exteriores de circulación de datos con base en el contenido del RGPD, expandiendo los principios básicos de la norma.

La inclusión, por otro lado, de las normas corporativas vinculantes como figura en el RGPD ha supuesto dotar a las empresas multinacionales de un instrumento jurídico muy beneficioso para el buen desarrollo empresarial; además, se logra así que las corporaciones que no tuvieran el domicilio en la UE queden bajo la aplicación de la normativa comunitaria en materia de protección de datos.

Recordando, asimismo, que tanto los movimientos internacionales de datos personales como los flujos transfronterizos de datos personales tienen una gran relevancia para la expansión del comercio, podemos afirmar que la UE ha conseguido su objetivo de construir las bases legales del «espacio europeo de la información», en la que se debe buscar el equilibrio entre la libre circulación de información y la protección de la ciudadanía y sus datos personales.

De este modo, el RGPD no solo ha creado un «espacio europeo de información» o un «espacio europeo de datos» (personales, en este caso) —que alcanza a los veintisiete Estados miembros y a los miembros del EEE—, sino que el RGPD también ha contribuido a esbozar las líneas fundamentales en materia de regulación de datos personales a nivel global, que hará que la norma influya sobre las legislaciones de los Estados a nivel mundial.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURI GORRINO, Unai (2011): «Movimiento internacional de datos especial referencia a la transferencia internacional de datos sanitarios», *Revista de administración pública*, 186, pp. 329-369.
- ABERASTURI GORRINO, Unai, LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2011): «La cesión de datos de salud fuera del ámbito sanitario. Análisis de supuestos concretos en que la información sanitaria se transmite para el cumplimiento de fines distintos al de la protección de la salud de las personas», *Revista Vasca de Administración Pública*, 91, pp. 17-101.
- ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia (2010): «Las transferencias internacionales de datos personales Título V. Movimiento Internacional de Datos. Artículos 33 y 34», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, Civitas, pp. 1800-1834.
- APARICIO SALOM, Javier (2000): *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, Aranzadi.
- (2014): «El tercero a quien se comunican los datos. Un tercer género entre quienes tratan datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 34, pp. 23-42.

- ARIAS POU, María (2016): «Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), ÁLVAREZ CARO, María (coord.), RECIO GAYO, Miguel (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Madrid, Reus, pp. 115-134.
- BENNETT, Colin J., RAAB, Charles D. (2006): *The governance of privacy, Policy Instruments in Global Perspective*, Massachusetts, The MIT Press.
- BUQUICCHIO, Giovanni (1986): «Informática y libertades: Balance de quince años de actividad en el seno del Consejo de Europa», *Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública-Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea.
- BYGRAVE, Lee A. (2010): «International agreements to protect personal data», en Rule, James B., Greenleaf, Graham (ed.), *Global Privacy Protection. The First Generation*, Cheltenham (Reino Unido), Edward Elgar Publishing.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia (2002): *Vida privada y datos personales*, Madrid, Tecnos.
- CERDA SILVA, Alberto (2011): «El “nivel adecuado de protección” para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36, pp. 327-356.
- CONDE ORTIZ, Concepción (2005): *La protección de datos personales*, Madrid, Dykinson.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel (2019): «La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: especial referencia al caso estadounidense y la Cloud Act», *Revista Española de Derecho Europeo*, 70, pp. 49-108.
- COUDERT, Fanny (2005): «Transferencias internacionales de datos», en ALMUZARA ALMAIDA, Cristina (coord.), *Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal*, Madrid, Lex Nova, pp. 385-417.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (2007): «La transferencia Internacional de Datos», *Revista Española de Protección de Datos*, 1, pp. 17-60.
- EMBID IRUJO, José Miguel (1987): *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- (2003): *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares.
- (2008): «El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance», *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, 68, pp. 84-101.

– (2012): «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», *Revista de derecho mercantil*, 284, pp. 25-52.

– (2013): «Los grupos de sociedades en la propuesta de Código Mercantil», *Revista de derecho mercantil*, 290, pp. 53-68.

ESTADELLA YUSTE, Olga (1995): *La Protección de la Intimidad frente a la Transmisión Internacional de Datos Personales*, Madrid, Tecnos.

ESTADELLA YUSTE, Olga (1996): *La transmisión internacional de datos personales y su control*, Madrid, Tecnos.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND COUNCIL OF EUROPE (2018): *Handbook on European data protection law*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf.

FATÁS MONFORTE, José Miguel, GARCÍA SANZ, Javier (2008): «Título Primero. Disposiciones Generales (Arts. 1 a 7)», en PALOMAR OLMEDA, Alberto (dir.), GONZÁLEZ-ESPEJO GARCÍA, Pablo (dir.), ÁLVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia Irene (coord.), *Comentario al Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.

FERNÁNDEZ-LONGORIA, Paula, FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier (2010): «Transferencias internacionales de datos personales. Título V. Movimiento Internacional de Datos. artículos 33 y 34», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, Civitas, pp. 1767-1800.

GARCÍA DEL POYO, Rafael, GARI, Francisco (2007): «Régimen jurídico aplicable a las transferencias internacionales y sus implicaciones en la actividad mercantil de las empresas multinacionales», *Revista Española de Protección de Datos*, 2, pp. 239-266.

GARCÍA-CUEVAS ROQUE, Elena (2012): «Las transferencias internacionales de datos y las libertades individuales: un acercamiento a las normas de protección de datos», *Estudios de Deusto*, 60, 2, pp. 171-194.

GASCÓN MARCÉN, Ana (2020): «La regulación del flujo de datos personales entre la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12, 1, pp. 231-246.

GONZALO DOMÉNECH, Juan José (2019): «Las decisiones de adecuación en el derecho europeo relativas a las transferencias internacionales de datos y los mecanismos de control aplicados por los estados miembros», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 1, pp. 350-371.

GUASCH PORTAS, Vicente (2012): «La transferencia internacional de datos de carácter personal», *RDUNED. Revista de Derecho UNED*, 11, pp. 413-454.

- (2017): «La computación en nube y las transferencias internacionales de datos en el nuevo reglamento de la UE», *RDUNED. Revista de derecho UNED*, 20, pp. 333-350.
- HELGUERO SAINZ, José (2010): «Objeto y naturaleza de los códigos tipo», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, Civitas, pp. 1727-1747.
- HEREDERO HIGUERAS, Manuel (1996): *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Comentario y Textos*, Madrid, Tecnos.
- (1997): *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal*, Pamplona, Aranzadi.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel (2002): *El Derecho a la Intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*, Madrid, Dykinson.
- HOWARD, Philip N., JONES, Steve (ed.) (2005): *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Barcelona, Editorial UDOC.
- MADEC, Alain (1984): *El mercado internacional de la información. Los flujos transfronteras de informaciones y datos*, Madrid, Fundesco/Tecnos.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel (2015): «Transferencias Internacionales de Datos Personales: Estados Unidos no es un Puerto Seguro, pero tampoco una isla inalcanzable», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 15, pp. 212-227.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (2015): *La (des) protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*, Madrid, AEPD.
- (2016): *Transferencias internacionales de datos de carácter personal ilícitas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- OSTER, Jan (2017): *European and International Media Law*, Cambridge (Reino Unido), Cambridge University Press.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2010): «Concepto de datos de carácter personal: Título I. Disposiciones Generales. Artículo 3», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid, Civitas, pp. 183-213.
- (2017): «Capítulo septuagésimo. Las transferencias internacionales en el nuevo reglamento europeo de protección de datos», en PAREJO ALFONSO, Luciano José (coord.), VIDA FERNÁNDEZ, José (coord.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2063-2098.
- (2016): «Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), ÁLVAREZ CARO, María

- (coord.), RECIO GAYO, Miguel (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Madrid, Reus, pp. 427-460.
- PIÑOL I RULL, Joan, ESTADELLA YUSTE, Olga (1993): «La regulación de la transmisión internacional de datos en la L.O. 5/1992 de 29 de octubre», en RIPOLL I CARULLA, Santiago (coord.), *La protección de los datos personales: regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra.
- PULIDO QUECEDO, Manuel (2003): «La catequista y los riesgos de Internet», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, XIII, 602.
- RALLO LOMBARTE, Artemi (2012): «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos las claves de la reforma», *Revista de derecho político*, 85, pp. 13-56.
- RECIO GAYO, Miguel (2019): «Nivel adecuado para transferencias internacionales de datos», Derecho PUCP: *Revista de la Facultad de Derecho*, 83 (Ejemplar dedicado a: Nuevas tecnologías: El futuro del Derecho en la era digital), pp. 207-240.
- RECUERO LINARES, Mikel (2019): «Transferencias internacionales de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada = Law and the human genome review: genetics, biotechnology and advanced medicine*, Extra 1, pp. 413-433.
- RIPOLL CARULLA, Santiago (1994): «El movimiento internacional de datos. Legislación española y derecho internacional», *TELOS*, 37.
- SANCHO VILLA, Diana (2010): *Negocios Internacionales de Tratamiento de Datos Personales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters.
- SERRANO DE PABLO VALDENE BRO, Luis (2008): «XI. Las transferencias internacionales de datos (arts. 65 a 70)», en ZABÍA DE LA MATA, Juan (coord.), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Valladolid, Lex Nova.
- SERRANO PÉREZ, María Mercedes (2005): «El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 1, pp. 245-265.
- (2021): «Algunos elementos de los códigos de conducta: la autorregulación regulada», *AC, Asuntos Constitucionales*, 0, 151-168.
- SOLAR CALVO, Pedro (2012): «La doble vía europeo de protección de datos», *Diario La Ley*, 7832, XXXIII.
- STOFFEL VALLOTTON, Nicole (2003): «El espacio económico europeo: un ejemplo de integración diferenciada en las relaciones exteriores de la Unión Euro-

- pea. La aplicación del acervo comunitario a terceros estados», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7, 15, pp. 573-625.
- SUÑÉ LUNÁS, Emilio (1999): «Marco jurídico del tratamiento de datos personales en la Unión Europea y en España», en VV. AA., *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos (URJC), pp. 245-274.
- TUDORICA, Melania, MULDER, Trix (2019): «The GDPR Transfer Regime and Modern Technologies», VV. AA., *Proceedings of ITU Kaldeioscope: ICT for Health: Networks, standards and innovation*, Atlanta (Georgia), International Telecommunication Union (ITU).
- ULL PONT, Eugenio (2000): *Derecho Público de la Informática (Protección de datos de carácter personal)*, Madrid, UNED.
- VERDAGUER LÓPEZ, Jordi, BERGAS JANÉ, Mª Antonia (2012): *TODO Protección de Datos*, Valencia, CISS.
- YAKOVLEVA, Svetlana (2020): «Personal Data Transfers in International Trade and EU Law: A Tale of Two 'Necessities'», *The Journal of World Investment & Trade*, 21, 6, pp. 881-919.

CRÓNICAS

AMERICAN DISPUTES OVER THE «ADMINISTRATIVE STATE»^(*)

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ

I. MISPLACED SENTIMENTS TOWARDS THE ADMINISTRATIVE STATE

Americans have been long resistant to strong executive authority. It is understandable that the United States would favor a system of strict separation of powers because the country began through a liberal revolution. It is well known that Madison declared the separation of powers between the branches of government «essential to the preservation of liberty» (1). However, the resistance to a strong executive has evolved into misplaced sentiments opposed to the so called «administrative state».

To begin with, the 19th Century British legal theorist Dicey chose the wrong word to refer to *the rule of law as opposite to the administrative law*. There is no doubt that countries ruled by administrative law have been effectively ruled by the law, at least to the same extent as common law countries.

Moreover, most scholars recognise that *the common law system is also a regulatory system*. In fact, as was even evident to Frank Goodnow in 1893, the United States grew into an administrative state (2). It remains one today, with the nation's modern legal system based on statutes. President Biden does not appear to have any intention of dismantling the administrative state.

Notwithstanding this, in the first two decades of this century there has been a vivid debate on the administrative state. The supporters defend the role of agencies. On the contrary, opponents to the administrative state claim that it departs from the original meaning of the Constitution, which was inspired by common law («lost Constitution», «Constitution-in-exile» are expressions

(*) These pages draw from the author's publication: José Carlos Laguna de Paz, «Basic Foundations of the Administrative State», *The Regulatory Review*, 8th Jun 2021 [<https://www.thereview.org/2021/06/08/laguna-de-paz-basic-foundations-administrative-state/>].

(1) Adler, J. H. and Walker, C. J., «Reviving Congress's Ambition», *The Regulatory Review*, 2th Mar 2020 [<https://www.thereview.org/2020/03/02/adler-walker-reviving-ambition/>].

(2) Goodnow, F. J., *Comparative Administrative Law*, 2 Vol., G. P. Putnam's Sons, New York, 1893 and *The Principles of the Administrative Law of the United States*, G. P. Putnam's Sons, New York, 1905.

which can be read) (3). They argue that the administrative state would not be in accordance with the principle of separation of powers. Thus, they support the «nondeliction doctrine», which would prevent Congress from delegating regulatory powers (secondary legislation) to agencies.

The debate is not without political overtones («the administrative state can turn into a form of absolutism») (4). Some understand that the primary objective of public law remains the fight against abuses of power («resistance to executive prerogative — the lawless despotism of the Stuart kings»), not the pursuit of ends in the general interest.

The point is that the administrative state —governed by administrative law— is the best way to make the rule of law effective, as Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule brilliantly argue in their recent book *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*.

In this paper, we briefly comment on some of the main points of the American debate.

II. EMPOWERING AGENCIES WHILE PROTECTING CITIZENS' RIGHTS

Administrative law is certainly intended to empower public authorities to promote the public good in an effective way. Ordinary civil law, such as contracts or torts, does not provide the basis for regulatory actions to provide public utilities, to supervise regulated sectors or to urban planning and environmental protection, just to give some examples. It is hardly deniable that all this is not for a pret-a-porter (common law), but require a tailor made legal system.

The point is that such tailor made legal system is also intended to protect citizens' rights by limiting the power of public bodies. Significantly, in 1946, recognizing the need for greater structure in the administrative state, the U.S. Congress passed the Administrative Procedure Act (APA), a hallmark in modern administrative law.

A few years later in 1958, Spain adopted its Administrative Procedure Law, which in turn has had a great influence in many Latin American countries. Spain's 1958 Act took advantage of the 1889 Administrative Procedure Act, which was the first administrative procedure regulation in the world.

A legal framework composed of statutes governing administrative procedures and the essential elements of public bodies contributes to the preservation of the rule of law in the administrative state.

(3) Sunstein, C. R. and Vermeule, A., *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2020, 18 and ff.

(4) Sunstein and Vermeule 2020, 63.

Four questions illuminate how the rule of law underlies and supports the administrative state.

III. TO WHAT EXTENT SHOULD AGENCIES ENJOY DISCRETION TO DEFINE POLICY?

In the last two years, five U.S. Supreme Court justices have stated their intention to reinvigorate the so called *nondelegation doctrine* by announcing a test that is more demanding than the intelligible principle test that the Court has applied for nearly a century (5).

There is no doubt that the U.S. separation of powers vests Congress with the power to establish the law. Under Article I of the U.S. Constitution, Congress possesses «all legislative powers (...) granted» in the Constitution. Any regulation need delegation of powers and must comply with the substance of the authorizing statute. Consequently, agencies should have limited abilities to define policy choices. The role of agencies is to implement and enforce the law, which also includes rule-making. However, rule-making power that gives agencies the ability to create secondary legislation should not allow them to make primary policy choices. So, when Congress writes statutes in very broad terms, it may not be properly fulfilling its constitutional role.

But within these limits, at the same time it is difficult to deny that agencies have a role to play in the implementation of the statutes. It has been argued that «while regulation implemented through reliance on broad delegations of power can have bad results, regulation implemented through application of clear congressional mandates is likely to be even worse» (6). If we accept that agencies have a role to play, we can squarely concentrate in discussing what should be their powers, due process, transparency requirements, the obligation to give reasons, citizens' rights and the scope of judicial review.

IV. WHY DO WE NEED INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES?

As a general rule, agencies should be subject to the direction of the President. This is the basic principle of administrative organization or administrative

(5) Pierce, R. J. (Jr.), «Delegation's Critics Should Be Careful What They Wish For», *The Regulatory Review*, 15th Jun 2020 [<https://www.theregreview.org/2020/06/15/pierce-delegation-critics-careful-what-they-wish/>].

(6) Pierce, R. J. (Jr.), «Delegation's Critics Should Be Careful What They Wish For», *The Regulatory Review*, 15th Jun 2020 [<https://www.theregreview.org/2020/06/15/pierce-delegation-critics-careful-what-they-wish/>].

hierarchy and what gives democratic legitimacy to their decisions. Given this structure, why have «independent» agencies?

It should be noted that the model of independent agencies was first established in the United States and then exported to the world. However, I am not quite sure whether it has been rightly understood outside the United States. The only relative independence of these agencies tend to be understood in Europe as a flaw implementation of the model. Overlooked is the fact that in the U.S. most scholars accept that these agencies are not completely immune to presidential influence.

In this vein, it is said that «there is considerable evidence that independent agencies share the President's policy preferences (...) the appointees of a newly-elected President usually are in a position to control decision making by an independent agency within a matter of months of taking office» (7). «Regardless of what the statute says, the president can often determine who will run an 'independent' agency. Unfilled vacancies, resignations, and 'throwing the towel' often allow a president to gain control of an administrative body. In general, a new president's first appointment will create a majority for his party (if one does not already exist). Importantly, the president determines which commissioner serves as chair, a position that gives its holder significant control over the agenda and priorities of the agency. While some independent agencies are more 'independent' than others, most generally come into line, sooner or later, with the president's views» (8). The fact is that «independent agencies are not all that independent. Their chairs are appointed by the president, after all, and most of the time, their policy preferences are broadly in line with the White House. Even if the president cannot order these appointees to make particular decisions, the power of appointment, together with other authorities, ensures that are anything but a 'headless fourth branch' of government» (9).

At the end of the day, one might think that there are good reasons for things to be this way, as policy choices have to be made by those who are democratically accountable. This is why it can be argued that regulatory choices in as much permitted by statutes are to be made by the government, at least in parliamentary systems. In this context, agencies should be entitled to approve regulations defining policy choices to a very limited extent. Their role is much more to supervise and to enforce the law by the way of adjudications, which involves a lesser extent of discretion.

(7) Davis, K. C. and Pierce, R. J., *Administrative Law Treatise*, I, 3rd edition, Little, Brown and Company, 1994, 47.

(8) Breyer, S. G., Stewart, R. B., Sunstein, C. R., Vermeule, A. and Herz, M. E., *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, 7th edition, Wolters Kluwer, New York, 2011, 129.

(9) Sunstein and Vermeule 2020, 4.

However, despite being only relatively independent—or «semi-autonomous» (10)—the advantage of these agencies is that *presumably they are not subject to day-to-day political pressure. They are expected to take more neutral actions than cabinet agencies, which are closer to the political arena.*

V. WHAT DOES DEFERENCE REALLY MEAN?

If judicial review is essential for the rule of law, what purpose does judicial deference or Chevron deference serve?

When courts review agency action, judges may be *deferential on questions of fact because in many cases there is more than one way to interpret the facts. It is not unusual for experts in a field to have differences of opinion on the meaning of the facts. That is why European Union case law refers to such facts as complex technical and economic issues* (11). Judges can only void an administrative decision when it is not motivated by facts or it appears to be clearly unreasonable.

Courts may also give agencies *deference on questions of law. Congress is responsible for the substantive legislation of a matter but may delegate authority to an agency to create secondary regulations. So, judges are only entitled to consider whether the agency has exercised its discretion within the limits of a delegation. A judge can strike down a regulation if it does not align with the purpose of the statute— one could argue this might have really been the case in *Chevron v. Natural Resources Defense Council* (12). Within the boundary of delegated statutory authority, however, agencies may exercise limited discretion—but discretion, nevertheless. Judges are not decision-makers, so they cannot substitute their own judgment for that of the agency.*

VI. IS A CIVIL SERVICE SYSTEM ESSENTIAL TO AN ADMINISTRATIVE STATE?

Certainly, a civil service system has its weaknesses. But it is arguably better than a spoils system, which allows political appointees to fill administrative

(10) Coglianese, C., «The Semi-Autonomous Administrative State», *The Regulatory Review*, 7th Oct 2019 [<https://www.theregreview.org/2019/10/07/coglianese-semi-autonomous-administrative-state/>].

(11) Laguna de Paz, J. C., «Administrative and judicial review of EU supervisory decisions in the banking sector», *Journal of Banking Regulation* 20, 2019, 159 and ff. and «Understanding the limits of judicial review in European competition law», *Journal of Antitrust Enforcement* 2-1, 2014, 203-224.

(12) Laguna de Paz, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, 3^a edic., Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2020, 412-415.

agency positions when new administrations rise to power («Presidents appear to believe that they need White House loyalists to protect them from the civil service») (13).

Civil servants have to apply the policy made by those who are politically accountable, but they are not «yes men». They do their work with expertise, but also with objectivity that results from the fact that they do not owe his job to those who made the decisions. «If policy officials become essentially at-will employees, as they have in many states, how can the government be counted on to ensure independent judgment by those who adjudicate, make, and oversee rules?» (14). In this sense, civil service can be seen as an essential element of the rule of law.

VII. TO SUMMARIZE

The basic foundation of the administrative state is a system of agencies, served by civil servants—all governed by administrative law and operating within well-defined statutory constraints, subject to a comprehensive judicial review. These elements all provide the backbone of the rule of law.

(13) Steinzor, R., «Regulatory Review, Biden Style», *The Regulatory Review*, 15th Feb 2021 [<https://www.theregreview.org/2021/02/15/steinzor-regulatory-review-biden-style/>].

(14) Verkuil, P. R., «Putting the Fizz Back Into Bureaucratic Justice», *The Regulatory Review*, 8th Feb 2021 [<https://www.theregreview.org/2021/02/08/verkuil-putting-fizz-bureaucratic-justice/>].

LAS DISTANCIAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA EMERGENCIA POR EL CORONAVIRUS

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

1) En mayo de 2020 estaba prevista la celebración del *XXIII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo* en la Universidad de Santiago de Compostela. Esta vez, había de desarrollarse en el recuerdo del prof. Luciano Vandelli que, con unánime beneplácito de los administrativistas de ambos países, vienen sosteniendo los profesores Fabio Roversi-Monaco desde la presidencia de la sección italiana y Tomás Font desde la española.

El programa estaba ya cerrado gracias a la eficaz coordinación local del prof. Luis Míguez. Las ponencias se habían asignado con suficiente antelación en torno al patrimonio cultural, la despoblación rural y la sociedad digital. Como es bien sabido, la pandemia del coronavirus imposibilitó seguir adelante. La cita quedó aplazada, que no cancelada, pensando en que pueda desarrollarse en 2021.

Mientras tanto, los organizadores no se han resignado a prescindir de todo contacto académico entre las dos naciones. Bajo el impulso de los colegas citados, se diseñó un seminario a distancia dedicado justamente a las distancias que provoca la emergencia sanitaria. Colaboraron a tal fin activamente los profesores Giuseppe Piperata (secretario de la sección italiana), Giuseppe Caia (SPISA) y Juan Gutiérrez Alonso (Colegio de España).

El seminario pudo realizarse el 17 de julio de 2020. Participamos cerca de un centenar de colegas de ambos países, si bien ha de reconocerse que la presencia italiana superó ampliamente a la española. Fue una actividad útil por la diversidad y riqueza de las informaciones transmitidas y los criterios expuestos.

Contó con una intervención preliminar *extra ordinem* del acreditado internacionalista prof. Paolo Mengozzi (emérito de la *Università di Bologna*), quien disertó sobre el enfrentamiento entre el TC alemán y el TJUE a raíz del programa de compra de deuda pública por parte del BCE durante la pasada crisis económica. La cuestión era sin duda oportuna, ya que afecta a las medidas económicas que puedan adoptarse al objeto de superar la presente crisis sanitaria.

2) La pandemia del coronavirus nos cogió desprevenidos a todos. La lejanía de China invitaba a despreocuparse olvidando que las distancias, actualmente, se miden en el tiempo que cuesta recorrerlas. La globalización de la economía y la sociedad hizo posible el rápido traslado aéreo de los contagios desde Asia a Europa y otros lugares.

En esa situación, ni las autoridades ni los expertos ni mucho menos los ciudadanos estaban preparados para reaccionar adecuadamente. Los sistemas sanitarios universales propios de la Europa del bienestar se han tambaleado. Ha habido que improvisar soluciones no sólo en el dominio profesional de la medicina, sino también en la organización hospitalaria y en el mismo régimen constitucional de nuestros derechos y libertades.

En el ámbito de nuestra especialidad, tenemos el deber de colaborar en el diseño de los instrumentos jurídicos que proporcionen los poderes necesarios para reaccionar ante las emergencias sanitarias dentro de las garantías democráticas. Hay que generar esquemas sencillos, claros, seguros, evitando esa dispersión de opiniones que ha caracterizado la intervención de los juristas en la crisis.

Recuérdese, todo estaba sujeto a debate: si bastaba o no el estado de alarma, si la autorización judicial podía versar sobre medidas generales, si el confinamiento parcial era competencia autonómica, si los alcaldes disponían de poderes efectivos, si el cuadro jurídico debía instrumentarse desde los estados excepcionales o mejor desde la legislación sanitaria o desde la protección civil. En definitiva, el conjunto de problemas detectado justifica ampliamente la reunión virtual.

3) El primer conjunto de ponencias de nuestro evento se dedicó a las distancias sanitarias, que constituyen una manifestación de las típicas medidas prohibitivas de la policía administrativa. Así, en muy variados ámbitos han venido estableciéndose normativamente separaciones entre los pozos de agua, de las actividades clasificadas con respecto al núcleo residencial, entre las farmacias o para la apertura de bares en zonas saturadas. Ahora bien, mientras esas previsiones se refieren a actividades económicas, lo característico de las distancias sanitarias es que inciden también en las relaciones interpersonales, lo que determina una particular problemática bajo el ángulo de las libertades ciudadanas.

El prof. César Cierco (Universidad de Lleida) proporcionó una interesante sistematización de los distanciamientos sanitarios, distinguiendo entre: a) los confinamientos, que afectan a todas las personas de un determinado ámbito; b) las cuarentenas, que individualizan las medidas de aislamiento en personas infectadas o sospechosas de estarlo; y c) las distancias sociales, que implican la observancia de determinadas medidas de higiene. El interés de la clasificación reside en facilitar la graduación de la intensidad de los

mecanismos de garantía aplicables, que debiera ser objeto de un régimen jurídico específico.

Justamente el prof. Fabio Cintioli (*Università degli Studi Internazionali di Roma*) se ocupó de las tensiones que se advierten entre los polos de autoridad y libertad en la práctica del distanciamiento social y sanitario. Destacó en ese sentido el reducido papel asumido por el parlamento en la crisis del coronavirus. Entre otros problemas, planteó la cuestión del posible carácter ablatorio de algunas medidas, requeridas de la correspondiente indemnización,.

3) La perspectiva asumida en las restantes ponencias del seminario no era ya la de la policía administrativa imponiendo distancias y otras medidas a observar en las relaciones interpersonales, sino la que se impone en la prestación de los servicios públicos o si se prefiere, las distancias relacionales o funcionales. Es decir, se trata de la organización de las actividades administrativas conforme a las exigencias y precauciones derivadas de la crisis sanitaria.

Es la distancia de las administraciones respecto a los administrados: cómo debe plantearse, de nuevo, en atención a los derechos de los destinatarios. Y esa perspectiva suscita importantes problemas, por ejemplo, de marginación de los ciudadanos no preparados, víctimas de la llamada brecha digital, o de intrusismo por parte de las administraciones, de las empresas y por supuesto de los nuevos bandidos, los *hackers*.

En el seminario se examinó la incidencia de la emergencia en las tareas universitarias, defendiéndose interesantes ponencias por los profesores Luis Míguez (Universidad de Santiago de Compostela), Leonardo Ferrara (*Università di Firenze*) y Eugenio Bruti Liberati (*Università del Piemonte Orientale*). Los retos, las dificultades y las limitaciones de la docencia a distancia fueron objeto de atención dentro de una común preferencia de los intervenientes por la enseñanza presencial. También se expuso el régimen del trabajo a distancia en el empleo público por la profesora Sonia Rodríguez-Campos (Universidad de Vigo).

Son cuestiones importantes sobre las que convendría reflexionar con alguna tranquilidad, quizá incluso en el marco de una convocatoria específica sobre las cuestiones implicadas en lo que constituye nuestra dedicación profesional. A veces, puede tenerse la sensación de que algunas posiciones están teñidas por la nostalgia de un mundo académico idealizado. Las clases abarrotadas del pasado quizá eran consecuencia de los limitados medios docentes disponibles, más que manifestación de las ansias de aprendizaje de la juventud inquieta. El fenómeno del aula vacía nos debe hacer pensar, contando con la colaboración de quienes han optado decididamente por los métodos de la enseñanza virtual y también de los usuarios del servicio.

La perspectiva de las distancias funcionales, relacionales o serviciales se aplicó asimismo a la justicia administrativa. Los profesores Joaquín Tornos (Universidad de Barcelona) y Carlo Emanuelle Gallo (*Università di Torino*) pro-

porcionaron útiles informaciones e interesantes reflexiones sobre la incidencia de la crisis sanitaria en la misma organización de los despachos profesionales, en la práctica de las vistas o en las deliberaciones de los magistrados, entre otras cuestiones.

El seminario concluyó con las relaciones de síntesis de los profesores Maria Alessandra Sandulli (*Università di Roma Tre*) y Fernando López Ramón (Universidad de Zaragoza).

BIBLIOGRAFÍA

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra: *Administración y doctrina de los actos administrativos propios. Incoherencias aplicativas*, Valencia, 2021, 317 pp.

La coherencia de la propia conducta ostenta relevancia en la ética y moral de la sociedad, convirtiéndose también en un principio imprescindible en el ámbito del derecho, sobre todo cuando se entablan relaciones jurídicas entre los ciudadanos y la Administración. Así el aforismo «*venire contra proprium factum nulli conceditur*» o «*doctrina de los actos propios*» resulta de aplicabilidad indudable en el sistema del Derecho Administrativo. No obstante, como anunciaba GARCÍA ENTERRÍA (1), en su estudio de 1956, estamos ante una extraña figura que despierta una opinión nada pacífica en el mundo académico.

La profesora BOTO ÁLVAREZ en su espléndida obra, objeto de esta recensión, profundiza de forma perspicaz en este complejo panorama. Surge este libro con el propósito de analizar los múltiples elementos aplicativos de la doctrina de los actos propios, para poder adentrarse en el uso real de esta en ámbitos como la contratación pública, la protección de datos o el medioambiente. La autora aborda una de las teorías jurídicas más interesantes, por ello el exhaustivo estudio que lleva a cabo resulta una lectura esencial entre los administrativistas actuales.

La monografía se halla dividida en seis capítulos y una serie de reflexiones finales. En el primero de ellos, la autora expone el panorama de la doctrina de los actos propios proveniente del ámbito civil y su recepción en el Derecho Administrativo. La falta de rigor en la determinación de su origen y los esfuerzos literarios, por parte de la doctrina, para la delimitación de sus requisitos de aplicación, marcan el inicio de este estudio. La recepción en el Derecho Administrativo de la doctrina de los actos propios resulta innegable, si bien, resultan de aplicación ciertos matices que no le desvén de la buena fe y la protección de la confianza. Sin embargo, como señala la autora, los diferentes análisis doctrinales apuntan a la falta de un encaje lógico en el sistema jurídico administrativo actual. En este sentido alega que, en la búsqueda de una justificación, a la luz del criterio de coherencia, se debe tener en cuenta que cuando se alude a la vulneración de los actos propios se discute una cuestión fáctica. Y es que, la simplicidad de este aforismo, que encierra un auténtico tópico jurídico, es la clave de su pervivencia, pero también de su fracaso, desde una perspectiva cualitativa, por su imprecisión y mala adecuación al marco

(1) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, (1956): «La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad», *Revista de Administración Pública*, 20, pp. 69-80.

sistemático en el ámbito administrativo. Prosigue, exponiendo una suerte de figuras interrelacionadas con la doctrina de actos propios, como la autolimitación de la Administración o la interdicción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica. Destaco en este epígrafe las páginas dedicadas al *estoppel*, figura cuya aplicación será tratada más adelante. Finaliza esta primera aproximación con el esbozo del diseño o configuración positiva de actos previos que resultan vinculantes, o no, para la Administración y para los interesados.

En el segundo capítulo, tras la elaboración de un perfil de la doctrina de los actos propios, BOTO ÁLVAREZ se adentra en el estudio de este aforismo en la jurisprudencia europea. Tanto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la invocación de esta doctrina ha estado presente en diversos casos de alta complejidad y categorizado como un principio, a pesar de no estar recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque también ha terminado por ser descartado en diversas ocasiones. Los casos escogidos y analizados por la autora en ambos tribunales arrojan un diagnóstico que evidencia un uso inconsistente de esta doctrina y, una tendencia a la inaplicación de los aforismos latinos en general, no solo en el Derecho europeo, sino también en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales más próximos.

Esta cuestión es el hilo conductor que nos lleva al tercer capítulo, en el que la autora realiza un estudio de Derecho comparado desde una perspectiva jurisprudencial, concretamente respecto a la figura anglosajona del *estoppel* y los sistemas existentes en Francia e Italia. A lo largo de estas páginas elude las meras comparaciones y busca profundizar en estos sistemas para comprender hasta qué punto se influencian los unos de los otros. Así, en el caso del *estoppel*, su aplicación en el Derecho público varía dependiendo de las jurisdicciones del *common law*, si bien como señala la autora, en el caso de Canadá el empleo de esta doctrina se vincula al *venire contra factum proprium non valet*. Por su parte, Francia ha seguido la estela de la figura anglosajona, aunque se ha visto influenciada por la teoría alemana de la autolimitación para una mayor seguridad jurídica entre las relaciones de las Administraciones y los ciudadanos. Finalmente, en la jurisprudencia italiana la doctrina de los actos propios aparece citada, normalmente, en vinculación con el abuso procesal del derecho, no obstante, ha habido casos en los que se ha apreciado respecto a la actividad administrativa contradictoria.

El análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios por parte del Tribunal Supremo es el objeto del capítulo cuarto. Las sentencias escogidas para el estudio corresponden a este último siglo, sin embargo, la autora no deja escapar la oportunidad de realizar un breve repaso de los elementos clásicos ya asentados por el Alto Tribunal en su jurisprudencia previa. Destaco el análisis específico de cada uno de los ámbitos

de nuestra disciplina, que van desde el procedimiento administrativo, pasando por la contratación pública y las autorizaciones sectoriales, hasta llegar al medioambiente y al urbanismo, entre otros. Especial interés revisten las sentencias en materia de plazos, que han determinado que el administrado no puede pretender impugnar una ampliación de plazo de la que él mismo se benefició. Por ello, una ampliación sin perjuicio de terceros, con el objetivo de permitir una mayor concurrencia, no supone el ejercicio de potestades de manera incompatible con el interés general. Ocurre todo lo contrario, pues permitiendo una mayor participación se favorece este interés. Por este motivo, una ampliación de plazos por encima de las previsiones legales, sin perjuicio a terceros, no puede entenderse como una desviación de poder impugnable, cuando la resolución de ampliación fue objeto de publicación y contra ella no se hicieron objeciones. Esto la convierte en una resolución firme en la que la extemporánea impugnación contradice el principio del *venire contra factum proprium non valet*.

Por otra parte, y respecto a los ámbitos de medioambiente y de urbanismo, el Alto Tribunal ha criticado comportamientos procesales confusos o incoherentes, tanto si provienen del ciudadano como de la Administración. Así, ha ocurrido respecto a dos Administraciones intervenientes en un procedimiento de autorización de obras que debió suspenderse al estar pendiente un deslinde del demanio marítimo terrestre. Y es que al igual que ocurre respecto a los valores medioambientales, ningún tipo de contradicción puede ser motivo suficiente para actuar en contra del dominio público y favorecer de esta forma la consumación de situaciones jurídicas que le puedan afectar de forma negativa.

Tras el examen realizado por la autora sobre la aplicación de la doctrina en la sala de lo contencioso-administrativo, y con el propósito de ampliar aún más el estudio, dedica los capítulos quinto y sexto a analizar el uso de la doctrina de los actos propios en los dictámenes consultivos, así como por las autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación. Por lo que al primero se refiere, destacaré la tendencia del uso de esta doctrina por parte de la Administración y también de los ciudadanos en los dictámenes emitidos en procedimientos de revisión de oficio y en casos de responsabilidad patrimonial. Con algunas soluciones por parte de los órganos consultivos, ciertamente criticables y otras más acertadas, que sitúan esta doctrina como clave en la legitimidad de la confianza generada, como apunta la autora.

La manifestación del *venire contra factum proprium non valet* en autoridades independientes y órganos de resolución de recursos especiales es la última parada en este viaje. Especial interés reviste el epígrafe dedicado a la Agencia Española de Protección de datos y las autoridades nacionales. Ya que hasta que no se produjo la entrada en vigor del actual Reglamento de Protección

de datos de la Unión Europea y la obligación de obtener un consentimiento expreso para el tratamiento de datos (con excepciones), la anterior Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos, permitía el consentimiento tácito. Este tipo de consentimiento presentaba numerosas imprecisiones y límites difusos que generaron, en su momento, múltiples controversias y casos de abuso publicitario por parte de las entidades privadas. Precisamente sobre esta cuestión versan varias propuestas de sanción analizadas en el capítulo, en las que la parte imputada buscó emplear la doctrina de los actos propios para demostrar, y justificar, la existencia del consentimiento. No obstante, la Agencia Española de Protección de Datos concluyó, hábilmente, la inaplicación de esta doctrina pues para que pudiera aplicarse los actos debían ser inequívocos, es decir, que creasen una situación jurídica determinada que afectase al autor, pudiendo producirse entonces una contradicción entre la conducta anterior y la actual. Este tipo de problemática se dio fundamentalmente en el tratamiento de datos por parte de entidades privadas, aunque con el cambio de normativa el consentimiento que se hubiera dado antes de la entrada en vigor del reglamento europeo se ha procurado solventar y justificar con el interés legítimo, una de las bases de legitimación que permite el tratamiento para la satisfacción de intereses perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre ellos no prevalezcan derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, en el caso de las Administraciones Públicas no deberá aplicarse esta base legitimadora cuando actúen en el ejercicio de sus funciones atribuidas por la correspondiente norma. Otro elemento interesante, ha sido la invocación de la doctrina de los actos propios como argumento en múltiples sanciones por el propio comportamiento de la Agencia en la tramitación de estas, concretamente ante propuestas de sanción desproporcionadas frente a precedentes anteriores. Alegaciones que la Agencia rechaza de pleno recordando los principios del procedimiento sancionador, a lo que añade que no puede haber precedentes administrativos que ayuden a continuar situaciones contrarias al ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho público.

Como cierre de su estudio, BOTO ÁLVAREZ presenta una serie de reflexiones finales, sugiriendo que la doctrina de los actos propios «carece de valor jurídico intrínseco, fortaleciéndose solamente cuando la idea de coherencia en la que se basa se positiviza». No obstante, puede encontrarse esta doctrina en el ámbito procesal debido a su conexión con el abuso de derecho, aunque el análisis de la casuística jurisprudencial ha demostrado que, opera en vía administrativa en la tutela de derechos y control de los actos, actuando también como una pieza clave, en ocasiones, para tratar de dar coherencia al ordenamiento jurídico.

La obra reseñada no se limita a recoger una mera relación de la bibliografía manejada, pues además de profusas listas que incluyen la legislación de cada sector, cuenta con una bibliografía detallada y enriquecida, bien estructurada y actual, perfectamente seleccionada y cuidada. Por añadidura,

BIBLIOGRAFÍA

la publicación ha corrido a cargo de Tirant lo Blanch, una de las principales editoriales españolas especializadas en el ámbito jurídico, y, como no podía ser de otro modo, la edición, que también incluye libro electrónico, posee la alta calidad que cabe esperar de una editorial de este prestigio en el ámbito de investigación.

En suma, la profesora BOTO ÁLVAREZ ha realizado una ardua labor de estudio y análisis que ha culminado en una obra que consigue extraer diversas enseñanzas clave, alejándose del habitual mundo de los aspectos teóricos y la parte general del mundo jurídico, optando por profundizar en la aplicación práctica de esta doctrina en la parte especial del Derecho Administrativo. Me atrevo a afirmar que estamos ante una obra de referencia tanto para el estudio de la materia como para cualquier investigación que en el futuro se elabore con cierta vinculación al *venire contra factum proprium non valet*. Por ello, invito a jóvenes y avezados investigadores a adentrarse a la lectura de esta obra, que, sin duda, no les dejará indiferentes.

Itziar SOBRINO GARCÍA

CHAVES NOGALES, Manuel: *Obra completa*, edición de I. F. GARMENDIA, prólogos de A. MUÑOZ MOLINA y A. TRAPIELLO, Barcelona, Libros del Asteroide y Diputación de Sevilla, 2020, 5 volúmenes.

CHAVES NOGALES (1897-1944) fue un periodista de gran talento y sólido criterio que desarrolló su profesión en el período entreguerras. Atento pintor de caracteres, avezado identificador de tramas, insobornable relator de situaciones, supo ofrecer crónicas amenas, certeras y rigurosas de su época.

Vinculado al azañismo político, no limitó su actividad, sin embargo, al ámbito nacional. Fue propiamente un reportero europeo, dispuesto al empleo de las posibilidades que brindaba el transporte aéreo para conocer la realidad del continente. Acertó, así, a identificar y denunciar los tres grandes movimientos totalitarios que se implantaron en la Rusia soviética, la Italia fascista y la Alemania nazi, y se extendieron por todo el continente.

El horror de los crímenes propiciados, amparados y desenvueltos por esos régimenes dictatoriales queda pavorosamente reflejado en la que personalmente consideró la obra cumbre de CHAVES, *A sangre y fuego* (1937). En ella narra crudamente episodios demostrativos de la barbarie producida en ambos bandos de la contienda española, que generó «héroes, bestias y mártires», como bien expresa el subtítulo del volumen.

Ninguno de esos bandos aceptó la cuota de残酷 que le correspondía en la crónica. Se explica, así, el silencio a que fue sometida su persona y su obra. Tras la muerte de CHAVES, únicamente la biografía de Juan Belmonte (1935) fue reeditada por Alianza (1970). El olvido era el más triste e inexplicable rechazo que sufría el autor.

La recuperación se ha debido de manera fundamental al esfuerzo de I. Cintas, que empezó organizando la edición de la *Obra narrativa completa* (1993) de CHAVES, defendió luego la tesis doctoral sobre el mismo autor (1998), continuando con la edición de la *Obra periodística* (2001), hasta culminar en la biografía del personaje (2011), además de una variada serie de artículos y colaboraciones. Diversas casas editoriales, como Libros del Asteroide, Renacimiento, La Table Ronde y Neri Pozza, han contribuido a la difusión de las narraciones más significativas del autor.

Lo cierto es que, a la vista de lo que ya había, no acaba de entenderse bien la nueva edición de las obras de CHAVES. No porque esté mal hecha, ni mucho menos, sino porque ya estaba hecha y bien hecha. Y además contando con el aprecio del público, como demuestran las reediciones tanto de la *Obra*

BIBLIOGRAFÍA

narrativa completa (2009) como de la *Obra periodística* (2013). Lo más curioso es que la operación se haya repetido de la mano del mismo mecenas, que es siempre la Diputación de Sevilla.

En el acto de presentación de esta nueva edición se han ofrecido dos razones: la incorporación de 68 artículos originales del autor y la adopción de una sistemática estrictamente cronológica. Ninguna de ellas resulta por completo convincente, pues, de una parte, en la recopilación de una obra dispersa en diversos medios de prensa, ha de preverse una continua incorporación de hallazgos y, de otra parte, la ordenación de los trabajos separando las colaboraciones periodísticas de las literarias puede considerarse preferible, al menos por la razón de ser la más acorde con la decisión del propio autor.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *La «década moderada» y la emergencia de la Administración contemporánea*, Madrid, Iustel, 2021, 190 pp.

Uno de los grandes maestros del Derecho administrativo, catedrático emérito de la Complutense, nos ofrece un estudio sobre el significado de la década moderada en la construcción de la Administración española. Con un discurso bien construido, que aúna el lenguaje preciso, el razonamiento convincente y la información relevante, sostiene la tesis que identifica ese período histórico con la génesis de las reformas administrativas que permitieron el desarrollo del Estado constitucional.

No desconoce el autor la importancia, en ese contexto, de las primeras medidas adoptadas en la regencia de María Cristina (1833-1840), que con tanto detalle ha expuesto Alejandro NIETO, otro de los grandes de nuestra disciplina. La división provincial puesta en marcha por Javier de Burgos en 1833 se destaca, así, como un elemento esencial en el proceso centralizador. Sin embargo, las guerras carlistas sumieron, de nuevo, al país en la barbarie que impidió llevar a la práctica los cambios necesarios. Añádase la codicia personal de la regente y de su marido, que patrocinaron al más alto nivel una conexión entre el poder y la corrupción que parece estructural en nuestro sistema político y administrativo.

Tras la regencia de Espartero (1840-1843), el acceso al poder de los moderados determinará el inicio de esa década prodigiosa situada bajo el poder de Narváez (1844-1854). Se acumulan, ciertamente, las reformas en materia de orden público, tributaria, educativa, contencioso-administrativa, además de constitucional. La construcción de líneas ferreas, canales y edificios representativos experimenta un notable crecimiento que ha llevado a identificar este tiempo como la «época dorada» de las obras públicas. Siempre «entre luces y sombras», como bien pone de relieve nuestro autor.

En el volumen se encuentran datos y reflexiones sobre el «denso programa» de reformas puesto en marcha por los moderados: la creación y despliegue de la Guardia Civil, la sustitución de la Constitución progresista de 1837 por el texto de 1845, la continuidad de la reforma del régimen local en la Ley de Ayuntamientos de 1845, la recepción incompleta del modelo francés de la jurisdicción contencioso-administrativa, la reorganización general del ramo de Hacienda en la reforma Mon-Santillán, el plan Pidal en materia educativa, el estatuto de empleados públicos de Bravo Murillo, la declaración de los puertos francos de Canarias, la creación del canal de Isabel II, el despliegue territorial y sectorial de la nueva Administración.

BIBLIOGRAFÍA

Todas esas cuestiones van siendo desgranadas en su significado básico, de cara a sostener la tesis final de la monografía, que termina identificando la progresiva definición del Derecho administrativo como Derecho propio y específico de la nueva Administración.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: *La caracterización jurídico-pública de la Corona*, Madrid, 2021, Iustel.

La ignorancia, podría decirse, se ha convertido en el peor enemigo de la Corona. Por un lado, se siguen propugnando ideales en los que se identifica únicamente la libertad y los derechos con la república, menospreciando y atacando constantemente a la monarquía parlamentaria. Otros sectores, por su parte, se enrolan en posiciones inmovilistas negando la necesidad de reforma. Ante estas posiciones desinformadas, la monarquía parlamentaria en la que se cimienta nuestra democracia no hace más que tambalearse.

Vivimos unos tiempos complicados a nivel político, y esto se está transmitiendo a la población. La Corona, a pesar de haber logrado, en cierta manera, mantenerse al margen de la colonización institucional que han protagonizado los partidos políticos, los necesita para la reforma de su régimen, mejorando su funcionalidad y, sobre todo, ayudando a que la sociedad entienda su labor dentro de nuestro sistema democrático. Ante esta situación descrita, la Corona se encuentra impotente porque se necesitan consensos para poder mejorar aquellos aspectos que permitan una optimización de esta institución, y tales consensos —al menos en la actualidad— no existen.

A través de las líneas de este libro, el profesor GARCÉS SANAGUSTÍN nos adentra en una institución desconocida para muchos pero que, a la vez, tiene gran importancia para nuestra democracia. Son numerosas las reformas y los apuntes que se realizan a lo largo de la obra, algunos de los cuales me dispongo a comentar.

En primer lugar, es necesario hacer referencia a los aspectos referidos a la forma con la que se debería acometer una revisión del régimen constitucional de la Corona. Como es bien sabido, según el artículo 168 CE, el Título II, referente a la jefatura del Estado, debe reformarse mediante el procedimiento agravado, consistente en la realización de una serie de trámites bastante laboriosos. Ante tal situación, el autor plantea una reforma del artículo 168 CE mediante el procedimiento común del artículo 167 para excluir al Título II de la reforma agravada.

Pues bien, es posible acometer una reforma mediante este ingenio, pero el principal escollo que se encontraría sería que, en cierto modo, se estaría yendo en contra del espíritu del artículo 168 CE. En este precepto se dispuso un procedimiento complejo para la reforma de aquellos aspectos de la CE que constituyen los cimientos básicos de nuestro Estado. En este sentido, lo ideal

sería incluir la reforma del artículo 168 CE en el propio artículo mediante una reforma constitucional *ordinaria* del artículo 167, y posteriormente, si se fuese necesario, excluir el Título II de la reforma agravada mediante el artículo 168 respetando así la finalidad del constituyente.

Tal y como apunta el profesor GARCÉS, la regulación prácticamente exclusiva de la Corona a través de la Constitución supone que cualquier reforma que se quiera acometer sea muy complicada, incluso si se pudiese desarrollar mediante el procedimiento *ordinario* de reforma; por lo que si se dispusiese la regulación de algunos de los aspectos menos importantes de la Corona a través de Ley Orgánica, se dotaría de una mayor facilidad de adaptación de esta institución ante los cambios que se puedan producir en el futuro.

Otro de los elementos a reformar —y en el que claramente habría consenso— es el de la eliminación de la preeminencia del varón sobre la mujer en el orden sucesorio. No tiene ningún sentido la existencia de este vestigio *semisálico* y antiigualitario en nuestra Carta Magna y supone una situación de desigualdad incomprensible.

Al hilo de esta propuesta, sugiere GARCÉS la eliminación de la primogenitura y el establecimiento de una *monarquía testamentaria* en la que todos los hijos del rey o reina sean educados para sucederle, y que sea este el que elija al que considere más preparado. A pesar de ser una idea cuanto menos interesante, los problemas que puede acarrear son numerosos. Las peleas fraternales que, eventualmente, pueden surgir por ser el próximo jefe del Estado podrían afectar a la imagen y a la funcionalidad de la Corona; desgraciadamente son numerosos los casos a lo largo de la historia en los que los enfrentamientos por determinar quién es el sucesor, incluso protagonizados por hijos ilegítimos, no hicieron más que menoscabar una de las virtudes de la monarquía: su estabilidad.

Otro tema interesante que se trata en esta obra es el de *la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales*. Sin duda alguna, a la hora de mantener relaciones con el exterior, el rey se ha convertido en una figura clave. A pesar de que la dirección de la política exterior es una función atribuida al Gobierno de España, los vínculos que la monarquía ha forjado durante tiempos inmemorables con otras dinastías, y las que mantiene con el resto de jefes de Estado, son inmejorables y ayudan en muchas ocasiones a los intereses de los españoles. Además, tal y como se apunta en esta monografía, nuestro rey es conocido mundialmente, mientras que los nombres de la mayoría de los jefes de Estado de las repúblicas son ignorados por gran parte de la población.

Pero, desde luego, aunque el rey consiga beneficios para nuestra nación, esto en ningún momento le habilita para cobrar comisiones. En todo caso, lo que habría que revisar es si el presupuesto recibido por el monarca para

mantener la Casa Real es el adecuado. Como demuestra DE LA IGLESIA CHAMARRO en *Desafíos de la monarquía parlamentaria* (Madrid: Marcial Pons, 2019), en otros Estados, ya sean repúblicas o monarquías parlamentarias, las cantidades recibidas para el sostenimiento de la Corona o de la institución republicana análoga son bastante más elevadas que las otorgadas a Felipe VI.

A pesar de la imagen que puedan tener creada muchos de nuestros compatriotas en su mente acerca de lo que es la Corona —en especial en lo relativo al eventual hecho de que gocen de grandes privilegios—, en la obra, el profesor GARCÉS deja bastante claro que el monarca y su familia no gozan de tales licencias, sino más bien todo lo contrario, ya que pueden ver recortados algunos de sus derechos y libertades por la posición y relevancia pública que tienen. No hay que olvidar que la Corona es una institución cuya legitimidad se somete a la opinión pública diariamente y a la que se le exige constantemente ejemplaridad.

A pesar de que son razonables estas exigencias, hay quien no sabe diferenciar el límite entre la crítica y el insulto. Últimamente se han cuestionado los delitos contra la Corona y los ultrajes a España abogando por la disminución de las penas e incluso su eliminación. No concuerdo con este tipo de propuestas, pues es necesario defender las instituciones del Estado, entre las que se encuentra la Corona, y además —como se apunta en el libro— aquellos delitos que se cometen contra la Familia Real son perpetrados por su condición de tales. En el caso de que España estuviese constituida como una república, también sería conveniente la existencia de delitos que protegiesen a la persona que ocupara la jefatura del Estado, algo bastante razonable.

Por último, para cerrar esta parte referente a la visión que tienen los españoles respecto de la Corona, cabe recordar que esta no posee ningún poder y que los españoles, obviamente, no somos vasallos del rey. Todo ello a pesar de que algunos sectores sigan proclamando que nos hallamos atados a una monarquía arcaica que impide el progreso de nuestra nación y que es la culpable de todos sus problemas. El principio democrático prevalece sobre el monárquico, y esto es algo que se explica muy bien en esta obra: el jefe de Estado está para servir con la máxima lealtad constitucional a España y a los españoles.

A pesar de que, efectivamente, hay personas que de manera fundada muestran su posición a favor o en contra de la monarquía parlamentaria, la desinformación o la maliciosa ignorancia se han convertido en dos graves problemas para la Corona. Ante esta situación, lo que se debe intentar es hacer comprender a la población qué es la Corona, qué funciones lleva a cabo y, sobre todo, el importante papel que juega en muchos casos para el interés general del Estado. La solución no consiste en colgar cuadros del rey en todas las aulas escolares, pero sí sería conveniente que en algún curso

durante la educación secundaria se impartiesen algunas nociones básicas acerca de la Constitución y de las instituciones básicas del Estado, entre las que se encuentra la Jefatura del Estado, como ya mandataba la —después degradada a reglamento— Ley 19/1979, de 3 de octubre, por la que se regula el conocimiento del ordenamiento constitucional en Bachillerato y en Formación Profesional de primer grado, o se podía hacer durante la existencia de la *Educación para la ciudadanía*.

Uno de los capítulos más interesantes en cuanto a las propuestas que plantea es el VII. En él, el autor pretende alejar al monarca del mundo político que, en su opinión, tanto daño puede hacer a la Corona y propone como primera medida la eliminación de la sanción regia. A pesar de que esta figura es una reminiscencia histórica de cuando el monarca sí gozaba de poder y no supone un gran problema, su eliminación podría interpretarse como un alejamiento del rey de la realidad del país.

También se habla de sustituir las fórmulas con las que comienzan los decretos del Gobierno por otras que significasen una mera acreditación. Ello no supondrá, evidentemente, un gran cambio. Tampoco se cree que el propósito de alejar al rey del funcionamiento cotidiano de los poderes del Estado se vaya a conseguir por ese mero hecho. La protección de la monarquía frente a las malinterpretaciones que se puedan hacer de sus funciones pasa, como se ha indicado anteriormente, por un entendimiento de la institución por parte de la población y no por un alejamiento de la institución de lo que está ocurriendo en el seno del Estado.

Un tema muy recurrente, y a la vez controvertido, es el de los discursos del rey. El profesor GARCÉS apunta que existen dos discursos claves a lo largo del año, el de la Pascua Militar y el de Navidad, siendo este último el que mayor repercusión goza. Coincido con él en la idea de que sería recomendable un discurso dirigido a la nación tanto el día de la Fiesta Nacional como el día de la Constitución; de esta forma sería más visible la figura del monarca en dos días importantes para los españoles.

En cualquier caso, los discursos deberían ser exclusivamente del monarca, y no pactados entre él y el Gobierno. Esto último puede suponer que la neutralidad e independencia que debe mostrar la Corona respecto al Gobierno pueda verse menoscabada. Lo más apropiado, a mi modo de ver, sería que el propio monarca remitiese al Gobierno el discurso antes de pronunciarlo y que este, como refrendante presunto del este, si lo viera conveniente, le recomendase algún cambio en el mismo, pero siendo en todo momento la voluntad del jefe del Estado la que prevaleciese sobre la voluntad del Gobierno en lo referido a su contenido, dado su carácter simbólico. Además, habría que tener en cuenta en todo momento la primacía del principio democrático sobre el monárquico, por lo que el rey no podría, en ningún caso y mediante sus discursos, desle-

gitimar al Gobierno o a las Cortes. No cabe en la imaginación, sin embargo, tal deslealtad procedente del jefe del Estado.

Es interesante la propuesta que se realiza en esta obra sobre la reforma del artículo 57.5 CE. No tiene sentido alguno la necesidad de una ley orgánica para hacer efectivas las abdicaciones y renuncias a la Corona. Con el actual texto se está exigiendo que exista una mayoría reforzada para el reconocimiento a través de una ley orgánica de una decisión personal y unilateral. Como apunta el autor y un sector de la doctrina, lo ideal es eliminar la referencia a las abdicaciones y a las sucesiones de este artículo.

A lo largo de esta aportación del profesor GARCÉS, queda patente que la Corona necesita una serie de reformas que la adapten a los nuevos tiempos. En ella se hace hincapié en la necesidad de mantener alejada a la Corona de los partidos políticos, y muchas de sus propuestas giran en torno a esta idea. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no va a ser fácil. En una sociedad cada vez más fragmentada y en la que muchos partidos lo que hacen es apoderarse de la lucha contra determinadas causas sin ni siquiera tener en cuenta lo que propone el resto, la Corona también es utilizada como arma arrojadiza, que lo único que hace es menoscabar la imagen de la institución.

Tal y como se apunta, las reformas que se vayan a realizar en un futuro, ojalá próximo, se han de hacer con la mayor lealtad institucional. Se deben dejar a un lado los intereses partidistas y, sobre todo, actuar con el fin de mantener a flote una institución que tanto ha ayudado al establecimiento del actual régimen democrático. Es un acierto del doctor Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN su contribución al debate con esta monografía. Sin duda alguna, nos ayuda a reflexionar sobre aquello que hay que cambiar y trae a colación sugerentes reformas que tal vez se terminen llevando a cabo.

Pedro PASCUAL ALEJANDRE

PEMÁN GAVÍN, Juan: *Banca, Derecho y sociedad en tiempos convulsos. Sobre la necesidad de recuperar la ecuanimidad en el tratamiento del sector financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2020, 254 pp.

El libro del que damos cuenta pretende reivindicar a la tan denostada banca y romper una lanza por el papel que desempeñan las entidades de crédito con carácter general, pese a ciertos excesos cometidos en el pasado. Escrito, como el mismo autor confiesa, desde el agradecimiento, el libro persigue desmontar algunos tópicos y contribuir a recuperar la reputación de aquellas entidades, así como «un clima sano y de normalidad en torno al sistema financiero» (p. 31).

En efecto, el autor se reconoce movido por la deuda de gratitud que dice tener contraída con el sector no solo debida a la relación que, como cualquier ciudadano, ha tenido a lo largo de su vida con las entidades de crédito, sino también tras su vínculo profesional al haber participado en el consejo de administración de varias de ellas. El agradecimiento se destila a lo largo de toda la obra, mostrando un enorme respeto hacia las tareas que tales entidades están llamadas a desempeñar.

Lo anterior, sin embargo, no le impide reconocer que las entidades de crédito se equivocaron en el pasado al desbordar los límites de su función financiera en el mercado inmobiliario para asumir el papel de la promoción de viviendas, de vendedores de inmuebles o de las sociedades de tasación, por ejemplo. De la crisis de los años 2009-2013, hay que salir con determinados aprendizajes para que, en el futuro, no se vuelvan a cometer los mismos errores.

De hecho, aunque no se corresponda con el índice de contenidos escogido por PEMÁN GAVÍN, para dar somera cuenta de ellos podemos dividirlos en su visión del pasado, por un lado, y sus reflexiones esperanzadas sobre el futuro, por otro.

En el primer caso, analiza con rigor los hechos objetivos acaecidos en los últimos años y los elementos estructurales que han contribuido a la mala imagen de la banca. Los fraudes y conductas irregulares que han afectado a algunas entidades, las remuneraciones abusivas, las inversiones temerarias o la comercialización irregular de productos financieros complejos se unieron a una cierta estigmatización que vincula a aquella con la falta de escrúpulos o de empatía a la hora de atender determinadas situaciones financieras de los ciudadanos. El autor individualiza, en concreto, circunstancias específicas de la España poscrisis que explicarían la mala imagen de la banca, como la

necesidad de encontrar un chivo expiatorio, el tratamiento mediático distorsionado o la judicialización masiva de los conflictos generados en torno a la reestructuración del sistema financiero español, entre otras.

Pero el autor insiste en que esos excesos son cuestión del pasado, que se reaccionó con un sistema regulatorio y supervisor repleto de mecanismos preventivos y de depuración de responsabilidades por lo que, a día de hoy, esa mala prensa vendría a resultar totalmente anacrónica e inmerecida a su juicio.

Para contribuir a desterrar el persistente mito de que la banca es mala, el autor subraya las que el mismo califica como obviedades, tanto desde la perspectiva de la clientela como de la propiedad, la primera de las cuales es que las entidades financieras prestan servicios de gran importancia en nuestra vida cotidiana. Además, su rentabilidad es una exigencia legal. En tercer término, señala que acaba favoreciendo a los clientes que «a la banca le vaya bien» porque suele traducirse en rebajas de los precios. Desde el punto de vista de la propiedad, pondera los casos de propiedad difusa como la banca cooperativa, la realidad de los bancos creados por las fundaciones surgidas de la transformación de cajas cuya buena marcha sigue traduciéndose en continuidad de las obras sociales creadas por estas en su día, así como la gran dispersión en el accionariado de los bancos más importantes del país, muchos de ellos inversores institucionales.

Reacciona asimismo también contra la mala fama del rescate bancario porque, como argumenta, no fue un rescate a las personas que ostentaban cargos de administración y alta dirección de las entidades rescatadas (p. 87) contra las que, por el contrario, se ejercieron acciones penales o de exigencia de responsabilidades y porque el importe de las ayudas públicas (42.561 millones de euros) representó una cuantía pequeña frente al esfuerzo del saneamiento privado que tuvo que afrontar el conjunto del sistema financiero (más de 300.000 millones) (pp. 90 y 91). Reivindica contundentemente que el rescate bancario contribuyó a restaurar la confianza exterior en la economía española y a devolver la prima de riesgo a unos niveles razonables y asumibles (p. 93). Concluye que, al fin y a la postre, fueron los contribuyentes europeos los que rescataron a los depositantes españoles de las entidades de crédito.

PEMÁN GAVÍN analiza también, desde esa perspectiva del malestar social existente en torno a la banca, los tributos específicos de que es objeto o las medidas legislativas que se han adoptado en torno a las viviendas propiedad de las entidades financieras o hipotecadas en garantía de préstamos, poniendo especial énfasis en la legislación autonómica de viviendas vacías y en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil para hacer frente al movimiento okupa ya que, en todos esos casos (como ha puesto de manifiesto una abundante doctrina de la que se hace eco), se observa el trato discriminatorio que se ha dado a las entidades financieras.

El autor es especialmente crítico con la función cuasi legislativa que no duda en afirmar que realizó el Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo al someterlas a parámetros de transparencia ambiguos y que no estaban en la normativa, fruto de lo cual cree que se transmitió el mensaje a la opinión pública de la abusividad intrínseca de dichas cláusulas y se produjo una auténtica avalancha de reclamaciones. Señala, haciendo balance, que los efectos de todo ello han sido devastadores para el sistema financiero, asumiendo unos costes que, a la postre, han acabado sido repercutidos a los usuarios de una u otra forma.

En definitiva, si miramos con el autor hacia el pasado, se habría hecho hacia la banca un «juicio colectivo condenatorio muy poco matizado» (p. 144). Está claro y él mismo lo reconoce que, por parte de las entidades de crédito, hubo un exceso de confianza y algunos comportamientos impropios en los años de bonanza que estarían en la raíz de la crisis desatada a partir de 2009, pero pide a los legisladores, a los jueces y a la prensa equilibrio y medida en el tratamiento del sector de tal forma que no parezcan secundar con su normativa, pronunciamientos y noticias, respectivamente, la estigmatización social de que ha venido siendo objeto la banca.

En segundo lugar, encontramos en el libro de PEMÁN GAVÍN, magníficamente escrito por cierto, algunas reflexiones sobre el futuro de la banca en España. Aunque únicamente ha podido realizar una primera aproximación y valoración del impacto de la crisis del COVID-19 sobre las entidades financieras pues aún habrá que esperar tiempo para que se puedan calibrar de verdad la profundidad y la duración de esta nueva recesión, sabemos que aquellas todavía se encuentran inmersas en un proceso de reconversión y que lo afrontan (con los sobrecostes que ha determinado la adopción de medidas sanitarias) en un entorno marcado cada vez más por la digitalización y la competencia con los servicios financieros que prestan otras entidades no bancarias. Es algo, además, que la crisis del COVID-19 no ha hecho sino acentuar.

No se debe perder de vista tampoco la necesidad de que la banca se reconcilie con los clientes mediante, básicamente, un trato de calidad. La reorganización de los tiempos y formas de prestación de los servicios en las entidades de crédito no puede traducirse en la desatención en muchos casos si no se tiene un conocimiento absolutamente exhaustivo de las específicas normas y protocolos seguidos por cada oficina. No se olvide que la mala prensa, la estigmatización y los estereotipos que popularizan ya algunas bromas sobre la banca provienen de una acumulación de comportamientos que registran los clientes en sus visitas a las entidades. Junto a los requerimientos de la nueva regulación bancaria europea, las entidades de crédito deben observar cuidadas políticas de gestión de su personal y de atención al público. Solo la suma de esos cambios de impresiones individuales de los clientes puede

coadyuvar definitivamente a desterrar la mala imagen, como seguramente un trato exquisito y correcto como particular que afrontaba, por primera vez, la compra de su vivienda o la financiación de algún otro bien se encuentra, sin duda, en el origen del profundo agradecimiento del autor y de otros muchos ciudadanos hacia un sector enormemente presente en nuestros actos cotidianos.

Olga HERRÁIZ SERRANO