

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021>

ESTUDIOS

- 17 **DELGADO GARRIDO, Carmen:** El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia
- 61 **LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo:** La pandemia, el estado de alarma y los jueces
- 129 **SALINAS ALCEGA, Sergio:** Una aproximación desde el Derecho Internacional a la protección de los desplazados ambientales. El riesgo de las respuestas sencillas para problemas complejos
- 171 **URRUTIA LIBARONA, Iñigo:** ¿Nuevos paradigmas en la interpretación jurídica de la doble oficialidad lingüística?
- 221 **ZOCO ZABALA, Cristina:** La garantía de la inviolabilidad del domicilio (Art. 18.2 CE): jurisprudencia (TC, TEDH y TJUE) y legislación

JURISPRUDENCIA

- 253 **AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen:** El alcance del control judicial de la inadmisión de la acción de nulidad; a propósito de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2020

NOTAS

- 295 **CÀMARA MAS, Roger:** La carrera administrativa horizontal. Especial referencia a la administración local
- 337 **DE LA QUINTANA IBÁÑEZ, Ortz:** Toki-erakundeen alde bakarreko administrazio-harremanak eta EAeko toki-erakundeen alde bakarreko administrazioen arteko harremanen berezitasuna

- 369 **PEÑAGARICANO URRUZOLA, Jone:** Inteligentzia artifizialaren erronkak Administrazio Publikoan
- 393 **URTEAGA, Eguzki:** La política de vivienda en el País Vasco Norte

BIBLIOGRAFÍA

- 435 **BOUAZZA ARIÑO, Omar:** *La casación en el contencioso-administrativo*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, ISBN: 978-84-1346-122-9, 264 pp. (Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ)
- 440 **GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel (2021):** *La caracterización jurídico-pública de la Corona*. Iustel: Madrid (248 pp.) (Darío BADULES IGLESIAS)
- 447 **GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel (Director):** *Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación*. Editorial Aranzadi, 2020. 742 págs. (Begoña CRESPO HIDALGO)
- 460 **VELASCO CABALLERO, Francisco (Dir.):** *Tratado de Derecho Local*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, 1.ª edic., 767 págs. (Goizargi HERNANDO ALONSO)
- 468 **COBREROS MENDAZONA, Edorta (2020):** *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (Miren Jasone URKOLA IRIARTE)
- 474 **FUENTES i GASÓ, Josep Ramon:** *La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. (Nieves ARRESE IRIONDO)

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.net/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021>

IVAP
HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

IRAILA
ABENDUA

2021 SEPTIEMBRE
DICIEMBRE 121

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

Versión impresa ISSN: 0211-9560

Versión en línea ISSN: 2695-5407

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)

Secretaria: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)

Secretaria técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki:
AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen: 0000-0002-7582-5993
ARRESE IRIONDO, María Nieves: 0000-0003-4966-4855
BAZAKO ATUTXA, Peru:
BIZKARRALEGORRA OTAZUA, Elisabete:
CASTELLS ARTECHE, José Manuel:
COBREROS MENDAZONA, Edorta: 0000-0001-9760-596X
CORCUERA ATIENZA, Javier:
ERKOREKA GERVASIO, Josu:
GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel:
GARCÍA URETA, Agustín
GOIZUETA VERTIZ, Juana: 0000-0003-2509-4800
IBARRA ROBLES, Juan Luis:
JÁUREGUI BERECIARTU, Gurutz:
JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael:
LABAYLE, Henri
LARRAZABAL BASAÑEZ, Santiago: 0000-0003-3653-8948
LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:
LÓPEZ BASAGUREN, Alberto
POELEMANS, Maitena: 0000-0002-8187-6201
RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: 0000-0003-1771-5259
SAIZ ARNAIZ, Alejandro: 0000-0002-5741-0604
UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: 0000-0003-3960-4971
URIARTE RICOTE, Maite: 0000-0002-5864-7750
ZELAIA GARAGARZA, Maite
ZURITA LAGUNA, Ángel:

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU). 0000-0002-5796-4156
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona). 0000-0002-3723-7971
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria). No tiene ORCID
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid). 0000-0001-7619-6431
Consuelo ALONSO GARCÍA (Univ. de Castilla-La Mancha). 0000-0002-1240-8260
M.ª Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo). 0000-0001-9223-9294
Bertrand ANCEL (Univ. de Paris II, Francia).
Larry ANDRADE-ABULARACH (Univ. Rafael Landivar. Guatemala).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU). 0000-0002-3976-4265
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO (Univ. de Pau, Francia). 0000-0003-3353-2161
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Daniel BARCELÓ ROJAS (Univ. Autónoma de México).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU). 0000-0003-3154-0993
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo). 0000-0003-4136-687X
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU). 0000-0002-4511-4023
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid). 0000-0003-4739-9082
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional). NO TIENE
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloisa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén). 0000-0003-1127-1730
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra). 0000-0002-0805-8982
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Carlo CASONATO (Univ. de Trento, Italia).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada). 0000-0002-5586-0679
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU). 0000-0002-6024-8484
Miriam CUETO PÉREZ (Univ. de Oviedo). 0000-0002-9340-3698
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares). No tiene ORCID
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha). 0000-0002-9809-6746
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier DíEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.ª DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha). No tiene ORCID
Adriana DREYZIN DE KLOR (Univ. de Córdoba, Argentina).
Antonio EMBID IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU). 0000-0002-7986-3233
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz). 0000-0002-9784-4503
María del Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (UNED).
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Vicenzo FERRARI (Univ. de Milán, Italia). 0000-0003-2557-2366
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona). 0000-0003-1842-0946
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide). 0000-0002-6734-8672
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Zoraida GARCÍA CASTILLO (Univ. Autónoma de México).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid). 0000-0002-8804-1872
Nuria GARRIDO CUENCA (Univ. de Castilla-La Mancha).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra). 0000-0002-9240-1316
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Isabel GONZÁLEZ RÍOS (Univ. de Málaga).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Concepción HORGUÉ BAENA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU). 0000-0002-7264-496X
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba). 0000-0002-0924-3119
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Massimo LA TORRE (Univ. de Catanzaro. Italia).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba). 0000-0002-3850-1885
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III). 0000-0002-2106-7410
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza). 0000-0003-0910-1222
Fernando LOUREIRO BASTOS (Univ. de Lisboa. Portugal). 0000-0001-8134-2763
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba). 0000-0002-8282-5502
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona). 0000-0002-4203-866X
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria). 0000-0002-6252-5481
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla). 0000-0002-2227-813X
Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Univ. de Oviedo). 0000-0001-8794-6381
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autònoma de Barcelona).
Encarnación MONTOYA MARTÍN (Univ. de Sevilla). 0000-0002-6817-3384
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla). 0000-0003-2518-7038
Mariela MORALES ANTONIAZZI (Instituto Max Planck. Alemania).
Dário MOURA VICENTE (Univ. de Lisboa. Portugal). 0000-0003-0526-1886
Manuel MUNÍZ (Univ. Sagrado Corazón. Puerto Rico).
Eva María NIETO GARRIDO (Univ. de Castilla-La Mancha). No tiene ORCID
Alba NOGUEIRA LÓPEZ (Univ. de Santiago de Compostela). 0000-0001-8652-5614
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva). 0000-0001-8147-8759
Carlos Newton PINTO DE SOUZA (Univ. Potiguar de Natal. Brasil).
José Luis PIÑAR MANAS (Univ. CEU-San Pablo). 0000-0003-1727-3956
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León). 0000-0001-8599-7687
Luis RAIGOSA SOTELO (Instituto Tecnológico Autónomo de México).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba). 0000-0002-4803-7967
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz). 0000-0002-7807-6684
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid). 0000-0002-5005-9401
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca). 0000-0002-0593-3470
Orlando ROSELLI (Univ. de Florencia. Italia).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada). 0000-0002-2212-3816
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto). 0000-0001-7575-4454
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Marco RUOTOLO (Univ. de Roma 3. Italia).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARIA ARINAS (Univ. de La Rioja). 0000-0002-7809-1075
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña). 0000-0003-1045-5888
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autónoma de Madrid).
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU). 0000-0001-8744-9860
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo). 0000-0003-4697-4807
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.^a Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona). 0000-0003-4995-5337
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU). 0000-0002-6327-0652
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga). 0000-0003-0506-9907
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna). 0000-0002-6027-3882
María ZAMBONINO PULITO (Univ. de Cádiz). 0000-0002-0511-431X

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

RVAPen argitaratuak izan daitezen, bidalitako lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionalak azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. ORCID kodea ematea ere oso gomendagarria da. Datu horiek publiko egingo dira Aldizkarian, bidalitako lana argitaratuko duen zenbakian bertan.

Lanek ez dute izango berrogei orrialde baino gehiago, tarte eta erdirekin idatzita. Izenburuak ingeleserako itzulpena izango du, eta 100 eta 150 hitz bitarteko laburpen bat ere gehitu beharko da beti. Laburpen hori jatorrizko paragrafo bat izango da, eta hortxe egongo dira jasota lanaren aurkezpen labur bat, helburuak, metodologia eta ekarpen nagusiak, bai eta zenbait hitz gako ere (hiru eta bost bitartean). Bai paragrafoa eta bai hitz gakoak ingelesez eta EAEko bi hizkuntza ofizialetan argitaratuko dira (euskararako itzulpena RVAPek berak egin dezake, hala nahi izanez gero). Gainera, lanaren hasieran, lana nola aipatu behar den azalduko da: ABI-ZENAK, Izena (urtea), Lanaren izenburua, *Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, zenbakia, hasierako-amaierako orrialdeak. Argitaratutako lanean bertan, bi data hauek zehaztuko dira: zein egunetan jaso zen lana, eta zein egunetan erabaki zen lana argitaratzea.

Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute.

Letra «lodia» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko. «Azpimarra» ez da sekula erabiliko.

Erreferentzia bibliografikoek APA irizpideak jarraitu beharko dituzte. Aipamen-arau horien arabera, erreferentzia bibliografikoen sistema alfabetikoa erabili ahal izango da testu barruan, edo erreferentzia bibliografikoko sistema numerikoa (orri-oineko aipamenak). Baina, edonola ere, bibliografiari buruzko azken apartatu bat gehitu beharko da, eta hortxe jasoko dira testuan aipatutako lan guztiak (eta soilik horiek), oso-osorik eta alfabetikoki.

Finantzaketa jasotzen duen lana bada (publikoa edo pribatua), ohar batean jaso beharko da, argitaratutako testuaren hasieran.

Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoko bidez, Aldizkariaren Idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus. Inprentako proben zuzenketa, asko jota, probak jaso eta 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa handiak edo funtsezkoak egin.



Bidalitako lana aurrez beste ezein aldizkaritara bidali gabekoa izango da, eta ez erretiratzeko konpromisoa hartu beharko da, baldin eta RVAPek jakinarazten badu, ebaluatu ostean, argitaratzeko asmoa duela. Jakina, aurrez beste inon ez argitaratzeko konpromisoa ere hartu beharko da. Beraz, ezin da erretiratu beste aldizkari batera bidaltzeko, salbu eta RVAPek jakinarazten badu ez duela argitaratuko, edo desadostasunen bat badago lana argitaratzeko asmoa zeukan atalarekin edo sartu nahi diren aldatzekin, halakorik balego. Baldintza hori onartzea funtsezkoa da, Aldizkariak lana ebaluatzeko prozesua has dezan. Baldintza hori ez bada betetzen, RVAPek, beste zenbait neurriren artean, erabat baztertu ahal izango du egile berak bidalitako beste edozein lan.

Lanak, gutxienez, Herri Ardulararitzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Hala ere, RVAPen Zuzendaritzak lan bat baztertu ahal izango du ebaluazio-prozesua martxan jarri gabe, baldin eta lana, modu nabarmenean, ez bada sartzen bere tematikaren esparruan, edo ez bada egokitzen baldintzetan adierazitako edukietara edo formara. Txostenetan, ebaluatutako lanen alderdi positiboak eta negatiboak eskatuko dira, eta gomendatuko da argitaratzeko modukoak ote diren eta zein ataletan argitaratu behar diren, edo, hala badagokio, ez diren argitaratu behar. Txosten horiek aztertuta, Erredakzio Kontseiluak lana argitaratzeari buruzko behin betiko erabakia hartuko du. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardulararitzako Euskal Aldizkariari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreprodukzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne.

Ebaluazio-prozesuaren eta Erredakzio Kontseiluaren erabakiaren ostean, RVAPek ofizialki helaraziko die egileei argitaratzeari buruzko erabakia, bai eta zein ataletan argitaratuko den ere —kontuan hartu beharreko aldatetekin, halakorik balego—. Bestela, jakinaraziko zaie ez dela argitaratuko.

HAEE argialetxe «urdin» gisa definitzen da, eta ez du ahalbidetzen aurre-printak zabaltzea (binakako ebaluazio-prozesua igaro ez duten artikulua). Argitaratutako lanen egileek dagokien PDFa gordailu instituzional edo tematikoetan artxibatzeke eskubidea dute.

RVAPek modu ireki, berehalako eta erabatekoan eskaintzen du edukia. IVAPek argitaratutako lanen ondare-eskubideak dauzka (*copyright*), eta aukera eta baimena ematen du lana Creative Commons BY-NC-ND lizentziarekin berrerabiltzeko; beraz, kopiatu, erabili, hedatu, transmititu eta jendaurrean erakuts daiteke, baldin eta: 1) egilea eta argitalpenaren jatorrizko iturria aipatzen badira, 2) ez bada helburu komertzialetarako erabiltzen, eta 3) erabilera-lizentzia eta horren espezifikazioak aipatzen badira.



NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

Para su publicación en la RVAP, los trabajos enviados tendrán que reunir los siguientes requisitos:

Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico y es muy recomendable la indicación del orcid. Datos que se harán públicos en la propia Revista en la que se publique el trabajo.

Los trabajos no deberán sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio. Su título ha de incluir la traducción al inglés y siempre deberá acompañarse un resumen de entre 100 y 150 palabras, que será un párrafo original que contenga una sucinta presentación del trabajo, los objetivos, la metodología y las aportaciones principales, así como de tres a cinco palabras-clave. Tanto aquel como estas se publicarán en inglés y en las dos lenguas oficiales del País Vasco (la traducción al euskera la facilita la propia RVAP, si así se prefiere). Además, al comienzo del trabajo, se indicará cómo citar el trabajo: APELLIDOS, Nombre (año), Título del trabajo, *Revista Vasca de Administración Pública*, número, páginas inicial-final. En fin, en el propio trabajo publicado se precisará la fecha de recepción y la de la decisión favorable a su publicación.

Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan.

El tipo de letra «negrita» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el cuerpo del texto, cuando proceda, sólo se empleará el tipo de letra «cursiva» y nunca podrá utilizarse el «subrayado».

Las referencias bibliográficas deberán seguir los conocidos como criterios APA. Según tales normas de citación, puede seguirse el sistema alfabético de referencia bibliográfica en el cuerpo del texto o el sistema numérico de referencia bibliográfica (las más conocidas como citas a pie de página). Pero en todo caso se deberá incluir un apartado final dedicado a la bibliografía, en el que aparecerán todos (y solo) los trabajos citados a lo largo del texto de manera completa y ordenados alfabéticamente.

En el caso de tratarse de un trabajo que recibe financiación (pública o privada) deberá hacerse constar esta circunstancia en una nota al comienzo del texto publicado.

Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus. La



corrección de las pruebas de imprenta deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales.

El trabajo enviado no ha debido ser mandado para su publicación a ninguna otra revista e implica el compromiso de no retirarlo si la RVAP comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno. Así, no puede retirarse para enviarlo a otra revista, salvo que la respuesta de la RVAP sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección en la que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. La aceptación de esta condición es indispensable para que la Revista inicie el proceso de evaluación del trabajo. El incumplimiento de este requisito permitirá a la RVAP, entre otras acciones, rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor o autora.

Los trabajos serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. No obstante, la Dirección de la RVAP podrá rechazar un trabajo, sin poner en marcha el proceso de evaluación, cuando el trabajo ostensiblemente no entre en el ámbito de su temática o no se adapte a los requisitos de contenido o formales. En los informes se solicitarán los aspectos positivos y negativos de los trabajos evaluados y se recomendará su publicación y en qué sección o, en su caso, su no publicación. A la vista de tales informes, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos.

Tras el proceso evaluatorio y la decisión del Consejo de Redacción, la RVAP comunica oficialmente a los autores la decisión sobre la publicación y en qué sección —con las modificaciones que deban tomarse en consideración, en su caso— o la negativa a publicarlo.

La RVAP se define como editorial «azul» y no permite que se difundan los pre-prints (artículos que no han pasado el proceso de evaluación por pares). Las personas autoras de los trabajos publicados tienen derecho a autoarchivar el PDF correspondiente en repositorios institucionales o temáticos.

La RVAP proporciona su contenido con acceso abierto, inmediato y a texto completo. El RVAP conserva los derechos patrimoniales (*copyright*) de los trabajos publicados y favorece y permite su reutilización bajo la licencia Creative Commons BY-NC-ND, pudiendo copiarse, usarse, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que 1.º) se cite la autoría y la fuente original de su publicación, 2.º) no se use para fines comerciales y 3.º) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.



Sumario

N.º 121/2021

Estudios

- DELGADO GARRIDO, Carmen:** El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia 17
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.01>
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo:** La pandemia, el estado de alarma y los jueces. 61
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.02>
- SALINAS ALCEGA, Sergio:** Una aproximación desde el Derecho Internacional a la protección de los desplazados ambientales. El riesgo de las respuestas sencillas para problemas complejos 129
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.03>
- URRUTIA LIBARONA, Iñigo:** ¿Nuevos paradigmas en la interpretación jurídica de la doble oficialidad lingüística? 171
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.04>
- ZOCO ZABALA, Cristina:** La garantía de la inviolabilidad del domicilio (Art. 18.2 CE): jurisprudencia (TC, TEDH Y TJUE) y legislación. 221
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.05>

Jurisprudencia

- AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen:** El alcance del control judicial de la inadmisión de la acción de nulidad; a propósito de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2020 253
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.06>



Notas

- CÀMARA MAS, Roger:** La carrera administrativa horizontal. Especial referencia a la administración local 295
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.07>
- DE LA QUINTANA IBÁÑEZ, Orzi:** Toki-erakundeen alde bakarreko administrazio-harremanak eta EAEko toki-erakundeen alde bakarreko administrazioen arteko harremanen berezitasuna. 337
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.08>
- PEÑAGARICANO URRUZOLA, Jone:** Inteligentzia artifizialaren erronkak Administrazio Publikoan. 369
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.09>
- URTEAGA, Eguzki:** La política de vivienda en el País Vasco Norte. 393
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.10>

Bibliografía

- BOUZZA ARIÑO, Omar:** *La casación en el contencioso-administrativo*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, ISBN: 978-84-1346-122-9, 264 pp. (Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ). 435
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.11>
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel:** *La caracterización jurídico-pública de la Corona*. Iustel: Madrid (248 pp.) (Darío BADULES IGLESIAS). 440
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.12>
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés Manuel (Director):** *Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación*. Editorial Aranzadi, 2020. 742 págs. (Begoña CRESPO HIDALGO). 447
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.12.2021.13>
- VELASCO CABALLERO, Francisco (Dir.):** *Tratado de Derecho Local*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, 1.ª edic., 767 págs. (Goizargi HERNANDO ALONSO) 460
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.12.2021.14>
- COBREROS MENDAZONA, Edorta:** *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea* (Miren Jasone URKOLA IRIARTE). 468
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.12.2021.15>
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon:** *La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. (Nieves ARRESE IRIONDO). 474
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.12.2021.16>



Estudios



El debate sobre la voluntariedad o la obligatoriedad de la vacunación en tiempos de pandemia

The debate on the voluntary or compulsory vaccination in times of pandemic

CARMEN DELGADO GARRIDO

Graduada en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha
carmen2810.dg@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.01>

LABURPENA: Covid-19aren osasun-krisian eztabaidagai izan da txertaketa borondatezkoa edo nahitaezkoa izan behar ote den. Borondatezkoa izatearen aldeko apustua egin da, gizartean txertaketa oso onartuta dagoelako eta egungo ebidentzia zientifikoa zalantzazkoa delako. Hala ere, osasunaren eta larrialdien gaineko araudia aztertuta, zenbait kasutan nahitaezko txertaketa ezar liteke. Halaxe erakutsi du jurisprudenziaren azterketak pandemiaren aurreko eta garaiko beste kasu batzuetan. Bestalde, Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren 2021eko apirilaren 8ko Epaia (Vavříčka kasua) berariaz bermatzen du umeen kasuan nahitaezko txertaketa ezar daitekeela, kontuan hartuta adingabearen interes gorena eta gizarte-elkartasuna. Doktrina horrek ikuspegi berri bat dakar txertaketaren gaineko eskubideak mugatu edo haztatzeko orduan. Etorkizunean legea berritzen bada, Espainiako egungo txertaketa-eredua argitu eta indartuko duen erreforma proposatzen du lan honek.

HITZ GAKOAK: COVID 19. Txertoa. Nahitaezkotasuna. Borondatezkotasuna. Oinarrizko eskubideak.

ABSTRACT: The mandatory or voluntary nature of vaccination is the subject of debate in the health crisis due to Covid-19. The commitment to voluntariness responds to the wide social acceptance of vaccination and the uncertain current scientific evidence. However, the analysis of health and emergency regulations would allow the imposition of a mandatory vaccination in certain cases. This is demonstrated by the study of jurisprudence in cases prior to and contemporaneous with the pandemic. For its part, the recent ECHR of April 8, 2021 (Vavříčka case) endorses the legitimacy of compulsory childhood vaccination, taking into account the best interests of the minor and social solidarity. This doctrine represents a new approach to the debate on the limitation and weighting of rights in the field of vaccination. *Lege ferenda*, this paper proposes a legislative reform that clarifies and reinforces the Spanish vaccination model.



KEYWORDS: COVID-19. Vaccine. Mandatory nature. Voluntary nature. Fundamental rights.

RESUMEN: La obligatoriedad o voluntariedad de la vacunación es tema de debate en la crisis sanitaria por Covid-19. La apuesta por la voluntariedad responde a la amplia aceptación social de la vacunación y la incierta evidencia científica actual. No obstante, el análisis de la normativa sanitaria y la de emergencias permitiría la imposición de una vacunación obligatoria en determinados supuestos. Así lo demuestra el estudio de la jurisprudencia en supuestos anteriores y coetáneos a la pandemia. Por su parte, la reciente STEDH de 8 de abril de 2021 (caso Vavříčka) avala la legitimidad de la vacunación infantil obligatoria, atendiendo al interés superior del menor y a la solidaridad social. Esta doctrina supone un nuevo enfoque para el debate en torno a la limitación y ponderación de derechos en materia de vacunación. Lege ferenda, el trabajo propone una reforma legislativa que clarifique y refuerce el modelo vacunal español.

PALABRAS CLAVE: COVID 19. Vacuna. Obligatoriedad. Voluntariedad. Derechos fundamentales.

Trabajo recibido el 4 de septiembre de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. El marco normativo. 1. La voluntariedad como regla y la obligatoriedad excepcional en caso de afección a la salud pública. 2. El procedimiento judicial para imponer la vacunación forzosa.—III. Las razones que apuntalan el debate en la vacunación contra la Covid-19. 1. Las líneas maestras. 2. La voluntariedad en la Estrategia de Vacunación frente a Covid-19 y sus sucesivas actualizaciones. El foco en el interés general de control de la epidemia y la inmunidad de grupo.—IV. La vacunación forzosa en la jurisprudencia. 1. Casos en que los tribunales han obligado a vacunar: Menores en caso de brote epidémico y adultos discapacitados. 2. ¿Y si existen desencuentros parentales sobre la vacunación de un hijo? El criterio del interés superior del menor. 3. Actualización de la Estrategia nacional de vacunación Covid-19 que incluye a la población de 16 a 12 años: ¿puede llegar a ser obligatoria la vacunación? ¿cómo se mide la autonomía del menor?—V. Los supuestos de vacunación condicionante. 1. ¿Es conforme a Derecho condicionar el derecho a las prestaciones públicas a la exigencia de vacunación? En particular, la admisión en centros educativos. 2. Los pasaportes o certificados de inmunidad. Su función en un modelo de vacunación recomendada.—VI. ¿Existe obligación de vacunación para los empleados públicos y para los sanitarios?—VII. ¿Puede una ley autonómica establecer la obligatoriedad de la vacunación durante la pandemia? —VIII. La última jurisprudencia europea: la STEDH de 8 de abril de 2021 en el caso Vavricka y otros vs. La Republica Checa y la decisión de 24 de agosto de 2021 en el caso ABGRALL y 671 bomberos franceses: ¿un antes y un después en el debate sobre la vacunación obligatoria?—IX. Conclusiones: los déficits regulatorios. Propuesta de una ley general de vacunación.—X. Bibliografía

I. Introducción

La obligatoriedad o voluntariedad de la vacunación se ha convertido en uno de los debates estrella a propósito de la Covid-19. Esta discusión no solo es científica, sino también ética, política, mediática y, por supuesto, jurídica, que es la perspectiva que nos ocupa. ¿Qué es más acorde a Derecho, la imposición obligatoria de la vacunación o la mera recomendación?

El debate no es una novedad y en Europa ya se manifestó durante el siglo XIX, para frenar los brotes incontrolables de la temida viruela. Desde entonces, los programas de inmunización se han extendido con diferentes grados de imposición, en especial para la infancia. Actualmente, son ejemplos los programas de vacunación obligatoria en Francia e Italia, motivados por el descenso alarmante de las coberturas de vacunación, el aumento de la duda vacunal y el incremento de los movimientos anti-



vacunas. Este debate ha reverdecido en época Covid-19. Como objetivo específico de este trabajo, nos proponemos analizar cómo lo regula la legislación sanitaria, en general y ante situaciones de pandemia como la actual, de extensión y gravedad jamás vividas en la historia reciente.

La discusión se mueve entre el principio general de autonomía de la voluntad y la máxima ciceroniana «salus populi suprema lex esto», puesto que la vacunación es el fiel reflejo de la dimensión individual y colectiva de la salud. ¿Es posible encontrar un equilibrio entre el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y el derecho a la libertad personal (art. 17 CE) cuando se trata de preservar la salud pública colectiva (art. 43 CE)?

La realidad es que plantear la disyuntiva en términos obligatoriedad/voluntariedad olvida que hay estadios intermedios, partiendo de la heterogeneidad de las propias vacunas, con diferente grado de intervención pública y escenarios de inmunización.

El actual proceso de inmunización frente a la Covid-19 también ha suscitado cuestiones muy variadas en sede judicial, algunas ya conocidas y otras que se han resuelto «ex novo». Sus peculiaridades tienen que ver con la aceptación general de la sociedad y la carencia de evidencia científica absoluta.

Otra parte del trabajo se dedica al estudio jurisprudencial, necesario para entender y dar coherencia al marco teórico y legal. Aprovecharemos este análisis para reflexionar sobre algunas cuestiones clave, como la exigibilidad de vacunación para los empleados públicos, las implicaciones ético-jurídicas de los pasaportes inmunológicos o cómo se ve afectado el derecho a servicios públicos como la educación o la atención a los mayores y los dependientes. ¿Cómo se puede conjugar con la necesidad de lograr la inmunidad de grupo o salud colectiva?

La pandemia actual ha conllevado nuevas formas de actuación pública, como la Estrategia Nacional de Vacunación aprobada como «acción coordinada» por el Consejo Interterritorial del SNS y que plantea el problema de la concurrencia de competencias sanitarias entre Estado y Comunidades Autónomas. La complejidad de la cuestión desborda los límites de este trabajo, en el que veremos únicamente algunas especialmente polémicas, como la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero, que se ha interpretado como norma obligatoria para la vacunación autonómica.

La reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2021 (1), pronunciada tras el recurso planteado por padres de niños rechazados por guarderías en República Checa por no estar vacunados, puede suponer un antes y un después en el debate sobre la vo-

(1) STEDH Vavricka and others v. The Czech Republic, de 8 de abril, en Vavřička and Others v. the Czech Republic [GC] (coe.int)



luntariedad o no de la vacunación. Esta sentencia termina avalando la vacunación infantil obligatoria en virtud del principio de «solidaridad social», así como su «necesidad en una sociedad democrática».

Para concluir, intentaremos modestamente una propuesta de mejora regulatoria de la vacunación que la actual pandemia ha hecho, si cabe, más necesaria.

II. El marco normativo del debate

1. La voluntariedad como regla y la obligatoriedad excepcional en caso de afección a la salud pública

La vacunación en España es voluntaria, ya que nuestro ordenamiento no incorpora explícitamente el deber u obligación de vacunarse con carácter general. Ahora bien, hay determinadas situaciones que permiten que los poderes públicos competentes impongan la vacunación forzosa, fundamentalmente en caso de epidemias. Por ello, no se puede reducir el debate a esta dualidad, pues entre voluntariedad y obligatoriedad caben otras opciones no excluyentes, ni incompatibles.

Por otro lado, la vacunación no es un remedio homogéneo, ni desde la perspectiva individual ni desde la colectiva, planteando mayores problemas la primera, entendida como prevención personal frente a la enfermedad. Pueden plantearse diferentes situaciones que atañen a la protección de los derechos individuales, especialmente en la infancia. Pensemos en desencuentros parentales sobre la vacunación de un hijo menor. O de residentes incapacitados en centros de mayores, en caso de pandemia, cuyos familiares rechazan la vacunación.

De ahí la oportunidad de reflexionar sobre la posible compatibilidad y conexidad entre las diferentes alternativas, que conforman una escala dependiendo del grado de intensidad de la intervención pública en la decisión personal de vacunarse(2). En esta escala, cada vez tiene más valor el impulso de medidas de educación, información y promoción de conductas favorables a la vacunación como política principal de salud pública. En particular, las medidas de vacunación basadas en incentivos, los denominados «nudges» (dar un pequeño «empujón»). Se trata de interven-

(2) Planteada muy recientemente por el profesor CIERCO, que llega a establecer hasta cinco estadios ordenados en función de la peculiaridad de cada vacuna o las situaciones en que puede producirse mayor o menor injerencia del poder público: voluntaria, recomendada, condicionante, obligatoria y forzosa, CIERCO SIERRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», en Revista *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, págs. 18-32. Interesantes reflexiones del autor también en «Vacunación obligatoria o recomendada: acotaciones desde el Derecho», *Revista Vacunas, Elsevier*, 2020.21 (1), 50-56



ciones que animan al sujeto a actuar en una determinada dirección (en este caso ser vacunado), permitiendo presumir que se conserva la libertad de elección(3).

Descendiendo al análisis propiamente jurídico, debe partirse del principio de autonomía de la voluntad y la regla general de consentimiento informado para cualquier intervención en la salud de las personas. Así se consagra en el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, «básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica» (en adelante, LAP), cuando señala:

«1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso».

En este sentido hay que entender también lo dispuesto en el art. 9.2 de la misma norma:

«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

La regla general es la voluntariedad, salvo excepciones, pues el principio general de autonomía de la voluntad puede ceder en situaciones de riesgo para la salud pública, permitiendo intervenciones de salud sin consentimiento de los interesados. En ese sentido, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante, LOMSP), en su art. 1 establece:

(3) Esta es claramente la opción que se planteó en el *Informe del Comité de Bioética de España* «cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario», de 19 de enero de 2016. Entre los ejemplos se cita el caso de Australia, donde las vacunas no son obligatorias, pero si se vacunan a los hijos los padres reciben beneficios económicos, directamente o a través de beneficios fiscales. Otro ejemplo es Letonia donde la vacunación es voluntaria, pero los padres deben firmar un documento de información en el que asumen las consecuencias que pueden derivarse tanto hacia su propio hijo como a terceros. En época de pandemia hemos podido oír desde sorteos de un millón de dólares en EEUU a vacaciones gratuitas en Hong-Kong, por citar dos ejemplos (JIMÉNEZ, D., «En defensa de la vacuna obligatoria», Opinión, *The New York Times*, 1 julio 2021, en línea en <https://www.nytimes.com/es/2021/07/01/espanol/opinion/vacunacion-obligatoria.html>



«Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad».

Por su parte, el art. 2 señala que:

«Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad».

Finalmente, el art. 3 dispone que:

«Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Aunque estas disposiciones están llenas de conceptos jurídicos indeterminados, podemos concluir que es legalmente posible imponer medidas obligatorias e incluso coactivas cuando exista un riesgo colectivo para la salud pública, desplazando en dichos supuestos el principio general de voluntariedad. Este marco normativo podría fundamentar en determinados casos la obligatoriedad de las vacunas.

Además, en los momentos iniciales de la pandemia por COVID-19, la discusión pudo tender a la aplicación de la normativa propia del estado de alarma, establecida en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, «de estados de alarma, excepción y sitio»² (en adelante, LOEAS). Esta norma sólo se había aplicado una vez⁽⁴⁾ antes del RD 463/2020, de 14 de marzo, «por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de

(4) En concreto con el RD 1673/2010, de 4 de diciembre, «por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, con ocasión de la huelga de controladores aéreos de diciembre de 2010 que colapsó nuestro espacio aéreo».



crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19» y del posterior RD 926/2020, de 25 de octubre, «por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2».

El art. 4 LOEAES establece que:

«El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: b) «crisis sanitarias, tales como las epidemias».

Una vez que se produzca esta situación, el art. 12 señala, con clara remisión a la LOMSP, que:

«La autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

Este marco jurídico debe completarse con la normativa sanitaria específica referida a la vacunación. Y para ello debemos comenzar haciendo referencia a la Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la Base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, en cuyo artículo único dispone que:

«Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».

Aunque está en vigor, su aplicación es dudosa al no haberse cumplido el mandato de la DF 5ª de la Ley 14/1986, de 25 abril, «General de Sanidad» (en adelante, LGS) de refundir, regularizar, aclarar y armonizar dicho artículo en el plazo de 18 meses(5).

(5) Un recorrido histórico por la regulación de la vacunación en España, en CIERCO SIERA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 19-40.



No obstante, esta modificación (cuya razón de ser está en el hito que supuso la erradicación de la viruela certificada por la OMS en 1980) ha marcado hasta hoy el sino de la vacunación en España hacia la recomendación como canon general. Ello concuerda con otras dos normas que entendemos de la máxima importancia para nuestro análisis.

Por una parte, el artículo 28 LGS establece:

«Todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios:

- Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias
- No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida
- Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan
- Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

Por otra parte, la Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP) lejos de imponer la obligatoriedad de la vacunación, parte de un principio general de voluntariedad en las actuaciones de salud pública, en su art. 5.2:

«Sin perjuicio del deber de colaboración, la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública».

En relación a la vacuna frente a la Covid-19, la actualización 1 de la Estrategia de Vacunación frente al Covid-19 en España (18 de diciembre de 2020) (6), sigue este mismo criterio:

«sin perjuicio del deber de colaboración que recae sobre los individuos, la vacunación frente a COVID-19 será voluntaria, y ello, a salvo de lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública».

(6) La Estrategia de Vacunación frente a la COVID-19 en España, con todas sus actualizaciones (hasta la octava de 21 junio) se puede consultar en <https://www.vacunacovid.gob.es/enlaces-y-documentos>



De toda esta normativa se desprende la posibilidad de forzar a la vacunación en las situaciones especificadas, que únicamente podrán ser las previstas en la LOMSP y, como vamos a ver seguidamente, con el amparo de la preceptiva intervención judicial, por quedar afectados derechos individuales de las personas, en particular, su integridad física.

Apuntemos, finalmente, que la Unión Europea tampoco se ha decantado por una acción obligatoria en la materia, dejando a los Estados la decisión sobre sus sistemas de vacunación; lo que se corresponde con lo dispuesto en el art. 168 TFUE («La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica») y con el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales («Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana»).

2. El procedimiento judicial para imponer la vacunación forzosa

De acuerdo a la normativa mencionada, la Administración solo podría forzar a vacunarse con la previa autorización judicial. Conforme a la doctrina constitucional (por todas, SSTC 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre), al tratarse de una medida coercitiva que puede afectar a la integridad física, su adopción exigiría:

- Que se persiga un fin constitucionalmente legítimo, en este caso, el derecho a la protección integral de la salud que se consagra en el art. 43 de la Constitución.
- Que su decisión venga amparada por una norma con rango de ley (principio de legalidad), encajando en «cualquier medida apropiada» que estipula el art. 3 de la LOMSP.
- Respeto al principio de proporcionalidad: idoneidad y necesidad

Hasta la pandemia, los supuestos en que los Juzgados y Tribunales hacían uso de esta potestad se limitaban casi exclusivamente a los internamientos forzosos por razones psiquiátricas. Sin embargo, la intensidad y multiplicación de intervenciones de los últimos meses ha precipitado un *modus operandi* judicial que incluso ha llevado a reformas legales de nuestra ley.

La jurisdicción competente en la materia es la contencioso-administrativa. Su reguladora Ley 29/1998, de 13 de julio (en adelante, LJCA) fue modificada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, «de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Admi-



nistración de Justicia», para ajustar la competencia jurisdiccional a la autoridad administrativa actuante y la determinación de los afectados.

El art. 8.6 párrafo segundo LJCA establece la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo «para la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada».

En cambio, si se trata de medidas adoptadas por autoridades de ámbito no estatal y los destinatarios no están identificados individualmente, la competencia es de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10.8.a. LJCA). Finalmente, el art. 11.1. i) LJCA establece que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá, en única instancia, de las medidas tomadas por la autoridad sanitaria estatal si sus destinatarios no estén identificados individualmente.

Tras el fin del estado de alarma, el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, ha modificado la LJCA, en relación con el recurso de casación, para que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conozca y fije jurisprudencia para la aplicación uniforme en toda España sobre las cuestiones suscitadas en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias restrictivas o limitativas de derechos fundamentales. Se trata de un procedimiento de tramitación preferente y muy ágil donde el TS contará con el plazo de 5 días para resolver (nuevos arts. 87.1.bis, 87.2, 87.ter y 122 quater).

Aunque no esté especificado, en los contados supuestos que se ha planteado se ha aplicado analógicamente el procedimiento previsto en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al internamiento no voluntario por razón de trastorno psiquiátrico, que exige la autorización judicial previa, salvo razones de urgencia que exijan la inmediatez de la medida y posterior ratificación del juez.

III. Las razones que apuntalan el debate entre obligatoriedad o voluntariedad y su extrapolación en la vacunación contra la Covid 19

1. Las líneas maestras del debate general

Como hemos visto, el marco normativo sobre la vacunación es disperso y poco claro, por más que haya servido a los operadores jurídicos para conformar un modelo apto para afrontar las situaciones preceden-



tes. A nivel jurídico, el tema no había suscitado excesivo interés desde que se produjo el giro hacia el modelo de vacunación voluntaria en 1980, con unas tasas de cobertura óptimas (cercasas al 97% en la población infantil) y poca litigiosidad (7).

Sin embargo, ante la presente pandemia, el descubrimiento de las vacunas frente a la enfermedad ha precipitado el debate mediático sobre cómo conseguir la generalización de la inmunización y la disyuntiva en torno a la obligatoriedad o voluntariedad (8).

A grandes rasgos, nuestro modelo es el de vacunación recomendada, con dos claros anclajes en nuestra Constitución. Uno, el art. 15, que recoge el derecho a la integridad física y moral, aquí materializado en el principio básico de voluntariedad de los tratamientos sanitarios, trabado al principio de autonomía de la voluntad que consagra la normativa sanitaria. Dos, el art. 43.2, conectando con el derecho a la protección de la salud en su vertiente colectiva al señalar «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios». Estos principios convergen en el reconocimiento de un conjunto de vacunas esenciales, en clave epidemiológica e individual, al que debe garantizarse el acceso en condiciones de universalidad, equidad y asequibilidad. Este se conforma en el «calendario común de vacunación a lo largo de toda la vida» aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (en adelante, CISNS), que se integra en la cartera de servicios comunes de la sanidad pública (9).

A partir de ahí, es posible que en las circunstancias previstas en la LOMSP pueda imponerse una vacunación forzosa, entrando aquí en

(7) Podemos remitirnos, como mejor doctrina, a los trabajos de ALENZA GARCÍA, J.F., «La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la administración», *Nuevas Perspectivas Jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur menor, 2013, páginas 29-50; BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados», *Derecho y Salud*, 22, 2012, 9-30; COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. «Rechazo a las políticas públicas de vacunación. análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano», *Derecho Privado y Constitución*, 26, 2012, 203-237.

(8) Los argumentos de este debate se refirieron a la aprobación de las vacunas, los problemas logísticos y las disfunciones en las fases iniciales de las campañas de inmunización, azuzados por las posturas contrarias o escépticas a la vacuna de la covid-19 a cargo del Dr. Cavadas, Miguel Bosé, Victoria Abril o, a nivel colectivo, del llamado movimiento antivacunas. Vid. el análisis en MORENO ALEMÁN, J. *Manual de Vacunas AEP. Aspectos legales*, en línea en <https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-45>

(9) Art. 6.4 LGSP en conexión con el Anexo II (Cartera de servicios comunes de atención primaria), &3.1.2.a) del RD 1030/2006, de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimientos para su actualización. https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/calendario-y-coberturas/docs/CalendarioVacunacion_Todalvida.pdf



juego el derecho a la libertad personal del art. 17 CE. En este caso, la envergadura de la injerencia pública debe llevar consigo una acentuación de las garantías, particularmente la intervención judicial y, en principio, debería exigirse una aplicación caso por caso.

En un punto intermedio se sitúa la vacunación obligatoria, que exigiría una declaración formal y, por la potencial afección que supondría en los derechos fundamentales, debe respetar los estándares mínimos sentados por la jurisprudencia: desde la reserva de ley al juicio de proporcionalidad, pasando por la presencia de un fin legítimo de enjundia que lo justifique.

En estos dos supuestos, que responden a momentos de crisis sanitarias, entraría en escena la ponderación con el principio de *salus populi suprema lex*, es decir, la prevalencia del bien común, de la salud y el bienestar de la comunidad. Lo que supone poner en la balanza dos principios bioéticos: el principio de beneficencia y no maleficencia (*primum non nocere*) en favor de la garantía de la salud pública y el de autonomía de la voluntad que es la garantía de los derechos individuales en el ámbito sanitario (10). Después veremos los matices aportados por la jurisprudencia en el caso de menores o incapacitados. Pero, por el momento, la cuestión es explicar cómo se ha llevado a cabo el proceso de decisión de la inmunización frente al Covid-19.

En los inicios de la crisis se barajaron argumentos en favor de la obligatoriedad de la vacunación, si bien bastante matizados ante la falta de evidencia científica sólida respecto a la potencial inmunidad de grupo. Como nos señala CIERCO (11), las líneas fueron fundamentalmente tres que, sin embargo, en un poco tiempo fueron cediendo terreno en favor de la voluntariedad.

La primera de orden pragmático, ante la necesidad de una inmunización masiva y urgente y una previsible resistencia social. Este argumento se desarmó rápidamente, como suele ocurrir cuando sube la percepción del riesgo de la enfermedad, haciendo que las tasas de vacunación se disparen. Los datos son concluyentes: el grupo reticente a la vacuna bajó del 47% (noviembre de 2020) a un 28 % (enero de 2021) (12) . Un estudio de junio de 2021 señala que el 78% de los ciudadanos españoles encues-

(10) Un excelente análisis de este principio en la crisis del coronavirus, CANTERO MARTÍNEZ, J., «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, enero-marzo 2021, págs. 79 a 125, con la amplia bibliografía allí citada.

(11) CIERCO SIERA, C., «La vacunación obligatoria...», *cit.*, pág. 24. El autor cita el trabajo más claro que, en los inicios de la pandemia, sintetizó las razones para la obligatoriedad, MELLO, M. *et al.* , «Ensuring uptake of vaccines against SARS-CoV-2», *The New England Journal of Medicine*, 2020, 383:1296-1299.

(12) https://www.elconfidencial.com/espana/2020-12-21/vacuna-covid-coronavirus-cis-encuesta_2880980/



tados entre marzo y mayo del 2021 declaran tener confianza en las vacunas contra el coronavirus (13).

La segunda de orden bioético, basada en el valor social, solidario e igualitario que representa una ideal inmunidad de grupo, quintaesencia de la vacunación obligatoria, que se debería superponer a las molestias y, en principio, escasos efectos adversos que la vacunación produciría en la esfera individual.

En tercer lugar, una razón comparativa en el balance coste-beneficio respecto a las alternativas en curso, en cuanto al leve grado de injerencia de la vacunación frente a las intensas restricciones sobre las libertades de movimiento y los costes sociales y económicos anudados a las políticas de confinamiento.

El avance sin precedentes de la investigación, la aceleración en la llegada de las nuevas vacunas y los esfuerzos por explicar el cumplimiento de las garantías de calidad, seguridad y eficacia inclinaron pronto la balanza hacia el modelo de recomendación frente al de obligatoriedad, como opción estratégica más sencilla y menos incisiva en un entorno de incertidumbre científica evidente.

2. La voluntariedad en la Estrategia de Vacunación frente a Covid-19 y sus sucesivas actualizaciones. El foco en el interés general de control de la epidemia y la inmunidad de grupo

Esta postura se oficializa en España en la Estrategia de Vacunación frente a Covid-19 aprobada por el CISNS, donde se opta y fundamenta con énfasis la voluntariedad «desde la firme convicción de que pueden lograr mejores resultados de aceptabilidad». Esta decisión se alinea con las estrategias europeas e internacionales, que han optado claramente por el modelo de recomendación. Los inmediatos efectos, visualizados en el descenso de contagios entre las personas más vulnerables, han hecho el resto para que la confianza en la vacunación fuera creciendo sin tener que recurrir al modelo obligatorio, al menos hasta el momento y con cifras superiores al 50% de la población europea vacunada. El principio de corresponsabilidad frente a la imposición, preferido en las políticas de salud pública, fundamentaba sólidamente esta opción. Así lo señala, entre otros, el art. 28 LGS, al establecer que «todas las medidas preventivas deben atender a los siguientes principios: a) preferencia en la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias».

(13) Este porcentaje sitúa a España como el cuarto país donde los ciudadanos tienen más confianza en las vacunas, por detrás del Reino Unido (donde el porcentaje es del 87%), Israel (83%) e Italia (81%). <https://www.lavanguardia.com/vida/20210608/7512576/ciudadanos-espanoles-mas-confianza-vacunas-covid.html>



En la primera Actualización de la Estrategia de 18 de diciembre de 2020, se insiste en este carácter de la campaña vacunal: «Sin perjuicio del deber de colaboración que recae sobre los individuos, la vacunación frente a COVID 19 será voluntaria, y ello, a salvo de lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en materia de salud pública». Se añadirá la importancia de registrar los casos de rechazo en el Registro de vacunación, «con la finalidad de conocer las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población». La no obligatoriedad, unida a la propuesta de un texto de hoja informativa y modelo de consentimiento informado por representación legal, se justifica en que no parece necesaria una medida coercitiva de vacunación obligatoria cuando está siendo voluntariamente aceptada y no se pone en riesgo el objetivo de alcanzar la inmunidad colectiva o de grupo.

En la tercera y cuarta Actualizaciones de la Estrategia de 9 y 26 de febrero de 2021, se insiste en la opción de la no obligatoriedad. Con la novedad ética de abordar la posibilidad de elección de la vacuna. Cuestión esta que ha causado bastante polémica al hilo de la administración heterogénea de vacunas en segunda dosis. Las posteriores actualizaciones han seguido la misma opción por la voluntariedad.

Las líneas argumentales de la voluntariedad en la Estrategia quedan claras desde un primer momento. Aunque se considera ética y jurídicamente aceptable la posibilidad de acudir al mecanismo de la vacunación obligatoria e incluso forzosa, la oportunidad y las concretas circunstancias no la justifican. Es expresivo este considerando:

«El acudir a un mecanismo de salud pública coercitivo, como la vacunación obligatoria, puede mostrarse, en un mero plano teórico, ética y legalmente, correcto, cuando nos encontramos en un contexto de grave peligro para la salud colectiva, como es el actual de pandemia. Esto ya lo anticipó el propio Comité de Bioética de España en su Informe de 2016 sobre “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, en el que concluía que pueden adoptarse decisiones individuales o colectivas de vacunación obligatoria, existiendo mecanismos suficientes para adoptar tal decisión en los supuestos de epidemia (más aún, pues, en una situación de pandemia). Siendo posible en abstracto la vacunación obligatoria, en el contexto actual puede traernos más problemas que soluciones. Y, sobre todo, no está ética ni legalmente justificado adoptar esa medida cuando no existe un rechazo relevante a la vacunación frente a la Covid-19 y, por lo tanto, no hay una situación de riesgo para la salud colectiva por dicho motivo. No todo lo posible



es, pues, necesario u oportuno en un momento determinado. Hay que valorar tanto las virtudes de la decisión como las posibles consecuencias en su aplicación».

La Estrategia se ha fijado en dos aspectos novedosos: el interés general de maximizar la vacunación y la tesis de la inmunidad de grupo, aunque no han sido las razones esenciales para descartar la obligatoriedad. Primero, porque aun estando garantizada la vertiente individual de la prevención, falta todavía evidencia científica para asegurar la inmunidad de grupo (que en términos generales se alcanza con un 95% de vacunados). Ahora se maneja convencionalmente el porcentaje del 70% de la población, y además quedan todavía incógnitas referidas a la contagiosidad de la enfermedad y la capacidad de bloquear la transmisión por parte de los vacunados. Y segundo, porque han aparecido fuertes externalidades positivas para justificar la inmunización y el interés general de la vacunación, tales como evitar el colapso del sistema sanitario, la continuidad y sostenibilidad del servicio público sanitario, la reactivación de la economía y de la vida social, la minoración de las restricciones a derechos individuales ligadas al contacto social. Ninguna de estas razones había tenido antes el peso esencial para decidir un modelo u otro de vacunación. Por ello se ha señalado que, ante esta encrucijada, los ejes clásicos de la vacunación obligatoria basados en el principio de la *salus publica*, no han tenido el empaque como para imponer obligatoriamente la vacunación. Ante la posibilidad de que la vacunación Covid-19 acabe convirtiéndose en estacional o la eventual aparición de otro virus epidémico, quizá habría que desarrollar una nueva teorización de la vacunación obligatoria que tuviera en cuenta, como intuye la Estrategia, la oportunidad y concreción al caso del debate.

IV. La vacunación forzosa en la jurisprudencia

1. Casos en que los tribunales han obligado a vacunar: brotes epidémicos que afectan a menores y adultos discapacitados

El primero y más conocido caso es el resuelto por el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada, de 24 de noviembre de 2010 (rec. 918/2010), motivado por un brote de sarampión en un colegio público del barrio del Albaicín, en Granada, donde se detectaron 36 contagios a 18 de noviembre de 2010. La negativa de los padres de 35 niños a la vacunación llevó a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía a solicitar al Juzgado su vacunación forzosa.

Los argumentos utilizados por el Auto para concederla por causa de salud pública fueron bien claros: «Entendemos que no suscita debate que



la medida solicitada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal (refiriéndose a la LO de medidas especiales de 1986); y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido...» Esta medida, añade, debía llevarse a cabo en el colegio, en el centro de salud o en el domicilio de los menores, por personal sanitario especializado, sin que pueda en ningún caso constituir, por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, pudiendo la Autoridad Sanitaria requerir el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, si fuere necesario.

El Auto fue confirmado en apelación por Sentencia del TSJ Andalucía de 22 de julio de 2013 (rec. 667/2012), desestimando la alegación de los padres respecto a la existencia de medidas menos coactivas, como el aislamiento domiciliario. Tras contrastar la altísima efectividad de la vacuna como medida preventiva y los mínimos y remotos efectos adversos que pudiera provocar, el Tribunal se decanta por la inmunización forzosa como medida proporcional más efectiva: «esta Sala no llega a vislumbrar porque sería más proporcionado tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración. Con ello se cuestiona también la propia eficacia de esta medida considerada más adecuada, o al menos proporcional, por los apelantes» (FJ 5.º).

El segundo de los supuestos de vacunación forzosa sucede en plena pandemia del Covid-19, con numerosas resoluciones judiciales que han ratificado la inmunización en relación con personas internadas en residencias y privadas de forma permanente o temporal de su capacidad de decidir (por enfermedad mental o discapacidad intelectual), cuyos familiares o representantes rechazaban la vacunación frente al criterio de la dirección del centro. El primer pronunciamiento judicial ha sido el Auto 43/2021, de 9 de enero, del Juzgado número 2 de Santiago de Compostela, que ha ordenado la vacunación de una anciana ingresada en una residencia de mayores(14). La residente estaba privada de la suficiente capacidad cognitiva para prestar el consentimiento, confirmada por el médico forense. De modo que debían entrar en juego las reglas del consentimiento por representación (ex art. 9 LAP). La hija se negó, aduciendo

(14) Vid. GARRIDO GARCÍA, A., «Vacunación obligatoria covid de mayores con discapacidad cognitiva. Comentario al auto 43/2021 del Juzgado número 2 de Santiago de Compostela del día 09/01/2021», en línea en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Vacunacion_obligatoria_COVID_de_mayores_con_discapacidad_cognitiva.pdf



la carga de responsabilidad que suponía tener que decidir por otra persona sobre su salud y el temor sobre posibles efectos adversos, optando por esperar mayores y más evidentes resultados. El Auto comienza resaltando la obligatoriedad del consentimiento informado del paciente (arts. 2.2 y 8 de la LAP), incluso en un tratamiento médico tan excepcional como este. El consentimiento por representación (por personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho) estaría amparado en el art. 9.3 LAP, ya sea por una incapacidad psíquica (art 763 LEC) o por la urgencia de las actuaciones sanitarias para la salud pública (art 9.2.a LAP) o para la salud individual del paciente (art 9.2.b LAP). Siempre desde la premisa (contemplada en el art. 9.6 LAP) de que la decisión del representante debe ser tomada buscando el mayor beneficio para la vida o salud del paciente y que en los casos donde la decisión sea contraria a sus intereses, ésta deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial.

El Auto se centra en el peligro que supondría la no vacunación para la incapaz, dejando de lado las razones de sanidad pública o de riesgos para terceros, por lo que la decisión de la hija solo podría objetarse si se considerase que someterse a la vacuna es más beneficioso para la salud de la afectada. Esto es, se reduce la cuestión a una mera ponderación de cuál sea el riesgo menor y cuál el riesgo mayor. Para dicha ponderación se usan los argumentos dados por la Organización Mundial de la Salud, según la cual: i) Las vacunas son seguras, ya que todas las vacunas aprobadas son sometidas a pruebas rigurosas y siguen siendo evaluadas tras su comercialización, ii) La mayoría de las reacciones a las vacunas son leves y temporales, iii) Es mucho más fácil padecer de las lesiones graves provocadas por una enfermedad prevenible que por la vacuna, iv) Los beneficios de la vacunación superan largamente los riesgos. Con estos argumentos, el Juzgado entiende que la decisión de la hija es contraria a los intereses de la residente y, por lo tanto, se debe proceder a su vacunación, salvo que la paciente recuperara la capacidad para decidir por sí misma o se descubriera que la vacuna tiene efectos que desaconsejan la administración de cualquiera de sus dosis.

A esta decisión judicial le han seguido otras en una línea idéntica (15). En conclusión, los jueces tienen capacidad plena para contradecir las decisiones de los tutores de personas incapacitadas que no consientan que su representado se someta a la vacuna contra la Covid-19, debido a que las decisiones de éstos deben ser siempre tomadas en beneficio de la salud y la vida del paciente representado.

(15) Auto 47/2021, de 15 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla; Autos 55/2021, de 19 de enero, y 60/2021 de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela; Auto de 4 de febrero de 2021 del Juzgado de Primera instancia núm. 16 de Granada, Auto 64/2021, del Juzgado de Primera instancia núm. 4 de Lugo.



Importa destacar que en este tipo de procesos la *ratio decidendi* prima la tutela de la salud individual frente a otras posibles consideraciones ligadas a los beneficios colectivos de la vacunación. Esto es, se observa una clara correspondencia con la doctrina referida a la vacunación pediátrica, para señalar que vacunar es preferible a no hacerlo a fin de proteger la salud individual. Si respecto a los menores prima el interés superior del menor, en el caso de los ancianos se superpone la actuación más conveniente para la salud del interno (ex arts. 216 Código Civil y 9.6 LAP). Se trata, por tanto, de medidas *ad personam*, cobrando especial relevancia el informe médico forense que examine el caso concreto de la situación de salud de la persona y su capacidad de decisión respecto a la vacunación. También resulta importante el rol del Ministerio Fiscal, que es siempre parte en estos procesos, por su función de protección y defensa de los derechos de las personas mayores e incapacitadas.

2. ¿Y si existen desencuentros parentales sobre la vacunación de un hijo? El criterio del interés superior del menor

Este concreto supuesto ha sido resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de julio de 2019, que ratifica un auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Vigo, en el que estima la petición de un padre de vacunar a sus hijos menores frente al criterio de la madre que era quien ostentaba la custodia. La decisión judicial aplica el principio de prioridad del interés del menor sobre la decisión que puede tener uno de sus progenitores en estos términos:

«nos encontramos ante una materia en la que es criterio primordial el del “favor filii” o interés superior del hijo, por lo que los Tribunales deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo, sino en el futuro. Así el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor declara que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».



El Auto también basa su decisión en la *Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas*, que recoge las tres dimensiones del interés superior del niño:

«A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales».

Por ello, entiende que en este caso hay que valorar qué puede resultar más beneficioso para los menores. Y ello sin discutir el derecho de los progenitores a defender sus creencias o el sistema de educación y vida de sus hijos que consideren más adecuado, pero siempre que no resulte perjudicial para los mismos.

La sentencia estima que no solo no se ha acreditado desde el punto de vista científico que las vacunas causen perjuicio para la salud, sino que, por el contrario, la mayoría de los estudios científicos llevan a concluir que los beneficios de las vacunas son innegables tanto a nivel individual como poblacional (16).

(16) Este criterio es respaldado también en una reciente sentencia del Tribunal Supremo de Alemania, llegando a afirmar que la ley establece que en caso de disputa en asuntos de «considerable importancia para el menor», el Tribunal de Familia puede conceder la custodia en una decisión concreta en exclusividad a uno de los progenitores si lo ha solicitado. «El poder decisorio debe ser concedido al progenitor cuya propuesta se aproxima más al bienestar del menor... considerando mejor capacitado al padre para decidir acerca de la aplicación de las citadas vacunas». Entiende, en fin, que el progenitor debe orientarse en las recomendaciones de la Stiko (Comisión Permanente de Vacunación alemana), consideradas por este Tribunal un apreciado «estándar médico <https://www.redaccionmedica.com/secciones/derecho/el-supremo-aleman-da-la-razon-a-un-padre-sobre-la-vacunacion-de-su-hija-6672>



3. Actualización de la Estrategia nacional de vacunación Covid que incluye a la población de 16 a 12 años: ¿puede llegar a ser obligatoria la vacunación? ¿Cómo se mide la autonomía del menor?

La Actualización 8 de la «Estrategia de Vacunación frente a COVID-19 en España» (21 junio 2021), amplía los grupos de edad a vacunar, incluyendo un grupo 13 (personas entre 12 y 19 años). Al haberse ampliado la indicación de la vacuna de Pfizer por la Agencia Europea del Medicamento (EMA) para menores de 12 a 16 años, puede surgir un doble problema: cómo juegan las reglas del consentimiento en esta franja etaria y, en su caso, hasta dónde podría ser obligatoria la vacunación. La regla general es que, además del consentimiento de los padres o tutores, debe ser oído el menor y tener en cuenta la presunción de madurez (conforme al artículo 9.3. c) de la LAP, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

Pero ¿pueden los padres negarse a que vacunen a sus hijos? Según la normativa vigente, ello no supondría una situación de desamparo, y sería difícil considerar que se trata de una decisión en contra del interés superior del menor. Tampoco de la literalidad de la reciente LO 8/2021 de 4 de junio, «de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia» se puede deducir como regla general, aplicable a la vacunación que si los padres no siguen pautas sanitarias establecidas de forma reiterada pueden crear una situación de riesgo para el menor que active la intervención de los poderes públicos en la decisión familiar.

En mi opinión, sería de aplicación la doctrina general del reciente dictamen de 24 de febrero de 2021 de la Fiscalía de la Sala Civil del Tribunal Supremo: «en tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la vulnerabilidad de un determinado grupo de personas para justificar la administración forzosa de la vacuna». Según este mismo dictamen, «el riesgo inherente al contagio, no puede ser razón suficiente para vacunar a un niño». Razón tan genérica no serviría, pues «Si el propio legislador somete la administración de la vacuna a un régimen de libertad, no se pueden alegar razones de salud pública para imponerla».

Otra cuestión sería que un pediatra recomendara explícitamente inmunizar contra la Covid-19 a un niño concreto por su especial vulnerabilidad, con oposición de los padres, que podría dar lugar a la situación de riesgo para el menor que recoge la citada Ley 8/2021 (DF Octava), con la consiguiente intervención judicial imponiendo la inmunización por el bien del niño. En fin, «los padres se pueden negar. No



es una vacunación obligatoria y sin una consideración específica sobre la especial vulnerabilidad del niño, no cabría imponer esa vacunación» (17).

De la misma opinión es el Presidente del Comité de Bioética de España, que coincide en que para la vacunación obligatoria no basta con invocar razones de salud pública (18). MONTALVO puso sobre la mesa los problemas ligados al consentimiento informado para esta franja etaria. En principio, se asimilaría con el criterio precedente en las personas sin capacidad de obrar, con el consentimiento escrito (frente a la regla general, del consentimiento verbal) de su representante, tal como se exige normativamente (19). Aunque la vacunación frente al Covid-19 es voluntaria, incluso en este caso el consentimiento de los padres debe velar por el interés superior del menor y la vacunación no puede quedar a su libre arbitrio, pudiendo ser extrapolable la doctrina de los tribunales en caso de conflicto entre progenitores. Pero una negativa podría tener un tratamiento distinto al de los mayores, pues en este caso primaba el beneficio individual y respecto a los menores ahora el fin principal es un claro beneficio colectivo: evitar reservorios y población sin vacunar.

V. Los supuestos de vacunación condicionante

A continuación, nos vamos a fijar en cuál ha sido la respuesta de los tribunales cuando la vacunación es exigida o requerida —no obligada— para acceder a algún servicio público, para ejercer una actividad o profesión o para viajar.

1. ¿Es conforme a derecho condicionar las prestaciones públicas a la exigencia de vacunación? En particular, la admisión en centros educativos

Este tipo de vacunación condicionante tiene una larga trayectoria, destacando la exigencia del certificado de vacunación del niño, sobre todo en guarderías públicas, que ha recibido ya un sólido respaldo de los tribunales. En este sentido destacamos las siguientes sentencias:

(17) GONZÁLEZ CARRASCO, C., <https://www.diariomedico.com/medicina/medicina-preventiva/politica/el-turno-para-la-vacuna-contra-la-covid-llega-los-menores-tienen-algo-que-decir-sus-padres.html>

(18) DE MONTALVO, F., en <https://elpais.com/sociedad/2021-02-25/la-fiscalia-del-supremo-censura-la-vacunacion-forzosa.html>

(19) DE MONTALVO, F., y MORENO ALEMÁN, J, en <https://www.diariomedico.com/medicina/medicina-preventiva/politica/la-estrategia-de-vacunacion-contra-la-covid-19-estudiara-el-consentimiento-por-escrito-para-el-grupo-de-12-16-anos.html>, ed. 23 de junio.



- Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2000, en el que se impugnaba la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) dejando sin efecto la matrícula de una menor en un parvulario vinculado a la Universidad ante la negativa de los padres a cualquier vacunación. La sentencia entendió que la anulación de la matrícula no vulnera el derecho a la educación:

«Así pues, no estamos aquí ante una vulneración del derecho a la educación, de lo que es buena prueba la admisión de la menor en la escuela, sino ante el incumplimiento de unas obligaciones que tienen como finalidad la prevención de enfermedades, y que se traducen en la práctica en la exigencia de acreditar las vacunaciones sistemáticas que le corresponden por su edad, que responden a la idea de obtener una inmunidad del grupo que, además de proteger del contagio a los individuos no vacunados por contraindicaciones individuales, permite la eliminación de la enfermedad de un área geográfica determinada, e incluso a nivel mundial».

- Sentencia del TSJ de la Rioja, Sala Contencioso Administrativo, 2 de abril de 2002, en la que se impugnaba la resolución de la Comunidad Autónoma dejando sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil por no estar vacunada la menor. En este caso, el Tribunal también fue muy claro:

«Nada impide tal opción alternativa y nada obliga a una vacunación que decididamente se rechaza. No puede desconocerse la potestad de la Administración para imponer tal exigencia a quien pretenda acogerse a los servicios de guardería, negando la admisión a los niños que no la cumplan, dado que la medida profiláctica aplicada resulta sanitariamente recomendable para la salud de todos los componentes del grupo. ... resultó conforme a Derecho denegar la admisión de éste a la guardería infantil si se incumplió el requisito del sometimiento a la vacunación oficial normativamente impuesta a tal fin».

- Sentencia 445/2018, de 28 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo-Barcelona, Sección 16 (Rec. 241/2018), en un procedimiento especial de derechos fundamentales, en el que se impugna la resolución del Ayuntamiento de Barcelona denegando la inscripción en la escuela cuna del hijo menor de la recurrente.



El juzgado considero que la resolución no vulnera la libertad ideológica (art. 16 CE), pues nadie ha obligado a vacunar al niño, ni atenta contra la dignidad de la persona (art. 10 CE), ni contra la integridad física y moral (art. 15), ni la prohibición de discriminación (art. 14 CE). Y ello por cuanto la opción minoritaria de la recurrente es respetada, en tanto no se obliga a la vacunación del menor, que no es exigible legalmente. Pero esta decisión unilateral no puede implicar que el resto de niños y sus familias asuman las consecuencias en cuanto a los riesgos para su vida y su salud en contra de aquello que el conocimiento científico ha expuesto sobre el estado fisiológico de la enfermedad o la muerte, por una creencia subjetiva de la recurrente, que se le respeta. Si bien el resto de los niños no han de asumir la carga negativa de dicha decisión.

De acuerdo a esta síntesis jurisprudencial podemos deducir que, frente al criterio prioritario del interés del menor en supuestos de vacunación forzosa, en estos casos de vacunación condicionante lo que prima es la vertiente colectiva de la vacunación.

Sin cuestionar el acierto de estas decisiones judiciales, si cabe llamar la atención sobre un cierto déficit a nivel regulatorio, pues esta importante medida se regula en normas reglamentarias o incluso en reglamentaciones internas de servicio. Además, la exigencia de certificado de vacunación no se concibe como un requisito cualificado sino como una exigencia más para formalizar la matrícula. No estaría de más que, dada su relevancia, la cuestión se regulara mediante ley y con una cierta cohesión a nivel nacional. Más cuando este modelo de vacunación condicionante se va extendiendo en nuestro país sin una base jurídica clara. Por ejemplo, Castilla y León, Extremadura y Galicia ya exigen que los niños estén vacunados para acceder a sus escuelas infantiles públicas(20). Y el Ayuntamiento de Barcelona estudia la obligatoriedad de estar al día de vacunas para acceder a las guarderías públicas(21).

En varios países de nuestro entorno, la vacunación es un requisito condicionante para el acceso a las guarderías(22). Así, en Italia, los niños de hasta los 6 años de edad (nacidos a partir de 2017) deberán acreditar estar vacunados o tener una condición eximente aceptada para acceder a

(20) https://elpais.com/sociedad/2019/02/27/actualidad/1551287158_737804.htm

(21) <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/cataluna/barcelona-estudiara-obligar-a-vacunarese-a-los-ninos-que-vayan-a-guarderias-6373>

(22) https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-08-27/holanda-medidas-antivacunas-guarderias_1608255/.



los centros escolares públicos y privados. El incumplimiento de este requisito puede conllevar sanciones económicas (23).

2. Los pasaportes o certificados de inmunidad. Su función en un modelo de vacunación recomendada

Pasados los momentos iniciales de la pandemia, cuando es aprobado el Plan de Transición a la Nueva Normalidad coincidiendo con el verano de 2020, surge otro debate referido a los denominados certificados o pasaportes de inmunidad, en principio como medida para la reactivación de la actividad económica.

El interés para nuestro estudio radica en si puede ser un medio adecuado para obtener objetivos de coberturas vacunales, en una idea cercana al empujoncito o «nudge». Algunos autores advierten que puede resultar desproporcionada en un contexto legal de vacunación voluntaria, por afectar a derechos individuales como la libertad de circulación o el derecho al trabajo, amén de estigmatizar y discriminar a los no vacunados (24). En todo caso, estaríamos ante un claro ejemplo del estadio de la vacunación que CIERCO ha denominado «condicionante», el de contornos más borrosos, pues se sitúa como pasarela entre los modelos de recomendación u obligación. El articular la vacunación como requisito o presupuesto que condiciona el ejercicio de un derecho, una utilidad determinada o un beneficio puede finalmente terminar por modificar la percepción de la voluntariedad, hasta el punto, como señala el autor: «de que si el certificado de vacunación adquiere mucho peso en lo cotidiano puede irse a parar a una obligatoriedad indirecta, caracterizada por la convicción social de que, en la práctica, vacunarse es imperativo para desenvolverse en el día a día» (25)

En los primeros momentos, hubo bastante consenso para rechazar este instrumento, por la incertidumbre científica respecto al nivel de inmunidad que conllevaba la vacunación o el haber superado la enfermedad —cuestión que todavía hoy no está definitivamente resuelta—. También se plantearon fundadas dudas éticas que llevaron a un debate jurídico importante. La restricción de derechos individuales puede resultar injusta y discriminatoria, pues la vacunación no depende de la volun-

(23) <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/italia-hace-obligatorias-10-vacunas>; <https://vacunasaep.org/profesionales/noticias/francia-tambien-hara-obligatorias-las-vacunas-infantiles>

(24) CANTERO MARTÍNEZ, J. Y HERNÁNDEZ AGUADO, I., «Sería útil (y legal) usar el pasaporte serológico en España?», en *The Conversation*, 23-abril-2020, <https://theconversation.com/seria-util-y-legal-usar-el-pasaporte-serologico-en-espana-136156>

(25) CIERCO SIERA, C., «La vacunación obligatoria...», *cit.* pág. 21.



tad del individuo, sino de los criterios de priorización que se han decidido por las autoridades públicas. Este nos parece un argumento de peso, al menos hasta que todos los ciudadanos estemos en disposición de ser vacunados y la decisión fuera exclusivamente individual (26). En el mismo sentido se han pronunciado DE MIGUEL y SANTISTEBAN, que no consideran un atentado injustificable e irrazonable al principio de igualdad limitar los derechos de los que pueden contagiar a los demás, pues ningún derecho es ilimitado, más cuando es necesaria la tutela de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, en especial en momentos en que la salud pública está comprometida (27).

Desde una perspectiva bioética, algunos han objetado una cierta injusticia si para otorgar el certificado solo se valoraba haber contraído la enfermedad, lo que podría estar beneficiando al más irresponsable en el cumplimiento de las medidas preventivas. Esto es, el certificado no satisfacía el principio ético de dar a cada uno lo que se merece. La otra objeción es que incluso se podría estar alentando el contagio voluntario, como un incentivo a la irresponsabilidad (28).

En la propuesta de la Comisión Europea para crear un certificado Covid de 17 de marzo de 2021 (29), se discutieron alternativas como un auténtico pasaporte que acreditara la inmunidad (lo que según la evidencia científica disponible era realmente difícil), un certificado que acreditara

(26) DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Objeciones y virtudes del pasaporte de inmunidad», publicado en el Diario El País, ed.2 de marzo 2021, en línea en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1208623

(27) DE MIGUEL BERIAIN, I. y SANTISTEBAN GALARZA, M., «Pasaportes inmunológicos: un comentario ético jurídico», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, pág. 48. En este sentido *vid.* DELGADO GARRIDO, C., «¿Pasaporte para el ocio? Comentario a la STS 1112/2021, de 14 de septiembre, que avala la solicitud del «Pasaporte Covid» en bares y restaurantes de Galicia, *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (39), 48-59. https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.39.2867.

(28) DE MIGUEL BERIAIN, I., «Immunity Passports», en línea en <https://blogdroiteuropeen.com/2020/06/27/immunity-passports-by-inigo-de-miguel-beriaain/>

Un interesante artículo sobre estas cuestiones éticas puede consultarse en <https://www.diariomedico.com/politica/un-pasaporte-de-vacunacion-llevo-de-dudas-bioeticas-y-cientificas.html>, marzo 2021, última consulta el 8 de julio 2021.

(29) El 20 de mayo, se alcanzó un acuerdo provisional mientras, paralelamente al proceso legislativo, la Comisión avanzaba con los Estados en la red de sanidad electrónica, una red voluntaria que conecta a las autoridades responsables de la sanidad electrónica, en relación con la aplicación técnica y un marco de confianza para facilitar el reconocimiento de los certificados COVID de la UE expedidos en papel. Asimismo, se desarrolló el programa informático y las aplicaciones de referencia para la expedición, el almacenamiento y la verificación de los certificados, con el fin de facilitar su despliegue a nivel nacional. Y la información más reciente facilitada por los Estados miembros sobre las medidas contra el coronavirus y las restricciones de viaje está disponible en la plataforma «Re-Open EU». Todos los datos del procedimiento, así como los acuerdos y propuestas legislativas pueden consultarse, actualizadas diariamente en https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/safe-covid-19-vaccines-europeans/eu-digital-covid-certificate_es#documents



haberse vacunado frente a la enfermedad o simplemente el haberse sometido a una PCR o prueba similar, para buscar los instrumentos más razonables y menos restrictivos de derechos.

Con estos mimbres ha sido aprobado el *Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19*(30), que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2021 con vigencia, salvo que las circunstancias sanitarias obliguen a modificaciones, hasta el 30 de junio de 2022.

La UE ha sido muy cauta al restringir derechos individuales, optando por un abanico de posibilidades que no contemplan únicamente la constatación de la vacunación. Lo cual nos parece acertado en un momento en el que la incertidumbre científica sobre los efectos de la inmunización es todavía importante y la cobertura vacunal no es global. Así, la norma reglamentaria, por su rango cualificado de obligada y directa aplicación en todos los Estados, se marca un fin muy definido: «facilitar el ejercicio, por sus titulares, de su derecho a la libre circulación durante la pandemia de COVID-19» (art. 1). Y un claro objetivo: contribuir de forma coordinada a la supresión gradual de las restricciones a la libre circulación establecidas por los Estados miembros, con el horizonte de cercar la propagación del SARS-CoV-2. Además, establece la base jurídica para el tratamiento de los datos personales necesarios para expedirlos y para el tratamiento de la información que permita verificar su autenticidad y validez con pleno respeto al Reglamento (UE) 2016/679, tema este de la máxima relevancia por la cualificación y la protección reforzada de los datos de salud que se exige comunitariamente.

Como decíamos, el art. 3 prevé tres tipos de certificados, advirtiendo de su idéntica eficacia jurídica en la aceptación transfronteriza y de la prohibición de primar uno sobre otro:

- a) certificado de vacunación: confirma que el titular ha recibido una vacuna contra la Covid-19 en el Estado expedidor del certificado
- b) certificado de prueba diagnóstica: confirma que el titular realizó una prueba NAAT o una prueba rápida de antígenos enumerada en la lista común y actualizada de pruebas rápidas de antígenos de la Covid-19 (Recomendación del Consejo de 21 de enero de 2021), llevado a cabo por profesionales sanitarios o personal cualificado que indique el tipo de prueba, la fecha en que se realizó y su resultado

(30) *DOUE* núm. 211, de 15 de junio de 2021, páginas 1 a 22, referencia *BOE* <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80782>



- c) certificado de recuperación: confirma que, tras un resultado positivo de una prueba NAAT, el titular se ha recuperado de una infección por el SARS-CoV-2

Respecto a los requisitos de estos certificados, que serán gratuitos, se acuerda que se pueda elegir el formato digital o en papel, debiendo contener un código de barras interoperable que permita verificar su autenticidad, validez e integridad, y debe estar redactado en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro de expedición y en inglés

Específicamente el art. 5 señala que el certificado de vacunación se expedirá por los Estados, automáticamente o a petición propia. Y deben constar: la identidad, la información sobre la vacuna suministrada indicando claramente si se ha completado el ciclo de vacunación y los metadatos, en un formato seguro e interoperable.

El art. 10 contempla las medidas relativas a la protección de datos que resultan aplicables en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, como la del tratamiento únicamente con el fin de acceder a la información incluida en el certificado y verificarla, para facilitar la libre circulación, limitado a lo estrictamente necesario y la prohibición de conservación más allá del tiempo necesario.

En nuestra opinión, se trata de cláusulas muy generales que no solventan las dudas sobre los datos que deberían visualizarse en este tipo de documentos, pues lo importante es que no contagie y no los motivos por los que una persona es inmune. Hubiese sido más apropiado que esta información permaneciera en la esfera de privacidad, a compartir con el profesional sanitario.

VI. ¿Existe obligación de vacunación para los empleados públicos y para los sanitarios?

La cuestión a responder es si los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la del resto de ciudadanos, por su especial función de servicio a los intereses generales⁽³¹⁾. Y, en concreto, si esa mayor vinculación con el bien común o colectivo les afecta solo en el ejercicio de sus funciones o puede extenderse a otras facetas de su vida personal. En el tema que analizamos, si conlleva obligaciones particula-

(31) Recordemos que el art. 53.2 del Estatuto Básico del Empleado Público señala como principio ético del «código de conducta» sancionado legalmente: «su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos...al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio»



res, de forma que sus derechos fundamentales puedan verse limitados o modulados de forma más intensa que el resto de ciudadanos.

Como ha explicado SÁNCHEZ MORÓN (32), la respuesta puede estar ligada a la teoría de las relaciones de sujeción especial, que define la situación jurídica de los funcionarios como un estatus de libertad limitada o dependencia acentuada. Aunque esta tesis es aceptada doctrinalmente e incluso la jurisprudencia acude a ella en ocasiones para justificar límites al ejercicio de los derechos fundamentales, la vis expansiva de estos debe primar sobre cualquier restricción del «status libertatis» común aplicada a los servidores públicos. De manera que sus derechos solo pueden ceder de manera proporcionada en la medida que lo exigieran las necesidades del servicio o la realización de concretas actividades públicas, en su deber de actuar con eficacia, velar por la consecución del interés general y por «el cumplimiento de los objetivos de la organización» (art. 53.8 del Real Decreto Legislativo 5/2005 por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante, TREBEP). De modo específico, el art. 54.9 impone la observancia de las normas sobre seguridad y salud laboral, recogidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre en materia de salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales, aplicable también en el ámbito de la función pública (art. 3), cuyo art. 29.l establece:

«corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo».

El art. 29.3 de esta misma Ley señala las posibles sanciones por el incumplimiento de este deber general «a los efectos previstos en el art. 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones Públicas».

Existen, pues, unos deberes de protección de la salud que también el empleado público debe cumplir, no solo por su interés, sino también por las personas a las que pueda afectar su actividad en el servicio, sean compañeros o usuarios. Muchos ciudadanos, en su derecho a las presta-

(32) SÁNCHEZ MORÓN, M., «Sobre la exigibilidad de vacunación para los empleados públicos», en Revista *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, págs. 33 y 34.



ciones de servicios públicos, fundamentalmente la educación o la sanidad, se pueden ver afectados, sin posibilidad de elección, por la actitud del funcionario respecto a su salud. O porque están sujetos a intervenciones administrativas imperativas de vigilancia, control o inspección, por ejemplo, de los agentes de policía.

Por tanto, aunque no exista un deber legal específico de vacunación de los empleados públicos, las leyes citadas permitirían exigirla si fuera necesario para reducir el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas. Empero, tratándose de una medida que puede colisionar con derechos fundamentales individuales, habría que respetar las reglas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que la jurisprudencia exige (por todas, STC 172/2020, de 22 de diciembre(33)).

Llegados a este punto, nos parece importante detenernos en la especialidad que puede derivarse para los profesionales sanitarios. Cuestión esta de la máxima actualidad, puesto que la obligatoriedad de vacunación para este colectivo, tanto en la red sanitaria como en centros o residencias de ancianos, acaba de anunciarse en Grecia y Francia ante el incremento de contagios por la variante Delta (34)

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, «Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud», incluye como deber «cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario en relación con esta materia» (art. 19.m). Por tanto, no existe tampoco para los profesionales sanitarios un deber de vacunación pero, con arreglo a las disposiciones generales y esta específica, la Administración podría llegar a imponerlo.

En favor del deber de vacunación opera, desde una perspectiva ética y deontológica, el principio general de no maleficencia que rige las profesiones sanitarias («primum non nocere»), reflejado en deberes básicos cuyo incumplimiento puede acarrear algún tipo de responsabilidad. Así, el deber de colaboración en situaciones de urgencia o necesidad (art. 19.f EMPS). O el deber genérico de colaboración en materia de salud pública, por conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución (art. 8 LGSP). O por oponerse a las medidas de vigilancia de la salud (art. 22 LGSP). Los riesgos biológicos inherentes a la actividad del

(33) Esta importante sentencia aplicó estos estándares al valorar la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que permitían adoptar medidas coercitivas de libertad individual, señalando que en todo caso debían sujetarse al principio de proporcionalidad para ser legítimas.

(34) <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/francia-y-grecia-imponen-la-vacuna-obligatoria-de-covid-a-todos-sus-medicos-2199>, 12 de julio 2021. Con estas decisiones se sigue el ejemplo de Italia o Gran Bretaña que ya tomaron esta decisión para algunos de sus colectivos sanitarios, entre mayo y junio, <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20210712/paises-obligatoria-vacuna-covid-19-11903169>



personal sanitario permiten sostener que estamos ante uno de los supuestos de excepción a la voluntariedad del reconocimiento médico de salud (35).

Por otra parte, hay que preguntarse qué tipo de medidas podría adoptar la Administración si un empleado público se niega a vacunarse, si esta fuera impuesta obligatoriamente. Como propone SÁNCHEZ MORÓN, cabría el traslado forzoso del empleado siempre que se justificara la incompatibilidad con la garantía efectiva de protección de la salud en un puesto de trabajo especialmente sensible (pensemos en una unidad de cuidados intensivos o una estancia de enfermos Covid), respetando sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo (art. 81.2 EBEP) (36).

Pero, ¿sería posible tomar alguna medida disciplinaria, en situaciones de urgencia o necesidad, contra quienes se nieguen alegando únicamente su libertad de decisión? Dado su deber de colaboración en materia de salud pública y en salud laboral, podría abrirse un expediente disciplinario por falta prevista en el art. 72 del EMPS (37).

Finalmente, aunque la LGSP no incluyó el deber del profesional no vacunado de informar al paciente (38), pensamos que una correcta información al respecto y la aceptación de los riesgos, o la negativa del paciente a ser tratado por ese profesional, mitigaría o eliminaría la posible responsabilidad.

(35) *Vid.* Manual de Vacunas AEP, apartados 2.4 y 8, <https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-45>

(36) SÁNCHEZ MORÓN, M., «Sobre la exigibilidad de la vacunación...», *cit.*, pág. 36.

(37) La clasificación es la siguiente: Muy graves: «i) La negativa a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las Administraciones públicas o servicios de salud cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. u) La negativa expresa a hacer uso de los medios de protección disponibles y seguir las recomendaciones establecidas para la prevención de riesgos laborales, así como la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección»; Graves: «m) La negligencia en la utilización de los medios disponibles y en el seguimiento de las normas para la prevención de riesgos laborales, cuando haya información y formación adecuadas y los medios técnicos indicados, así como el descuido en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien no tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección»; Leves: «f) El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave»

(38) El Anteproyecto de LGSP establecía al respecto (art. 69.6) que: «Los profesionales sanitarios tienen absoluta libertad en decidir si se vacunan o no frente a enfermedades que pueden transmitir a los pacientes e incluso de aquellas que transmitidas a ciertos pacientes pueden acarrearles consecuencias graves. Esta libertad acarrea la necesidad ineludible de que estos profesionales informen de su situación de no vacunación y adopten medidas de prevención adecuadas durante los periodos en que la enfermedad objeto de vacunación es prevalente. Una vez informados, los pacientes pueden decidir que ese personal sanitario no les atienda».



VII. ¿Puede una ley autonómica establecer la obligatoriedad de la vacuna durante la pandemia?

El presente proceso de vacunación no ha estado exento de polémicas competenciales, desde el desarrollo de la vacuna hasta la administración masiva para lograr la inmunidad de grupo, llegándose a la insumisión de algunas Comunidades Autónomas contra importantes decisiones del Consejo Interterritorial del SNS. Criterios de reparto, priorización de grupos, administración de una u otra vacuna, son los ejemplos más mediáticos, pero también más discutidos en sede doctrinal.

El reparto competencial en vacunación es complejo en líneas generales, sobre todo porque el marco jurídico es bastante impreciso. Y su implementación ha manifestado tensiones no resueltas en torno a un calendario «único» de vacunación previsto legalmente (arts.6.,4 y 19.3 LGSP), que ha terminado *de facto* convertido en un calendario «común» y «mínimo», con diferencias entre Comunidades Autónomas.

Además, en época de pandemia, tampoco este marco competencial es concluyente, pues las escuetas previsiones de la LOMSP depositan las potestades de intervención en «las autoridades sanitarias competentes», sin señalar cuáles son, ni cómo habrían de coordinarse o cohesionarse. Tampoco ayuda mucho el art. 4.b) de la LOEAES en caso de activación del estado alarma por una crisis sanitaria, al remitirse a la adopción de las medidas previstas en aquella norma por «la autoridad competente».

En la Estrategia de Vacunación se califica también con el adjetivo de «común», acogiendo la recomendación como criterio, por lo que cabrían serias dudas sobre la posibilidad de actuaciones autonómicas que excepcionaran esta opción para liderar la vacunación contra la Covid-19. Aunque sigue abierto el debate sobre la naturaleza jurídica de la Estrategia y, en particular, sobre el carácter vinculante o no de las decisiones adoptadas por el Consejo Interterritorial, en especial cuando adoptan la forma de Actuaciones Coordinadas.

Adelantando conclusiones, creemos que nuestra legislación de emergencia sanitaria flaquea en este extremo, siendo necesario establecer los mecanismos de cohesión desde el punto de vista competencial. No se trata de dirimir si las autoridades autonómicas podrían imponer la vacunación como, de hecho, ya ha ocurrido en casos como el brote de sarampión en el colegio de Granada antes comentado. Sino, más bien, de preguntarse si podrían hacerlo en contra del criterio estatal común, por ejemplo, por no compartir la estrategia adoptada. Aquí compartimos la opinión del profesor CIERCO, cuando señala que la imposición de una obligatoriedad de la vacunación debería ser común y única en todo el Estado, en el sentido del



art. 19.3 a) LGSP (39). La posibilidad de admitir el apartamiento autonómico solo estaría justificado en razones epidemiológicas concretas. En cualquier caso, el tema es lo suficientemente complejo como para que fuera clarificado por el legislador (40).

En lo que aquí interesa, abordaremos sólo un asunto. ¿Pueden introducir medidas de vacunación obligatoria las normas autonómicas o es este un terreno vedado que, en todo caso, requeriría la intervención del legislador estatal? La pregunta surge a raíz de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia» (41), aunque la norma no introduce la vacunación obligatoria, sino un régimen sancionador por rechazo injustificado a la vacunación, particularmente en caso de una crisis de salud pública.

Un mandato general de vacunación obligatoria afectaría obviamente a derechos fundamentales y además chocaría con el principio general de voluntariedad en los tratamientos de la legislación sanitaria básica (v. gr. Ley de Autonomía del Paciente). Sin embargo, cabría preguntarse si la habilitación contenida en la LOMSP permitiría, siempre que se respetasen sus presupuestos y límites, a la legislación autonómica detallar limitaciones a derechos fundamentales por razones de salud pública. También si ampararía una medida coactiva, en base a la habilitación prevista en su art. 3 («adopción de las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos...así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo transmisible»), cuando la situación revistiera la urgencia requerida como presupuesto habilitante y respetando los principios de proporcionalidad y actuación preferente voluntaria, obligados por la legislación básica. Sobre la segunda posibilidad hemos visto ejemplos múltiples durante esta pandemia.

La modificación de la Ley de Salud gallega por Ley 8/2021, de 25 de febrero, fue anunciada como regulación pionera para el impulso de la vacunación obligatoria. Bajo el paraguas habilitante de la LOMSP, explicita medidas preventivas que pueden comprenderse en el enunciado genérico de esta norma, necesitadas de motivación, sometidas al test de pro-

(39) CIERCO SIERA, C., «La vacunación obligatoria...», *cit.*, pág. 31.

(40) Para un acercamiento a estas cuestiones, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Coronavirus y Derecho (IX): las autoridades competentes para la gestión de la crisis durante la declaración del estado constitucional de alarma (<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1196870>, edición 4-4-2020). En el mismo sentido, a favor de una Agencia Nacional de Salud Pública, CANTERO MARTÍNEZ, J., en «Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de las políticas de salud pública, *Revista Derecho y Salud*, vol.30, numero extraordinario a propósito del Covid, en línea en Volumen 30. Extraordinario-2020 | AJS.

(41) <https://www.boe.es/caaa/dog/2021/039/g11984-12026.pdf>.



porcionalidad, con respeto al principio de precaución y la dignidad de la persona y, en todo caso, sometidas a ratificación judicial.

La controversia ha girado en torno a su art. 38, que distingue medidas preventivas de obligado cumplimiento (art. 38.1) y, por otro, medidas especiales en materia de salud pública (art. 38.2) y, entre ellas, las del apartado b. 5.^a), dirigidas al control de las enfermedades transmisibles por razones de urgencia o necesidad: sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación, con información, en todo caso, de los posibles riesgos.

Y se establece el siguiente régimen sancionador en los artículos 39 y siguientes:

- Infracciones leves, según el art. 41 bis d): la negativa injustificada al sometimiento a la vacunación prescrita por las autoridades sanitarias, con la finalidad de prevención y control de una enfermedad infectocontagiosa, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población. Se prevén sanciones de 1.000 a 3.000 € (art. 44 bis).
- Infracciones graves, según el art. 42 bis: cuando esa negativa injustificada a la vacunación pudiera producir un riesgo o un daño grave para la salud de la población, siempre que no sean constitutivas de infracción muy grave. Se prevén sanciones de 3.001 a 60.000 € (art. 44 bis).
- Infracciones muy graves, según el art. 43: cuando esa negativa injustificada a la vacunación produjese un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población. Se prevén sanciones de 60.001 a 600.000 € (art. 44 bis).

Además, la propia Ley en su art. 38.ter.6 prevé la adopción de medidas ablativas y coercitivas, al afirmar que:

«La ejecución de las medidas podrá incluir, cuando resultase necesario y proporcionado, la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas, con independencia de las sanciones que, en su caso, pudieran imponerse. A estos efectos, se recabará la colaboración de las fuerzas y cuerpos de seguridad que sea necesaria para la ejecución de las medidas».

Aunque esta ley no impone una vacunación obligatoria generalizada, la libertad del individuo puede verse claramente coartada al tener que soportar una sanción por no vacunarse. Lo que abre las dudas de cómo afecta a derechos fundamentales y si el legislador autonómico tiene competencia para ello, pues la existencia de un régimen sancionador



supone un deber previo cuyo incumplimiento conlleva consecuencias punitivas.

El Consejo de Ministros ha presentado un recurso de inconstitucionalidad frente a esta ley, por entender que las medidas preventivas que afectan a derechos fundamentales, como la vacunación forzosa y el cuadro de infracciones previstas adolecen de falta de previsibilidad y de certeza e infracción del art. 116 CE (estados de alarma, excepción y sitio). Aprecia además que tales extremos deberían ser regulados en una ley estatal orgánica. Esperemos que la resolución de este recurso contribuya a despejar las dudas sobre la arquitectura constitucional de la legislación de emergencia sanitaria y de la vacunación. De momento, el Auto del Tribunal Constitucional de 20 julio 2021 ha levantado la suspensión sobre los preceptos impugnados, salvo el relativo a la vacunación obligatoria(42). Queda por ver, tras esta decisión y la última doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia 788/2021, de 3 de junio, en casación, anulando el Acuerdo del Gobierno Balear sobre medidas de toque de queda y limitación de reuniones públicas), si la exigencia de ley orgánica por la incidencia en elementos básicos del derecho a la integridad física, entre otros, se confirma. Lo que, en cierto modo supondría una importante matización a la doctrina constitucional sobre la limitación del legislador orgánico a los casos estrictos de desarrollo directo de un derecho fundamental o la ablación de uno de estos derechos. Que, como atinadamente ha señalado COBREROS, es bien diferente a la regulación de alguna restricción al modo, tiempo o lugar de ejercicio del mismo, que es competencia del legislador ordinario(43). De ahí la importancia, no siempre bien entendida, de diferenciar la vacunación forzosa de la vacunación obligatoria, pues ni sus presupuestos ni sus consecuencias en la esfera individual son los mismos ni de la misma intensidad.

(42) El fundamento de la decisión del TC, que obviamente no prejuzga lo que vaya a decir la sentencia, es el siguiente: «Pues bien, la vacunación obligatoria no es una medida preventiva que aparezca expresamente contemplada en la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, y supone una intervención corporal coactiva y practicada al margen de la voluntad del ciudadano, que ha de someterse a la vacunación si se adopta esta medida, so pena de poder ser sancionado, en caso de negativa injustificada a vacunarse, conforme a lo previsto en el artículo 44.bis de la Ley de salud de Galicia, en relación con los artículos 41.bis d), 42.bis c) y 43.bis d) de la misma ley. Cabe, por tanto, apreciar en este caso que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado sería susceptible de provocar perjuicios ciertos y efectivos que pueden resultar irreparables o de difícil reparación, en la medida en que la vacunación puede imponerse en contra de la voluntad del ciudadano. Procede, por tanto, mantener la suspensión que afecta a lo dispuesto en el núm. 5.º del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021».

(43) COBREROS MENDAZONA, E., «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, págs. 5 a 18.



VIII. La última jurisprudencia europea: la STEDH de 8 de abril de 2021 en el caso *Vavricka y otros vs. La República Checa* y la decisión de 24 de agosto de 2021 en el caso *ABGRALL y 671 bomberos franceses: ¿un antes y un después en el debate sobre la vacunación obligatoria?*

Para terminar, nos detendremos en una reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de abril de 2021 (44) que no está referida específicamente a la vacunación en tiempos de pandemia, y en la Decisión de 24 de agosto del mismo Tribunal rechazando la medida cautelar de suspensión de la Ley francesa de 5 de agosto de 2021 que establece la obligatoriedad de la vacunación COVID para determinados colectivos profesionales (45). Pues ambas pueden suponer un antes y un después en el debate sobre la voluntariedad o no de la vacunación.

La primera decisión resuelve seis casos acumulados, planteados por padres de menores de edad que consideraron violentados su derecho a la vida privada y familiar y la libertad de pensamiento, conciencia y religión, reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts.8 y 9 respectivamente). Se argumentaba contra las sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de vacunar a los niños, consistentes en multas o en limitaciones de acceso a centros escolares públicos.

Lo más relevante de esta sentencia es que el Tribunal avala la vacunación infantil obligatoria, que entiende necesaria en una sociedad democrática y conforme a los derechos humanos. El Tribunal se apoya un «principio de solidaridad social que puede justificar que se imponga la vacunación a todos, incluso a aquellos que se sienten menos amenazados por la enfermedad, cuando se trata de proteger a las personas más vulnerables».

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal analiza el Convenio y traslada su doctrina general al caso concreto de la vacunación. En muy resumidos términos, la disputa jurídica reside en interpretar hasta dónde pueden llegar los poderes públicos sin vulnerar los derechos fundamentales.

Respecto al art. 8, el Tribunal advierte que las restricciones o injerencias sobre el derecho a la protección de la vida privada y familiar deben estar sancionados por la ley y suponer una medida democráticamente

(44) STEDH *Vavricka and others v. The Czech Republic*, de 8 de abril, en *Vavříčka and Others v. the Czech Republic* [GC] (coe.int)

(45) Caso *Abgrall et 671 autres c.France*, en el recurso 41950/21, *vid.* Comunicado del TEDH 243/2021 en file:///C:/Users/Nuria.Garrido/Downloads/Mesures%20provisaires%20introduites%20par%20672%20sapeurs-pompiers%20contre%20la%20loi%20relative%20a%20la%20gestion%20de%20la%20crise%20sanitaire.pdf



necesaria para asegurar la seguridad nacional y pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Respecto al requisito formal, la exigencia de ley para limitar derechos fundamentales, el Tribunal tuvo que dilucidar la problemática de la combinación de «normas primarias y secundarias» establecidas en el plan de vacunación checo. Entre una interpretación formalista de la reserva de ley y una interpretación material, que abarcaría cualquiera norma independientemente de su rango, se optó por la segunda, dadas las singularidades de los programas de vacunación y su formalización en normas reglamentarias o incluso decisiones de los poderes públicos competentes.

El siguiente paso sería analizar si esta medida era «democráticamente necesaria». Esto es, si se daba una situación social imperiosa, fundamentada en motivos relevantes y suficientes, y si cumplía el principio de proporcionalidad. El Tribunal considera que la situación social, donde la caída de la ratio de vacunación podía conducir a riesgos para la salud pública de la población menor o mayor en enfermedades de tal gravedad, es motivo suficiente para entender cumplidos los requisitos que permiten la restricción de derechos esenciales. Por tanto, la medida de imposición obligatoria cumple el test de proporcionalidad, considerando más grave el peligro que supondría para los demás menores escolarizados y a la poca probabilidad de que las vacunas presenten efectos secundarios debido a su testada seguridad.

Respecto a la alegación de que la obligatoriedad atentaba a las ideas y convicciones de los padres sobre los efectos secundarios de la vacunación, el Tribunal será rotundo: este precepto no defiende cualquier creencia o pensamiento, sino que es necesario que estos tengan cierto grado de coherencia y credibilidad. Dado el estado actual de la ciencia y la probada seguridad de las vacunas incluidas en el calendario, muy superior a la potencialidad de efectos secundarios, inherentes a cualquier tratamiento o medicamento, y casi excepcionales los supuestos de reacciones adversas graves, no puede ampararse esa creencia no justificada ni basada en ninguna evidencia con un mínimo de solidez.

En conclusión, el Tribunal acabó por declarar que los motivos y lo proporcionado de las medidas del gobierno checo justificaban, desde el principio de justicia social, la obligatoriedad de la vacunación. Asimismo, consideró ajustadas a Derecho las multas coercitivas que pudieran imponerse ante un eventual incumplimiento, planteando más dudas el ejercicio de la fuerza coercitiva para llegar a un modelo de vacunación forzosa.

En el segundo caso, *Abgrall et 671 autres c. France*, el TEDH en Decisión de 24 de agosto de 2021 ha denegado la petición de medidas cautelares solicitadas por un importante colectivo de bomberos franceses en el marco del recurso 41950/21 frente a la Ley núm. 2021-1040, de 5 de



agosto 2021 relativa a la gestión de la crisis sanitaria. Se solicitaba la suspensión de la obligación vacunal para los colectivos profesionales que trabajan en el ámbito hospitalario prevista en el art. 12 de la ley francesa, así como de las disposiciones que prohibían el ejercicio de su actividad y la suspensión de empleo y sueldo en caso de negativa a la vacunación. Al entender comprometidos los derechos a la vida (art. 2 CEDH) y a la integridad física o moral (art. 8 CEDH). El TEDH rechazará la medida cautelar de urgencia solicitada en virtud del artículo 39 de su Reglamento, al no apreciar la existencia de un riesgo inminente de daño irreparable, como es doctrina constante del Tribunal, muy estricto en la admisibilidad de tales medidas.

A la luz de esta última doctrina, en línea con una ya consolidada doctrina jurisprudencial europea(46), podemos aventurar que sí sería admisible un modelo de vacunación obligatoria en nuestro Ordenamiento. Y, en particular, en el supuesto de que una hipotética incidencia descontrolada de la pandemia llevara a tomar tal decisión. La injerencia que puede conllevar fundamentalmente en los derechos del art. 8 del CEDH podría justificarse si está prevista legalmente y resulta necesaria en una sociedad democrática para el cumplimiento de una finalidad legítima, correspondiendo la decisión a las autoridades nacionales en aplicación del «principio general de que las cuestiones de salud pública forman parte inicialmente del margen de apreciación de las autoridades internas, quienes son las mejores emplazadas para apreciar las prioridades, la utilización de los recursos disponibles y las necesidades de la sociedad» (47)

IX. Conclusiones: los déficits regulatorios. Propuesta de una ley general de vacunación

Sobre la base de todo lo estudiado, podemos estar en disposición de formular algunas conclusiones y propuestas «lege ferenda» que requiere la débil regulación del modelo vacunal español.

Primera. La legislación española en materia vacunal y, en particular, ante emergencias de salud pública es escasa e insuficiente. La LGSP sería la sede natural para establecer los principios generales y prever las excepciones del modelo vacunal recomendado y voluntario en España, corrigiendo la referencia marginal que ahora realiza. El principio de au-

(46) SÁNCHEZ PATRÓN, J. M. (2021), «La vacunación en la jurisprudencia europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 69, págs. 511-553. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.69.02>

(47) Sentencia del TEDH de 13 de noviembre de 2012, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, CE:ECHR:2012:1113JUD004703911, apdo. 119.



tonomía de la voluntad que preside esta norma, en concordancia con la LAP, reclama cabalmente la regulación de sus limitaciones. Incluso, como ha confirmado la STEDH, la imposición de un régimen sancionador, sin llegar a establecer medidas coercitivas que impliquen la vacunación forzosa. En España, la obligatoriedad o, en su caso, la imposición forzosa de la vacunación debe estar prevista en una ley —orgánica en este segundo supuesto— en tanto se puedan ver afectados los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15) o, en su caso, la libertad personal (art. 17).

Segunda. La Ley de Bases de Sanidad de 1944, que amparaba la obligatoriedad, es insuficiente para sustentar una campaña de vacunación obligatoria que hiciera frente a una epidemia después de que la Ley General de Sanidad en 1980 la convirtiera en recomendada. No podemos considerarla *lex certa* capaz de injerir en los derechos fundamentales, por la indeterminación de su régimen sustantivo y procedimental. Recordemos además que la Base Cuarta de aquella norma sigue pendiente de una actualización desde hace ya más de 30 años (ex DF 5.^a LGS).

Tercera. La LOMSP podría proporcionar la cobertura legal para acordar la obligatoriedad ante una crisis epidémica como fue el brote de sarampión en Granada. Sin embargo, generalizar la obligatoriedad con base en esta norma no creemos que sea la mejor opción. Entre otras cosas porque supondría el fracaso de la política de vacunación recomendada que entendemos debe seguir siendo la opción más proporcionada en nuestro país, dada su amplia tasa vacunal y el alto grado de aceptación, sobre todo en menores. Además, la individualización al caso concreto sigue siendo una exigencia acorde a la restricción de derechos que implica la obligatoriedad, por lo que tampoco habríamos ganado demasiado, pues esta regulación debería ser más expeditiva.

A la postre, las discusiones generadas durante la crisis de la Covid-19 por las carencias de la LOMSP tenderían a reproducirse ante una decisión jurídica, pero también política de enorme calado social. En general, la indeterminación y la enorme discrecionalidad de nuestra legislación de emergencia sanitaria están reclamando un marco normativo más desarrollado y con cláusulas de atribución de potestades en favor de la salud pública con mayor dosis de seguridad jurídica; por más que deba arbitrarse una cláusula abierta que permita atender amenazas imprevisibles con la necesaria flexibilidad.

Tercera. Urge también clarificar el régimen competencial y el modelo de cohesión del poder de emergencia. En general, pero también en materia de vacunación. Una futura ley general de inmunización debería concretar este reparto competencial, aclarando el sentido del calendario co-



mún de vacunación frente al calendario «único» que prevé la LGSP y, en general, hasta dónde pueden llegar las potestades legislativas autonómicas. Que es un tema abierto a la discusión lo ha demostrado la Ley 8/2021, de modificación de la Ley Gallega de Salud Pública, con su régimen sancionador para el incumplimiento de los deberes, también vacunales. Aunque la doctrina constitucional pueda dar cobertura a distintos modelos normativos en torno a la obligatoriedad o voluntariedad, lo deseable sería que una ley estableciera un mínimo común denominador para todo el territorio nacional que, en definitiva, y salvo razones epidemiológicas fundadas, contribuiría también a garantizar la igualdad en el modelo de vacunación español.

Cuarta. Un debate polarizado entre los extremos voluntariedad/obligatoriedad no es del todo correcto. Los casos judiciales demuestran que hay situaciones intermedias que pueden conducir a restricciones en los derechos, aunque no deriven de un régimen de obligatoriedad. Estas pueden resultar incluso más duras que la obligación y, por sus consecuencias, determinar la conducta del individuo. Por ejemplo, un régimen sancionador o en un modelo de estímulos con ayudas familiares. Además, el catálogo actual de vacunas es plural y heterogéneo. Ni las vacunas ni sus efectos son iguales de cara a la inmunidad individual o de grupo, necesaria en ocasiones, como la que nos ha ejemplificado la pandemia. Por ello hay que huir de debate simplista, pero también de un sistema de remisiones por la materia (razones específicas para ciertas enfermedades), para ciertos colectivos o profesionales (ad ex. funcionarios) o de capacidad de las personas.

Quinta. El caso Vavříčka, las órdenes de vacunar en las residencias de ancianos, incluso los límites en el acceso a la educación, nos demuestran que pueden existir intereses superiores, en particular el de los menores, que pueden alterar las reglas comunes de la capacidad y la representación. Incluso las normas sobre consentimiento pueden tener sus peculiaridades, dependiendo de la situación. Este aspecto merecería una regulación en un texto legal ad hoc sobre la vacunación. Si no, corremos el riesgo de un deslizamiento al tratamiento puramente reglamentista de aspectos esenciales de la vacunación, como está ocurriendo en algunas Comunidades Autónomas que supeditan el acceso a las escuelas infantiles al certificado de vacunación, mediante una Orden, un reglamento de régimen interno o el impreso de matrícula. La jurisprudencia no ha vacilado en proteger la salud y la seguridad del niño y de sus compañeros, atendiendo al interés superior del menor o al fin legítimo de la inmunidad de grupo. La disputa no ha llegado —al menos en sede judicial— al ámbito de la educación obligatoria, pero entonces quizás la ponderación



de derechos se torne más dificultosa. Y por el momento no existe una ley formal que solucione la instrumentalización de la vacunación en este punto.

Sexta. Centrar el debate en una simple disyuntiva entre obligatoriedad y recomendación puede llevar a olvidar cuestiones relevantes de un marco legal básico, como la naturaleza del Calendario de Vacunación, qué vacunas se integran en la cartera de prestaciones sanitarias, los procedimientos de adquisición y financiación, los profesionales que deben administrarlas, el registro de datos, etcétera. Algunas de estas cuestiones crean vacíos que se terminan colmando por el «soft law», la jurisprudencia o la improvisación. Los principios de transparencia y buena regulación nos parecen cruciales para una buena política de vacunación, lo que debe llevar a una regulación legal completa.

En definitiva, pensamos que la vacunación es una obligación moral hacia los demás que debería lograrse con la evidencia, la información y, en su caso, la persuasión. Pero, si todo falla, la sentencia del TEDH confirma la constitucionalidad de su imposición para salvaguardar la salud de los más vulnerables y, llegado el caso, de la población en general. Ahora bien, ello requiere que mejoremos nuestra regulación sobre emergencias de salud pública. Y también el modelo de vacunación, mediante una ley general que ordene situaciones deficientemente o no reguladas, con rango de orgánica para los supuestos en que una vacunación forzosa —que no obligatoria— podría estar justificada.

X. Bibliografía

- ALENZA GARCÍA, J.F., «La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la administración», en *Nuevas Perspectivas Jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur menor, 2013, páginas 29-50.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados», en *Derecho y Salud*, 22, 2012, 9-30.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «Propuestas para el reforzamiento del sistema público sanitario a través de las políticas de salud pública», en *Revista Derecho y Salud*, vol. 30, número extraordinario, a propósito del Covid, Volumen 30, 2020.
- «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210, enero-marzo 2021, págs. 79 a 125.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. y HERNÁNDEZ AGUADO, I., «¿Sería útil (y legal) usar el pasaporte serológico en España?», en *The Conversation*, 23-abril-2020, <https://theconversation.com/seria-util-y-legal-usar-el-pasaporte-serologico-en-espana-136156>.



- CIERCO SIERA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- «Las vicisitudes del calendario único de vacunación», en *Revista Derecho y Salud*, vol.29 (Extraordinario), XXVIII Congreso 2019, páginas 154-168.
 - «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la Covid-19», en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, página 19.
 - «Vacunación obligatoria o recomendada: acotaciones desde el Derecho», en *Revista Vacunas, Elsevier*, 2020.21 (1), 50-56.
 - «Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo para la población», en *Revista Derecho y Salud*, Vol.13, núm. 2, 2012.
- COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988.
- «La voluntariedad de los tratamientos sanitarios y su excepción por riesgo para la salud pública. Especial referencia al caso de la tuberculosis en la Comunidad Autónoma Vasca», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 46, 1996, págs. 46 y ss.
 - «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, págs. 5 a 18.
- DELGADO GARRIDO, C., «¿Pasaporte para el ocio? Comentario a la STS 1112/2021, de 14 de septiembre, que avala la solicitud del "Pasaporte Covid" en bares y restaurantes de Galicia», en *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (39), 48-59. https://doi.org/10.18239/RCDC_2021.39.2867.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. « Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano», en *Derecho Privado y Constitución*, 26, 2012, 203-237.
- «La Fiscalía del Supremo censura la vacunación forzosa», en <https://el-pais.com/sociedad/2021-02-25/la-fiscalia-del-supremocensura-la-vacunacion-forzosa.html>.
- DE MONTALVO, F., y MORENO ALEMÁN, J, <https://www.diariomedico.com/medicina/medicina-preventiva/politica/la-estrategia-devacunacion-contrala-covid-19-estudiarael-consentimiento-por-escrito-para-el-grupo-de-12-16-anos.html>, ed. 23 de junio.
- GARRIDO CUENCA, N., «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico», en *Tratado de Derecho Sanitario*. Vol.I, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J., Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 103-137.
- GARRIDO GARCÍA, A., «Vacunación obligatoria Covid de mayores con discapacidad cognitiva. Comentario al auto 43/2021 del Juzgado número 2 de Santiago de Compostela del día 09/01/2021», en línea en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Vacunacion_obligatoria_COVID_de_mayores_con_discapacidad_cognitiva.pdf



- GONZÁLEZ CARRASCO, C., <https://www.diariomedico.com/medicina/medicina-preventiva/politica/el-turno-para-la-vacuna-contr-la-covid-llega-los-menores-tienen-algo-que-decir-sus-padres.html>.
- JIMÉNEZ, D., «En defensa de la vacuna obligatoria», en *Opinión, The New York Times*, 1 julio, 2021.
- MIGUEL BERIAIN, I. y SANTISTEBAN GALARZA, M., «Pasaportes inmunológicos: un comentario ético jurídico», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, páginas.
- MORENO ALEMÁN, J., *Cuestiones Legales. Manual de Vacunas Asociación Española de Pediatría*, última actualización abril 2021, en línea en <https://vacunasaep.org/documentos/manual/cap-45>
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Vacunación generalizada y Estado autonómico» en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, marzo-abril 2021, página 97 y siguientes.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Sobre la exigibilidad de vacunación para los empleados públicos», en *El Cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, núm. 93-94, abril-mayo 2021, páginas 32 a 38
- SÁNCHEZ PATRÓN, J. M. (2021), «La vacunación en la jurisprudencia europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 69, págs. 511-553. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.69.02>





La pandemia, el estado de alarma y los jueces (1)

The pandemic, the state of alarm and the judges

PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

pablo.lucas@justicia.es

ORCID: 0000-0002-8282-5502

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.02>

LABURPENA: 2020. urtearen hasieratik munduan barrena zabaldu den pandemiak gizartearen oinarriak kolokan jarri ditu, eta, beraz, agintari publikoek neurri garrantzitsuak hartu behar izan dituzte hari aurre egiteko. Gaixotasuna hedatzearen eta hori saihesteko ezarritako xedapenen ondorioz, gatazka juridiko bizia sortu da eta sortuko da hainbat gaitan. Hori dela eta, auzitegiek gai horiei buruzko irizpenak eman behar izan dituzte, eta etorkizunean ere eman beharko dituzte. 2020ko martxotik 2021eko maiatzera bitartean auzitegien adierazpen nagusiak zein izan diren azaltzen da lan honetan. Auzitegi Gorenaren Hirugarren Salan aztertutako arazoak jorratu dira bereziki, baina bertan egon ahal izan diren beste auzi batzuk ere islatzen dira. Oro har, erabili diren tresna juridikoak eta horien gainean eta horien mugen gainean egon diren eztabaidak azaltzen dira. Lan honen arabera, tresna horiek ez dira Europako beste herrialde batzuetan ezarritakoen oso ezberdinak, eta, ondorioztatzen denez, larrialdi-egoeran, erantzun judizialaren helburua elkarren aurka zeuden eskubideen babesean oreka lortzea izan da.

HITZ GAKOAK: Pandemia. Alarma-egoera. Osasunaren babesa. Bizitzeko eskubidea. Zirkulazio-askatasuna. Kontrol judiziala. Neurrien berrespena.

ABSTRACT: The pandemic that spread worldwide from the beginning of 2020 has moved the foundations of our society and has demanded public powers to adopt robust measures aimed at combatting it. The effects of the disease transmission and of those provisions laid down to restrain it have triggered and will be provoking intense legal disputes upon which courts will have to rule. This work exposes the main trends observed from March 2020 to May 2021. It focuses on the problems raised before the Third Chamber of the Supreme Court but it also reflects others that could have reached it. Taken together, it shows the legal tools used and the open debates around them and their limits. It points out that they are not particularly different to those established in other European countries and it concludes that, in an emergency context, the judicial response has searched for a balance in the protection of confronted rights.

(1) Una primera versión de este trabajo fue expuesta como ponencia anual en la sesión de la Junta de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del 25 de mayo de 2021.



KEYWORDS: Pandemic. State of Alarm. Health protection. Right to life. Freedom of movement. Judicial review. Ratification of measures.

RESUMEN: La pandemia que se ha extendido por el mundo desde principios de 2020 ha conmovido los cimientos de la sociedad y ha exigido de los poderes públicos medidas enérgicas dirigidas a combatirla. Los efectos de la propagación de la enfermedad y de las disposiciones establecidas para impedirla han originado y seguirán originando una intensa conflictividad jurídica sobre la que han tenido y tendrán que pronunciarse los tribunales. Este trabajo expone cuáles han sido sus principales expresiones en el período que va desde marzo de 2020 a mayo de 2021. Se centra en los problemas suscitados ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pero también refleja otros que pudieron llegar a ella. En su conjunto, muestra los instrumentos jurídicos utilizados y los debates abiertos en torno a ellos y a sus límites. Señala que no son especialmente diferentes a los establecidos en otros países europeos y concluye que, en un contexto de emergencia, la respuesta judicial ha buscado el equilibrio en la protección de los derechos enfrentados.

PALABRAS CLAVE: Pandemia. Estado de alarma. Protección de la salud. Derecho a la vida. Libertad de circulación. Control judicial. Ratificación de medidas.

Trabajo recibido el 10 de junio de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



*En memoria de Nicolás Maurandi Guillén,
juez ejemplar, querido amigo*

Sumario: I. El escenario.—II. La respuesta a la emergencia.—III. El estado de alarma.—IV. Las declaraciones de estado de alarma a causa de la pandemia del COVID-19 y las disposiciones que las han acompañado.—V. De la aceptación a la confrontación.—VI. El estado de alarma en los tribunales: 1. En el orden penal. 2. En el orden laboral. 3. En el orden contencioso-administrativo: 3.1. El ámbito de enjuiciamiento y los problemas de constitucionalidad. 3.2. Las inadmisiones por falta de jurisdicción de la Sala y de legitimación de los recurrentes. 3.3. La competencia para conocer de actos y recursos contra actos y disposiciones adoptados por los Presidentes de las Comunidades y Ciudades Autónomas como autoridad delegada del Gobierno en materia de estado de alarma. 3.4. Las medidas cautelares concedidas. 3.5. La protección del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y a la salud del personal sanitario. 3.6. La obligación de llevar mascarilla. 3.7. La limitación de los derechos de circulación y reunión. 3.8. Las restricciones a la pesca recreativa. 3.9. El derecho de manifestación. 3.10. La suspensión de las elecciones. 4. La declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud. 5. Las autorizaciones y ratificaciones que corresponde conceder o denegar a los Juzgados y Salas de lo Contencioso Administrativo.—VII. Conclusión. *Post Scriptum.*—Bibliografía.

I. El escenario

En 2020 se extendió por el mundo una pandemia que ha infectado a millones de personas y causado la muerte de cientos de miles. Todavía ahora, en puertas del verano de 2021, sigue produciendo, aunque con menor intensidad que en meses pasados, sus efectos devastadores de la vida y de la salud de las personas y, también, de la economía y, por tanto, de la sociedad. Y a pesar de que avanzan los planes de vacunación, se sigue desconociendo cuándo podrá considerarse superada, aunque se vislumbra la posibilidad de que sea a fines de este año o a principios de 2022 si no surgen nuevas complicaciones(2).

(2) Sobre la pandemia y los variados problemas que suscita es muy útil el núm. 86-87/2020 de *El Cronista del Estado social y democrático y de Derecho*, monográfico sobre *Coronavirus (...)* y otros problemas. Los artículos que recoge ofrecen aproximaciones y reflexiones que tienen el interés adicional de haber sido expresadas en los primeros meses de 2020, es decir, todavía bajo



Las generaciones actuales no hemos conocido nada igual y en el pasado reciente se suele evocar como antecedente la gripe de 1918 que causó en torno a cincuenta millones de muertos en todo el mundo en las diversas olas que produjo. Un siglo más tarde, la propagación de la enfermedad causada por el COVID-19 ha sido vertiginosa y ha obligado a gobernantes y a ciudadanos a enfrentarse a ella. Los primeros han tenido que tomar medidas inéditas en la experiencia democrática en tiempos de paz. Los segundos han tenido que recluirse primero y, después, han debido limitar sus relaciones personales y sociales y adoptar pautas de comportamiento que impidan o dificulten los contagios. El resultado ha sido un cambio notable en las formas de vida y una crisis económica descomunal.

Uno de los rasgos distintivos de esta pandemia ha sido la sorpresa de su llegada y la consiguiente falta de previsión de que podía producirse. Aunque hubiera algunos indicadores que anunciaban esa posibilidad y, después, se ha dicho que hubo quienes advirtieron que, una vez aparecida en China, era inevitable que se extendiera y llegara a todos los lugares, lo cierto es que no hubo preparativos adecuados para frenar su propagación hasta que ya estaba difundida a gran escala. En realidad, ni los Gobiernos, ni las instituciones sociales creyeron que sucedería lo que ha terminado ocurriendo. Se pensaba que, o no llegaría hasta nosotros o que sería una enfermedad relativamente liviana, de fácil superación y control. Desgraciadamente no ha sido así y las consecuencias son las apuntadas antes. Es significativo, además, que, incluso sabiendo desde meses atrás que se produciría una segunda ola pasado el verano de 2020, cuando efectivamente llegó y le siguieron una tercera en Navidades y una cuarta en la Semana Santa de 2021, si no puede decirse que hayan sorprendido, sí debe reconocerse que han vuelto a crear muy graves problemas ante la rapidez con que se extendió de nuevo la enfermedad e hizo imprescindibles nuevas limitaciones para frenarla. En el curso de esa evolución, no hemos llegado a la situación crítica de los meses de marzo y abril de 2020 pero sí alcanzado niveles importantes de contagio y de tensión para el Sistema Nacional de Salud. De igual modo, a la vista

el impacto de la difusión de la pandemia y de la declaración del primer estado de alarma. Sobre la cuestión reúne contribuciones de Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, Alba NOGUEIRA LÓPEZ, Susana DE LA SIERRA, José María GIMENO FELIÚ, Miguel Ángel PRESNO LINERA, Carlos Alberto AMOEDO SOUTO, Francisco VELASCO CABALLERO, Lorenzo COTINO HUESO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, José María SERRANO SANZ, Flor ARIAS APARICIO y Enrique HERNÁNDEZ DÍEZ. Asimismo, la *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, editada por PENDÁS GARCÍA, B. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 25 y sigs., dedica una parte a la pandemia COVID-19 en la que analiza sus perspectivas económica (Julio Segura Sánchez), ética (Adela CORTINA ORTS), internacional (Emilio LAMO DE ESPINOSA), jurídica (Benigno PENDÁS GARCÍA), laboral (María Emilia CASAS BAAMONDE), médica (Diego GRACIA GUILLÉN), política (Benigno PENDÁS GARCÍA), psicológica (Helio CARPINTERO CAPELL), de Seguridad Social (María Emilia CASAS BAAMONDE) y sociológica (Emilio LAMO DE ESPINOSA).



de lo sucedido en otros países, se ha podido comprobar que nadie está a salvo de encontrarse en circunstancias difíciles antes o después, pues donde la primera ola no causó grandes estragos, los han producido las posteriores y cuando en unos se mejora en otros se puede empeorar rápidamente. También se ha podido apreciar la diferencia tremenda en víctimas en aquellos lugares que cuentan con una sanidad organizada y dotada de medios y en aquellos en los que no existe.

II. La respuesta a la emergencia

Las medidas adoptadas por las autoridades para frenar la propagación de la enfermedad y mantener la capacidad de respuesta de los sistemas de salud han comportado limitaciones claras de los derechos de las personas, incluidos los que llamamos derechos fundamentales. Esa circunstancia, pasados los primeros momentos en que el tremendo impacto de la pandemia desplazó las preocupaciones de otra naturaleza ante la de protegerse del posible contagio, ha provocado un intenso debate sobre la manera en la que un Estado social y democrático de Derecho debe afrontar la amenaza cierta y letal de una pandemia de las características de la que nos sigue afectando. Ese debate se ha trasladado desde las esferas de la opinión pública y de la confrontación política a los tribunales de justicia a los que se les ha pedido —y se les sigue pidiendo— que hagan valer los límites a que está sujeta la actuación administrativa, que remedien sus insuficiencias, que autoricen o ratifiquen las medidas restrictivas dispuestas por las autoridades y, también, que les exijan responsabilidades, incluso penales, por su actuación o por la falta de ella.

Subyace a esa controversia la tensión que, de un modo simplificado, cabe situar entre los intereses generales y los particulares y la difícil determinación de hasta dónde han de llegar la preservación de los primeros y la garantía de los segundos. Es decir, en qué punto han de terminar las limitaciones a imponer a los individuos en defensa de la sociedad. Al respecto, acuden de inmediato al jurista máximas sentadas hace ya muchos siglos para dar respuesta a los interrogantes que plantea la relación conflictiva entre lo general y lo particular. Se debe a Marco Tulio Cicerón la afirmación *salus rei publicae suprema lex esto*, posteriormente formulada como *salus populi suprema lex esto*. Hoy podríamos traducirla en términos menos estéticos pero de semejante significación en el lenguaje de nuestros días como preferencia de los intereses generales sobre los particulares. Se trata de un principio admitido en el ordenamiento jurídico en cuyo seno encuentra muchas manifestaciones en las que dichos intereses generales o la utilidad pública justifican la restricción o el sacrificio de los individuales.



Además, está presente en la polémica otro aspecto que aparece en los casos en que acontecimientos extraordinarios alteran sustancialmente las condiciones de vida y hacen imprescindibles respuestas igualmente extraordinarias para afrontarlos. Se trata de la necesidad impuesta por circunstancias críticas que pueden tener causas diversas pero que se caracterizan por hacer indispensables medidas de la misma naturaleza para salvaguardar la propia supervivencia de la sociedad o, si se prefiere, del Estado. Hay algunas manifestaciones en el ordenamiento del principio de necesidad tanto a nivel individual cuanto a escala general. En el primer caso, el ejemplo mejor es el que ofrecen los códigos penales, que reconocen como causa de exclusión de la antijuridicidad el llamado estado de necesidad. En el segundo, nos encontramos el decreto-ley, instrumento normativo del que se puede servir el Gobierno, para en caso de extraordinaria y urgente necesidad, dictar normas con fuerza de ley de carácter provisional. Aunque deben ser sometidos en breve plazo al control parlamentario, son una clara excepción al principio de separación de poderes. Pero, sobre todo, aflora la necesidad en la constitucionalización de los estados de emergencia. Es decir, aquellos cuya declaración permite limitar o suspender temporalmente con carácter general derechos fundamentales y acudir a medios extraordinarios para hacer frente a las circunstancias excepcionales que los han hecho imprescindibles.

El Derecho de la emergencia forma parte del Derecho Constitucional. Cabe, incluso, recordar la magistratura republicana del *dictator* en la Roma clásica y, ya en tiempos contemporáneos, es bien conocido el ejemplo del artículo 48 de la Constitución de Weimar. No obstante, no todas las Constituciones actuales se ocupan de establecer reglas o procedimientos para las situaciones de emergencia. Mirando a la experiencia española anterior a 1978, lo que nos encontramos son preceptos constitucionales que facultan la suspensión temporal de determinados derechos mediante ley o por decisión del Gobierno, a confirmar por las Cortes de inmediato, si en circunstancias extraordinarias lo exigiera la seguridad del Estado.

En todo caso, la falta de previsión constitucional no significa carencia de regulación, pues normalmente se encuentra en la legislación ordinaria. Y, si tampoco contempla cómo afrontar circunstancias excepcionales, mediante leyes los Parlamentos pueden establecer las medidas precisas para responder a ellas cuando no sean suficientes las reglas que rigen en situación de normalidad. Así, pueden conferir plenos poderes al Gobierno o al Presidente de la República o atribuirles facultades especiales e imponer determinadas restricciones a los ciudadanos.

Aparte está el supuesto de que la necesidad se presente bajo la forma de una emergencia que supera todas las previsiones establecidas y su magnitud o naturaleza impongan por sí mismas una respuesta acorde al



desafío o a la amenaza que representa. En tales ocasiones, que suponen una excepción dentro de la excepcionalidad, la eventual inexistencia de disposiciones normativas al respecto o su insuficiencia no exime al Estado de intervenir con la urgencia y con los medios precisos para conjurarla. Al fin y al cabo, se trata de su supervivencia o de evitar males de tal proporción que su misma amenaza lo justifica. Desde esta perspectiva, la necesidad acuciante y general, los hechos que la producen, habilitan actuaciones no previstas por el ordenamiento jurídico y, por tanto, se erigen en fuente normativa *extra ordinem*.

Es cierto que en el constitucionalismo posterior a 1945 hubo reticencias a la introducción en los textos fundamentales de disposiciones sobre la emergencia. No las hay en la Constitución italiana ni en la Ley Fundamental de Bonn, salvo el llamado caso de defensa, referido exclusivamente por su artículo 115 a) a supuestos de agresión armada actual o inminente al territorio federal. Y no las hubo inicialmente en la Constitución francesa de 1946, la de la IV República, salvo a partir de 1954 en que fue modificada para, entre otros extremos, prever el estado de sitio y disponer que fuera declarado en los términos previstos por la ley. La explicación es clara: la utilización de las leyes de plenos poderes por el fascismo en Italia y del artículo 48 de la Constitución de Weimar y de la Ley de plenos poderes por el nacionalsocialismo para demoler en ambos casos la democracia representativa y sustituirla por el Estado fascista y por el orden nuevo del III Reich.

Caso distinto es del artículo 16 de la Constitución francesa vigente, la de 1958, pues se explica por el contexto de crisis que puso fin a la IV República y en el que nació la V República, con un ejecutivo fuerte y la figura predominante del Presidente, en cuyas manos puso el instrumento previsto en ese precepto. Recordemos que le habilita para tomar las medidas exigidas por las circunstancias, tras consultar oficialmente con el Primer Ministro, los presidentes de las cámaras y con el Presidente del Consejo Constitucional. Pero era la excepción (3).

Nuestra Constitución regula en su artículo 116 los estados de emergencia. Y la Ley Orgánica, 4/1981, de 1 de junio, ha desarrollado ese precepto y dotado de una regulación específica a los estados de alarma, de excepción y de sitio. También en nuestra experiencia, razones históricas explican por qué los constituyentes de 1978 optaron por prever y regular los estados de emergencia en el texto fundamental. Habían conocido

(3) Los supuestos en que cabe acudir a esta facultad son los de amenazas graves e inmediatas a la independencia nacional, a la integridad territorial y al cumplimiento de los compromisos internacionales. Además, ha de estar interrumpido el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales. CARRILLO LÓPEZ, M., «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», en *Legal. Legebiltzarreko Aldizkaria. Revista del Parlamento Vasco*, núm. 1/2020, págs. 63 y sigs., hace un repaso de las principales constituciones europeas.



el uso del estado de excepción bajo el régimen de Franco. Fue declarado varias veces en sus últimos años como instrumento para perseguir a quienes se oponían a él. Si se tiene en cuenta que las Leyes Fundamentales de entonces no garantizaban los derechos de los ciudadanos en circunstancias de normalidad, el recurso al estado de excepción hacía todavía más patente su desconocimiento. Quisieron, pues, los autores de la Constitución asegurar que los instrumentos extraordinarios que la declaración de tales estados de emergencia comporta no se utilizaran contra el adversario político.

El artículo 116 no dice para qué circunstancias prevé cada uno. Se limita a identificar a quién corresponde declararlos y, en su caso, prorrogarlos y a establecer cautelas destinadas a preservar el funcionamiento de las Cortes Generales, el cual, al igual que el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrá ser interrumpido y, en especial, prohíbe la disolución del Congreso de los Diputados mientras esté declarado alguno de esos estados y atribuye a su Diputación Permanente las competencias que le corresponden caso de estar ya disuelto cuando se produzca la declaración. Esta salvedad se explica porque al Congreso corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma, autorizar la declaración y prórroga del estado de excepción y declarar el de sitio y prorrogarlo. También se preocupa el artículo 116 de afirmar que bajo esos estados sigue en plena vigencia el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes.

La identificación de los derechos que pueden ser suspendidos en caso de emergencia mediante los estados previstos en el artículo 116 nos la da el artículo 55.1 también de la Constitución. De acuerdo con él, en los estados de excepción y de sitio pueden suspenderse todos o algunos de los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 17 (libertad personal), 18.2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), 19 (libertad de circulación), 20.1 a) y d) (libertades de expresión e información), 21 (derecho de reunión y manifestación), 28.2 (huelga) y 37.2 (adopción de medidas de conflicto colectivo).

La Constitución (artículo 169) también se preocupa de prohibir que se inicie la reforma constitucional, además de en tiempos de guerra, cuando esté declarado alguno de los estados previstos en el artículo 116.

Para saber todo lo demás hay que acudir a la Ley Orgánica 4/1981. Es ella la que dice en qué supuestos cabe declarar cada uno de los estados de emergencia. Sigue al respecto los criterios que venía manteniendo la legislación de orden público sobre los estados de excepción y sitio (4). Los prevé respectivamente para alteraciones graves del orden público

(4) Así lo destaca MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*. Iustel, Madrid, 2020, pág. 95 y sigs.



(artículo trece) y para casos de insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional que no puedan resolverse de otro modo (artículo treinta y dos). El estado de alarma, en cambio, como vamos a ver, se ha previsto por el legislador para supuestos distintos de los anteriores y no permite la suspensión de ningún derecho fundamental aunque sí su limitación.

La manera en que el legislador orgánico determinó las circunstancias que han de concurrir para declarar cada uno de los estados emergencia previstos por la Constitución ha llevado a la conclusión de que no hay entre ellos una suerte de graduación. Es decir, no cabe ir subiendo como si fuera una escala desde el menos intenso —el estado de alarma— al de mayor injerencia en los derechos fundamentales y en la intervención pública —el estado de sitio, que supone el recurso a las Fuerzas Armadas— sino que se trata de figuras diferentes para hacer frente a amenazas diferentes (5).

Con los años, al compás de la extensión e intensificación de las amenazas terroristas, aunque las Constituciones se hayan mantenido sin cambios, sí se han aprobado leyes que han establecido de manera permanente disposiciones que permiten limitar derechos fundamentales con carácter general (6). En particular, la aparición del terrorismo yihadista ha llevado a establecer regímenes excepcionales para combatirlo. Así, se ha llegado a decir que lo excepcional se ha convertido en normal y se ha puesto la atención, no tanto o no sólo en la forma, en los procedimientos para introducir esas previsiones en el ordenamiento jurídico, sino también y, sobre todo, en la exigencia de justificarlas y en la insistencia en disponer de instrumentos de control efectivo que limiten el recurso a las reglas excepcionales y aseguren su uso proporcionado, así como en contar con mecanismos que hagan posible exigir responsabilidad por los excesos y resarcir a los perjudicados. En este sentido se orientan observaciones de Michel Troper en Francia (7) y de Pedro Cruz Villalón en España (8).

(5) CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 51 y 52.

(6) La Constitución española es una excepción también en este extremo pues su artículo 55.2 prevé la posibilidad de suspender derechos fundamentales en relación con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y, tras diversas regulaciones en años anteriores, en la actualidad la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en esos supuestos la suspensión de derechos reconocidos por los artículos 17 y 18 de la Constitución.

(7) TROPER M., «L'état de exception n'a rien d'exceptionnel», en Spyros Theodoru (ed.), *L'exception dans tous ses états*. Editions Parenthèses, Marsella, 2007, págs. 163 y sigs.

(8) CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. págs. 35 y sigs. y 106, ya apuntaba este fenómeno.



III. El estado de alarma

La Constitución, como se acaba de decir, se limita a establecer quién lo puede declarar —el Gobierno— y de qué forma: mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, del que debe dar cuenta al Congreso de los Diputados, al que exige reunirse inmediatamente al efecto de recibir esa comunicación y, si está disuelto, a su Diputación Permanente. También precisa su duración máxima: quince días. Y que no puede prorrogarse sin autorización de esa cámara. Sobre el ámbito territorial y sobre los efectos de su declaración el artículo 116.1 de la Constitución se limita a decir que los determinará el Real Decreto que la efectúe y si recordamos que su artículo 55.1 sólo permite la suspensión de derechos fundamentales en los estados de excepción y sitio, está claro que bajo el estado de alarma no cabe la suspensión de derechos fundamentales, de ninguno, tal como se ha anticipado.

Igualmente, recordémoslo, prescribe la Constitución que, declarado el estado de alarma, no podrá ser disuelto el Congreso de los Diputados mientras persista dicha declaración. En su preocupación por mantener, incluso en estas circunstancias extraordinarias, el ordenamiento fundamental, el artículo 116 prohíbe que durante ellas se interrumpa el funcionamiento de las Cortes Generales, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado. Y precisa que bajo la vigencia de los estados de emergencia no se ve alterado el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes.

A lo que dice la Constitución se ha de añadir la interpretación que de su artículo 116 ha efectuado el Tribunal Constitucional. En particular, ha dicho en la sentencia núm. 83/2016 que el Real Decreto que declara el estado de alarma es un acto con valor de Ley, al igual que su prórroga, como ya había anticipado su auto 7/2012. Y que, desde esa posición en el sistema de fuentes del Derecho, sustenta el cuerpo normativo que sea preciso crear para hacer frente a la alteración determinante de la declaración. Esos pronunciamientos los hizo el Tribunal Constitucional con motivo del recurso de amparo interpuesto contra el auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que inadmitió, precisamente por entender que, prorrogado por el Congreso de los Diputados el estado de alarma declarado en 2010 a causa del conflicto provocado por los controladores aéreos, tal declaración había adquirido *status* parlamentario y quedado, por tanto, fuera del ámbito propio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es decir, el Tribunal Constitucional fue más allá de lo que había ido el Tribunal Supremo y en esa sentencia núm. 83/2016 construyó el régimen constitucional del estado de alarma bajo el que se ha producido la declaración y prórrogas de los que hemos vivido en 2020 y 2021.

Si, según se ha dicho, la Constitución se limita a sus aspectos externos y establece lo que no se puede hacer en el estado de alarma, para sa-



ber cuándo puede declararse y conocer su contenido, es menester acudir a la Ley Orgánica 4/1981.

Allí nos encontramos (artículo primero) con unas reglas generales comunes a los tres estados de emergencia contemplados por la Constitución. Consisten en que (i) solamente cabe su declaración cuando «circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado»; (ii) las medidas que comporten y su duración han de ser las «estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» y han de aplicarse «de forma proporcionada a las circunstancias»; (iii) la eficacia de las competencias en materia sancionadora y preventiva y las medidas adoptadas en virtud de ellas decaen una vez finalizada la vigencia de estos estados, salvo las sanciones ya firmes.

Completan esas previsiones generales, la exigencia de publicación inmediata de la declaración en el Boletín Oficial del Estado, momento en que entrará en vigor, y su difusión por todos los medios (artículo segundo). Igualmente (artículo tercero), la Ley Orgánica confirma que los actos y disposiciones de la Administración Pública que se dicten bajo los estados de emergencia siguen sujetos al control de los tribunales de justicia y precisa que quienes, como consecuencia de la aplicación de esos actos y disposiciones, sufran directamente daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados.

Ya sobre el estado de alarma, la Ley Orgánica, dispone que su declaración puede extenderse a toda España o a una parte del territorio español. Y precisa que las siguientes alteraciones graves permiten al Gobierno efectuarla (artículo cuarto):

«a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad».

Explica luego (artículo quinto) que si esas alteraciones solamente afectan a una Comunidad Autónoma, su Presidente puede solicitar al del Gobierno que declare en ella el estado de alarma. El artículo sexto rei-



tera lo dispuesto por la Constitución sobre la forma de declararlo y precisa que, si fuere necesario prorrogarlo, la autorización del Congreso de los Diputados ha de ser expresa y que este podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. Igualmente, recoge (artículo séptimo) la previsión constitucional según la cual la autoridad competente es el Gobierno, pero admite, si la declaración afecta exclusivamente a parte o a toda una Comunidad Autónoma, que delegue en el Presidente de esa Comunidad Autónoma.

El artículo octavo recoge la obligación que la Constitución impone al Gobierno de dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración, a la que añade la de suministrarle la información que le requiera.

Los efectos que comporta la declaración del estado de alarma son, en primer lugar, el sometimiento de todas las autoridades civiles del territorio afectado, de los cuerpos de Policía y de los funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas, a las órdenes directas de la autoridad competente, es decir del Gobierno, en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares. Esta sujeción comprende la imposición de servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza (artículo noveno).

Las medidas que se pueden adoptar son las siguientes (artículo 11):

- «a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto».

Además, si la declaración del estado de alarma obedece a catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud o a crisis sanitarias, como las epidemias y situaciones de contaminación graves, entonces también podrá adoptar la autoridad competente las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades in-



fecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales. Obvio es decir que para hacer uso de ellas no necesita del estado de alarma, de manera que esta precisión del artículo 11 no añade nada en realidad.

Y si la causa radica en la paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad sin que se garanticen los mínimos indispensables y se da alguna de las otras circunstancias previstas en el artículo cuarto o se debe a situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad, en tales casos, se podrá acordar la intervención de empresas o servicios así como la movilización de su personal al que se aplicará la normativa sobre movilización.

A estas previsiones del artículo doce, el artículo diez ha antepuesto la prescripción de que quienes incumplan o se resistan a las órdenes de la autoridad competente sean sancionados y la de que si ese incumplimiento o resistencia se debieran a funcionarios públicos, estos podrán ser suspendidos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa al juez y de notificarlo a su superior a efectos de expediente disciplinario.

Este diseño legal del estado de alarma ha merecido la crítica de que es un cuerpo extraño en la legislación de excepción española, volcada en responder a alteraciones del orden público y no a hechos como las calamidades o las epidemias. Respecto de estas últimas se ha dicho, además, que la legislación sobre sanidad ofrece instrumentos suficientes para afrontarlas sin necesidad de acudir a la declaración de un estado de emergencia (9).

Estas últimas son, principalmente, las previstas en el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 11 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, de acuerdo con el cual:

«Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

Además, el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone:

(9) MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*, cit., págs. 96 y sigs.



«Artículo veintiséis

1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas.

2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó».

Por su parte, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece:

«Artículo 54. Medidas especiales y cautelares.

1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.

b) La intervención de medios materiales o personales.

c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.

d) La suspensión del ejercicio de actividades.

e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.



f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad».

Y, también forman parte de ese conjunto normativo las actuaciones coordinadas en salud pública contempladas en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, para responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública.

IV. Las declaraciones de estado de alarma a causa de la pandemia del COVID-19 y las disposiciones que las han acompañado

La pandemia provocada por el COVID-19 es una crisis sanitaria susceptible de ser considerada sin dificultad una de las alteraciones graves de la normalidad que justifican la declaración del estado de alarma según el artículo cuarto b) de la Ley Orgánica 4/1981 y permite la adopción de medidas que limitan o condicionan la libertad de circulación y otros derechos, además de las que contempla por sí misma la legislación sanitaria y pueden ser aplicadas sin más.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma en toda España. Fue prorrogado seis veces, hasta el 21 de junio de 2020(10). Además de las restricciones que impuso, erigió en autoridades delegadas del Gobierno a los Ministros de Defensa, de Interior, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y de Sanidad. A este último le dio una relevancia especial pues le atribuyó competencia en todas las áreas

(10) Las prórrogas fueron acordadas, con la autorización del Congreso de los Diputados, por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo; el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril; por el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril; por el Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo; por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo; y por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio.



que no correspondieran a los otros Ministros y, además, sometió a sus órdenes directas a todas las autoridades civiles sanitarias y a los funcionarios y trabajadores a su servicio (artículo 12).

El Real Decreto 463/2020 limitó la circulación de las personas, permitiéndola solamente para las actividades que enumeraba su artículo 7(11); habilitó requisas temporales de todo tipo de bienes y la imposición de prestaciones personales obligatorias (artículo 8); suspendió la actividad educativa presencial (artículo 9), adoptó medidas de contención de la actividad comercial, en equipamientos culturales, en los establecimientos y actividades recreativas, en las actividades de hostelería y restauración (artículo 10). También dispuso limitaciones en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas (artículo 11). Quiso reforzar el Sistema Nacional de Salud (artículo 12) y asegurar el suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública (artículo 13) y adoptó medidas en materia de transportes (artículo 14), así como para asegurar el abastecimiento alimentario (artículo 15), el tránsito aduanero (artículo 16) y garantizar el suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural (artículo 17). Además, se ocupó de preservar a los operadores críticos de servicios esenciales (artículo 18) y obligó a los medios de comunicación social a insertar mensajes, anuncios y comunicaciones de las autoridades competentes delegadas y de las Administraciones Públicas (artículo 19).

Completaba sus preceptos con la previsión de que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes serían sancionados y unas disposiciones adicionales que, entre otras determinaciones, suspendieron los plazos procesales y administrativos así como los de prescripción y caducidad y confirieron a los miembros de las Fuerzas Armadas la condición de agentes de la autoridad.

Al prorrogarse, ya con la autorización del Congreso de los Diputados, se añadieron algunas previsiones más, entre ellas, la obligación del Gobierno de informar semanalmente al Congreso de los Diputados, y se precisaron las iniciales que lo requerían. A partir del mes de mayo de 2020 se procedió a aplicar el llamado Plan de Desescalada, aprobado por el acuerdo del Con-

(11) Eran las siguientes: adquirir alimentos, productos farmacéuticos o y de primera necesidad; desplazarse al trabajo; regresar a la residencia habitual; asistir a mayores, menores, dependientes, discapaces o personas vulnerables; desplazarse a entidades financieras y de seguros; desplazamientos por causa de fuerza mayor o situación de necesidad; y cualquier actividad de análoga naturaleza. También se autorizaba la circulación para adquirir productos y para la prestación de los servicios previstos en el artículo 10 que mantenía abiertos: los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios, centros o clínicas veterinarias, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías, lavanderías y el ejercicio profesional de la actividad de peluquería a domicilio.



sejo de Ministros de 28 de abril de 2020,⁽¹²⁾ que preveía el levantamiento gradual y asimétrico de las medidas de contención conforme se fueran reuniendo los requisitos para acceder a las distintas fases que contemplaba: la cero y otras tres. Plan que pasó a aplicarse a partir del 19 de mayo de 2020 hasta que el 21 de junio siguiente decayó el estado de alarma.

Acompañaron a los Reales Decretos que lo declararon y prorrogaron, numerosos Reales Decretos-Leyes que establecieron disposiciones dirigidas a hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Días antes de la declaración del estado de alarma pero cuando ya se había hecho presente la pandemia con toda su fuerza, el Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, había dispuesto medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud. Y, después de declarado, se inició un larga serie⁽¹³⁾.

Una vez expirado el primer estado de alarma de 2020, el Gobierno continuó dictando Reales Decretos-Leyes⁽¹⁴⁾.

(12) Se puede consultar en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/280420-enlace-desescalada.aspx>.

(13) Así, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, dispuso medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico del COVID-19, entre las que destaca la regulación de los expedientes de regulación temporal de empleo, los conocidos como ERTE, y el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, tomó medidas complementarias en el ámbito laboral, mientras que el Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, reguló el permiso retribuido recuperable para los trabajadores por cuenta ajena que prestaran servicios esenciales, durante el período en que se redujo al máximo la actividad económica. Por su parte, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, adoptó medidas complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Ulteriores medidas sociales en defensa del empleo fueron establecidas por el Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo. El Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, se ocupó de medidas urgentes en materia de empleo agrario y a apoyar la economía y el empleo se dirigió el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril. A adoptar medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en la Administración de Justicia se dedicó el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril. El Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, aprobó medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. El Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, dictó disposiciones complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. El Real Decreto-Ley 21/2020, de 29 de mayo, estableció el ingreso mínimo vital, y el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, dictó nuevas medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria. Luego, el Real Decreto-Ley 22/2020, de 16 de junio, reguló la creación del Fondo COVID-19.

(14) Así, el Real Decreto-Ley 23/2020, de 23 de junio, que aprobó medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica. El Real Decreto-Ley 24/2020, de 26 de junio, contenía medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial y el Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio, tomó medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo. Por su parte, el Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, trajo medidas de reactivación económica en los ámbitos de transportes y vivienda. Y el Real Decreto-Ley 27/2020, de 4 de agosto, dispuso medidas financieras de carácter extraordinario y urgente aplicables a las entidades locales. El Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, reguló el trabajo a distancia y el Real Decreto-Ley 29/2020, de 29 de septiembre, estableció medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria. El Real Decreto-Ley 31/2020, de 29 de septiembre, tomó medidas urgentes en el ámbito de la educación no universitaria, y el Real Decreto 31/2020, de 3 de noviembre, aprobó medidas sociales complementarias para la protección del desempleo y de apoyo al sector cultural. Por su parte, el Real Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, trajo medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial, al sector energético y en materia tributaria.



Por otro lado, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (15), modificó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para encomendar a sus Juzgados y a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. Dichas autorización o ratificación han de darlas los Juzgados si las medidas en cuestión están plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada (artículo 8.6). Si los destinatarios no estuvieren identificados, serán competentes las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 10.8) o la de la Audiencia Nacional [artículo 11.1 i)], según se trate de medidas dispuestas por las Comunidades Autónomas o por el Estado.

Al agudizarse la segunda ola de la pandemia, el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, volvió a declarar el estado de alarma en varios municipios de la Comunidad de Madrid en los que limitó la libertad de circulación. Y, después, el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, lo declaró para toda España, con la particularidad de considerar autoridad delegada del Gobierno a los presidentes de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, a los cuales habilitó para dictar las disposiciones y adoptar los actos precisos para aplicar las medidas que el propio Real Decreto enunciaba: limitaciones a la libertad de circulación en horario nocturno salvo para las actividades que señala (16); limitación de entrar o salir de Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas (17); limitación de

(15) Aprobada tras tramitarse el Real Decreto-Ley 16/2020, una vez convalidado, como proyecto de ley.

(16) Eran estas: a) Adquisición de medicamentos, productos sanitarios y otros bienes de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Asistencia a centros de atención veterinaria por motivos de urgencia. d) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales. e) Retorno al lugar de residencia habitual tras realizar algunas de las actividades previstas en este apartado. f) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada. i) Repostaje en gasolineras o estaciones de servicio, cuando resulte necesario para la realización de las actividades previstas en los párrafos anteriores.

(17) Se trata del llamado «cierre perimetral». Exceptuaba de la prohibición de circular los siguientes supuestos: a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales. c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil. d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes. g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales. h) Renovaciones



permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados; limitación de permanencia en lugares de culto; e imposición de prestaciones personales.

Además, el Gobierno pidió al Congreso de los Diputados que lo prorrogase hasta por seis meses y la cámara así lo autorizó el 29 de octubre de 2020 en las mismas condiciones establecidas por el Real Decreto 926/2020 y, en consecuencia, el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, así lo acordó, de manera que se ha extendido hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021. De este modo, mientras que entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020 fue el Gobierno y, en especial, el Ministerio de Sanidad, quien tomó las decisiones, a partir de octubre de 2020, bajo el tercer estado de alarma provocado por la pandemia del COVID-19 se han puesto en manos de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, aunque dentro del abanico de posibilidades previstas en la declaración, y han sido los presidentes de las Comunidades Autónomas, como autoridades delegadas del Gobierno, los que han tomado las medidas correspondientes, las cuales, según el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020 no precisaban de ratificación judicial, aunque sí la requerían las adoptadas por los Consejos de Gobierno o por otras autoridades autonómicas distintas de los Presidentes y también las tomadas por la Administración del Estado en el ámbito de su competencia, salvo las acordadas por el Consejo de Ministros.

El Gobierno, ciertamente, además de reservarse la adopción de medidas correspondientes a la sanidad exterior, competencia estatal según el artículo 149.1.16^a de la Constitución, procura la coordinación de las actuaciones en materia de salud a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, conforme al artículo 65 de la Ley 16/2003, antes mencionado. En su virtud ha promovido diversas declaraciones de actuaciones coordinadas, vinculantes para las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales, como se verá, han sido controvertidas.

En el último trimestre de 2020 prosiguió la serie de Reales Decretos-Leyes (18) y también algunos de los anteriores convalidados, tras su tramitación como proyectos de ley, dieron lugar a varias leyes.

de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables. i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables. j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

(18) Ya bajo la segunda ola de la pandemia, se dictaron los Reales Decretos-Leyes 32/2020, de 3 de noviembre, que aprobó medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural, y 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético y en materia tributaria. Más tarde se dictaron el Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, y el Real Decreto-Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. Después, el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre,



Es el caso de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19(19), que, además de reforzar los mecanismos de coordinación en materia de salud, prevé para después del estado de alarma el mantenimiento de diversas restricciones para prevenir rebrotes, entre ellas el uso obligatorio de mascarillas en diversos ámbitos. Asimismo, la Ley 3/2021 de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19(20), entre otras prescripciones, establece la vigencia hasta el 31 de mayo de 2021 de las causas que amparan los expedientes de regulación temporal de empleo, las cuales, dice, no podrán justificar la extinción del contrato de trabajo ni el despido (artículo 2 y disposición final segunda). Por su parte, la Ley 4/2021, de 12 de abril, regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19(21).

Las disposiciones mencionadas(22) no agotan la normativa producida por el Gobierno con motivo de la pandemia del COVID-19 pues a ellas se han de sumar multitud de Órdenes Ministeriales dictadas en su desarro-

aprobó medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dirigido, según su artículo 1, a «facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actividades financiadas con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación», aprobado por el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020. También establece medidas para aplicar ese Plan. El Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, introduce en la legislación sectorial el concepto de «persona consumidora vulnerable». Y el Real Decreto-Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, prorrogó los expedientes de regulación temporal de empleo hasta el 31 de mayo de 2021 y estableció prestaciones extraordinarias de cese de actividad para los trabajadores autónomos afectados. A su vez, el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, ha adoptado medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, como la modificación de los beneficiarios del ingreso mínimo vital. En fin, el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, crea la Línea Covid de ayudas directas a autónomos y empresas para apoyar su solvencia y reducir el endeudamiento con una dotación total de 7.000 millones de euros.

(19) Surgida de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 21/2020, tras su convalidación.

(20) Surgida de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 9/2020, tras su convalidación. El Real Decreto-Ley 11/2021, de 27 de mayo, ha prolongado el plazo hasta el 31 de septiembre de 2021.

(21) Surgida de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-Ley 10/2020, tras su convalidación.

(22) Las última novedades relevantes, en el período del que me he ocupado, son las que han traído consigo el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, aplicables tras la finalización de la vigencia del estado de alarma y las del Real Decreto-Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos.



llo o aplicación de los Reales Decretos de declaración o prórroga del estado de alarma y de los Reales Decretos-Leyes. Es, pues, un entramado amplio y complejo que va mucho más allá del ámbito estricto de la salud y se proyecta en extensos aspectos de las relaciones sociales, laborales y económicas.

V. De la aceptación a la confrontación

Aceptada inicialmente de forma casi unánime la declaración del estado de alarma y observadas de manera abrumadoramente generalizada las restricciones impuestas para impedir la difusión de la enfermedad, conforme fue pasando el tiempo, la inicial unidad política fue disminuyendo, tal como se apreció en los resultados de las votaciones para autorizar su prórroga y la dificultad creciente para lograr la mayoría necesaria y en el debate entablado en las Cortes Generales y en los medios de comunicación. Las diferencias se fueron produciendo en torno a si las medidas adoptadas por el Gobierno iban o no más allá de las limitaciones que la Constitución y la Ley Orgánica autorizan en el estado de alarma, tanto por los derechos afectados cuanto por el mantenimiento en el tiempo de las restricciones, cuestión ésta última a la que se unió más tarde la discusión sobre si cabe que, en vez de hacerlo cada quince días, el Congreso de los Diputados autorice una prórroga de seis meses, tal como se acabó haciendo.

Igualmente, pronto se pasó a criticar la centralización de las decisiones en el Gobierno y a reprocharle falta de eficacia. En cambio, cuando en el otoño de 2020 se declaró nuevamente el estado de alarma en toda España para hacer frente a la segunda y sucesivas olas y se optó desde el Gobierno por la llamada co-gobernanza de la crisis sanitaria(23), negociando con las Comunidades Autónomas la actuación a seguir y dejando en sus manos la aplicación de las medidas previstas en los Reales Decretos que lo declararon, en el debate público se pasó a criticar al Gobierno, en unas ocasiones por no decidir y en otras por hacerlo en sentido distinto al pretendido por algunos ejecutivos autonómicos.

Así, la política a seguir para hacer frente a la pandemia y a sus consecuencias de todo orden, terminó convirtiéndose en uno de los ejes principales de confrontación entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria, no siempre coincidente, que le ha sostenido y las oposiciones a la misma en el Congreso de los Diputados. Al mismo tiempo, se han ido

(23) La que se ha visto como una federalización del estado de alarma. *cfr.* VELASCO CABALLERO, F., «Federalización del estado de alarma», en <https://franciscovelascocaballero.wordpress.com/2020/05/10/federalizacion-del-estado-de-alarma/>.



abriendo brechas en la masiva aceptación social de las medidas restrictivas. Se trata de posiciones minoritarias y heterogéneas pero que han conseguido hacerse notar. Es el caso, entre otros, de los defensores de dejar que la enfermedad discurra por sí misma hasta que se alcance de esa manera natural la llamada inmunidad de grupo. También el de los que niegan por diversas razones la enfermedad y el de los que creen que se debe combatir con soluciones diferentes a las propugnadas oficialmente. En una posición distinta se encuentran los defensores de limitar las restricciones por la asfixia que están produciendo en algunos sectores económicos, en especial los relacionados con el turismo, la hostelería, el ocio y el pequeño comercio. Se puede completar esta relación con los que no se consideran concernidos e incumplen las reglas y con los que mantienen que ha de prevalecer frente a ellas su personal entendimiento de su libertad.

También en el plano de las consideraciones generales, pero desde otra perspectiva, transcurridas las primeras semanas bajo el estado de alarma, se ha defendido que había llegado el momento de servirse de la legislación ordinaria sobre sanidad y salud pública, modificándola en lo preciso, de ser necesario y, también, de prescindir del instrumento del Real Decreto-Ley (24). Incluso, se ha sostenido con argumentos respetables, que desde el primer momento debió ser la legislación sobre sanidad la aplicada, en vez de recurrir al estado de alarma (25). Otro extremo controvertido a la hora de la llamada desescalada fue el criterio aplicado por el Gobierno para considerar satisfechos por las Comunidades Autónomas los requisitos para pasar a las fases más avanzadas de la misma en el primer estado de alarma.

Esas polémicas se fueron extendiendo al mismo tiempo que se mantuvo la crítica al Gobierno, pero también a las Comunidades Autónomas por no haber previsto la pandemia y tomado las precauciones necesarias y, después, una vez en ella, por no suministrar a los profesionales sanitarios y, en general, al Sistema Nacional de Salud y a las residencias de personas mayores los medios de protección necesarios (26). Igualmente, se ha sostenido que la prolongación del estado de alarma ha mermado el control parlamentario sobre el Gobierno con el consiguiente menoscabo de la posición constitucional de las Cortes Generales, ha propiciado abu-

(24) Para una reciente y fundamentada crítica a la profusa utilización del Real Decreto-Ley antes del COVID y también en la pandemia, véase ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., *La vocación del nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2020, págs. 18 y sigs.

(25) Así lo ha hecho MUÑOZ MACHADO, S., en *El poder y la peste de 2020*, cit. págs. 98 y sigs.

(26) Sobre ello, cfr. MARTÍNEZ NAVARRO, J.A., «Los efectos de la Covid19 en las residencias de mayores», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 119/2021, págs. 127 y sigs.



sos del poder y ausencia de transparencia en el proceder gubernamental que habría llegado, incluso, a la limitación de las libertades de expresión y de información (27).

Y, a partir de aproximaciones más concretas, se ha abierto la discusión sobre medidas singulares, bien por considerarlas excesivas, bien por tenerlas por ineficaces, juzgar que se excedían sobre lo previsto en los Reales Decretos de declaración o prórroga del estado de alarma o, simplemente, por encontrarlas contrarias al ordenamiento jurídico.

En particular sobre la vacunación se ha debatido si puede hacerse, directa o indirectamente, obligatoria (28).

La última polémica al escribirse estas líneas es la surgida en vísperas de la expiración del estado de alarma el 9 de mayo de 2021 sobre si debía o no prorrogarse, a la vista de la evolución de la enfermedad. En este caso, mientras el Gobierno ha mantenido que no era precisa esa prórroga pues la legislación sanitaria y el control judicial permiten hacer frente a la pandemia, desde diversas Comunidades Autónomas se ha manifestado que resulta imprescindible el estado de alarma para limitar la circulación de las personas. El punto de discrepancia ha residido en si, a falta de estado de alarma, la legislación ordinaria permite o no el mantenimiento de restricciones a la movilidad, tales como el toque de queda o los cierres perimetrales, principalmente.

Debate en torno al cual el Gobierno ha sostenido que con las medidas que autoriza la legislación sanitaria, en especial la Ley Orgánica 3/1986, con las derivadas de las declaraciones de actuaciones coordinadas en materia de salud surgidas del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y con la ratificación judicial de las que impliquen restricciones de derechos fundamentales, era suficiente. Y quienes defendían su prórroga todavía durante varias semanas más —uno o dos meses— entendían que sólo el estado de alarma ofrece la certeza del establecimiento y aplicación de las limitaciones imprescindibles porque no está asegu-

(27) Por ejemplo, en el prólogo de FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., al libro coordinado por BARCELÓ ROJAS, D.; DÍAZ RICCI, S.; GARCÍA ROCA, J. y GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, M.E., *Covid 19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, 2020, págs. XV y sigs. En ese mismo libro ofrecen una valoración diferente GARCÍA ROCA, J. [«El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma» (págs. 17 y sigs.)] y Encarnación CARMONA CUENCA [«Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria en España» (págs. 221 y sigs.)]. También son matizadas las apreciaciones recogidas en el libro dirigido por ARNALDO ALCUBILLA, E., y CANOSA USERA, R., *El Derecho Constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

(28) A esta cuestión se dedican monográficamente los núms. 93-94/2021 de *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho. La vacunación contra el Coronavirus*, con contribuciones de COBREROS MENDAZONA, E.; CIERCO SIEIRA, C.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; GOÑI SEIN, J.L.; DE MIGUEL BERIAIN, I.; SANTISTEBAN GALARZA, M.; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.; BELLVER CAPELLA, V.; REBOLLO PUIG, M.; TORNOS MAS, J.; GIMENO FELIÚ, J.M.; y NOGUEIRA LÓPEZ, A.



rada la ratificación judicial, a la vista del distinto criterio observado por las Salas de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia. A esas dos posiciones se añade una tercera que viene reclamando una modificación de la legislación sanitaria para introducir en ella cláusulas que permitan adoptar medidas restrictivas de carácter general en circunstancias de emergencia. Es lo que ha sugerido, respecto de la Ley orgánica 3/1986, el Consejo de Estado en su dictamen de 22 de marzo de 2021 (expediente núm. 213/2021) al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero, que modificó el artículo 38 de la Ley 8 /2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia (29).

Conviene recordar, en fin que, si bien se han adoptado, según se ha señalado antes, numerosas disposiciones para paliar los efectos económicos y sociales de la pandemia, es evidente que a la crisis de salud pública y su deriva política se han unido la económica y social. Esta circunstancia explica las ingentes ayudas públicas dispuestas por la Unión Europea y por los Estados que la integran pero, también, buena parte de la conflictividad que se ha desatado y, seguramente, se desatará mientras no sean palpables los efectos de aquellas y se recupere la normalidad perdida.

VI. El estado de alarma en los tribunales

No es extraño que en este contexto, desde el mismo mes de marzo de 2020 se hayan promovido numerosos procesos judiciales con motivo de actuaciones u omisiones de las autoridades relacionadas con la pandemia del COVID-19. El repaso que se hace a continuación, no pretende ser exhaustivo sino señalar las cuestiones más relevantes que se han planteado con motivo de la pandemia y de las medidas dispuestas para hacerle frente ante los tribunales de justicia y, en especial, ante el Tribunal Supremo, cuya Sala Tercera, por razón de su competencia para controlar la legalidad de la acción del Gobierno, ha debido pronunciarse en numerosas ocasiones con motivo de recursos de ciudadanos y de diversas entidades contra las determinaciones tomadas sea por el Consejo de Ministros, sea por el Ministro de Sanidad o por los Presidentes de las Comunidades Autónomas en tanto uno y otros reúnen la condición de autoridad delegada del Gobierno en virtud de los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma.

Por eso, la exposición más amplia es la relativa a los pronunciamientos de la Sala Tercera y, concretamente, de su Sección Cuarta, que

(29) Accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-213>.



es a la que corresponde, según las normas de reparto (30), conocer de los recursos interpuestos por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y sobre los actos y disposiciones emanados del Ministerio de Sanidad, así como del recurso de casación contra los autos dictados en los procedimientos de ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas por las autoridades sanitarias.

1. En el orden penal

Hay, ciertamente, procedimientos penales en los que se acusa a autoridades de conductas delictivas. Están la mayor parte en sus fases iniciales, aunque ya habido algunos pronunciamientos de inadmisión de querellas y denuncias.

El más importante es el efectuado por el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2020 (causa especial núm. 20542/2020) que ha inadmitido veinte querellas y treinta denuncias presentadas por sindicatos, asociaciones y organizaciones profesionales del ámbito de la Sanidad y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, familiares de víctimas del coronavirus y por Vox por «no estar debidamente justificada comisión de los hechos punibles atribuidos a los querellados con fuero procesal en esta Sala». Dirigidas contra el Presidente del Gobierno, los vicepresidentes y ministros, los magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo, los Presidentes de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Castilla y León y de la Comunidad de Madrid y Consejeros de las mismas así como contra diversos altos cargos y funcionarios estatales y autonómicos, les imputaban delitos de homicidio, de lesiones imprudentes, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación y malversación de caudales.

El auto de la Sala Segunda acuerda, no obstante, «la deducción de testimonio de las denuncias y querellas entabladas con el fin de que sean remitidas al Juzgado Decano de los Juzgados de Madrid para que, conforme a lo que se acuerda y razona en la presente resolución, se incoen las causas penales que correspondan, o se acumulen aquellas a las que ya estén siendo o hayan sido objeto de tramitación». Se trata de que investiguen en especial los fallecimientos en las residencias de la tercera edad, la eventual omisión de las medidas de seguridad brindadas a pro-

(30) Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2019 (Boletín Oficial del Estado de 13 de febrero de 2020) y de 23 de noviembre de 2020 (Boletín Oficial del Estado de 15 de febrero de 2021).



fesionales sanitarios y policías y la posible malversación de fondos públicos en la contratación de materiales fallidos o fraudulentos para combatir la pandemia.

Hay en sus razonamientos jurídicos consideraciones importantes. En primer lugar, advierte que la calificación jurídico-penal de un hecho no puede depender «de la indignación colectiva por la tragedia en la que todavía nos encontramos inmersos, ni por el legítimo desacuerdo con decisiones de gobierno que pueden considerarse desacertadas». Y recuerda, a propósito de la atribución de delitos a los aforados —que son los únicos sobre los que se pronuncia— que la imputación es especialmente difícil cuando la acción delictiva se produce en una estructura compleja y jerarquizada, administrativa o judicial, y que no cabe la atribución objetiva de responsabilidad penal por el mero hecho de ocupar un cargo en esas organizaciones, por muy alto que sea.

De las querellas y denuncias contra el Presidente, los vicepresidentes y los ministros por homicidio y lesiones por imprudencia grave, en razón de su inacción y mala gestión, dice el auto que para demostrar que entre sus acciones u omisiones y el resultado mortal o lesivo hubo la necesaria concreta, precisa e inequívoca relación de causalidad, no bastan consideraciones genéricas y difusas. En particular, explica, no es suficiente acreditar que se ocultó información procedente de organismos internacionales a disposición del Gobierno. Y que tampoco basta con demostrar que no se tomaron medidas para evitar las aglomeraciones masivas.

«Nuestro sistema penal, dice, no conoce un delito que castigue a la autoridad que oculte intencionada o negligentemente información relevante sobre el alcance de una pandemia susceptible de causar un grave peligro para la sanidad colectiva». Indica, además, que para considerar al Gobierno autor de tantos delitos de homicidio o lesiones cuantas víctimas ha habido sería preciso acreditar en términos médicos que el contagio desencadenante del daño fatal tuvo en cada caso origen inmediato en decisiones u omisiones gubernamentales. Pero, dice el auto, «el estado actual de la medicina no permite proclamar ese enlace causal entre la acción u omisión del Gobierno y el lugar o momento del contagio con exclusión de otras explicaciones alternativas con la certeza necesaria para afirmar la autoría» del delito. Para hacerlo, apunta, habría que demostrar que si no se hubiera ocultado la información o si se hubiera anticipado la decisión política del confinamiento, se habrían impedido los daños. Y ese extremo, resalta, no se ha establecido pues no es suficiente constatar que «unas decisiones de esa naturaleza podían haber reducido la dramática estadística que está definiendo esta tragedia».

Sobre la acusación por delitos contra los derechos de los trabajadores por no haberles suministrado los medios de protección necesarios, dice



la Sala Segunda que las querellas no ponen de manifiesto indicios concretos que permitan conectar a los aforados con los hechos. Antes ha indicado que el delito castiga a los legalmente obligados a dispensar esos medios y que en el caso de la Administración Pública, su organización jerárquica puede dar lugar a la paradoja de que, cuanto más relevante sea la capacidad de decisión, más lejano esté el responsable de las acciones u omisiones de los últimos eslabones de la cadena de mando y que los que ocupan los puestos más altos de la estructura jerárquica, «por este mero hecho, no pueden ser considerados responsables in integrum de todas y cada una de las conductas ejecutadas por otros y que han podido incrementar el riesgo para la vida o para la salud de los trabajadores o funcionarios». Su posición, resalta, no les convierte en garantes de todas las actuaciones. Por tanto, el auto encomienda a la investigación que desplieguen los Juzgados, previo conocimiento de la estructura de los Ministerios, Consejerías y Centros de Salud, determinar sobre quién recaía la condición de garante y si las omisiones detectadas respondieron a una conducta intencionada o negligente.

Por lo que hace a las muertes en las residencias de la tercera edad, el auto, que no es ajeno a la gravedad de lo ocurrido en ellas y, a propósito de la responsabilidad de los aforados, dice que «no es suficiente la mera atribución competencial de la gestión», sino que es menester «que existan datos objetivos que permitan imputar concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada» y esto exige «la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en las que estos resultados se producen». No obstante, el auto envía a los Juzgados de Madrid las denuncias y querellas por esta causa para que investiguen los hechos y esclarezcan si «esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones político-administrativas o de gestión y si aquellas son susceptibles de reproche penal». También les encomienda indagar la autoría de las resoluciones prohibitivas que impidieron el traslado de esas personas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro estado de necesidad que debería haber sido un acto médico. Igualmente, les requiere el esclarecimiento de si «la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho».

En fechas anteriores, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid inadmitió la denuncia presentada por la Alcaldesa de Móstoles contra el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid por posible comisión de los delitos de vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas y de omisión del deber de socorro a causa de una supuesta exclusión de la derivación hospitalaria de personas ma-



yores enfermas e internas en residencias de dicha Comunidad(31). De igual modo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo había inadmitido la querrela de la asociación Abogados Cristianos contra el Ministro del Interior por la suspensión de actos de culto religioso(32).

2. En el orden laboral

Los Juzgados de lo Social y las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, así como la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por su parte, han tenido que conocer de acciones dirigidas a reclamar los medios de protección necesarios de acuerdo con la legislación sobre prevención de riesgos y salud laboral. En general, estos órganos judiciales concedieron las medidas cautelares solicitadas por los recurrentes, la mayor parte asociaciones u organizaciones sindicales de profesionales de la sanidad, de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y de miembros de unas y otros.

En este sentido, se pueden destacar las sentencias del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo(33) que confirmaron frente al Gobierno Vasco el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco según el cual, por un lado, no se había suministrado a los efectivos de la *Ertzaintza* los medios de protección necesarios. Por eso, falló obligándole a poner a su disposición «mascarillas del tipo FPP2, FPP3, gafas, guantes desechables, buzos Type 5B o Type 6B y contenedores de residuos infecciosos, según se determina en los Protocolos del Ministerio de Sanidad de 16 y 20 de marzo y 8 de abril y en los de Protección del Personal de la *Ertzaintza* de 26 de marzo, 17 de abril y 12 de mayo, según corresponda a cada puesto, atendida la diversa clasificación de los riesgos de exposición que se indican en los Procedimientos y Notas indicados, y ello también en la medida en que no se hubiere realizado ya». Y, por el otro lado, el Servicio Vasco de Salud, *Osakidetza*, no había evaluado los riesgos por COVID-19 de los puestos de trabajo y por tareas específicas en los centros hospitalarios de Santa Marina, Górliz y en la red de salud mental de Álava.

(31) Auto 62/2020, de 19 de noviembre, dictado en las diligencias previas núm. 251/2020.

(32) Auto de 16 de noviembre de 2020. Causa especial núm. 20269/2020.

(33) Se trata de las sentencias del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 281/2021 (casación 105/2020) y núm. 217/2021, de 17 de febrero (casación núm. 129/2020).



3. En el orden contencioso-administrativo

3.1. EL ÁMBITO DE ENJUICIAMIENTO Y LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Naturalmente, se ha instado también la actuación de los Juzgados y Tribunales de lo Contencioso Administrativo en numerosos supuestos. Algunos de los más significativos son objeto de consideración más adelante. Antes, sin embargo, conviene señalar que buena parte de los recursos parten de la premisa de la inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma. Ya se ha dicho que muy pronto se planteó esta cuestión en el debate público. Su traslación al proceso contencioso-administrativo ha tenido lugar tanto en recursos dirigidos directamente contra los Reales Decretos que lo declararon o contra los que, ya con autorización del Congreso de los Diputados, dispusieron su prórroga, cuanto en los que se han impugnado disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución o actos concretos fundados en dicha declaración o en la normativa que ha originado.

Las razones principalmente alegadas son las que se refieren a la idoneidad del estado de alarma para suspender derechos fundamentales (34). Es decir, quienes se han situado en esta posición consideran que a partir del 14 de marzo de 2020 no se limitaron o restringieron derechos fundamentales, particularmente pero no sólo, la libertad de circulación, sino que sencillamente se suspendieron para todo el país, para millones de españoles y por un largo período. De ahí que defiendan que el instrumento constitucional para producir ese efecto es el estado de excepción que, a diferencia del de alarma, necesita de la autorización previa del Congreso de los Diputados para que el Gobierno pueda declararlo. Posteriormente, a propósito de la prórroga de seis meses del último estado de alarma, se ha dicho que es contrario a la Constitución porque, siendo el plazo máximo para declararlo de quince días según su artículo 116, esa debe ser la duración de sus prórrogas, tal como se había venido entendiendo hasta que el Gobierno pidiera y obtuviera del Congreso de los Diputados la autorización para que llegara hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021.

No parece discutible que una pandemia como la que sufrimos encaja en el presupuesto previsto por la Ley Orgánica 4/1981 para la declaración del estado de alarma. La cuestión no es, sin embargo, ésta sino, en primer lugar, si las medidas dispuestas son idóneas, imprescindibles y pro-

(34) Aunque también ha habido recursos que reprochaban a los Reales Decretos de declaración y prórroga ignorar las necesidades de la infancia confinada y discriminarla al tiempo que se denunciaba que el Gobierno la considerara un vector de transmisión del virus (recurso núm. 92/2020, archivado por auto de 28 de abril de 2020).



porcionadas para impedir la propagación de la enfermedad y, además, si, efectivamente, entrañan la suspensión de derechos fundamentales (35) o sólo consisten en su limitación, que es lo que permite la Ley Orgánica en el estado de alarma y no significa, en principio, infracción del artículo 55.1 de la Constitución. Resolverla, así como responder a si cabe una prórroga superior a quince días, significa entrar en el examen de la constitucionalidad del contenido y de la duración dados al estado de alarma.

Sucede, sin embargo, que, tal como se señaló antes, el Tribunal Constitucional ha dicho en su sentencia 83/2016 que el Real Decreto que declara el estado de alarma o su prórroga es un acto con valor de Ley y los tribunales de lo contencioso-administrativo carecen de jurisdicción para enjuiciarlo directamente. Solamente, con ocasión de recursos interpuestos contra actos o disposiciones reglamentarias dictados en virtud de la declaración, si dudaran de su conformidad con la Constitución y la razón de ello se debiera a que aplican una determinación con valor de ley de aquella, relevante y determinante del fallo que han de pronunciar, en la que reside la causa de la posible contradicción con la Constitución, deberán plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, eso solamente podrán hacerlo tras oír a las partes e inmediatamente antes de dictar sentencia. Es decir, una vez tramitado todo el proceso y, de momento, sólo se ha llegado a ese punto respecto de la modificación del artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para atribuir a las Salas de ese orden la autorización o ratificación de las medidas extraordinarias que, por razones sanitarias, comporten la restricción de derechos fundamentales (36).

Por otra parte, penden cuando se escriben estas líneas los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma y contra los Reales Decretos 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, que lo prorrogaron, así como contra el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que volvió a declararlo, y su prórroga por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. Por tanto, habrá que esperar al juicio del Tribunal Constitucional.

Aunque no condiciona la decisión que tome en su día, es significativo que la providencia de la Sección Primera de su Sala Primera de 11 de di-

(35) Tal como ha defendido FERNÁNDEZ CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 119/2021, págs. 59 y sigs. Coincide en el exceso en que habría incurrido el Real Decreto 463/2020, ÁLVAREZ BUJÁN, M.V., «A propósito del estado de alarma por causa del Covid19: el olvido del principio de proporcionalidad», *ibidem*, págs. 209 y sigs.

(36) La cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha sido admitida a trámite por la providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2021 (asunto núm. 6283-2020).



ciembre de 2020 haya inadmitido el recurso de amparo de una diputada de Vox contra el acuerdo parlamentario de autorización de la prórroga del estado de alarma y contra el Real Decreto que, en cumplimiento de esa autorización prorrogó el declarado por el Real Decreto 926/2020(37). Es significativo porque la razón de la inadmisión es la naturaleza de acto con valor de Ley del acuerdo parlamentario y del Real Decreto de prórroga que afirmaron la sentencia 83/2016 y el auto 7/2012. Y ese mismo criterio lo ha seguido para inadmitir el recurso de amparo interpuesto por un abogado contra la inadmisión por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de su recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 463/2020(38).

Otro asunto de importante trascendencia constitucional que deberá abordar y resolver el Tribunal Constitucional es el de si una ley autonómica puede establecer limitaciones a los derechos fundamentales con la amplitud con la que lo hace la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero, o si dar ese paso supone infringir la reserva de ley orgánica impuesta por el artículo 81.1 de la Constitución. No cuesta especial esfuerzo advertir con su sola lectura, que, no sólo incluye las limitaciones aplicadas durante los pasados estados de alarma, sino que hace, además, un amplio desarrollo de la Ley Orgánica 3/1986 e introduce la vacunación obligatoria(39). El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución respecto del apartado quinto de la nueva Ley. Por tanto, con la sola interposición el precepto autonómico ha quedado suspendido y el Tribunal Constitucional, por auto de 21 de julio de 2021 ha mantenido solamente la suspensión del apartado relativo al sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación.

3.2. LAS INADMISIONES POR FALTA DE JURISDICCIÓN DE LA SALA Y DE LEGITIMACIÓN DE LOS RECURRENTES

La calificación por la sentencia núm. 83/2016 del Tribunal Constitucional de los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma como disposiciones con valor de Ley no ha sido óbice para que

(37) Providencia de 11 de diciembre de 2020 (asunto 5344-2020).

(38) Providencia de 23 de diciembre de 2020 (asunto 6309-2020).

(39) Sobre la vacunación obligatoria de niños contra diversas enfermedades se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 8 de abril de 2021 (asunto Vavricka y otros contra República Checa) considerándola una injerencia necesaria y proporcionada en el derecho a la vida privada que entra dentro del margen de que disponen los Estados para imponerla pues protege la salud y los derechos de los demás.



se interpusieran recursos contencioso-administrativos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, casi todos por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, contra los que lo han declarado o prorrogado con la autorización del Congreso de los Diputados. En todos ellos se ha planteado por el Abogado del Estado su inadmisibilidad por falta de jurisdicción de la Sala por la razón indicada y en algunos se ha entablado en esa fase preliminar un debate sobre si se debía atender a lo dicho por el Tribunal Constitucional en esa sentencia núm. 83/2016 o debía considerarse que cuanto en ella se afirma debe circunscribirse al singular supuesto en el que se dictó. El parecer del Tribunal Supremo ha sido el de ajustarse a lo determinado por el Tribunal Constitucional, vistos los términos absolutamente claros y precisos en que se pronunció en aquella ocasión y con independencia de que sean diferentes la razón de la declaración del estado de alarma y las medidas acordadas entonces y las de ahora (40).

También ha descartado que los Reales Decretos impugnados adolecieran de vicios formales esenciales que les impidieran beneficiarse de dicho valor de Ley y, por tanto, les hiciera susceptibles de revisión por la Sala. Tal es el caso de la alegada falta de comunicación por el Gobierno al Congreso de los Diputados o de la alegada falta de convalidación por esta cámara del Real Decreto que declaró el estado de alarma. En ninguno de los casos en que se alegó se había omitido la primera y es evidente que ni la Constitución ni la Ley Orgánica exigen la segunda para su declaración (41).

De igual modo y por la misma razón de carecer de jurisdicción, se inadmitieron los recursos interpuestos contra Reales Decretos-Leyes dictados para establecer regulaciones legales exigidas por las circunstancias derivadas de la pandemia (42).

En otros casos, en los que se impugnaban Órdenes dictadas en desarrollo de los Reales Decretos de declaración o prórroga del estado de alarma, la inadmisión ha obedecido a la falta de legitimación de los recu-

(40) Autos de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de, de 22 de diciembre de 2020 y 7 de octubre de 2020 (recurso núm. 120/2020); 22 de diciembre y 11 de noviembre de 2020 (recurso núm. 339/2020); 20 de noviembre de 2020 (recurso núm. 307/2020); 5 de noviembre de 2020 (recurso núm. 322/2020); 4 de noviembre de 2020 (recurso núm. 305/2020); 27 y 14 de octubre de 2020 (recurso núm. 303/2020); 16 de junio de 2020 (recurso núm. 96/2020); 10 de junio de 2020 (recursos núm. 99/2020 y 102/2020); 12 de mayo de 2020 (recurso núm. 90/2020 y núm. 89/202); 6 de mayo de 2020 (recurso núm. 96/2020); 4 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020).

(41) Autos de 27 y 14 de octubre de 2020 (recurso núm. 303/2020); de 4 de mayo de 2020 (recurso núm. 99/2020).

(42) El auto de 4 de septiembre de 2020 (recurso núm. 114/2020) inadmitió el interpuesto por la asociación DEFENDA contra el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, por el que se aprueban medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.



rrentes por no haber justificado ser titulares de un derecho o interés legítimo afectado por la disposición recurrida y actuar únicamente en defensa de la legalidad.

Hay que recordar que en el proceso contencioso-administrativo, a diferencia de lo que sucede en el penal, en el que la prevé el artículo 125 de la Constitución, no existe la acción pública, salvo en los supuestos expresamente previstos por la Ley. Por esta razón, se inadmitió el recurso dirigido contra la Orden SND/351/2020, de 26 de abril, por la que se autoriza a las unidades NBO de las Fuerzas Armadas y a la Unidad Militar de Emergencias a utilizar biocidas autorizados por el Ministerio de Sanidad en las labores de desinfección para hacer frente a la crisis sanitaria originada por el COVID-19(43). Y el interpuesto contra la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres, por quien, primero no alegó haberse visto impedido de asistir a alguno y luego adujo no haber podido hacerlo al de dos personas que no eran familiares ni allegados suyos(44).

Igual suerte corrieron los recursos contra la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. En particular, se le imputaba vulnerar la libertad religiosa por las restricciones que imponía a las ceremonias funerarias y velatorios. Pues bien, no se consideró suficiente para apreciar la legitimación de la recurrente la probabilidad de que su madre, de avanzada edad, falleciera, lo que no llegó a suceder o, al menos, no se acreditó que hubiera sucedido cuando se resolvió al respecto(45). En otro caso, simplemente, se constató que el recurrente no supo argumentar de qué manera le afectaban esas restricciones(46). Tampoco vio la Sala bastante para fundamentar la legitimación los fines genéricos perseguidos por la Asociación de Abogados Cristianos(47).

Fue igualmente inadmitido el recurso de esta entidad contra la Orden SND/310/2020, de 31 de marzo, por la que se establecen como servicios

(43) Sentencia núm. 1772/2020, de 17 de diciembre (recurso núm. 104/2020).

(44) Auto de 10 de junio de 2020 (recurso núm. 102/2020).

(45) Auto de 21 de julio y de 14 de octubre de 2020 (recurso núm. 129/2020).

(46) Auto de 21 de julio de 2020 (recurso núm. 115/2020).

(47) Eran los siguientes: «Actuar con todos los medios existentes en el estado de derecho ante cualquier actuación que lesiones, dañe, maltrate, perjudique, difame, atente, menoscabe o desprestigie tanto a la religión Cristiana en general, como a cualquiera de sus partidarios o seguidores, incluidos los integrantes de la propia asociación». La inadmisión la acordó el auto de 21 de julio de 2020 (recurso núm. 117/2020).



esenciales determinados centros, servicios y establecimientos sanitarios del Ministerio de Sanidad. Se dirigía contra la calificación como actividad esencial de la desarrollada por las clínicas de interrupción voluntaria del embarazo durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Para la Sala, la libertad de asociación en su faceta positiva y la autoatribución de fines estatutarios no confieren la imprescindible legitimación, que ha de estar vinculada a la obtención por quien recurre de una ventaja concreta o a la evitación de una desventaja igualmente precisa (48).

Tampoco ha admitido, en aplicación de criterios establecidos previamente por el pleno de la Sala Tercera, la legitimación del grupo parlamentario de Vox en la Asamblea de Madrid para impugnar el Decreto 22/2021 de la Presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid, pues las medidas que adopta no inciden en la posición ni en las funciones que le corresponden ni a las de sus integrantes (49).

3.3. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS RECURSOS CONTRA ACTOS Y DISPOSICIONES ADOPTADOS POR LOS PRESIDENTES DE LAS COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS COMO AUTORIDAD DELEGADA DEL GOBIERNO EN MATERIA DE ESTADO DE ALARMA

El artículo 2 del Real Decreto 926/2020 que declaró el tercer estado de alarma de 2020 establece que los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas tendrán la consideración de autoridad delegada del Gobierno y quedan habilitados para dictar disposiciones de aplicación de las medidas en él previstas que limitan la libertad de circulación, la entrada y salida de las Comunidades y Ciudades Autónomas, la permanencia de personas y grupos en espacios públicos y privados y en los lugares de culto y permiten establecer prestaciones personales.

El ejercicio por dichos Presidentes de esa facultad ha originado dudas sobre a quién corresponde el control judicial de sus decisiones. Así se ha visto en el recurso del Abogado del Estado contra el acuerdo 2/2021, de 15 de enero, del Presidente de la Junta de Castilla y León que, en cuanto autoridad delegada del Gobierno, adelantó el toque de queda más de lo previsto por el Real Decreto 926/2020. El Abogado del Estado pidió al interponerlo la suspensión cautelar del mismo y en el incidente abierto para resolver sobre esa medida, la Junta de Castilla y León, aunque no hizo de ello cuestión en ese momento, planteó la duda de si la delegación

(48) Autos de 24 de septiembre y 22 de julio de 2020 (recurso núm. 103/2020).

(49) Auto de 10 de mayo de 2021 (recurso núm. 93/2021). El recurso sigue su tramitación porque fue interpuesto también a título personal por doña Rocío Monasterio San Martín.



prevista por el Real Decreto 926/2020 se corresponde o no con la contemplada por el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (50).

La importancia de la alegación reside en que, según el apartado 4 de ese artículo 9, las resoluciones dictadas en virtud de delegación se entenderán dictadas por el órgano delegante, el cual según el apartado 6, siempre del mismo precepto, puede revocarla en cualquier momento. De aceptarse esta interpretación, no tendría sentido el recurso del Abogado del Estado porque al Gobierno le bastaría con revocar la delegación y dejar por sí mismo sin efecto el acuerdo controvertido. Por otro lado, si se entendiera que se trata de una figura diferente, podría plantearse que, en tal caso, no sería aplicable la regla del apartado 4 y no cabría atribuir la resolución al órgano delegante. Esa conclusión, de estar fundada, conllevaría que la competencia para conocer de los recursos contra tales resoluciones de los Presidentes autonómicos no correspondería al Tribunal Supremo, pues solamente entiende de los que proceden del Consejo de Ministros o de los tomados por su delegación, sino a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Y todavía cabría entender que, siendo una disposición con fuerza de ley la que directamente atribuye a esos Presidentes la condición de autoridad delegada del Gobierno sin ninguna excepción o condición, el Gobierno no puede revocarla de manera que la única posibilidad de oponerse a las determinaciones de aquellos sería la que ofrece el recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo porque, ciertamente, estos Presidentes en el marco del estado de alarma actúan como delegados *ex lege* del Gobierno.

En torno a este problema ha habido disparidad de criterio entre las Salas territoriales. Por eso, la Sala Tercera ha debido pronunciarse y ha sentado el criterio de que le corresponde la competencia (51). No ha entrado en el examen a fondo del alcance de la delegación prevista en el Real Decreto 926/2020, pero, por el momento, considera suficientes argumentos, por un lado, la afirmación de la propia competencia para conocer de los recursos contra las Órdenes y actuaciones de los Ministros a los que el Real Decreto 463/2020 consideró autoridades delegadas del Gobierno en el primer estado de alarma (52). Y, por el otro, el propio artículo 9.4 de la Ley 40/2015, así como que la atribución a los Presidentes

(50) Véase el auto de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de 16 de febrero de 2021 (recurso núm. 12/2021).

(51) Autos de su Sección Primera de 3 de febrero de 2021 (cuestiones de competencia núm. 31 y 35/2020).

(52) Autos de la Sección Primera de 29 de abril de 2020 (cuestiones de competencia núm. 7 y 8/2020).



autonómicos se ha hecho en el ámbito de las importantes medidas de control de la pandemia y en el marco del estado de alarma. Es decir, en el contexto de emergencia existente.

3.4. LAS MEDIDAS CAUTELARES CONCEDIDAS

En la mayor parte de estos recursos se solicitaron medidas cautelares *inaudita parte* —aquellas que por la especial urgencia del caso, debidamente justificada han de adoptarse inmediatamente, en cuarenta y ocho horas como máximo, sin oír antes a la Administración— u ordinarias, pero solamente se adoptaron en cinco por el Tribunal Supremo.

En el interpuesto por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos contra la inactividad del Ministerio de Sanidad (53), inicialmente se desestimaron, pues la Sala consideró que debía oír antes a la Administración. Luego, no se concedió la reclamada que consistía ordenarle suministrar con carácter urgente e inmediato a los profesionales sanitarios el material de protección que indicaba la recurrente —batas impermeables, mascarillas fpp2, fpp3, gafas de protección, calzas específicas y contenedores grandes de residuos— pero sí se acordó requerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tuviera lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios; y que informara quincenalmente a la Sala de las concretas medidas adoptadas a tal fin, con indicación de los medios de protección puestos a disposición de los profesionales sanitarios y su distribución efectiva. Las razones determinantes de esa decisión fueron la constatación del hecho notorio de que, pese a las actuaciones desarrolladas por la Administración, los profesionales sanitarios no contaron con todos los elementos de protección necesarios y la preservación de sus derechos a la integridad física y a la salud (54).

En un asunto absolutamente diferente, se suspendió el apartado segundo de la Orden SND/413/2020, de 15 de mayo, por la que se establecen medidas especiales para la inspección técnica de vehículos. La medida cautelar se adoptó en consonancia con la recomendación del Defensor del Pueblo. Ese apartado establece que el período de validez de

(53) Auto de 20 de abril de 2020 (recurso núm. 91/2020).

(54) En cambio, por auto de 22 de abril de 2020 (recurso núm. 98/2020) se denegó la medida cautelarísima pedida en el recurso núm. 98/2020, interpuesto por la plataforma cívica «Tu voz es tu derecho», consistente en que, «con carácter de urgente, por el servicio público de Sanidad, con cargo al mismo (o en su caso a las dependencias públicas propias de cada comunidad) y en un plazo no superior a 4 días, se realice el “test PCR” que permita conocer el ACTUAL estado de salud de todos y cuantos lo soliciten, y como protección del derecho de acceso al trabajo y en salvaguarda del de salud».



las inspecciones se contará, no desde que se realicen efectivamente, sino desde cuando debieron haberse hecho y no se llevaron a cabo por la prórroga de la que fueron objeto las anteriores a causa de las limitaciones traídas por la declaración del estado de alarma (55).

También se tomó la medida cautelar *inaudita parte* de arbitrar un procedimiento especial para que los médicos internos residentes pudieran elegir plaza personalmente y no sólo de forma telemática (56).

Se suspendió, igualmente, la limitación del aforo de iglesias y templos a 25 personas, impuesta por el Decreto del Presidente de la Junta de Castilla y León (57). La Sala acogió en esta ocasión los argumentos de la Asociación de Abogados Cristianos para la que carecía de sentido que, establecido el límite general del tercio de la capacidad, se mantuviera el especial de veinticinco personas como máximo sin tener en cuenta las dimensiones de los templos. Explicó, además, la diferencia con la denegación anterior de la suspensión de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, que también impuso restricciones al aforo en lugares de culto» (58): se trataba entonces de limitaciones fijadas en proporción al aforo ordinario del establecimiento o recinto. También observó que había rechazado la suspensión urgente de resoluciones que imponían un número máximo de asistentes muy reducido (59), pero —precisó— eran medidas limitadas a cuatro localidades de Cantabria para espacios cerrados y por un tiempo breve: entre el 28 de enero y el 11 de febrero de 2021.

Otro asunto relativo a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en que el Tribunal Supremo adoptó una medida cautelar de suspensión fue el del adelanto ya mencionado del toque de queda a las 20:00 horas, o sea antes de lo que autorizaban los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, que lo fijaban en las 22:00 (60). La razón determinante fue la de que, de prosperar el recurso, no podría reponerse el derecho a la libertad de circulación cuya restricción afectaba, además, a toda la población. Y sucedía que el acuerdo del Presidente de la Junta de Castilla y León podría incurrir en nulidad de pleno Derecho por imponer un órgano *prima facie* incompetente por razón de la materia la limitación

(55) Autos de 25 de noviembre y de 24 de septiembre de 2020 (recurso 204/2020); y de 11 de noviembre y de 5 de octubre 2020 (recurso núm. 182/2020)].

(56) Autos de 9 de julio y de 29 de junio de 2020 (recurso núm. 150/2020).

(57) Por auto de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2021 (recurso núm. 19/2021).

(58) Autos de 4 de junio de 2020 (recurso núm. 129/2020) y de 10 de junio de 2020 (recursos núm. 117/2020).

(59) Auto de 4 de febrero de 2021, (recurso núm. 44/2021).

(60) El acuerdo de su Presidente que lo dispuso fue suspendido por auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2021 (recurso núm. 12/2021).



de un derecho fundamental más allá del ámbito horario permitido en el R.D 926/2020.

De entre las medidas cautelares tomadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, tal vez una de las más llamativas ha sido la decisión de la Sala de Bilbao (61) de suspender la vigencia de disposiciones relativas a la prohibición de reapertura de establecimientos de hostelería en municipios de más de 5.000 habitantes con una tasa de incidencia del COVID-19 en los últimos 14 días igual o superior a 500 por cada 100.000 habitantes (62). La consecuencia de la suspensión cautelar fue la de que dichos establecimientos pudieron abrir, si bien en las condiciones determinadas por apartado 9, punto 3 del Decreto 44/202. Es decir, con servicio de terraza, 50% del aforo interior, distancia de al menos metro y medio entre personas sentadas en mesas diferentes, con cuatro personas por mesa como máximo, sin unirlas y manteniéndose la prohibición de consumir en barra o de pie (63).

También alcanzó notoriedad la decisión cautelar de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Barcelona (64) de ordenar a la Generalidad de Cataluña que en diez días vacunara a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil destinados en Cataluña en la misma proporción en que ya había vacunado a los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. La medida la adoptó el tribunal a instancias del Sindicato del Cuerpo Nacional de Policía (JUPOL) y de la Asociación de la Guardia Civil-Justicia Civil. Y la razón de la cautela descansa en la situación de riesgo para la salud de esos policías y guardias a la vista de que sólo se había vacunado al 9,9% y al 6,3% respectivamente frente al 80,3% de los Mossos y el 79,1% de los policías locales.

A partir de estos datos, advirtió la Sala de Barcelona «una apariencia de buen derecho menos intensa» que, «unida al peligro de mora procesal, da como resultado un valor superior al que cabría asociar al interés o

(61) La medida cautelar fue adoptada por auto de 9 de febrero de 2021 (recurso núm. 94/2021) a instancias de la Asociación de Hostelería de Vizcaya, de la Asociación de Empresarios de Hostelería de Guipúzcoa y de SEA Empresas Alavesas.

(62) Suspendió, en concreto, el apartado 9.1 del anexo al Decreto 44/2020, de 10 de diciembre, del Lehendakari y la disposición tercera de su Decreto 4/2021, de 22 de enero.

(63) El auto apoyaba su decisión en el grave quebranto económico de las actividades hosteleras y en su difícil reparación, incluso mediante indemnizaciones posteriores, y en que en el informe de la Dirección de Salud Pública del Gobierno Vasco, no aparecía con claridad la influencia de la apertura de los establecimientos hosteleros en el elevado nivel de incidencia de la enfermedad. La Sala de Bilbao consideraba que podía deberse a encuentros familiares y privados. También apuntaba que las importantes medidas de corrección a que se sometería la apertura permitirían minimizar los riesgos para la salud pública y que, en todo caso, podrían modificarse o revocarse en el futuro las medidas cautelares.

(64) Auto de 27 de abril de 2021 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso núm. 162/2021).



intereses de la contraparte». Además, apreció *prima facie* «una apariencia de discriminación en perjuicio de los funcionarios del CNP y de la GC; una apariencia de discriminación que concuerda con los datos porcentuales» comprobados.

3.5. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA Y A LA SALUD DEL PERSONAL SANITARIO

Como se ha dicho antes, la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos recurrió por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales la inactividad que imputaba al Ministerio de Sanidad en el cumplimiento del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma, por no poner a disposición de los profesionales sanitarios los equipos de protección individual necesarios, con la consecuencia de haber puesto en riesgo sus derechos a la vida, a la integridad física y a la salud.

La Sala Tercera estimó en parte su recurso (65)

La sentencia lo rechaza en tanto se dirige contra la inactividad administrativa porque la recurrente no cumplió los requisitos exigidos por el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción. No obstante, en la medida en que también planteaba la infracción del artículo 12.4 del Real Decreto 463/2020 por no haberse satisfecho el objetivo perseguido por este precepto de lograr la mejor distribución de medios técnicos, lo acogió en parte. La razón de la estimación reside en el hecho notorio, ya apreciado por la Sala en sus autos de 31 de marzo y 20 de abril de 2020, dictados en el incidente de medidas cautelares, de la falta inicial de medios de protección individual con el consiguiente riesgo para los derechos fundamentales de esos profesionales materializado en el fallecimiento de decenas y en los numerosos contagios sufridos por ellos. Por eso, el fallo así lo declara.

Explica la sentencia que su declaración no supone, sin embargo, ningún juicio de culpabilidad ni imputación de responsabilidad sino la constatación de dicha circunstancia. Además, precisa que la carencia de equipos que afectó inicialmente a los profesionales sanitarios se debió a la incapacidad para suministrárselos del Sistema Nacional de Salud, el que según el artículo 44 de la Ley General de Sanidad integra el conjunto de

(65) Sentencia núm. 1271/2020, de 8 de octubre (recurso núm. 91/2020).



servicios de salud del Estado y de las Comunidades Autónomas y no solamente de la Administración General del Estado o del Ministerio de Sanidad.

Por último, no constando que faltaran esos medios en el momento en que se dictaba, la sentencia desestimó las pretensiones de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos de que se ordenara al Ministerio de Sanidad que cesara en el incumplimiento denunciado y que suministrara equipos de protección. Además, observó que, expirado el estado de alarma el 21 de junio de 2020, había decaído la dirección del Ministerio de Sanidad sobre los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas por lo que deberían, en su caso, dirigirse a ellos.

3.6. LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR MASCARILLA

La obligación de llevar mascarilla, discutida a raíz de su imposición también para los espacios abiertos y al margen de que se observe la distancia de seguridad por el artículo 6 de la Ley 2/2021 (66), ha sido objeto de consideración por la Sala Tercera (67).

La Orden SND/422/2020, de 19 de mayo, por la que se regulan las condiciones para el uso obligatorio de mascarilla durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, obligaba a usarla en la vía pública, en los espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o abierto al público, siempre que no se pudiera mantener una distancia interpersonal de al menos dos metros (artículo 3).

Esta Orden fue impugnada por particulares que la consideraron lesiva de sus derechos fundamentales. Los recursos fueron desestimados porque, para la Sala, era patente que la intervención estatal en la libertad individual que supone la obligación de usar la mascarilla es una medida de protección no especialmente invasiva, adecuada, necesaria y proporcionada a los fines buscados: la protección de la salud de todos. Explicó la Sala que en el conflicto debía prevalecer el objetivo constitucional de protección de la salud, principio proclamado por el artículo 43 de la Constitución que comprende la integridad física y moral. Añadió que, de acuerdo con el actual estado de conocimiento de las vías de propagación del virus COVID-19, sirve para contener la progresión de la pandemia y no implica un sacrificio excesivo.

(66) El artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 13/2021, de 24 de junio, ha suprimido esa obligación en espacios abiertos en que se pueda mantener una distancia mínima de 1,5 metros entre no convivientes.

(67) En las sentencias núm. 1569/2020, de 20 de noviembre (recurso núm. 140/2020) y núm. 1796/2020, de 17 de diciembre (recurso núm. 128/2020).



Rechazó, por otro lado, que se encontrara concernido el derecho al consentimiento informado a que se refiere el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, por esta obligación. La autonomía del paciente y el procedimiento diagnóstico desarrollado para situaciones ordinarias, explicó, no se veían afectados en situaciones extraordinarias, máxime cuando la finalidad y naturaleza de la intervención administrativa era notoriamente conocida y no constaban riesgos de entidad por el uso de mascarillas. Y tampoco aceptó que su uso obligatorio quebrante el artículo 26 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, es decir el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (68). La razón es que los informes científicos nacionales e internacionales examinados por la Sala ven necesario su uso para la protección del derecho a la salud, tanto del usuario de la mascarilla como de las personas circundantes.

Por último, la Sala rechazó que el derecho al honor y el derecho a la propia imagen se vieran afectados por la posible crítica social a quienes rechazaran usar mascarillas.

3.7. LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS DE CIRCULACIÓN Y REUNIÓN

El reproche de exceso en la limitación de estos derechos fundamentales o, simplemente, la idea de que habían sido suspendidos para millones de españoles, late en muchos de los recursos que se han interpuesto. En general se dirigen contra los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma y sobre ellos, tal como se ha dicho, no se ha pronunciado el Tribunal Supremo, pues no le corresponde, y deberá ser el Tribunal Constitucional el que lo haga. No obstante, sí ha tenido que hacerlo a propósito de Órdenes del Ministerio de Sanidad a las que se reprochaba ir más allá de lo que autorizaba el Real Decreto 463/2020 o fijar limitaciones de manera arbitraria.

La Sala Tercera lo ha hecho en dos sentencias de 2021. Ambas desestimaron los recursos del mismo abogado (69). Defendía sus derechos y los de su hija menor de edad, tanto a viajar a una segunda residencia en los Pirineos, cuanto a salir de su localidad confinada para reunirse con

(68) El Instrumento de ratificación por España se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del 20 octubre de 1999.

(69) Sentencias núm. 171/2021, de 10 de febrero (recurso núm. 99/2020) y núm. 324/2021, de 9 de marzo (recurso núm. 147/2020).



amigos que vivían en otros lugares a los que no se podían desplazar y a coincidir con más de veinte personas.

Impugnó, en efecto, en primer lugar la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Se debe señalar que esta Orden flexibilizaba la limitación establecida inicialmente por el Real Decreto 463/2020 y contemplaba las salidas de los menores ya en el contexto de la inminente desescalada.

La sentencia núm. 171/2020 encontró motivada la regulación establecida por la disposición impugnada, descartó arbitrariedad en la misma y puso de manifiesto que el riesgo principal de contraer la enfermedad proviene del contacto con personas contagiadas y que, para prevenirlo, además del uso de mascarillas, de mantener la distancia de seguridad y de las medidas de higiene personal y de ventilación de lugares cerrados, es necesario limitar sustancialmente ese contacto y la movilidad que lo propicia.

Respecto del derecho de reunión, el recurrente achacaba a la Orden SND/458/2020, de 30 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 3 del Plan para la transición a una nueva normalidad, su vulneración porque su artículo 7.2 disponía:

«2. En todo caso, deberán respetarse las medidas de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias para la prevención del COVID-19, y, en particular, las relativas al mantenimiento de una distancia mínima de seguridad de, al menos, dos metros, o, en su defecto, medidas alternativas de protección física, de higiene de manos y etiqueta respiratoria. A estos efectos, los grupos deberían ser de un máximo de veinte personas, excepto en el caso de personas convivientes».

La sentencia núm. 324/2021 explica que este apartado 2 lo único que hacía era imponer, en el ejercicio de la libertad de circulación a la que se dedicaba el artículo 7, el respeto a las medidas de seguridad e higiene, especialmente a las de mantenimiento de la distancia de seguridad de dos metros o en su defecto de medidas de protección física de higiene de manos y de etiqueta respiratoria. La referencia a las veinte personas a propósito de los grupos que pudieran formarse como consecuencia de esa circulación, dice la sentencia, era, por lo demás, a los efectos anteriores. Es decir, a los del mantenimiento de la seguridad e higiene que el recurrente no parecía discutir y, sobre todo, no era imperativa, tal como resulta del modo potencial utilizado: «deberían».



Por eso, la sentencia no advierte en esa frase la regulación sustantiva del derecho fundamental de reunión de la que hablaba el recurrente ni atribuye relevancia al número concreto. La cuestión, en este contexto, precisa, no es por qué dice la Orden que no deberían circular juntas veinte personas sin medidas de seguridad e higiene sino si proponer ese número como máximo deseable era, en las condiciones del momento, irrazonable. Y esto, apunta la sentencia, no se había demostrado.

También llama la atención sobre la fijación imperativa por la Orden de un número máximo de congregados superior en diversos supuestos: cincuenta personas en los velatorios (artículo 8), setenta y cinco o ciento cincuenta en las bodas, según se celebraran en lugares cerrados o al aire libre (artículo 10). Y sobre que, seguramente, el número sería superior en los casos en que determinaba los aforos máximos en función de la capacidad de los establecimientos o locales. Por lo demás, considera congruente con los documentos del expediente y razonable la motivación ofrecida por el preámbulo de la Orden y rechaza que sea arbitraria en el punto controvertido. Además reitera que, por lo que se sabe sobre la manera más eficaz de prevenir el contagio de la enfermedad, parecen razonadas y razonables las medidas que mantiene.

3.8. LAS RESTRICCIONES A LA PESCA RECREATIVA

La Federación Española de Pesca Deportiva y Casting impugnó el artículo 43, la disposición final segunda y la disposición final tercera de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad (70). En concreto, consideró que no haber incluido entre las actividades no restringidas por esa disposición a la pesca recreativa era discriminatorio y contrario al derecho de asociación y pretendió ser resarcida mediante una indemnización.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimó su recurso (71) porque sus alegaciones olvidaban la grave situación de salud pública causada por la pandemia y la dramática afectación de los intereses públicos de todo tenor que ha ocasionado, precisamente a las que respondían las medidas de protección de la disposición recurrida. La Sala señaló que para hacerle frente era necesario cohonestar el desarrollo de actividades al aire libre y recreativas con la evitación de situaciones de riesgo. Y en-

(70) Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 9 de mayo de 2020.

(71) Sentencia núm. 1595/2020, de 25 de noviembre (recurso núm. 111/2020).



tendió que, en concretos deportes, como el de la pesca recreativa, por sus características intrínsecas, por el contacto social que propician, se puede producir la extensión de la enfermedad. Además, tuvo en cuenta que, dadas las características abiertas de los espacios en que se practican, «no parece especialmente factible, en las difíciles circunstancias de la pandemia, un control adecuado de la observancia de las medidas de prevención, precisamente por las restricciones de movilidad, que también afectan a la disponibilidad ordinaria de los medios personales y materiales de control de que disponen las Administraciones».

Por último, precisa que el control que se efectúa a través del recurso contencioso-administrativo es de legalidad, no de oportunidad, y no llega a los aspectos técnicos que sustentan dicha oportunidad. Y recuerda que, en una situación en la que, todos los medios disponibles y todas las medidas han de orientarse prioritariamente al control de la pandemia, el examen de una medida concreta «no se puede aislar del conjunto extraordinariamente complejo de situaciones e intereses que debían ser acompasados, sin que se haya acreditado en modo alguno la presencia de un sesgo discriminatorio en las medidas adoptadas». Por eso, no aprecia ninguna vulneración del principio de igualdad garantizado por el artículo 14 de la Constitución alegado por la recurrente por el trato distinto dado a otras modalidades de pesca. Y tampoco considera infringido el derecho de asociación invocado por impedir a la Federación recurrente la realización de su fin social.

3.9. EL DERECHO DE MANIFESTACIÓN

Aunque no se suele tener en cuenta, conviene recordar que el derecho fundamental de manifestación no precisa —no está sometido a— de autorización previa. La obligación que la Ley Orgánica que lo regula(72) impone a los convocantes es la de comunicar a la autoridad gubernativa con diez días de antelación —o veinticuatro horas, de mediar causas extraordinarias o graves que justifiquen la urgencia—, entre otros extremos el día, lugar y hora, así como el recorrido previstos. La Ley Orgánica habilita a dicha autoridad para prohibirla(73) o proponer la modificación de la fecha, lugar o recorrido, de haber razones fundadas que hagan temer alteraciones del orden público con peligro para personas o bienes. Natural-

(72) Se trata de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio.

(73) La autoridad gubernativa suspenderá y disolverá si fuere el caso las reuniones o manifestaciones que se consideren ilícitas conforme a las leyes penales o si se hiciere en ellas uso de uniformes paramilitares por los asistentes, de acuerdo con el artículo quinto de la Ley Orgánica 9/1983. .



mente, fuera de esos casos, no podrá hacerlo y los manifestantes podrán ejercer su libertad sin cortapisas.

De prohibir o proponer modificaciones la autoridad gubernativa, su decisión podrá ser recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, que podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones o parte de ellas y contra su pronunciamiento cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, siendo en ambos casos brevísimos los plazos para que, de resultar amparado el derecho de los convocantes, pueda celebrarse la manifestación (74).

El principal debate surgido al respecto durante el estado de alarma, se produjo a propósito del auto del Tribunal Constitucional núm. 40/2020, de 30 de abril, que inadmitió el recurso de amparo de un sindicato contra la desestimación por la Sala de La Coruña de su recurso contra la prohibición por la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra de la manifestación del 1 de mayo de 2020 en Vigo. En sus razonamientos el Tribunal Constitucional expone que la limitación del derecho es legítima y tiene la cobertura constitucional que ofrecen los artículos 15 y 43 del texto fundamental. Considera, en efecto, que la «finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma» (...) ambas (...) buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19».

Destacaba el Tribunal Constitucional que, en la incertidumbre científica sobre las formas de contagio, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de contactos y actividades eran las únicas que se habían mostrado eficaces para limitar la pandemia. Por eso, le pareció obvio que la prohibición de celebrar la manifestación guardaba «una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria». De ahí que tuviera por adecuada la limitación del derecho.

También observó que no se trataba de garantizar el orden público o de asegurar la no alteración del orden público y apuntó que tampoco la declaración del estado de alarma se había basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Y rechazó que fuera desproporcionada la prohibición, tal como sostenía el sindicato recurrente, que recordaba las medi-

(74) El artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción regula un procedimiento ágil para la resolución inmediata de estos recursos.



das de protección que había anunciado que se observarían y que la manifestación se haría en vehículos ocupados por una sola persona. Sobre ello el auto 40/2020 indica que no se preveían «medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria». Añadía que no podía perderse de vista que «el itinerario elegido (...) supone ocupar durante varias horas la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa».

Y terminó indicando que la prohibición era proporcionada porque, pese a la modalidad de manifestación elegida podía causar problemas con los que los recurrentes no habían contado. En particular, los relativos a la libre circulación de ambulancias y de los servicios de urgencias médicas y el libre acceso a los hospitales en una situación de alerta sanitaria. Además, recordó el impacto de la infección en la ciudad de Vigo, segunda en Galicia en casos activos de coronavirus, y que los organizadores no habían previsto adecuadamente medidas de prevención de contagios, ni de limitación de asistentes, ni de garantía del libre tránsito de vehículos sanitarios, ni de salida o retorno escalonado, con lo que no se podían descartar momentos de concentración de personas.

En razón de todo ello, el Tribunal Constitucional no consideró verosímil la lesión del artículo 21 de la Constitución.

Posteriormente, se ha mantenido la discusión sobre el ejercicio del derecho de manifestación bajo el estado de alarma. Ciertamente, no cabe suspenderlo por la sola circunstancia de su vigencia, ya que el artículo 55.1 de la Constitución no autoriza la suspensión de ningún derecho fundamental, pero ese no es el problema. El problema es el de si justifica la prohibición de manifestarse el riesgo de contagio que provocan las concentraciones de personas. A ese respecto, parecen determinantes las características de la manifestación pretendida y las circunstancias que rodearían su ejercicio. Si pudiera establecerse con suficiente certeza que unas y otras permiten excluir o reducir hasta la mínima expresión el riesgo de contagio, no podría justificarse la prohibición, mientras que si no se logra esa certeza o la hay de lo contrario, no debería reputarse excesiva. Por tanto, la solución ha de ser caso por caso y serán esos hechos relevantes mencionados los determinantes de la decisión.

Desde que el Tribunal Constitucional dictó el auto 40/2020 ha habido manifestaciones en vehículos que no se han prohibido y algunas otras a pie que se han celebrado pero siempre con un número muy reducido de



personas y las debidas garantías de seguridad(75). Sin embargo, la Delegación del Gobierno prohibió la concentración proyectada para el 7 de marzo de 2021 de 15:00 a 21:00, en el Parque de La Vaguada, por Feministas del Barrio de Fuencarral-El Pardo con motivo del Día Internacional de la Mujer por el peligro de contagio que supondría a la vista de la situación epidemiológica y la Sala de Madrid confirmó la prohibición(76).

3.10. LA SUSPENSIÓN DE LAS ELECCIONES

Es preciso dejar constancia también de que la pandemia obligó a dejar sin efecto la celebración de las elecciones al Parlamento Vasco y al Parlamento Gallego(77). Estaban convocadas porque en ambos casos habían transcurrido ya cuatro años desde las anteriores elecciones. Se fijó para celebrarlas la fecha del 5 de abril de 2020 pero la declaración sobrevenida del primer estado de alarma de ese año por el Real Decreto 463/2020 y el confinamiento general que dispuso hizo imposible realizarlas. Una vez expirado el estado de alarma, se celebraron finalmente el 12 de julio de 2020 sin más incidencia que la surgida en la comarca lucense de A Mariña.

La Junta de Galicia había declarado el cierre perimetral de catorce municipios en esa comarca a causa de un rebrote del COVID-19 y la coalición electoral Galicia en Común-Anova Mareas (Podemos Esquerda Unida Anova) pidió a la Junta Electoral de Galicia que tomara medidas para asegurar el derecho al voto de los electores censados en ellos y garantizar el normal desarrollo de las elecciones. La solicitud fue rechazada por considerar suficientes las prevenciones ya adoptadas por la Comunidad Autónoma y, recurrida esa decisión ante la Junta Electoral Central, su acuerdo de 7 de julio de 2020 mantuvo la resolución de la Junta Electoral gallega. En el recurso contra dicho acuerdo la coalición pidió que, sin oír a la Administración, la Sala Tercera del Tribunal Supremo acordara:

«todas las MEDIDAS CAUTELARÍSIMAS legalmente oportunas para garantizar que todas las vecinas y vecinos de la comarca de A Mariña actualmente confinados puedan ejercer, democráticamente y con todas las garantías sanitarias, su derecho fundamental al voto en las elecciones al Parlamento de

(75) CARRILLO LÓPEZ, M., «Derecho de excepción y garantía de los derechos», *cít.* págs., 81 y sigs.

(76) Auto de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de marzo de 2021 (recurso núm. 278/2021).

(77) El Decreto del Lehendakari 7/2020, de 17 de marzo, dejó sin efecto la del Parlamento Vasco y el Decreto del Presidente de la Junta de Galicia 45/2020, de 18 de marzo, la del Parlamento de Galicia.



Galicia del próximo 12 de julio, garantizando al mismo tiempo que el proceso electoral se desarrolla con total transparencia, objetividad y respeto al principio de igualdad».

Tal pretensión fue desestimada(78) porque ni era coherente con la urgencia alegada el tiempo que la coalición recurrente se había tomado para formularla —siendo las elecciones el 12 de julio esperó a las 14.44 del 10 de julio de 2020, cuando el acuerdo de la Junta Electoral se adoptó el 7 de julio— ni, en realidad, había solicitado ninguna medida concreta, pues se limitó a hacer la petición genérica reproducida.

Posteriormente, se produjo la convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña para el 14 de febrero de 2021 por el Decreto 147/2020, de 21 de diciembre. No respondió al ejercicio de la facultad del Presidente de la Generalidad de disolver anticipadamente la cámara legislativa sino a que, en el plazo previsto por el artículo 67.3 del Estatuto de Autonomía, el Parlamento de Cataluña no había investido a ningún candidato a la Presidencia de la Generalidad tras cesar el anterior en virtud de condena firme a la pena de inhabilitación por haber cometido un delito de desobediencia a la Junta Electoral Central. Se trató, pues, de una disolución y una convocatoria automáticas.

Aunque el Gobierno de la Generalidad de Cataluña pretendió aplazarlas, cuando menos hasta el 30 de mayo de 2021 (79), la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, primero, suspendió cautelarmente el aplazamiento y lo anuló después(80). Entendió que la decisión del Gobierno en funciones de la Generalidad de Cataluña infringía el derecho fundamental al sufragio activo pues la regulación del estado de alarma vigente contemplaba expresamente la continuidad del proceso electoral(81) y el Vicepresidente de la Generalidad carece de facultades para suspender o aplazar las elecciones.

Además, tuvo en cuenta la incertidumbre sobre la nueva fecha y la provisionalidad en que se hallaban las instituciones catalanas: el Parlamento disuelto, el Gobierno sin Presidente titular y sin posibilidad de cesar a sus miembros. Resaltó, igualmente, que, a diferencia de lo su-

(78) Por auto de 11 de julio de 2020 (recurso núm. 172/2020).

(79) El Decreto 1/2021, de 15 de enero, dejó sin efecto la convocatoria y la pospuso al 30 de mayo de 2021, si se dieran para entonces las condiciones adecuadas.

(80) Sentencia de 1 de febrero de /2021 (recurso núm. 17/2021). Ni el auto, ni la sentencia fueron recurridos por la Generalidad de Cataluña.

(81) Dedicada a los procesos electorales, la disposición adicional primera del Real Decreto 926/2020 —inicialmente única— establece que la vigencia del estado de alarma no impedirá el desenvolvimiento ni la realización de las actuaciones electorales precisas para la celebración de las elecciones convocadas a parlamentos de Comunidades Autónomas.



cedido en el País Vasco y en Galicia, no se daba un supuesto de fuerza mayor, pues, mientras en esos casos sobrevino la declaración del estado de alarma, en Cataluña la situación ya era conocida cuando los grupos parlamentarios que podían hacerlo optaron por no proponer un candidato a la Presidencia y llevaron al Presidente del Parlamento a comunicar a la cámara el 21 de octubre de 2020 la imposibilidad de someterle ninguno, abriendo así el plazo para el cómputo de los dos meses cuyo transcurso determinaría la disolución y consiguiente convocatoria de elecciones. Asimismo, tuvo en cuenta la Sala de Barcelona que el aplazamiento no se decidió en función de criterios democráticos sino para un mejor desarrollo de la campaña electoral y del ejercicio del derecho de sufragio y que las restricciones sanitarias adoptadas ya estaban vigentes antes de dictarse el Decreto 1/2021 y lo estarían hasta el 8 de febrero de 2021, sin que hubiera, por lo demás, variación sustancial de la situación epidemiológica.

Y el 4 de mayo de 2021 se han celebrado, todavía bajo el estado de alarma y aun en medio de la cuarta ola de la pandemia, las elecciones a la Asamblea de Madrid convocadas al disolverla anticipadamente la Presidenta de la Comunidad Autónoma. En esta ocasión, el problema suscitado por la disolución tuvo que ver con que, antes de publicarse el Decreto de disolución, pero media hora más tarde de que lo firmara la Presidenta, se presentaron dos mociones de censura contra ella en la Asamblea de Madrid, cuya Mesa las admitió a trámite. Al publicarse al día siguiente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el Decreto de disolución y convocatoria de las elecciones anticipadas, la Asamblea de Madrid lo recurrió ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y pidió su suspensión cautelar inmediata. La razón jurídica en que se apoyó fue la de que, según el artículo 21 del Estatuto de Autonomía — que sigue en este punto lo previsto en el artículo 115.2 de la Constitución— no puede quien presida la Comunidad Autónoma ejercer la facultad de disolución anticipada mientras esté en trámite una moción de censura.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid denegó la medida cautelar⁽⁸²⁾ porque, si bien los intereses en conflicto, ambos generales, los de la Asamblea y los de la Presidenta de la Comunidad Autónoma, tenían igual peso, la apariencia de buen derecho estaba de parte de esta última, ya que los preceptos mencionados no requieren para el ejercicio válido de la facultad de disolución anticipada la publicación del Decreto en que ha de formalizarse, sino que se acuerde por la Presidenta previa deliberación del Consejo de Go-

(82) Por auto de su Sección Octava de 14 de marzo de 2021 (recurso núm. 566/2021).



bierno. No habiendo controversia en que se deliberó en el Consejo de Gobierno dicha disolución y que la Presidenta firmó el Decreto antes de la presentación de las mociones de censura, el auto de la Sala de Madrid consideró que debía dar preferencia a la posición de la Presidenta. La Asamblea de Madrid se aquietó a la decisión judicial sobre su pretensión cautelar y no la recurrió.

4. La declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud

La declaración de medidas coordinadas en materia de salud está prevista en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud(83). Corresponde efectuarla al Ministro de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las Comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso, dice el precepto, se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se informará de manera urgente de las adoptadas.

La declaración obliga a todas las partes incluidas en ella y ha de responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública o al cumplimiento de acuerdos internacionales o programas derivados de exigencias de la normativa de la Unión Europea si su cumplimiento y desarrollo han de ser homogéneos en toda España. Los mecanismos de coordinación vinculantes pueden ser los siguientes: a) la utilización común de instrumentos técnicos; b) la coordinación y el refuerzo de la Red de Laboratorios de Salud Pública; c) la definición de estándares mínimos para el análisis e intervención sobre problemas de salud; d) el refuerzo de los sistemas de información epidemiológica para la toma de decisiones y de los correspondientes programas de promoción, prevención y control de enfermedades, cuando sus efectos trasciendan el ámbito autonómico; y e) la activación o el diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias.

Estas declaraciones no precisan de autorización o ratificación judicial porque, aunque vinculan a las Administraciones Sanitarias, es decir, al Estado y a las Comunidades Autónomas, no se proyectan directamente sobre los ciudadanos, sino que precisan de actuaciones de dichas Administraciones que las apliquen. Será en el momento en que estas dicten las disposiciones o actos necesarios para ello cuando, si suponen limitación de derechos fundamentales, deberán someterlos a autorización o ratificación judicial, si fuere preciso.

(83) Su redacción original fue modificada por el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, y por la Ley 2/2021, de 29 de marzo.



En tanto las declaraciones se formalizan a través de una Orden del Ministro de Sanidad, la competencia para conocer de los recursos que contra ellas se interpongan corresponderá a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, conforme al artículo 11.1 a) de la Ley de la Jurisdicción (84).

Conviene señalar que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud está formado por el Ministro de Sanidad, que lo preside, y por los consejeros de las Comunidades Autónomas competentes en materia de sanidad (85). El vicepresidente es uno de esos consejeros elegido de entre ellos. El Consejo Interterritorial lo define el artículo 69.1 de la Ley 16/2003 como:

«el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado».

De las declaraciones de actuaciones coordinadas producidas bajo el estado de alarma en el período considerado, son dos las significativas.

La primera es la que formuló la Orden comunicada del Ministro de Sanidad de 30 de septiembre de 2020 en virtud del acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de ese mismo día. Es significativa porque fue promovida por el Ministro de Sanidad para imponer a las Comunidades Autónomas y, en especial, a la de Madrid unas medidas restrictivas consideradas imprescindibles en el contexto de la segunda ola de la pandemia. Consistían, en esencia, en la imposición del denominado cierre perimetral de los municipios que, con una incidencia de 500 o más casos por 100.000 habitantes, presentaran un porcentaje de positividad superior al 10% en las dos semanas previas, siempre que en la Comunidad Autónoma la ocupación de camas en unidades de cuidados intensivos fuera superior al 35%. Estos requisitos se cumplían en Alcalá de Henares, Alcobendas, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

(84) Por auto de 30 de septiembre de 2020 (recurso núm. 257/2020), la Sala Tercera del Tribunal Supremo declaró que no le corresponde la competencia para conocer de recursos contra acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sino que la tiene la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

(85) Según el artículo 70 de la Ley 16/2003, el cual añade que, cuando la materia de los asuntos a tratar lo requiera, podrán incorporarse al Consejo otros representantes de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas.



Para cumplir dicha declaración la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid dictó la Orden 1273/2020, de 1 de octubre. Y, como, en tanto establecía el cierre perimetral indicado en esos municipios madrileños y afectaba a la libertad de circulación de sus vecinos era, por tanto, una disposición necesitada de ratificación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y sucede que la denegó.

La razón de la negativa a ratificar esa Orden 1273/2020, tal como la explica la Sala de Madrid(86), se debió a la insuficiencia de la habilitación normativa invocada por ella. En efecto, denegó la ratificación necesaria conforme al artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción porque solamente se apoyaba en el artículo 65 de la Ley 16/2003, que es una ley ordinaria y, por tanto, insuficiente para justificar la restricción de derechos y libertades individuales. Dado que, antes de este auto, la misma Sala de Madrid había ratificado cierres perimetrales y limitaciones de aforos y de horarios de establecimientos abiertos al público impuestas por otras Órdenes de la Comunidad de Madrid que invocaban la Ley Orgánica 3/1986, en cuyos artículos 1 y 3 encontró la Sala de Madrid la habilitación esencial para las restricciones y que, después, también volvió a ratificar otras en estas mismas condiciones(87), parece que, de haberlo hecho a su vez la Orden 1273/2020, la habría ratificado. Tal razonamiento no deja de suscitar la duda de si no habría tenido que jugar el argumento *iura novit curia* cuya aplicación habría llevado a la solución opuesta. No obstante, la importancia del caso viene dada porque la consecuencia de la denegación de la ratificación fue la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 900/2020 en los municipios afectados de la Comunidad de Madrid(88).

La segunda declaración de medidas coordinadas en materia de salud significativa fue la tomada el 10 de marzo de 2021 por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud(89). Es la que impuso el llamado cierre perimetral de todas las Comunidades Autónomas durante la festividad de San José y la Semana Santa, además del toque de queda entre las 23:00 y las 06:00 horas y limitó a cuatro personas las reuniones priva-

(86) Auto de 8 de octubre de 2020 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (procedimiento ordinario núm. 1224/2020 P-01). Fue confirmado por el auto de 29 de octubre de 2021, desestimatorio del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el anterior, previa inadmisión del promovido por el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Sanidad, al que tuvo por no legitimado.

(87) Véanse la sentencia núm. 594/2020, de 28 de agosto (apelación núm. 907/2020) y el auto de 15 de octubre de 2020 (procedimiento ordinario núm. 1300/2020) y los que en él se citan.

(88) Según el artículo 2 del Real Decreto 900/2020 eran los siguientes: Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

(89) Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 12 de marzo de 2021.



das de no convivientes y a seis las que podían reunirse en establecimientos públicos.

El Tribunal Supremo, ante el que recurrieron doña Rocío Monasterio San Martín y el Grupo Parlamentario de Vox en la Asamblea de Madrid contra el Decreto 22/2021, de 13 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid que aplicó esas medidas, tuvo en cuenta para denegar la suspensión cautelar que le pidieron los recurrentes, que la propia Comunidad Autónoma de Madrid, pese a afirmar la nulidad del acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y haberlo impugnado ante la Audiencia Nacional, no le pidió que lo suspendiera y que en el interpuesto ante la Sala Tercera contra dicho Decreto 22/2021, solicitó que, por prudencia y certeza de los ciudadanos, se denegara la suspensión cautelar del mismo (90).

Se debe explicar la razón por la que en la primera ocasión fue la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la que se pronunció y en la segunda el Tribunal Supremo, siendo en ambos casos objeto de los pronunciamientos judiciales una disposición de la Comunidad de Madrid que aplicaba medidas acordadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Dicha razón no es otra que la condición de autoridad delegada del Gobierno que poseía la Presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid para aplicar las medidas propias del estado de alarma, entre las que se cuenta el cierre perimetral y en cuya virtud dictó su Decreto 22/2021. Tal circunstancia, inexistente el 13 de octubre de 2020, determinó la competencia del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el sentido del enjuiciamiento era diferente pese a que en ambos casos se trataba del cierre perimetral. La Orden 1273/2020 del Consejero de Sanidad de Madrid se fundaba en la Orden comunicada del Ministro de Sanidad y precisaba de ratificación judicial porque entonces no había estado de alarma. En cambio, en el segundo caso, era un Decreto de la Presidenta de la Comunidad y ya no requería de ratificación judicial porque el Real Decreto 926/2020 daba cobertura jurídica a los cierres perimetrales. Por eso, el Tribunal Supremo no intervino para ratificar ese Decreto sino porque, siendo por sí mismo plenamente ejecutivo, había sido impugnado y debe establecer si es o no conforme al ordenamiento jurídico.

(90) Por autos de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 y 23 de marzo de 2021 (recurso núm. 93/2021) se denegó, primero, la suspensión *inaudita parte* del Decreto 22/2021 y, luego, se confirmó, tras oír a las partes, la denegación de esa suspensión cautelar. Como ya se ha indicado en la nota 49, el recurso fue inadmitido por auto de 6 de mayo de 2021 en cuanto interpuesto por el grupo parlamentario de Vox en la Asamblea de Madrid por falta de legitimación.



5. Las autorizaciones o ratificaciones que corresponde conceder o denegar a los Juzgados y a las Salas de lo Contencioso Administrativo

Sabemos que la Ley 3/2020 modificó la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para encomendar a los Juzgados y Tribunales de este orden la autorización o ratificación de medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades competentes consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales. En virtud de esta previsión se han sometido a dicha autorización diversas medidas de alcance general sobre las que se han debido pronunciar las Salas de lo Contencioso Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. En general, las han concedido.

Puede explicarse esta nueva atribución, me parece, por la dificultad de legislar que la composición de las Cortes Generales surgidas de las elecciones generales del 10 de noviembre de 2019 ha revelado y, ciertamente, por la confianza en los jueces como garantes de los derechos, percepción que no es privativa de España. Son significativas en ese sentido las palabras de Jonathan Sumption (91):

«Judges are generally intelligent, reflective and articulate people. They are intellectually honest. They are used to thinking seriously about problems that have no easy answer. Contrary to the familiar cliché, they know a great deal about the world. The whole judicial process is animated by a combination of abstract reasoning, social observation and ethical value judgment that seems to many people to introduce a higher morality into public decision making».

Es verdad que estas consideraciones las hace quien fue juez del Tribunal Supremo del Reino Unido entre 2012 y 2018, pero antes fue abogado durante muchos años y es un respetado publicista. De ahí que no se deba ver en ellas una manifestación de sentido corporativo sino la impresión de un observador cualificado. Dejando ahora al margen sus apreciaciones sobre las cualidades de los jueces, sí me parece que es trasladable a nuestro escenario la idea de que la intervención del juez supone una mayor garantía y de que, por eso, se les someten nuevas cuestiones y se les encomiendan nuevas tareas, opción sobre la que, por cierto, Sumption se muestra crítico. Pues bien, esto es lo que se ha hecho en España con la ratificación de la que estamos hablando.

(91) SUMPTION, J., *Trials of State. Law and the decline of Politics*. Profile Books, Londres, 2019, págs. 33 y 34.



Así como no se ha visto problemática la atribución a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de la facultad de autorizar medidas restrictivas de derechos fundamentales por razones de salud pública que afecten a individuos concretos (92), no sucede lo mismo con la de encomendar a las Salas de lo Contencioso Administrativo la ratificación de medidas que afecten a una generalidad de personas. Las primeras, las que tienen como destinatarios a sujetos singulares, no suscitan dificultades pues responden a la idea del juez como garante de esos derechos y tienen el mismo sentido que el de las prescripciones constitucionales que encomiendan a los jueces la tutela de la libertad personal, de la inviolabilidad del domicilio, del secreto de las comunicaciones, de las libertades de expresión e información o del derecho de asociación. Por eso, ya se había encomendado al juez contencioso-administrativo (artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción) la autorización para la entrada en el domicilio cuando fuera necesaria para ejecutar actos administrativos.

No parece, pues, que existan dificultades especiales para considerar conforme a la función constitucional del juez y, en particular, del juez contencioso-administrativo, la autorización de tales medidas limitativas, exigidas en este caso por razones de salud pública, ya que se trataría de una intervención en garantía de derechos fundamentales de individuos concretos y el artículo 117.4 de la Constitución admite expresamente que se les encomienden por ley ese tipo de cometidos.

En cambio, las otras, en tanto se proyectan sobre disposiciones o actos dirigidos a una generalidad de destinatarios, ya se trate de un colectivo que reúna condiciones específicas o, simplemente, de los asentados en una determinada demarcación territorial, y se subordinan a la ratificación de un tribunal de justicia, implican a este en el ejercicio de las potestades normativa y ejecutiva y, por tanto, se afirma, suponen una alteración del principio de separación de poderes pues así los tribunales se ven implicados en ellas y se altera el principio de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción, afirmado en el artículo 117.4 de la Constitución (93).

En efecto, se argumenta, no corresponde a los jueces establecer ni contribuir al establecimiento de las reglas por las que se ordenan las re-

(92) Por ejemplo, para obligar a un paciente que se niega a recibir el alta médica a abandonar el centro sanitario. O para internar o aislar a enfermos de COVID-19 que se niegan a ello. Véase al respecto, MORENO JIMÉNEZ, A., «Las altas hospitalarias forzosas a domicilio «vs» derechos del paciente ante la situación de COVID-19», en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 280/2020, págs. 570 y sigs.

(93) Esta tesis ha sido defendida con argumentos sólidos por BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», en *Almacén de Derecho* del 29 de octubre de 2020, accesible en <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria> y, también, entre otros, por MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*, cit. págs. 112 y sigs.



laciones sociales. No están llamados a participar en la aprobación ni se subordina a su decisión la entrada en vigor de las leyes o de los reglamentos. Sí pueden declarar la nulidad de estos últimos o inaplicar las leyes derogadas por otras posteriores y plantear al Tribunal Constitucional cuestión sobre la constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley de cuya conformidad a la Constitución duden. Sin embargo, se ha sostenido que esos cometidos, propios de la función jurisdiccional, son esencialmente distintos de una atribución que les convierte, si no en conformadores de las disposiciones normativas, sí en condicionantes *a priori* y con carácter general de su fuerza normativa, de su capacidad reguladora ya que sin esa ratificación carecerán de eficacia. Y algo parecido se puede decir sobre la que presten a actos administrativos: los jueces pasan a ser administradores.

Exigir la ratificación judicial de disposiciones infralegales o de actos que limitan derechos a una pluralidad indeterminada de personas es, según estas opiniones, un elemento anómalo en el sistema de fuentes normativas y, en general en el diseño del Estado de Derecho.

Complicaciones adicionales surgen, de un lado, de las posiciones contradictorias sobre el alcance de la Ley Orgánica 3/1986, es decir, sobre su idoneidad para fundamentar limitaciones generales de derechos fundamentales y, en especial, del de circular libremente, y, del otro, de la inicial falta de previsión sobre si son recurribles en casación o no los autos dictados en los procedimientos de ratificación de disposiciones limitadoras de derechos fundamentales.

Sobre lo primero, hay que decir que, en efecto, no hay discusión sobre la habilitación con que cuentan los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma para operar esa limitación, aunque cosa distinta sea el debate sobre si los dictados han ido o no más allá y han supuesto una suspensión de derechos fundamentales. Pero, dejando al margen esta cuestión, no hay duda de que la Ley Orgánica 4/1981 faculta para limitarlos con carácter general. En cambio, no había claridad sobre lo que permite la Ley Orgánica 3/1986. Recordemos el tenor de sus artículos 2 y 3:

«Artículo segundo.

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.



Artículo tercero.

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

No son pocos los que han dicho que la referencia a «una persona», a «grupo de personas» del artículo segundo y al «control de los enfermos» y a «las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos» del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, circunscriben la proyección de las medidas a que se refiere a sujetos determinados de acuerdo con esas menciones y excluyen las de carácter general. Asimismo, descartan la referencia a «las (medidas) que se consideren necesarias» por indeterminada en exceso. Esta conclusión la ven reforzada, además, con el asentado criterio de interpretación restrictiva de las disposiciones que limitan derechos y con el argumento que ofrece la Ley Orgánica 4/1981: si la epidemia requiere la limitación de derechos, el instrumento ha de ser la declaración del estado de alarma.

Ahora bien, esas opiniones no consideran, de un lado el contexto al que se refiere la Ley Orgánica 3/1986, que ofrece una primera delimitación. Y tampoco tienen en cuenta los preceptos de las Leyes 14/1986 y 33/2011 antes reseñados.

El artículo 26 de la Ley 14/1986, de la que se desgajó la anterior, recoge otra cláusula general, pero, además de por la situación de riesgo inminente extraordinario para la salud, la habilitación a la autoridad sanitaria para adoptar medidas preventivas que contempla la circunscribe a las que se consideren sanitariamente justificadas. Hay aquí, pues, una nueva delimitación.

Y, otras más vienen del artículo 54 de la Ley 33/2011, para el cual esa autoridad podrá «adoptar cuantas medidas sean necesarias para el cumplimiento de la ley» (apartado 1) y «cualquier otra (...) ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud (...)» (apartado 2), pero siempre de manera excepcional, si hay motivos de extraordinaria gravedad y urgencia, de forma temporal, tomada, con la debida motivación y respetando el principio de proporcionalidad.

Tampoco reparan en que el artículo 53.3 de la Constitución atribuye a los principios rectores de la política social y económica, proclamados en el Capítulo III de su Título I, la virtualidad de informar la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Y, entre esos principios, en el artículo 43, figura el de la protección de la salud, cuya vin-



culación con el derecho a la vida en estos casos parece clara, derecho este que es un *prius* respecto de todos los demás (sentencia del Tribunal Constitucional núm. 43/1985). Se trataba, pues, de una cuestión controvertida que incidía en la aplicación de esta legislación.

Por otra parte, de la Ley de la Jurisdicción resultaba otro problema no poco importante.

No estaba claro que las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia en estos procedimientos fueran recurribles ante el Tribunal Supremo a través del recurso de casación a la vista de los términos del artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción. Este problema ha adquirido especial significación porque la experiencia vivida durante la pandemia ha reflejado que las Salas territoriales han seguido criterios no coincidentes a la hora de ratificar o no disposiciones emanadas por las Comunidades Autónomas. E, igualmente, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional encuentra dificultades para seguir ratificando en adelante las Órdenes del Ministerio de Sanidad que, en virtud de la Ley Orgánica 3/186, exigen cuarentena a los viajeros procedentes de países de riesgo por la prolongación en el tiempo de la restricción a la libertad de circulación (94).

Siendo el cometido principal del Tribunal Supremo unificar la interpretación del ordenamiento jurídico, no parece dudoso que se le debían someter las diferencias de criterio que sobre los mismos problemas y a partir de la aplicación de las mismas disposiciones surjan entre los distintos tribunales. Pues, bien, como decía, no era claro que se pudiera hacer ante la relación de los autos susceptibles de recurso de casación: los que inadmiten recursos o hagan imposible su continuación; los que ponen fin a la pieza de medidas cautelares; los dictados en ejecución de sentencia si resuelven cuestiones no decididas por ésta o la contradicen o tratan de su ejecución provisional; los dictados en los procedimientos de extensión de efectos de sentencias. De hecho, la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo consideró inadmisibile el recurso de casación que interpuso el Ministerio Fiscal contra el auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó su recurso contra el que denegó la ratificación de la Orden 1273/2020 del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid y así lo confirmó su Sección Cuarta (95).

(94) Así lo apunta el auto de 21 de abril de 2021 (procedimiento de derechos fundamentales núm. 7/2021) que ratificó la Orden SND/363/2021, de 16 de abril. Además, los dos votos particulares presentados al mismo mantienen que solamente el estado de alarma permite la limitación de la libertad de circulación.

(95) Auto de 24 de marzo de 2021 (recurso núm. 570/2020). Recordemos que la denegación de la ratificación de esa Orden del Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid desencadenó la declaración del estado de alarma en varios municipios de la misma. La Sección Cuarta de la Sala Tercera confirmó la irrecurribilidad en casación antes del 9 de mayo de 2021 de los autos dictados en este procedimiento de ratificación [auto de 17 de mayo de 2021 (casación 3237/2021)].



La Ley 3/2020 que introdujo el mecanismo de la ratificación se preocupó por añadir un precepto en la Ley de la Jurisdicción —el artículo 122 *quater*— para prescribir la intervención del Ministerio Fiscal, atribuir al procedimiento carácter preferente y fijar en tres días naturales como máximo el plazo para resolver, pero no modificó el artículo 87. Y, como se ve, no figuraban en él entre los sujetos a recurso de casación los autos que se pronuncian sobre la solicitud de ratificación de medidas restrictivas de derechos fundamentales(96).

Se podía pensar que, siendo el objeto de la ratificación disposiciones que limitan derechos fundamentales en situaciones de urgencia, como han de serlo las que afectan a la salud pública hasta el punto de necesitar de intervenciones de esta naturaleza, apreciación que confirma la brevedad del plazo previsto, no sólo había de resolverse inmediatamente, sino que debía hacerse con carácter definitivo por las Salas territoriales o por la de la Audiencia Nacional. Desde esa perspectiva era lógico considerar que dilatar su aplicación hasta que se pronunciara el Tribunal Supremo era disfuncional. No obstante, de ser esta la razón y no el simple olvido, podía oponérsele que el recurso de casación no está reñido con la respuesta ágil y con la adopción entre tanto de las medidas cautelares que se juzgaren imprescindibles. Y que resolvería la perceptible disparidad de criterios en una materia que demanda con fuerza unidad en la interpretación de las disposiciones.

El Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, ha despejado la incógnita y confirmado que se debió a una imprevisión del legislador no establecer un régimen de recursos contra las denegaciones de ratificación de medidas. En efecto, modifica la Ley de la Jurisdicción para incluir entre los autos recurribles en casación los que venimos considerando.

Las novedades consisten en (i) incluir en el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción un apartado 1 bis que considera susceptibles de recurso de casación los autos dictados en virtud de los artículos 10.8 —por las Salas territoriales— y 11 b.1 i) —por la Sala de la Audiencia Nacional— y (ii) modificar su apartado 2 para excluir este recurso de la necesidad de la preparación y hacer potestativo el de reposición contra el auto que se haya dictado. Asimismo, añade un artículo 87 ter que regula la tramitación directamente ante la Sala Tercera (iii), fija unos plazos muy breves (iv) para la interposición (tres días), para las alegaciones (tres días) y para la resolución (cinco días) y, además, limita la legitimación para interponerlo (v) a la Administración que ha visto denegada la ratificación, al Abogado del Estado, pero en este caso sólo si se tratara de medidas acordadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, previo

(96) Por eso, hay autos de Tribunales Superiores de Justicia que niegan el recurso de casación.



acuerdo de este y al Ministerio Fiscal, que siempre será parte en este procedimiento.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre esta nueva atribución. Asimismo, los recursos de inconstitucionalidad pendientes sobre los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma y sobre la Ley gallega 8/2021, con seguridad ofrecerán la ocasión para que se pronuncie sobre la conformidad a la Constitución de la novedad traída por la Ley 3/2020 e, indirectamente, sobre la interpretación de la Ley Orgánica 3/1986.

En tanto resuelve el Tribunal Constitucional, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 719/2021, de 24 de mayo (casación núm. 3375/2021), ha establecido que los preceptos citados de la legislación sanitaria autorizan la limitación puntual de derechos fundamentales siempre que la Administración: (i) acredite la existencia de una enfermedad transmisible grave que ponga en peligro la salud y la vida de las personas; (ii) justifique que esa limitación es adecuada e imprescindible para impedir dicha transmisión por no haber otros medios eficaces para lograrlo; (iii) determine en función del número de enfermos y de su localización la extensión subjetiva y territorial de la limitación; y (iv) fije fundamentalmente el tiempo indispensable en que ha de mantenerse la limitación para impedir la difusión de la enfermedad.

De este modo, ha resuelto las dudas surgidas al respecto y, además, ha ofrecido a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional pautas para decidir sobre si procede o no la ratificación que se les haya solicitado. En particular, habrán de comprobar que la Administración que pide la ratificación (i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida, con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados a tal fin; y ha dicho que, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá juzgar si la justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada en juicio preliminar que en nada impide, caso de ratificar la medida, que esta sea impugnada mediante los recursos previstos en la Ley de la Jurisdicción.



VII. Conclusión

Cualquier balance que se intente de la experiencia vivida desde el 14 de marzo de 2020, sea cual sea la perspectiva desde la que se haga, ha de partir del reconocimiento de que no se había vivido una situación semejante. No hay precedentes o, al menos, no los han vivido las actuales generaciones. Se trata, pues, de una situación desconocida para cuyo enfoque y tratamiento no había previstas respuestas adecuadas o, cuando las había, no era posible aplicarlas por faltar los medios necesarios en la cantidad suficiente para hacerlo, no en un ámbito reducido, sino en todo el país y de manera simultánea. Si se tiene en cuenta que al mismo problema se han tenido que enfrentar todos los Estados y que han padecido las mismas insuficiencias, se entenderán mejor las dificultades de los primeros momentos.

Por otro lado, esa misma ausencia de precedentes equiparables y, al tiempo, el propósito de adoptar medidas con urgencia una vez adquirida la conciencia de que nadie estaba a salvo de la pandemia y la consiguiente y natural presión ciudadana explican que haya habido pasos improvisados y que tuvieran que rectificarse o completarse medidas adoptadas pocos días antes. Además, las variaciones en la evolución de la pandemia en el contexto interno y externo han exigido adaptar las previsiones a esos cambios y añadir otras nuevas a medida que se hicieran necesarias. Naturalmente, el juicio que merecen tales variaciones dependerá del punto de vista de quien lo emita y, siendo, como he dicho, materia de confrontación política la actuación frente a la pandemia, no es preciso esforzarse en exceso para saber cuál es el parecer al respecto de cada uno de los sujetos activos en esa pugna, ya sean los protagonistas directos, ya sean quienes participan públicamente en mayor o menor medida de sus posiciones.

El caso es que han sido muy numerosas las disposiciones dictadas en este tiempo. Más arriba se han relacionado parte de ellas, pero son muchas más, la mayor parte proceden del Gobierno, que ha dictado numerosos Reales Decretos-Leyes y reglamentos, pues las Cortes Generales no han legislado apenas sobre la pandemia, fuera de tramitar como proyectos de ley algunos de los Reales Decretos-Leyes convalidados. La explicación es sencilla: con la composición de las Cortes Generales y, en particular, del Congreso de los Diputados de la XIV Legislatura, elegido el de la pandemia como campo de batalla política, no se han logrado las mayorías que concordaran una normativa idónea para tomar las medidas necesarias sin necesidad de acudir al estado de alarma. Así, pues, el resultado ha sido la proliferación de la legislación de urgencia y de la reglamentaria. Además, en general, la técnica que reflejan es mejorable y la redacción de algunas lleva a pensar que en sus autores había más con-



fianza en la fuerza performativa de las palabras que en la capacidad ordenadora de los preceptos. Obviamente, un marco jurídico de estas características no ha facilitado la tarea del intérprete.

Tampoco la han hecho sencilla los intereses en conflicto. La protección de salud, principio rector de la política social y económica según el artículo 43 de la Constitución y la tutela de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica garantizados por su artículo 15 se han contrapuesto a la libertad de circulación, principalmente, pero también a la libertad de empresa y al derecho al trabajo, entre otros. Se ha entablado así una relación en la que es difícil encontrar el equilibrio entre unas y otras exigencias porque, siendo sencillo enunciar criterios generales, no lo es establecer en concreto hasta donde ha de llegar la protección de salud o, lo que es lo mismo, hasta donde han de sacrificarse los derechos individuales y la actividad económica.

Si a este contraste esencial se le añade el enfrentamiento político sobre la manera de encontrar el punto de equilibrio, animado por una polémica constante en los medios sobre las soluciones aplicadas y las que unos y otros entienden aplicables, polémica que ha ido adquiriendo intensidad con el transcurso del tiempo y que refleja también las posiciones políticas de los que participan en ella, la complicación se acrecienta, incluso para el intérprete del Derecho, pues ha de prescindir en su tarea del revestimiento mediático que acompaña a muchos de los pleitos para centrarse en aquello a lo que ha de atender: su dimensión jurídica.

Seguramente, ayudaría a hacerse una idea más ajustada a la realidad de lo sucedido —y quién sabe si también a serenar los ánimos— tener presente que los problemas, las dificultades, las respuestas e, incluso, las reacciones que hemos visto en este período son muy parecidos a los que se han vivido en otros países europeos. La española no es una experiencia particularmente distinta. La iniciativa del Gobierno federal de Alemania en la primavera de 2021 para dotarse de instrumentos legales que le permitan dirigir la acción contra la pandemia y superar las diferencias surgidas de las distintas políticas territoriales es bien significativa (97).Y,

(97) Se trata de la modificación de la Ley de Protección de Enfermedades Infecciosas, anunciada por la Canciller Angela Merkel y aprobada por el Gobierno federal el 13 de abril de 2021. Véase <https://www.lavanguardia.com/internacional/20210409/6640214/alemania-reforzara-federal-combatir-pandemia.html>. Y, también, <https://www.dw.com/es/alemania-gobierno-aprueba-endurecimiento-de-ley-anti-covid/a-57182268>. La iniciativa legislativa pretende facultar al Gobierno federal para —si se producen más de 100 contagios por 100.000 habitantes durante tres días— imponer el toque de queda, limitar los contactos en lugares privados o cerrar comercios no esenciales, entre otras medidas cuya adopción, hasta ahora era competencia de los *Länder*. El proyecto de ley fue aprobado por el *Bundestag* el 21 de abril de 2021. Sobre la insuficiencia de las leyes federales ante la pandemia y la competencia entre *Länder* para establecer medidas cada vez más concretas, véase LEPSIUS, O., «Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 47/2021, págs. 79 y sigs.



si atendemos a lo que se refleja en las demandas que se han dirigido a las instancias judiciales, bien por la insuficiencia inicial de medios de protección para el personal sanitario o de las fuerzas y cuerpos de seguridad, bien por el alcance de las limitaciones impuestas a la libertad de circulación o a la actividad económica, el repaso a las páginas web del *Conseil d'Etat* de Francia(98) o del *Consiglio di Stato* italiano(99) a través de las que se accede a sus respectivas resoluciones muestra, a su vez, respuestas parecidas a las que han dado y están dando los tribunales españoles(100).

En general, hay que decir, para ellos el escenario era igualmente desconocido y que, desde la misma declaración del estado de alarma han tenido que pronunciarse sobre medidas tomadas por las distintas autoridades para hacer frente a la pandemia. Su actuación ha sido constante e inmediata. Aunque se suspendieron los plazos procesales a partir del 14 de marzo y hasta el 21 de junio de 2020 y no pudieron celebrarse vistas en ese período, atendieron las decisiones urgentes en todos los órdenes jurisdiccionales y, en lo que se refiere a las medidas tomadas en virtud de la declaración del estado de alarma, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, en especial la Sala Tercera del Tribunal Supremo, controlaron la legalidad de la actuación del Gobierno y de quienes obraban como autoridades delegadas suyas. Ese control ha sido ágil y efectivo respecto de las sucesivas medidas que se han dispuesto y han sido impugnadas por particulares o por diversas entidades públicas y privadas.

Asimismo, los tribunales, todos los que se han ido pronunciando sobre litigios promovidos a causa de la pandemia, se han esforzado, al mo-

(98) Puede verse un resumen de su actividad en su comunicado «Un an de recours en justice à la covid-19. Retour des chiffres sur l'activité du Conseil d'Etat, juge de l'urgence et des libertés», accesible en <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/covid-19-retour-en-chiffres-sur-un-an-de-recours-devant-le-conseil-d-etat-juge-de-l-urgence-et-des-libertes>. Sus decisiones son accesibles en: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-192>.

Además, son muy interesantes las conferencias de su vicepresidente LASSERRE, B. y del presidente del Consiglio di Stato, PATRONI GRIFFI, F., sobre «Le juge administratif, juge de l'urgence», respectivamente, en <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-juge-de-l-urgence-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>, y <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-juge-de-l-urgence-par-filippo-patroni-griffi-president-du-conseil-d-etat-italien>.

(99) Con este enlace se accede a la página en la que se encuentran las disposiciones dictadas y la jurisprudencia emanada al respecto: <https://www.giustizia-amministrativa.it/emergenza-coronavirus>.

(100) Sobre la experiencia italiana desde el punto de vista de las relaciones Estado-Regiones, véase MASALA, P., «I diritti fra Stato e regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V. Quali Lezioni possono trarsi e quale «ribilanciamento» occorre realizzare per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?», en *Costituzionalismo.it*. Fascicolo 1/2021, págs. 136 y sigs.



tivar sus decisiones, en explicar con la mayor claridad los límites a los que están sujetos. Tal vez el supuesto más claro es el que ofrece el auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que inadmitió las querellas y denuncias presentadas contra variadas autoridades, pues precisa los términos en que, en Derecho, se puede promover un proceso penal contra una persona. Algo parecido se aprecia en alguna de las sentencias de la Sala Tercera. Digo que muestran los límites de la potestad jurisdiccional porque responden a pretensiones de condena penal o administrativa de quienes estaban al frente de las instituciones gubernativas y judiciales ejercitadas en gran medida por la impresión causada por los tremendos efectos iniciales de la pandemia. Se trataba de una reacción comprensible pero que no atiende a la diferencia existente entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal o la administrativa. Estas últimas discurren por unas líneas diferentes a las propias de la primera.

Es conocida la génesis de la responsabilidad política de los gobernantes. Se fue construyendo a la par que se iba formando el régimen parlamentario en la experiencia inglesa de finales del siglo XVIII. A la responsabilidad penal, única a la que antes estaban sometidos por su gestión los ministros de la Corona, se le añadió la responsabilidad política que se sustentaba en su cese por la censura parlamentaria. Esa evolución, en la que la responsabilidad política pasó a ser la genuina del gobernante, discurrió en paralelo a la formación del Derecho Constitucional y se consolidó en el Estado de Derecho. Así, sin perjuicio, de que los gobernantes que incurran en las conductas tipificadas como delito en los códigos y leyes penales, respondan de ellos ante los tribunales competentes, la responsabilidad política la exigen los parlamentos y, en último extremo, los electores.

Por tanto, la mala gestión, si es que se produce, o la imprevisión, si se llegara a dar, no implican por sí mismas responsabilidad penal si no se ha dado la conducta típica prevista en el Código o en la ley penal y ésta —prueba plena sometida a contradicción mediante— es atribuible mediante la relación de causalidad necesaria a quien se acusa. Tampoco han de significar por sí mismas una infracción del ordenamiento jurídico administrativo si no se traducen en la vulneración de principios o preceptos que impusieran un proceder determinado y este se hubiera omitido o impidieran la actuación a llevar a cabo. Podrá haber responsabilidad política, pero esa, en España, la exigen las Cortes Generales y, en especial, el Congreso de los Diputados o las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas a los miembros de sus Consejos de Gobierno y, desde luego, los ciudadanos siempre, pero nunca los tribunales de justicia. Ni en el orden penal, ni en el contencioso-administrativo ni en ningún otro.

Precisado el campo de intervención judicial, creo que, en términos generales, la que se ha producido ha sido equilibrada y ha respetado el margen de decisión que en circunstancias críticas ha de reconocerse a



quienes están llamados a gobernar. En el contraste de intereses producido, han tendido a confirmar la prevalencia de los vinculados a la protección de salud. Claro que esa actividad jurisdiccional, dejando ahora al margen la de carácter penal, ha tenido por objeto, principalmente, las disposiciones y actuaciones encaminadas a prevenir los contagios y se ha producido en la mayor parte de los casos en sede cautelar, aunque, como se ha visto, hay ya sentencias que resuelven recursos.

Es muy importante, esa precisión porque en los meses y años venideros será cuando los tribunales se tendrán que enfrentar a un reto aún mayor que el experimentado hasta ahora. No me refiero solamente a los retrasos que, sobre todo, en la jurisdicción civil han traído consigo el confinamiento, primero, y las limitaciones que ha sido menester mantener después de terminado el primer estado de alarma y levantada la suspensión de los plazos procesales dispuesta el 14 de marzo de 2020. Esos retrasos se añaden a los que ya se debían a la insuficiencia de nuestra planta judicial y agravarán el problema que representa la incapacidad del sistema para responder en tiempo razonable a las demandas de justicia que se le dirigen.

Además, deberán resolver los procesos que se han entablado ya, los que se están entablando y los que han de venir próximamente en todos los órdenes. En el civil, por los incumplimientos contractuales debidos a la pandemia así como por la pretensión de aplicar a los que se mantengan la cláusula *rebus sic stantibus* y por los concursos a los que se han visto y se verán abocadas numerosas empresas. En el penal, porque no cesarán las denuncias y querellas contra quienes se consideren responsables de muertes, contagios o perjuicios de cualquier tipo. En el contencioso-administrativo, porque serán muchos los particulares que exigirán la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos sin tener la obligación de soportarlos a causa de las limitaciones impuestas por los poderes públicos. En fin, en el orden social, por la resolución o suspensión de relaciones de trabajo debidas a la crisis económica originada por la pandemia y por las cargas impuestas a trabajadores y empleadores.

La circunstancia de que la Unión Europea haya hecho frente a esta catástrofe mundial de una manera decidida y haya dispuesto un fondo de ayudas para los Estados miembros de una magnitud desconocida hasta ahora, puede mitigar las dificultades que están por venir, de igual modo que lo hará la reactivación económica si es que consigue despegar y asentarse. No obstante, el panorama que se presenta a nuestros tribunales de justicia y a los jueces y magistrados que los sirven es sumamente preocupante, precisamente, por las carencias previas a la emergencia. Y, también, desde otro punto de vista por la creciente tendencia, no ya de atribuirles cometidos nuevos que provocan dudas sobre su idonei-



dad para ser desempeñados por los órganos jurisdiccionales, sino por la propensión creciente de las fuerzas políticas a trasladar al ámbito del proceso judicial sus diferencias.

Post scriptum

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 148/2021, de 14 de julio, ha estimado en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados de Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Confirma que los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma tienen valor de ley. No cuestiona la declaración del mismo [fundamento 1.º, 2 e)] porque no fue impugnada y reconoce que era necesaria y proporcionada y, también, coherente con las tomadas en otros países, la medida de confinamiento impuesta con carácter general. No obstante, entiende que supuso una limitación tan intensa, sobre todo, del derecho fundamental a la libertad de circulación que, en realidad, lo suspendió. Como no cabe la suspensión de derechos fundamentales en el estado de alarma, declaró nulos los preceptos del Real Decreto que la imponían —los apartados 1, 3 y 5 de su artículo 7— así como los términos del artículo 10.6, en la redacción que le dio el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que permitían al Ministro de Sanidad endurecer o modificar las condiciones de la prórroga autorizadas por el Congreso de los Diputados. Y considera que el impacto de la pandemia fue tal que alteró el orden público constitucional por lo que para imponer el necesario confinamiento habría debido declararse el estado de excepción.

Seis magistrados votaron a favor de este fallo y cinco lo hicieron en contra y presentaron otros tantos votos particulares con muy serios argumentos a favor de la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020, entre ellos la reiterada convalidación del confinamiento por el Congreso de los Diputados y la inidoneidad del estado de excepción para afrontar la pandemia por ser el único circunscrito temporalmente por la Constitución que lo limita a un máximo de sesenta días mientras que no fija término para los de alarma y sitio.

Los efectos prácticos del fallo están por ver, pues el estado de alarma al que se refiere expiró más de un año antes y, si bien la propia sentencia excluye que se funden en ella pretensiones de responsabilidad patrimonial del Estado, cabe sustentarlas sobre otras bases. Sus efectos políticos, en cambio, han sido inmediatos e intensos para el Gobierno que declaró el estado de alarma y para las mayorías del Congreso de los Diputados que lo prorrogaron, ambos desautorizados, y para el propio Tribunal Constitucional, más que por la división que en él se ha producido, por la forma en que se ha manifestado.



Bibliografía

- ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria: «A propósito del estado de alarma por causa del Covid19: el olvido del principio de proporcionalidad», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 119/2021, págs. 209 y sigs.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio: *La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2020.
- ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y CANOSA USERA, Raúl: *El Derecho Constitucional ante el COVID-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- BAÑO LEÓN, José María: «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», en *Almacén de Derecho* del 29 de octubre de 2020, accesible en <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>.
- CARMONA CUENCA, Encarna: «Los derechos fundamentales en el estado de alarma. La crisis sanitaria en España», en Daniel BARCELÓ ROJAS, Sergio DÍAZ RICCI, Javier GARCÍA ROCA y María Elisabeth GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, *Covid 19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, 2020, págs. 221 y sigs.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc: «Derecho de excepción y garantía de los derechos en tiempos de pandemia», en *Legal. Legebiltzarreko Aldizkarua. Revista del Parlamento Vasco*, núm. 1/2020, págs. 60 y sigs.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo: «Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 119/2021, págs. 59 y sigs.
- FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso: «Prólogo» al libro *Covid-19 y parlamentarismo*, *cit.* págs. XV y sigs.
- GARCÍA ROCA, Javier: «El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma», en *Covid-19 y parlamentarismo*, *cit.* págs. 17 y sigs.
- LASSERRE, Bruno y PATRONI GRIFFI, Filippo, «Le juge administratif, juge de l'urgence», en <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-juge-de-l-urgence-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>, y <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-juge-de-l-urgence-par-filippo-patroni-griffi-president-du-conseil-d-etat-italien>.
- LEPSIUS, Oliver: «Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 47/2021, págs. 79 y sigs.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro: «Los efectos de la Covid19 en las residencias de mayores», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 119/2021, págs. 127 y sigs.



- MASALA, Pietro: «I diritti fra Stato e regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V. Quali Lezioni possono trarsi e quale «ri-bilanciamento» occorre realizzare per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?», en *Costituzionalismo.it*. Fascicolo 1/2021, págs. 136 y sigs.
- MORENO JIMÉNEZ, Abelardo: «Las altas hospitalarias forzadas a domicilio «vs» derechos del paciente ante la situación de COVID-19», en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 280/2020, págs. 570 y sigs.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *El poder y la peste de 2020*. Iustel, Madrid, 2020.
- SUMPTION, Jonathan: *Trials of State. Law and the decline of Politics*. Profile Books, Londres, 2019.
- TROPER, Michel: «L'état de exception n'a rien d'exceptionnel», en Spyros Theodoru (ed.), *L'exception dans tous ses états*. Editions Parenthèses, Marsella, 2007, págs. 163 y sigs.
- VELASCO CABALLERO, Francisco: «La federalización del estado de alarma», en <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/05/10/federalizacion-del-estado-de-alarma/>.
- VV. AA., *El Cronista del Estado social y democrático y de Derecho*, núm. 86/87. *Especial Coronavirus*.
- VV. AA., *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 93-94/2021. *La vacunación contra el Coronavirus*.
- VV. AA., *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI*, editada por Benigno PENDÁS GARCÍA. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, voces sobre la pandemia, págs. 25 y sigs.





Una aproximación desde el Derecho Internacional a la protección de los desplazados ambientales. El riesgo de las respuestas sencillas para problemas complejos (1)

An approach from International Law to the protection of the environmentally displaced. The risk of simple answers to complex problems

SERGIO SALINAS ALCEGA

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Zaragoza
ssalinas@unizar.es
ORCID: 0000-0002-4194-6914

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.03>

LABURPENA: Ingurumen-arrazoien ondorioz lekualdatu diren pertsonen nazioarteko babesaren ikuspegi praktikotik jorratu behar da. Hori horrela, bereziki kontuan hartu behar da ea estatuak onartuko ote dituzten aurkezten diren proposamenak, gogoan izanda estatuok, orokorrean, ez direla oso prest egon lekualdaketen arloan nazioarteko betebeharrak gehiago hartzeko. Ondorioz, gaur egun dauden aukerak aprobetxatzea sustatzen du egungo testuinguruak, eta, hala, bide horretan aurrera egiten hasteko aukera ematen du. Bestalde, ingurumenaren zioz lekualdatu diren pertsonak zein diren baieztatzea zaila denez eta, kontuan hartuta izatera hori ez duena, eta, beraz, errefuxiatuaren kategorian sartzen ez dena babes hori gabe geratzea planteatzen dituen gogoeta etikoak, beharrezkoa da nazioarteko babes-araubide bat ezartzea, non sartuta egongo baitira beren borondatek kanpoko arrazoien ondorioz etxetik urrun joan beharra duten pertsona guztiak.

HITZ GAKOAK: Ingurumen-arrazoien ondoriozko lekualdaketa. Askotariko arrazoiak. Errefuxiatua. Klima-aldaketa.

ABSTRACT: The international protection of environmentally displaced persons must be dealt with from a practical perspective, especially assessing whether

(1) Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades sobre *Desafíos de la seguridad hídrica. Consideración especial de los recursos hídricos no convencionales: desalación y reutilización de recursos hídricos* (2019-2021) (ref. PGC 2018-095924-B-100). Asimismo debe entenderse como parte de las actuaciones que el Grupo de Investigación AGUDEMA (Agua, Derecho y Medio Ambiente, Grupo de referencia competitivo S2117 R, BOA 81, de 27 de marzo de 2018), desarrolla con financiación del Gobierno de Aragón en el seno del IUCA (Instituto Universitario de Ciencias Ambientales).



the States, which in general terms have shown little inclination to assume more international obligations regarding displacement, will accept the proposals that are presented. In this sense, the approach aimed at taking advantage of what is already available is consistent with the current scenario and allows us to start down that path. On the other hand, the difficulty of affirming who is environmentally displaced and the ethical considerations that suggest that whoever is not, and does not fall into the category of refugee, will be left to their own devices lead to an international protective regime that includes all those who, due to circumstances beyond their control, are forced to seek their destiny far from their homes.

KEYWORDS: Environmental displacement. Multi-causality. Refugee. Climate change.

RESUMEN: La protección internacional de los desplazados ambientales debe abordarse de una perspectiva práctica, valorando especialmente si las propuestas que se presentan serán aceptadas por los Estados, que en términos generales se han mostrado poco predispuestos a asumir más obligaciones internacionales en materia de desplazamiento. En ese sentido el planteamiento dirigido a aprovechar lo ya disponible se ajusta al escenario actual y permite comenzar a andar ese camino. Por otra parte, la dificultad de afirmar quién es desplazado ambiental y las consideraciones éticas que plantea que quien no lo sea, y no entre en la categoría de refugiado, va a quedar a su suerte conducen a un régimen protector internacional en el que se incluya a todos aquellos que, por circunstancias ajenas a su voluntad, se ven obligados a buscar su destino lejos de sus hogares.

PALABRAS CLAVE: Desplazamiento ambiental. Multicausalidad. Refugiado. Cambio climático.

Trabajo recibido el 4 de septiembre de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. Factores que hacen del desplazamiento ambiental un problema complejo. 1. El factor técnico. La multicausalidad del desplazamiento ambiental. 2. El factor ético. Evitar situaciones de desprotección. 3. El factor político. La resistencia de los Estados a asumir más obligaciones en materia de desplazamiento.—III. El desplazamiento ambiental: un fenómeno sin respuesta (específica) desde el Derecho internacional. 1. El Derecho de los refugiados. 2. El Derecho internacional de los derechos humanos. 3. El Derecho internacional del clima. 4. Otros instrumentos de alcance geográfico restringido. La protección temporal.—IV. Alternativas para la creación de un marco internacional de protección de los desplazados ambientales. 1. La extensión de alguno de los regímenes existentes. 2. La creación de un marco internacional específico. 3. La tercera vía: la no imposición de obligaciones adicionales en materia de desplazamiento.—V. La dimensión institucional. La gestión en red del desplazamiento ambiental.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

I. Introducción

Se atribuye a Henry Louis Mencken, periodista estadounidense de la primera mitad del siglo xx, la afirmación de que *todo problema humano tiene una solución fácil, clara, plausible y equivocada*. No faltará quien objete, no sin razón, que puede considerarse exagerado pensar que esa máxima se cumple en todos los casos; sin embargo, sí parece más fácil de aceptar que ese resultado es mucho más factible en el caso de problemas complejos. En estos supuestos las respuestas sencillas pueden parecer atractivas, especialmente en relación con problemas que generan inquietud o alarma social, ya que ayudan a tranquilizar las conciencias al permitir vislumbrar una salida aparentemente accesible. Pero es más que probable que detrás de esa sencillez lo que se oculta es la toma en consideración de una forma inadecuada de los factores que hacen del problema a resolver una cuestión compleja. La consecuencia es que, una vez pasado ese efecto calmante, la respuesta se demuestre carente de eficacia y no contribuya a alcanzar el propósito para el que fue planteada.

La protección de los desplazados ambientales es sin duda uno de esos problemas complejos, al que el Derecho internacional, llamado por diversas razones a desempeñar un papel central, no responde satisfactoriamente en este momento. Ello obliga a buscar una respuesta jurídico-internacional mucho más eficaz de cara al objetivo de garantizar los derechos de quienes se ven forzados a desplazarse por causas ambientales. Este propósito, que no debe perderse de vista en ningún momento, exige compatibilizar dos aspectos que en cierta forma podrían considerarse contradictorios: la búsqueda de un marco de protección interna-



cional que ofrezca la mayor seguridad jurídica posible y la necesidad de que esa protección esté disponible cuanto antes, puesto que el desplazamiento ambiental es un fenómeno ya existente y las previsiones para un futuro próximo son pesimistas en cuanto a su agravamiento.

Este estudio se centra en el análisis de las posibles vías para diseñar un marco protector de los desplazados ambientales, siempre con la premisa de su eficacia, lo que en último término dependerá de su adaptación a los factores que confieren complejidad al fenómeno objeto de estudio. Si esa adaptación es insuficiente, el marco protector que se desarrolle podrá ser atractivo desde una perspectiva de pura técnica jurídica pero difícilmente servirá como respuesta efectiva en la práctica. Esta condición previa exige por tanto que este estudio comience con la identificación de los factores que hacen del desplazamiento ambiental un problema complejo, de los que deberemos extraer las claves para la posterior conformación de la respuesta jurídica a dar al mismo.

Identificados esos factores el siguiente paso es escrutar el ordenamiento jurídico internacional en su actual configuración con el fin de alcanzar un diagnóstico de su capacidad para asumir el respeto de los derechos de los desplazados ambientales, que ya puede adelantarse como insuficiente, al menos desde la perspectiva de su condición como respuesta global. Por último, sobre la base de ese diagnóstico del *statu quo* y siempre teniendo en cuenta la necesidad de dar cumplida respuesta a los factores de complejidad, se examinarán las distintas alternativas posibles para articular un marco jurídico que garantice el respeto de los derechos de esas personas. Ese examen se desdoblará en una dimensión normativa *stricto sensu*, relativa a los instrumentos jurídicos ya existentes en el Derecho internacional o por crear, y otra institucional, referida a la estructura administrativa de naturaleza internacional en la que se articule la cooperación internacional para garantizar la protección de los desplazados ambientales.

II. Factores que hacen del desplazamiento ambiental un problema complejo

Aún a riesgo de incurrir en un cierto simplismo, el cúmulo de factores que dificultan el tratamiento jurídico del desplazamiento ambiental puede sintetizarse en tres categorías: de carácter técnico, de naturaleza ética y de tipo político. A continuación se abordará cada una de ellas, si bien debe advertirse que ese estudio por separado se hace a efectos expositivos, para intentar comprender las causas de cada uno de esos factores; pero ese análisis de manera aislada no implica que esos factores actúen en la realidad de forma independiente unos de otros, sino que, por el contrario, existe una interrelación entre ellos en cuanto a su impacto en



la posible conformación de un marco internacional de protección de quienes se ven forzados a desplazarse por causas ambientales.

1. El factor técnico. La multicausalidad del desplazamiento ambiental

La calificación de este primer factor como técnico se debe a que, en último término, trae como consecuencia la dificultad de determinar de manera precisa el fenómeno del desplazamiento ambiental, lo que resulta principalmente de la naturaleza multicausal de la decisión de desplazarse. En la mayor parte de los casos esa decisión obedece a un cúmulo de razones, entre las que pueden incluirse las afecciones ambientales junto a otras de carácter económico, social, político..., siendo muy difícil, cuando no casi imposible, ponderar el peso de cada una de ellas en dicha decisión (2).

Esa dificultad para determinar cuando nos encontramos ante un supuesto de desplazamiento que obedece, de forma exclusiva o principal, a causas ambientales, se traslada de manera inmediata al plano de la identificación de los potenciales beneficiarios del régimen protector que pueda ponerse en marcha. En efecto, en ocasiones resulta muy difícil, por no decir imposible al menos desde un punto de vista objetivo, distinguir si un desplazado lo es por causas ambientales o por otro tipo de motivos, como persecución por razones de etnia, religión, ... o simplemente por causas económicas, buscando nuevos horizontes que permitan asegurar una mayor calidad de vida, o incluso en muchas ocasiones la propia vida. Y la distinción no es ni mucho menos baladí puesto que mientras la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 (en adelante, Convención de Ginebra) ofrece un marco específico de protección para las personas incluidas en el segundo supuesto, que reciben la calificación de refugiados (3), en el primer y en el tercer supuesto, es decir en el caso de los desplazados ambientales o los migrantes económicos, esas personas quedan en este momento fuera de cualquier marco protector específico en Derecho internacional.

(2) Hasta el punto que, como señala Grame Hugo, incluso en los pocos casos extremos en los que el desplazamiento puede achacarse a causas ambientales resulta muy complejo descartar la influencia de otros factores. HUGO, G. (2012), «Climate Change-Induced Mobility and the Existing Migration Regime in Asia and the Pacific» en J. MCADAM (ed.), *Climate Change and Displacement. Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, págs. 21 y ss. Esa multicausalidad se encuentra implícita en el concepto *dinámicas de nexos*, con el que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) describe los movimientos transfronterizos en contextos de conflicto y/o violencia y desastres y/o efectos adversos del cambio climático. UNHCR (2018), *Expuestos al daño. Protección internacional en el contexto de las dinámicas de nexos: entre conflicto o violencia y el desastre o cambio climático*, diciembre, pág. 3. Disponible en: refworld.org/es/docid/5c4987794.html (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(3) BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.



Es esa situación de desprotección en la que quedarían quienes no pueden calificarse como refugiado o desplazado ambiental, en el caso de lograr el propósito de crear un marco protector de carácter internacional para esa categoría de personas, la que pone sobre la mesa la necesidad de una aproximación amplia a nuestro objeto de análisis, de manera que ese potencial marco protector que pudiera crearse no debería limitarse a los desplazados ambientales sino que tendría que incluir a cualquier persona forzada a abandonar su hogar, con independencia de la razón que le mueva a ello (4).

No obstante, más allá de la dificultad para distinguir el desplazamiento ambiental de situaciones cercanas pero no equivalentes, el factor técnico, con la consiguiente dificultad para determinar el ámbito de aplicación *ratione personae* del marco protector que pueda crearse, se extiende a otras cuestiones relevantes a estos efectos. Por ejemplo, a la propia categorización de quienes se ven inmersos en esa situación, lo que también tiene directa relación con la cuestión del ámbito *ratione personae* antes apuntada. Así se maneja un abanico amplio de conceptos cuya cercanía no impide que la opción por uno u otro tenga consecuencias en relación con el diseño del régimen jurídico destinado a proteger los derechos de esas personas. En ese sentido destaca el recurso al concepto de refugiado, ya utilizado en una de las primeras referencias a este tipo de desplazamiento, en un Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, que se refería a *refugiados ambientales*(5). Si bien este concepto ha ido dejando paso de manera progresiva al término *refugiados climáticos*, al que se recurre principalmente en los medios de comunicación, pero cuya imprecisión jurídica quedará de manifiesto cuando se aborde el Derecho de los refugiados en cuanto a su aplicación al desplazamiento ambiental.

En cualquier caso, la necesidad de mantener el rigor jurídico en relación con la determinación de los destinatarios del futuro régimen protector que se pretende establecer en cuanto al desplazamiento ambiental conduce a desestimar esos conceptos, optando por el de desplazados ambientales. La mayor amplitud de este término permite integrar entre los beneficiarios de la protección internacional no solo a aquellos cuyo desplazamiento resulta obligado por los efectos adversos del cambio cli-

(4) Alternativa expuesta de forma explícita por Louise Arbour, Representante Especial de las Naciones Unidas para las Migraciones Internacionales, en su intervención ante el Parlamento Europeo, al proponer la inclusión de los migrantes ambientales o climáticos en una especie de cesta cuyo fin sería la protección de cualquier migrante en situación vulnerable. Vid. CHADWICK, V. (2018), *Global Compact for Migration not the answer for Climate Refugees: UN Representative*, Devex Website. Disponible en: <https://www.devex.com/news/global-cpcompact-for-migration-not-th-nswer-for-climate-refugees-un-representative-92373> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(5) Vid. EL-HINNAWI, E. (1985), *Environmental Refugees*, Nairobi, UNEP, pág. 4.



mático, sino también a quienes se ven en una situación parecida, es decir abocados a abandonar sus hogares e incluso su Estado, pero por circunstancias distintas, sean de carácter natural o con origen humano (6).

E igualmente el mencionado factor técnico se proyecta sobre la distinción entre el desplazamiento forzado y el voluntario, cuyo impacto en la delimitación del ámbito *ratione personae* del eventual marco protector a diseñar se materializa en primera instancia en considerar únicamente al primero merecedor de un régimen protector especial (7). Sin embargo, el diseño de ese futuro régimen jurídico no debe olvidar que, en la práctica, la línea de separación entre ambos tipos de desplazamiento es muy tenue y en realidad se perciben como los extremos de un *continuum*, unidos por un conjunto de situaciones intermedias difícilmente catalogables como pertenecientes a uno u otro tipo (8).

De hecho, el desplazamiento ambiental ofrece ejemplos de situaciones a medio camino entre esos dos polos, como el debido a la degradación ambiental progresiva, que solo podría considerarse como forzado cuando ese deterioro en el entorno hubiese alcanzado el punto en que la vida o la seguridad de las personas estuviese amenazada. Y a este respecto debe admitirse que parece excesivo exigir a los afectados que esperen a ese momento para reaccionar, siendo considerados desplazados voluntarios y por tanto no protegidos si esa reacción es anterior. A esto se añade que la delimitación de ese punto de inflexión es muy compleja e incluso depende de las circunstancias particulares, tanto colectivas como individuales, como los recursos institucionales o financieros, que proporcionan una capacidad de adaptación mayor o menor a ese deterioro progresivo, acentuando o atenuando la necesidad de desplazarse (9).

(6) Supuestos ambos a los que se refiere Mauricio Ferro, que incluye en el segundo los accidentes industriales, el uso inapropiado del territorio o la sobreexplotación de los recursos, como el agua, respecto de los que el cambio climático actúa como agravante. Respecto del primer supuesto el autor recuerda las situaciones de emergencia generadas por las alteraciones ambientales consecuencia de catástrofes naturales sin origen humano (terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas, ...). FERRO, M. (2016), «El reconocimiento del Estatuto de Refugiado por la afectación a Derechos Fundamentales como consecuencia del Cambio Climático», *Observatorio Medioambiental*, núm. 19, págs. 71 y ss.

(7) Distinción que, de acuerdo con Carmen Egea y Javier Soledad, se apoya en un error evidente y por tanto peca de simplismo, ya que implica una visión del desplazamiento voluntario como un comportamiento libre y planificado, a diferencia del forzado que viene impuesto por circunstancias ajenas a la persona y que ponen en peligro su vida o su seguridad. EGEA JIMÉNEZ, C. y SOLEDAD SUESCÚN, J. I. (2011), «Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto», en *Cuadernos Geográficos*, Vol. 49, 2, págs. 201 y ss.

(8) Vid. KÄLIN, W. (2012), «Conceptualising Climate-Induced Displacement» en J. MCADAM (ed.), *Climate Change and Displacement...*, ob. cit., págs. 95 y ss.

(9) Vid. BIERMANN, F. y BOAS, I. (2010), «Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees», *Global Environmental Politics*, vol. 10, Núm. 1, February, pág. 65.



2. El factor ético. Evitar situaciones de desprotección

Las consideraciones éticas en torno a la protección de los desplazados ambientales se centran en la posibilidad de que, una vez superados los obstáculos técnicos y políticos, lo que no resulta sencillo especialmente en el segundo caso como se verá después, pudiera en realidad conformarse un segundo grupo de desplazados a los que el Derecho internacional ofreciese protección de manera específica, junto a los refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra. Si bien eso no es algo malo en sí mismo, el problema es que a *sensu contrario* implicaría dejar desprovistos de esa protección internacional específica a quienes no entrasen en ninguna de esas dos categorías. Y ello sin que existan argumentos convincentes de naturaleza objetiva para esa discriminación en cuanto al derecho a recibir protección internacional, lo que se deduce implícitamente de la mención que el apartado 6.º de la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, incluida en la Resolución 71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de septiembre de 2016, hace de la distinción actualmente existente entre refugiados y migrantes, señalando la existencia de marcos jurídicos separados a pesar de tener problemas y vulnerabilidades similares (10). A ello se añade que la dificultad, ya apuntada, de identificar de forma precisa a los desplazados ambientales, distinguiéndolos de otras categorías de desplazados, conferiría cierta ambigüedad a la decisión de identificar quién estaría cubierto por el nuevo marco protector.

Para eludir ese obstáculo ético se plantea, como ya se señaló, la posibilidad de una aproximación amplia, dirigida a la protección de los derechos de las personas que se ven forzadas a abandonar sus hogares, sin importar el motivo que les mueve a ello. Esa aproximación se recoge de forma expresa en la propuesta de un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones, que se hace en el apartado 4.º del *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular* (11). Dado que los problemas técnicos y políticos a los que hay que hacer frente son los mismos en el caso de optar por esta aproximación amplia que si se siguiese un enfoque más restringido, centrado en el desplazamiento ambiental, puede considerarse que las propuestas que se hagan respecto de la segunda posibilidad serían fácilmente trasladables a la primera.

(10) Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/71/1> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(11) A/CONF.231/3, de 30 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5c0eac944.pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).



3. El factor político. La resistencia de los Estados a asumir más obligaciones en materia de desplazamiento

El último de los factores que hacen de la protección de los desplazados ambientales un problema complejo, y que hemos identificado como político, se materializa en las reticencias, cuando no rechazo, de los Estados a incrementar su *corpus* de obligaciones jurídicas en materia de desplazamiento. El impacto de este factor es incluso mayor que el de los dos anteriores, puesto que sin su aceptación por los Estados cualquier régimen jurídico que pueda crearse no pasará de ser un mero ejercicio teórico que, por perfecto que pueda parecer desde una perspectiva de técnica jurídica o incluso por razones de equidad o justicia, no tendrá posibilidad de desplegar sus efectos en la práctica, garantizando de manera efectiva los derechos de los desplazados ambientales.

Esas reticencias tienen diversas manifestaciones, algunas de ellas recientes, que permiten aventurar el escenario en el que habría que someter el potencial régimen de protección de los desplazados ambientales que pudiera crearse a la aceptación de los Estados. Una de esas manifestaciones es la posición de rechazo de muchos países con ocasión de la adopción del *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, pudiendo mencionar como caso relevante el de Estados Unidos, si bien ciertamente con la influencia que en ello pudiera tener la Administración Trump, al que se sumaban Austria, Australia, Hungría, Israel, Italia, Polonia o Suiza, que no participaron en la negociación. Y en ese grupo de posiciones abiertamente contrarias se integraban Brasil, que se retiraba del Pacto tras la elección de Jair Bolsonaro como Primer Ministro, o Bélgica, que renunciaba al Pacto tras firmarlo, por imposición de los nacionalistas flamencos, socios del Gobierno de coalición. A ello cabe añadir que la inexistencia de obligaciones jurídicas resultantes de ese Pacto, dada su naturaleza de *soft law*, conduce a pensar que el rechazo al mismo se justifica únicamente por el temor de que pudiera ser el punto de partida para la adopción de otros textos internacionales de los que sí deriven ese tipo de obligaciones, respecto de los cuales puede aventurarse que la oposición sería incluso más intensa.

Pero esas reticencias a la asunción de obligaciones no se limitan al ámbito general del desplazamiento sino que se manifiestan también en relación directa con el ambiental. Como en el caso de aquellos marcos regionales en los que ese desplazamiento puede incluirse en las causas que dan lugar a la obtención del estatuto de refugiado, al considerarse como un supuesto de grave perturbación del orden público⁽¹²⁾. Pues bien,

(12) Como, por ejemplo, la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969; o la Declaración de Cartagena sobre refugiados, de 22 de noviembre de 1984.



cuando en esos marcos se han puesto en marcha iniciativas de asistencia a personas desplazadas por causas ambientales, los Estados han preferido soluciones *ad hoc*, más flexibles, quizá intentando eludir las obligaciones jurídicas que resultan de esos textos (13).

Otra muestra de esas reticencias relacionadas con el desplazamiento ambiental es la postura de diversos Estados miembros de la Unión Europea respecto de la propuesta de la Presidencia del Consejo, en el marco del procedimiento de adopción de la Directiva 2004/83 (14), de extender el alcance de la protección subsidiaria mediante la ampliación del concepto de daño grave, requisito necesario para lograr esa protección (15). Esa modificación, que hubiera permitido aplicar el instrumento de la protección subsidiaria a los desplazados ambientales, no se incluía en la propuesta final por el rechazo de Alemania, Bélgica, España o Francia, que consideraban que concedía un margen de interpretación demasiado amplio; mientras que otros Estados miembros, como Austria, Grecia, Finlandia, Luxemburgo, Países Bajos o Suecia, también planteaban sus reservas antes las posibles consecuencias de esa propuesta (16).

III. El desplazamiento ambiental: sin respuesta (específica) desde el Derecho internacional

Analizados los factores que hacen del desplazamiento ambiental una cuestión compleja, el siguiente paso es estudiar hasta qué punto el Dere-

(13) Como el caso del permiso para el cruce de sus fronteras concedido por Ruanda a los nacionales congoleños tras la erupción del Monte Nyiragongo en 2002, que ese Estado eludió conectar con la Convención de la Organización de la Unidad Africana. Vid. KÁLIN, W. y SCHREPFER, N. (2012), *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, Division of International Protection UNHCR (PPLA/2012/01), Ginebra, pág. 34. Disponible en: <https://www.unhcr.org/4f33f1729.pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2020).

(14) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DOUE* núm. L 304, de 30 de septiembre de 2004.

(15) Se trataba en concreto de añadir un apartado d) al artículo 15 de la Directiva, conforme al cual ese daño grave podría resultar de: «[...] actos que, no siendo mencionados en las letras a) a c), sean lo bastante graves como para obligar al solicitante a abandonar su país de origen o a permanecer fuera de él, o, en el caso de un apátrida, a abandonar el país de su residencia habitual anterior o a permanecer fuera de él, cuando dichos actos confieran al solicitante el derecho a protección contra la devolución en virtud de las obligaciones internacionales de los Estados miembros». Vid. CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 11356/02, de 6 de septiembre de 2002, pág. 2. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11356-2002-INIT/es/pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(16) CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 12148/02, de 20 de septiembre de 2002, pág. 11. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12148-2002-INIT/es/pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).



cho internacional responde en su actual configuración a la necesidad de protección de quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por causas ambientales. En una valoración global, que se desarrollará más tarde, cabe señalar que la carencia de un marco específico en ese ordenamiento, aplicable al desplazamiento ambiental, conduce a la conclusión de que esa respuesta es insuficiente; lo que no obsta reconocer la existencia de instrumentos que podrían ser útiles para el objetivo propuesto (17).

Es cierto que esos instrumentos, creados con un objetivo distinto y por tanto no adaptados a las circunstancias peculiares que presenta la protección de los desplazados ambientales, constituyen una respuesta parcial y por tanto insuficiente para abordar ese objetivo desde una perspectiva global. No obstante, su estudio tiene una doble utilidad; por una parte sirve para identificar ciertas herramientas ya disponibles en el ordenamiento jurídico internacional que podrían servir para el objetivo propuesto, respondiendo a la exigencia de la mayor inmediatez posible en la respuesta a la cuestión de la protección de los derechos de los desplazados ambientales. Por otra parte, permite delimitar de manera más precisa las carencias existentes, elemento esencial para que el nuevo marco normativo supere esos límites y resulte efectivo, respondiendo así a la otra exigencia anteriormente planteada, la de la mayor seguridad jurídica posible. Con esa doble perspectiva se analizarán a continuación diversos sectores del ordenamiento jurídico internacional en los que, por su relación con el objetivo de la protección de los desplazados ambientales, se podrían encontrar instrumentos válidos para ese propósito.

1. El Derecho de los refugiados

El primer sector a analizar es el Derecho de los refugiados, único marco específico de protección de los desplazados existente en Derecho internacional, cuya aplicación al desplazamiento ambiental encuentra varios obstáculos que impiden su consideración como un ámbito en el que puede abordarse un tratamiento completo de esta cuestión. El más inmediato de esos obstáculos es la no inclusión de las afecciones ambientales entre las causas de persecución, enumeradas en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra, que habilitan a obtener el estatuto de refugiado. A este respecto debe recordarse que ese obstáculo no existe en los marcos regionales de protección de los refugiados; sin embargo, como ya se

(17) En esa línea Avidan Kent y Simon Behrman describen la situación del Derecho internacional en este caso como de carencia de regulación específica y efectiva, más que de vacío en sentido absoluto. KENT, A. y BEHRMAN, S. (2018), *Facilitating the Resettlement and Rights of Climate Refugees. An Argument for Developing Existing Principles and Practices*, Londres, Routledge, págs. 6 y ss.



señaló anteriormente, el factor político ha impedido hasta el momento servirse de esos mecanismos regionales para garantizar los derechos de los desplazados ambientales.

Este primer obstáculo limita la aplicación del Derecho de los refugiados a aquellos supuestos de desplazamiento ambiental en los que, debido a la naturaleza multicausal de ese fenómeno, las afecciones ambientales concurren con otras causas que sí tienen reflejo en el citado artículo 1.A.2. Por ejemplo, si en caso de desastre ambiental el Estado de origen de los desplazados les negase asistencia por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas o, con mayor razón, si el Estado de origen fuese el causante de esa afección ambiental como consecuencia de la puesta en marcha de políticas discriminatorias por cualquiera de las causas mencionadas.

A ese obstáculo se añaden otros que afectan a la utilidad del Derecho de los refugiados para la protección de los desplazados ambientales, como la exigencia que el citado artículo 1.A.2 contiene de que el refugiado se encuentre fuera del país de su nacionalidad, lo que excluye su aplicación a los desplazados internos, cuyo impacto cuantitativo en el desplazamiento ambiental es mayor que el de carácter transfronterizo. En este punto debe señalarse que son varios los argumentos a favor de la aplicación de un régimen internacional de protección a los desplazados internos, desde los de carácter ético, en el sentido ya analizado anteriormente en relación con la inexistencia de argumentos convincentes para un tratamiento diferenciado, hasta los que resultan de la posibilidad de que ese desplazamiento interno se transforme en internacional.

En todo caso, la extensión del régimen internacional a los desplazados internos no significa que la protección fuese equivalente a la dispensada a los de carácter transfronterizo. El papel de la soberanía del Estado de origen conduce a que ese régimen internacional debería centrarse, en el caso de los desplazados internos, en la cooperación con ese Estado para una gestión adecuada de ese desplazamiento.

Un tercer obstáculo a la aplicación del Derecho de los refugiados al desplazamiento ambiental es la exigencia, también incluida en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra, de que exista un temor fundado de persecución de esas personas por parte de su Estado de nacionalidad. Esa condición es difícil de satisfacer en el desplazamiento ambiental, puesto que en la mayoría de los casos el Estado de origen no es el responsable del deterioro ambiental que fuerza a las personas a abandonar sus hogares, especialmente en relación con los impactos del cambio climático; siendo precisamente los Estados que menos han contribuido a ese fenómeno los más afectados. Es decir que, por más que se hayan planteado aproximaciones más amplias al concepto de persecución, incluyendo la llevada a cabo por otro Estado o incluso por la comunidad



internacional en su conjunto (18), la dificultad de establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del Estado de origen de los desplazados y las afecciones ambientales que fuerzan a estos a abandonar sus hogares, impide aplicar el Derecho de los refugiados a ese supuesto. La dificultad de cumplir con la exigencia de persecución en el desplazamiento ambiental se incrementa si se tiene en cuenta que, del citado artículo 1.A.2, puede deducirse el carácter personal e individualizado que debe tener dicha persecución y la intención del perseguidor de causar un daño a la persona a quien persigue; elementos que difícilmente podrán concurrir en el caso del desplazamiento ambiental y muy especialmente en el debido a catástrofes naturales (19).

A la vista de lo señalado hasta ahora el Derecho de los refugiados puede servir para proteger a los desplazados ambientales en aquellos casos en los que también concurren circunstancias específicas que habilitan para recibir ese estatuto. Pero no puede contemplarse, por sí solo, como marco normativo adecuado para acoger esa protección de manera genérica. Esa es la razón de que, como ya se apuntó anteriormente, la calificación de *refugiados ambientales*, o *climáticos* para quienes se ven forzados a abandonar sus hogares como consecuencia de la afección de su medio ambiente resulte imprecisa desde una perspectiva estrictamente jurídica, y sea por tanto inadecuada (20).

Ello no obsta que, más allá del uso de estas expresiones en los medios de comunicación, exista un sector doctrinal favorable a este término al considerar que su carga simbólica puede servir para vencer las reticencias de los Estados a asumir obligaciones internacionales al respecto de los desplazados ambientales (21). Sin embargo, es muy dudoso que el

(18) La segunda modalidad de aproximación es la propuesta por ejemplo por François Gemenne, para quien el cambio climático es una forma de persecución de los ciudadanos de los países menos desarrollados por los Estados más desarrollados. GEMENNE, F. (2015), «Una buena razón para hablar de los “refugiados climáticos”», *Migraciones Forzadas*, núm. 49, pág. 70.

(19) Vid. COURNIL, C. (2006), «Les réfugiés écologiques: Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s)», en *Revue du Droit Public*, núm. 4, págs. 1042 y ss. Así como, respecto a la intencionalidad del daño, COVENTRY, T. (2017), «Complementary protection. The role of courts in expanding protection to “environmental refugees” in domestic asylum» en K. ROSENOW-WILLIAMS y F. GEMENNE (ed.), *Organizational Perspectives on Environmental Migration*, Londres, Earthscan, pág. 77.

(20) Así se refleja en el Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones, en el que se afirma que el término *climate/environmental refugee* no es propio del Derecho internacional. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (2019), *International Migration Law. Glossary on Migration*, pág. 30. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(21) En esa línea Frank Biermann e Ingrid Boas advierten que la connotación moral que en muchas culturas y religiones se concede al concepto de refugiado puede servir para reforzar la legitimidad de la causa de la protección de los desplazados ambientales, transformados en refugiados, y por tanto la convicción de la urgencia de encontrar una solución. BIERMANN, F. y BOAS, I. (2010), «Preparing for a Warmer World...», *ob. cit.*, págs. 66 y ss.



uso de una u otra denominación baste para eliminar esas reticencias de los Estados, por lo que la opción por un término jurídicamente impreciso no haría sino introducir confusión respecto a la descripción del fenómeno desde su vertiente puramente jurídica.

2. El Derecho internacional de los derechos humanos

Otro sector del ordenamiento jurídico internacional relevante desde la perspectiva de la protección de los desplazados ambientales es el Derecho internacional de los derechos humanos, que de entrada presenta la ventaja, respecto del Derecho de los refugiados, de no imponer condiciones estrictas para beneficiarse de su régimen protector, bastando que la persona se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte del tratado correspondiente(22). Sin embargo, la conclusión final respecto a su condición de marco para albergar *in toto* la protección de los desplazados ambientales es la misma que en el caso anterior: la insuficiencia. En el supuesto del Derecho internacional de los derechos humanos esa conclusión resulta de ciertos límites que al respecto presenta este sector del ordenamiento internacional. En esa línea puede mencionarse que la carencia de textos específicamente destinados al desplazamiento ambiental exige acudir a tratados diseñados para responder a situaciones distintas, que por tanto no se adaptan plenamente a las necesidades de los desplazados ambientales, o a textos de *soft law*, de los que no resultan obligaciones jurídicas de forma inmediata para los Estados Parte. Aunque sobre las aportaciones de estos últimos textos volveremos más tarde, podemos adelantar ahora que cumplen un papel que no debe desdeñarse, por ejemplo, facilitando la identificación y concreción de aquellos derechos cuya garantía es esencial para los desplazados ambientales.

Uno de esos textos, que puede servir como ejemplo, son los *Guiding Principles on Internal Displacement*, cuya relevancia no obsta que presente las dos carencias apuntadas en el párrafo anterior(23). Por una parte, es un texto de *soft law* y, por otra parte, aunque se centra en el desplazamiento ambiental no lo hace desde una perspectiva global, sino que se focaliza de forma exclusiva en el de carácter interno, por lo que no incluye derechos relevantes en caso de los desplazados ambienta-

(22) Por ello Roger Zetter confiere a este sector un potencial de progreso superior al Derecho de los refugiados respecto del objetivo de proteger a quienes se desplazan por causas ambientales. ZETTER, R. (2009), «The role of legal and normative frameworks for the protection of environmentally displaced people» en F. LACZKO and C. AGHAZAR (eds.), *Migration, Environment and Climate Change – Assessing the evidence*, Ginebra, International Organization for Migrations, pág. 406.

(23) Disponible en: <https://www.internal-displacement.org/publications/ocha-guiding-principles-on-internal-displacement> (recuperado el 3 de septiembre de 2020).



les de carácter transfronterizo, especialmente el derecho a ser admitido en otro Estado y a no ser devuelto en caso de que corra riesgo su vida, el conocido como Principio de no devolución (*non refoulement*). No obstante, a este respecto debe reconocerse que la situación de ambos derechos en el ordenamiento internacional es muy distinta, y frente al silencio en lo que se refiere al primero, debido al papel que juega la soberanía de cada Estado en cuanto a la regulación de la entrada y permanencia en su territorio, el segundo sí encuentra reflejo expreso en diversos textos(24), apuntándose incluso más allá de ello como posible norma consuetudinaria(25). Esa consideración, que desde una perspectiva genérica contaría con el elemento favorable de la inclusión del Principio de no devolución en los textos antes citados, que podrían considerarse como manifestaciones de una *opinio iuris* consolidada, encuentra sin embargo ciertos obstáculos en cuanto a su extensión al caso del desplazamiento ambiental(26), en el que como ya se ha dicho se perciben fuertes reticencias de los Estados a asumir obligaciones jurídicas, a lo que como se verá más tarde se suman los pronunciamientos que respecto del Principio de no devolución han realizado los tribunales regionales de derechos humanos. Lo que no obsta que, como ya se señaló, exista jurisprudencia reciente a nivel nacional, que considere las afecciones ambientales entre las causas que pueden conducir en último término a la aplicación de dicho Principio en relación con el artículo 3 de la Convención europea de derechos humanos.

Esas dificultades se presentan también en cuanto a la catalogación del Principio de no devolución como norma imperativa, que en este caso podría apoyarse en la postura favorable planteada al respecto por los mencionados tribunales regionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(27), pero también de otros órganos internacionales como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En todo caso, esas consi-

(24) Como, por ejemplo, la Convención de Ginebra (art. 33), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (art. 3), o, en el plano europeo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 78.1) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 19.2).

(25) Vid. ACNUR (1994), *The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/437b6db64.html> (recuperado el 3 de septiembre de 2020).

(26) Vid. ANASTASIOU, T. (2018), «Public international law's applicability to migration as adaptation. Fit for purpose?» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*». *Beyond the Legal Impasse?*, Nueva York, Earthscan, pág. 183.

(27) Respecto a la jurisprudencia de los Tribunales europeos, de Luxemburgo y Estrasburgo, en relación con el Principio del *non refoulement* vid. SOLER GARCÍA, C. (2019), *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi.



deraciones se refieren al Principio enfocado desde una perspectiva global; sin embargo, la ausencia de pronunciamientos al respecto de su aplicación al desplazamiento ambiental de manera específica hace más difícil afirmar en este caso su naturaleza de norma de *ius cogens*(28).

Precisamente la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en relación con ese Principio viene a suponer, como ya se adelantó anteriormente, otro límite del Derecho internacional de los derechos humanos de cara a la protección de los desplazados ambientales. Nos referimos en concreto a la aproximación restrictiva de esos órganos judiciales internacionales, tanto en lo que se refiere a las posibles excepciones a la exigencia de que el demandante se halle bajo la jurisdicción de un Estado Parte del mecanismo convencional en el que se integra ese tribunal(29), como respecto de su posible aplicación en casos en los que el riesgo que supondría la devolución de esa persona no es consecuencia del comportamiento de su Estado de origen(30). Así, aunque el Principio de no devolución todavía no se ha planteado en ningún supuesto relacionado con el desplazamiento ambiental, los dos planos de la actitud restrictiva de esos tribunales tendrían un impacto significativo al respecto. El primero de esos planos viene a excluir del posible ámbito de aplicación material del Principio a aquellos desplazados que se encuentran en Estados que no son parte de ninguno de los grandes sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Por su parte, el segundo plano implica una restricción que se proyecta sobre un factor presente en el caso de los desplazados ambientales, cuya situación en muchas ocasiones no es responsabilidad directa de la actitud de su Estado de origen. Ese es el caso del desplazamiento debido a los impactos del cambio climático, que tiene lugar principalmente en los Estados menos desarrollados, que son precisamente los que menos han contribuido a la existencia y desarrollo del fenómeno del calentamiento global.

Esa misma aproximación restrictiva, proyectada ahora sí de forma específica a supuestos de desplazamiento ambiental, se observa también por parte de los tribunales nacionales, pudiendo citar el papel de los tri-

(28) Vid. ALLAIN, J. (2002), «The *ius cogens* Nature of non-refoulement», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, núm. 4, págs. 538 y ss.

(29) Por ejemplo el Tribunal de Estrasburgo, en su sentencia de 7 de julio 2011, en el asunto *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* (*Application* núm. 55721/07), par. 132 y ss., se refiere a esas excepciones afirmando la posibilidad de ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado Parte si existe consentimiento, invitación o aquiescencia del Estado cuya soberanía se proyecta sobre ese territorio.

(30) En los que, por continuar con el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Juez de Estrasburgo ha concluido que la devolución de esa persona solo podía detenerse en circunstancias muy excepcionales y sobre la base de consideraciones humanitarias. Vid. sentencia de 2 de mayo de 1997, en el asunto *D v. The United Kingdom* (*Application* núm. 30240/96), par. 49 y 54.



bunales neozelandeses en el asunto *Teitiota*, señalando a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de ese Estado de 20 de julio de 2015(31). Sin embargo, recientemente comienzan a ponerse de manifiesto posturas jurisprudenciales a nivel nacional que parecen alejarse de esas posiciones restrictivas, abriendo la puerta a la toma en consideración del deterioro ambiental en el Estado de origen como causa para la aplicación del Principio de no devolución. A este respecto puede citarse la posición de los tribunales alemanes, una de cuyas manifestaciones más recientes es la sentencia de 17 de diciembre de 2020, del Tribunal Supremo Administrativo de Baden-Württemberg, en la que se prohibía la deportación de un nacional afgano debido al deterioro de las condiciones humanitarias, incluyendo las ambientales, en ese Estado como consecuencia de la pandemia de la Covid-19. De esa forma los Jueces alemanes estiman que el factor ambiental no es determinante por sí solo pero sí constituye un apoyo para prohibir la deportación sobre la base del artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950(32).

3. El Derecho internacional del clima

El tercer sector concernido por el desplazamiento ambiental al que se prestará atención en este estudio es el régimen puesto en marcha por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 9 de mayo de 1992 (en adelante, CMNUCC). A la relación causa-efecto entre cambio climático y desplazamiento humano, se añaden otros argumentos que, al menos en una primera aproximación, parecen configurar a ese régimen como marco adecuado en el que integrar la protección de los desplazados ambientales, en este caso climáticos. Entre esos argumentos pueden mencionarse la aproximación colectiva que se hace desde ese sector del ordenamiento internacional, frente a la de carácter individualizado propia del Derecho de los refugiados y del Derecho inter-

(31) *Vid. Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, [2015] NZSC 107, par. 12. Disponible en: https://www.refworld.org/cases,NZL_SC,55c8675d4.html (recuperado el 3 de septiembre de 2021)-. Actitud restrictiva mantenida en este asunto también por el Comité de Derechos Humanos. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, CCPR/C/127/D/2728/2016, 7 de enero de 2020, par. 9.13. Disponible en: <https://www.refworld.org/cases,HR-C,5e26f7134.html> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(32) *Vid. SCHLOSS, C., Climate migrants – How German courts take the environment into account when considering non refoulement*, *Völkerrechtsblog*. International Law & International Legal Thought, 3 de marzo de 2021. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/climate-migrants/> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).



nacional de los derechos humanos(33), y la existencia en su seno de mecanismos financieros, en especial los destinados al esfuerzo de adaptación a los impactos ya inevitables del calentamiento global, que podrían contribuir a sufragar medidas con ese objetivo.

Pero, de nuevo, la conclusión respecto a la condición de este sector como respuesta de carácter global a la protección de los desplazados ambientales es la misma que se alcanzó para los dos sectores anteriores, es decir negativa, puesto que un análisis más profundo lleva a pensar que no parece que el régimen climático sea el marco idóneo para albergar de manera completa la cuestión de la protección de los desplazados ambientales.

En esta ocasión, esa conclusión resulta de la propia elección del término desplazados ambientales en lugar del de desplazados climáticos, que parece llevar a considerar que los supuestos de desplazamiento causados por el deterioro del medio ambiente no resultante del calentamiento global no entrarían en el marco de protección que se alojase en el régimen climático. Pero incluso aunque se hubiese optado por esa definición más restrictiva, este sector seguiría planteando dificultades para configurarse como el adecuado para articular la protección de los, en este caso, desplazados climáticos. Ello se debe principalmente a que el objetivo prioritario de la cooperación internacional en el marco del régimen de la CMNUCC es el de la reducción de emisiones de Gases de Efecto Invernadero. Es decir, que aunque el esfuerzo de adaptación a los impactos del cambio climático, en el que se integraría la cuestión del desplazamiento forzado por el calentamiento global, ha ido ganando terreno, la premisa principal continúa siendo el esfuerzo de mitigación. Así, pese a las referencias al desplazamiento que se han ido incluyendo en los textos de ese régimen climático, especialmente a partir de la 16ª Conferencia de las Partes, celebrada en Cancún en 2010(34), no puede decirse que esta cuestión constituya uno de los ámbitos de acción en el marco de ese régimen. De hecho, el desplazamiento está ausente en los grandes textos del régimen climático, especialmente el Acuerdo de París(35). De ello puede

(33) Esa ventaja, a la que se añade la flexibilidad del régimen climático, que resulta de la naturaleza de convención marco de su texto principal, conducen a Avidan Kent y Simon Behrman, a plantear este régimen climático como el paraguas bajo el que cobijar la gestión de los desplazados ambientales o climáticos. KENT, A. y BEHRMAN, S. (2018), *Facilitating the Resettlement...*, *ob. cit.*, págs. 72 y ss.

(34) Decisión 1/CP.16. *Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención*, par. 14.f). FCCC/CP/2010/7/Add.1 de 15 de marzo de 2011, pág. 5.

(35) La única mención se hace en su Preámbulo, al incluir a los migrantes entre los grupos vulnerables cuyos derechos deberían respetar, promover y tener en cuenta las Partes en sus respectivas obligaciones en materia de derechos humanos.



deducirse la falta de voluntad de las Partes para integrar en el régimen de la CMNUCC la protección de los desplazados climáticos, imponiendo obligaciones jurídicas a los Estados Parte en este ámbito (36).

4. Otros instrumentos de alcance geográfico restringido. La protección temporal

Más allá de los sectores citados también pueden encontrarse instrumentos de alcance territorial más restringido que pueden ser útiles para la protección de los desplazados ambientales, como el de la protección temporal, consagrado tanto a nivel nacional como regional. El propósito de esta figura es precisamente ofrecer protección a aquellos desplazados que no entran en la categoría de refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra, lo que en principio haría pensar en su idoneidad para la protección de los desplazados ambientales, que como se ha señalado se encuentran entre los supuestos de desplazamiento a los que no se aplica el Derecho de los refugiados.

El reflejo en el plano nacional de la protección temporal presenta la ventaja de que el Estado en cuyo ordenamiento se incluye dispone de un mayor margen de maniobra, lo que en principio debiera facilitar la posibilidad de servirse de esta herramienta; sin embargo, en la práctica, la predisposición que los Estados pudieran tener a utilizar la protección temporal resulta mermada por la disponibilidad de otras vías de acción alternativas, como las iniciativas de carácter humanitario, que conceden a esos Estados un margen de flexibilidad más amplio (37). Y esa flexibilidad, que puede resultar atractiva para los Estados, no lo es tanto desde la perspectiva de la protección de los desplazados, en nuestro caso de los desplazados ambientales, puesto que confiere a la utilización de este instrumento una naturaleza discrecional, dejando un margen de acción al subjetivismo y reduciendo la seguridad jurídica de los solicitantes de este tipo de protección, cuya asignación no depende ya tanto de un conjunto de criterios tasados sino de la posición que al respecto adopte el órgano competente del Estado que debe conceder dicha protección.

(36) Dibujando un escenario en el que, tal como lo describe Christel Cournil, el Derecho de los refugiados y el Derecho ambiental siguen caminos paralelos sin cruzarse. COURNIL, C. (2006), «Les réfugiés écologiques...», *ob. cit.*, págs. 1041 y ss.

(37) Hasta el punto que, tal como advierte Christal Cournil, la utilidad de estas herramientas de protección temporal se convierte en la práctica en ilusoria dado que incluso los Estados que las incluyen en sus ordenamientos internos, contemplando su aplicación a quienes se desplazan como consecuencia de una catástrofe ecológica, optan por acudir a la vía de la autorización administrativa de carácter provisional para permitir la estancia de esos desplazados en su territorio. COURNIL, C. (2006), «Les réfugiés écologiques...», *ob. cit.*, págs. 1050 y ss.



No obstante, existen diversos Estados cuyo ordenamiento interno contempla de forma expresa el instrumento de la protección temporal como aplicable a los desplazados ambientales. En ese sentido merece destacarse el caso de Finlandia, que prevé la concesión de permiso de residencia a un extranjero que no puede solicitar asilo o protección subsidiaria pero tampoco puede volver a su país por diversas razones, entre las que se incluyen las catástrofes ambientales (38). De hecho, Finlandia planteó la inclusión del desplazamiento ambiental en la Directiva de Protección Temporal, lo que no tuvo éxito por la oposición de otros Estados miembros de la Unión Europea (39). También en el marco de la Unión Europea puede señalarse el caso de Suecia, que incluye la imposibilidad de volver al país de origen debido a desastres ambientales entre los supuestos que habilitan a disfrutar de protección internacional conforme a su ordenamiento interno (40). Fuera de la Unión Europea puede mencionarse el ejemplo de los Estados Unidos de América, cuyo ordenamiento contempla la concesión de protección temporal a extranjeros en caso de disrupción sustancial, de carácter temporal, de las condiciones de vida en su país como consecuencia de desastres naturales (terremoto, inundación, sequía, epidemia, ...) (41). Debe advertirse, no obstante, que la posible utilidad que pudiera resultar de la inclusión de la protección temporal en los ordenamientos de esos Estados de cara a la protección de los desplazados ambientales se ve matizada por la exigencia de que esos extranjeros que pretenden beneficiarse de ese estatus sean residentes en el Estado de acogida en el momento del desastre.

Por lo que respecta a la consagración del instrumento de la protección temporal a nivel regional merece destacarse el caso del Derecho de la Unión Europea, que en el artículo 2 de la Directiva 2001/55/CE define este instrumento de forma amplia (42), lo que podría abrir la puerta a su

(38) *Aliens Act (301/2004, amendments up to 1152/2010 included)*, Chapter 6, section 88a (1) y Section 109 (1). Disponible en: <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040301.pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(39) Finlandia planteaba, en el debate de la propuesta de esta Directiva, que la definición de personas desplazadas recogida en el artículo 2.c) incluyese a quienes hubieran debido huir a causa de catástrofes naturales, a lo que se oponían Bélgica y España recordando que ningún instrumento internacional en material de refugiados alude a tales situaciones. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 6128/01, de 16 de febrero de 2001, pág. 4 Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6128-2001-INIT/es/pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(40) *Aliens Act (2005: 716)*, 29 September 2005 Chapter 4 section 2 (3). Disponible en: https://www.government.se/49cf71/contentassets/784b3d7be3a54a0185f284bbb2683055/aliens-act-2005_716.pdf (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(41) Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/358/text> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(42) Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, *DOUE* núm. L 212, de 7 de agosto de 2001.



aplicación a los desplazados ambientales(43). El apartado a) de ese artículo se refiere a la afluencia masiva, o inminencia de la misma, de *personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen*. Por su parte, el apartado c).ii) incluye entre las personas desplazadas, a las que es aplicable este instrumento, *las que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos*. Además, la inclusión de la mención *en particular* a la enumeración de los beneficiarios de este instrumento implica que la misma se configura como abierta.

Pero, como en los casos anteriores, este instrumento también presenta límites para su aplicación a los desplazados ambientales. A su carácter temporal, previsto en el artículo 4 de la Directiva 2001/55, que choca con los casos de desplazamiento de carácter permanente, se añade que la exigencia de afluencia masiva dejaría fuera los desplazamientos debidos a una degradación ambiental progresiva, que previsiblemente se hacen escalonadamente, en base a la capacidad de cada persona para resistir la presión creciente que resulta de dicha degradación. A ello ha de sumarse el límite que desde la perspectiva de la seguridad jurídica plantea el carácter discrecional de la concesión y finalización de la protección temporal. En efecto, tal como resulta de los artículos 5 y 6 de la Directiva corresponde al Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión Europea, decidir cuando existe esa afluencia masiva; a lo que se une la flexibilidad con la que en el artículo 2.d) se define esa situación, entendida como referida a un *número importante* de desplazados procedentes de un país o zona determinados. El amplísimo margen de maniobra del que gozan esas Instituciones para definir esa situación en cada caso, y por tanto aplicar el instrumento de la protección temporal, sin tener que someterse a criterios objetivos, no garantiza que se vayan a tratar de manera semejante situaciones aparentemente iguales(44).

(43) La propia Comisión Europea reconoce que, aunque la Directiva se diseñó pensando especialmente en personas que han abandonado áreas de conflicto armado o violencia endémica, puede ser aplicable como respuesta a la situación de quienes se desplazan debido a desastres repentinos, como inundaciones, permaneciendo abierta la posibilidad de retorno a sus lugares de origen a corto o medio plazo. *Commission Staff Working Document on climate change, environment degradation and migration, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on An EU Strategy on adaptation to climate change*, SWD (2013) 138 final, Bruselas, 14 de abril de 2013, págs. 19 y ss.

(44) Sobre los límites que esa discrecionalidad, y su aplicación en la práctica sobre una base *ad hoc*, suponen de cara a la utilidad de este instrumento para la protección de los desplazados ambientales *vid.* WILLIAMS, A. (2008), «Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law», en *Law and Policy*, Vol. 30, Núm. 4, October, pág. 514.



IV. Alternativas para la creación de un marco internacional de protección de los desplazados ambientales

El escenario dibujado en el apartado anterior clarifica la situación actual del Derecho internacional en lo que respecta a la protección de los desplazados ambientales. Así, si bien existen instrumentos reguladores que pueden ser útiles, este ordenamiento no ofrece una respuesta de carácter global al problema que se plantea, lo que pone sobre la mesa la necesidad de articular un mecanismo protector. Las distintas alternativas que se proponen, especialmente a nivel doctrinal, para alcanzar ese propósito pueden agruparse, de forma sintética, en dos grandes categorías consistentes en servirse de lo ya existente, optando por alguno de los sectores del ordenamiento jurídico internacional e introduciendo las modificaciones necesarias para ampliarlo dando cabida a la protección de los desplazados ambientales, o crear un marco protector *ex novo* y adaptado de manera específica a las peculiaridades y necesidades del desplazamiento ambiental.

Conforme a lo que se apuntó al principio, el test al que debe someterse cada una de esas alternativas, con el objeto de valorar su potencial eficacia, es el de su adaptación a los factores que hacen del desplazamiento ambiental un problema complejo. Cuanto mejor responda cada una de esas alternativas a los factores técnico, ético y político antes descritos mayor será su capacidad de garantizar el logro del objetivo propuesto. Y, aunque ese análisis se hará a continuación, con carácter general puede apuntarse que el resultado de ese test no es del todo satisfactorio en ninguna de ambas alternativas, especialmente como veremos más adelante por lo que respecta al factor político, al que no parecen adaptarse ni la opción por la modificación de los marcos ya existentes ni la creación de un nuevo régimen protector *ad hoc*.

Ese límite de ambas alternativas abre una puerta para la presentación de una tercera vía que, con la vista puesta en su adaptación a los factores ya estudiados y muy especialmente al de las reticencias de los Estados a asumir nuevas obligaciones internacionales en materia de desplazamiento, se basa no tanto en la identificación de un marco específico de protección de los desplazados ambientales, sea ya existente y modificado o de nueva creación, sino en el aprovechamiento de los instrumentos disponibles en el ordenamiento jurídico internacional. Esa tercera vía permitiría responder con carácter inmediato a la necesidad de protección de quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por causas ambientales y, al mismo tiempo, construir consensos y sentar las bases para la posterior conformación de un régimen específico que ofrezca mayor claridad y certeza, superando los obstáculos existentes en relación con los factores de complejidad apuntados, en particular el de carácter polí-



tico (45). No obstante, antes de entrar en el análisis de esas alternativas, debe recordarse que los factores técnico y ético antes apuntados aconsejan optar por una aproximación amplia, según la cual el futuro marco protector debe proteger a cualquier persona forzada a abandonar su hogar, con independencia de la razón que le mueva a ello. En ese sentido, el análisis que se va a realizar a continuación sobre la idoneidad de las distintas vías para la creación de ese marco protector de los desplazados ambientales es extrapolable a esa aproximación amplia.

1. La extensión de alguno de los regímenes existentes

La solución más inmediata, al menos en principio, es la que consiste en servirse de los instrumentos disponibles en alguno de los sectores del ordenamiento jurídico internacional cercanos al fenómeno del desplazamiento ambiental, extendiéndolos hasta incluir la protección de quienes se ven abocados al mismo, mediante la eliminación de los obstáculos que en este momento presentan a ese respecto. Es decir que se trata de adaptar esos marcos normativos para su aplicación a un objetivo para el que no fueron creados y al que por tanto no están dirigidos los instrumentos disponibles en ellos. Esta circunstancia exige que se valore el umbral de elasticidad de cada uno de esos sectores del Derecho internacional, para decidir si, tanto desde el punto de vista de la técnica-jurídica como desde el político, esa extensión es posible e incluso conveniente (46).

Dos son los sectores del Derecho internacional que por su especial conexión con el problema del desplazamiento ambiental se presentan como marcos preferentes para ese proceso de extensión: el Derecho de los refugiados y el régimen climático internacional. De manera más precisa, se trataría de introducir las modificaciones oportunas sea en la Convención de Ginebra sea en la CMNUCC para eliminar los obstáculos, ya apuntados anteriormente, que desaconsejan en este momento albergar en cualquiera de esos sectores la protección de los desplazados ambientales.

(45) A esta tercera vía responde la propuesta de Jolanda Van Der Vliet de aproximarse al desplazamiento ambiental desde distintos sectores, entre los que incluye el de los derechos humanos, el ambiental o el securitario, pero no como alternativas sino como facetas distintas de un mismo problema. VAN DER VLIET, J. (2018), «“Climate Refugee”. A legal mapping exercise» en S. BEHRMAN and A. KENT, «*Climate Refugees*»..., *ob. cit.*, pág. 18. De manera más expresa Roger Zetter afirma que el uso de marcos legales existentes es una vía prometedor para la protección de los desplazados ambientales, frente a las escasas, por no decir nulas, posibilidades de crear un marco nuevo. ZETTER, R. (2009), «The role of legal and normative frameworks...», *ob. cit.*, pág. 405.

(46) *Vid.* BETTS, A. (2010), «Survival Migration: A New Protection Framework», *Global Governance*, Jul.-Sep., 16, 3, págs. 363 y ss.



Antes de entrar en el análisis de la eventual modificación cada uno de esos textos para el objetivo propuesto debe advertirse que, en realidad, los obstáculos técnicos no representan el problema principal, más allá de la dificultad de determinar cuando un desplazamiento puede calificarse como debido a causas ambientales y cuando a otros motivos, lo que no resulta sencillo en muchas ocasiones dada la naturaleza multicausal de la decisión de desplazarse. El verdadero problema se plantea respecto del factor ético y, muy especialmente y como ya se ha dicho, del político.

Ese distinto grado de dificultad de los diferentes tipos de obstáculos puede verse en el caso de la eventual modificación de la Convención de Ginebra, en relación con la cual problemas técnicos como la ausencia de las afecciones ambientales en el listado de causas de persecución que permiten acceder a la condición de refugiado no parecen constituir *per se* obstáculos insalvables, bastando con una *simple* modificación del artículo 1.A.2 de ese texto. Ello no obsta reconocer que, como ya se ha apuntado, otros obstáculos técnicos presentan mayores dificultades para su superación. Así ocurre con la exigencia de persecución, que difícilmente puede considerarse que exista en el caso del desplazamiento ambiental, especialmente por parte del Estado de origen de los desplazados, tal y como exige la Convención de Ginebra. No obstante, incluso reconociendo esa dificultad, el obstáculo que en este punto se plantea podría superarse mediante una interpretación amplia o flexible de esa exigencia de persecución que, por ejemplo, admitiese que la misma sea realizada no por el Estado de origen de los desplazados sino por algunos Estados o incluso por la comunidad internacional en su conjunto.

La posibilidad de superar esos problemas técnicos, con mayor o menor dificultad dependiendo de cada uno de ellos, conduce a concluir que el verdadero obstáculo para la inclusión de los desplazados ambientales en el ámbito *ratione personae* de la Convención de Ginebra es de naturaleza política, en concreto las reticencias de los Estados a incrementar su carga obligacional en materia de desplazamiento. Ese escenario, sobre cuyas manifestaciones ya se incidió al examinar el factor político, plantea el riesgo de que ese proceso de modificación de la Convención de Ginebra dé un resultado opuesto al pretendido: que en lugar de su extensión a los desplazados ambientales se aproveche por ciertos Estados para reducir el alcance de las obligaciones que en este momento asumen (47).

(47) Riesgo ya advertido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR). Vid. *Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR*, 2008, pág. 8. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/refugiados_3_curso_material_referencia_cambio_climatico.pdf (último acceso el 16 de julio de 2021). Ese riesgo es igualmente apuntado a nivel doctrinal y, por ejemplo, Roger Zetter concluye que en una era de resistencia a la admisión de refugiados, como la que nos encontramos, cualquier intento de expandir el alcance de cualquiera de los regímenes existentes, incluyendo el de la Convención de Ginebra,



A ello se suma que esta solución a la protección de los desplazados ambientales tampoco parece totalmente satisfactoria desde la perspectiva del factor ético, puesto que si bien se aumentaría el conjunto de personas forzadas a desplazarse que se verían protegidas por un régimen internacional específico, seguiría dejando fuera, y por tanto exentos de protección internacional, a quienes no entrasen en ninguna de las dos categorías beneficiadas por ese régimen protector, los refugiados y los desplazados ambientales. E incluso ese problema ético resulta agravado por la dificultad, ya apuntada, de determinar en qué casos el desplazamiento obedece a causas ambientales. Es decir que ni siquiera la identificación de las personas a las que podría ampliarse el manto protector de la Convención de Ginebra estaría clara.

Una conclusión similar puede alcanzarse en relación con la modificación de la CMNUCC, para acoger protección de los desplazados ambientales (48). En este caso el factor ético jugaría de manera similar a lo apuntado respecto de la Convención de Ginebra, aumentando el *corpus* de privilegiados que se beneficiarían de una protección internacional específica que en este caso, y a diferencia del anterior, se articularía a través de dos regímenes distintos: la Convención de Ginebra para los refugiados y la CMNUCC para los desplazados ambientales, en concreto en este caso climáticos. Pero se seguirían dejando a la intemperie, sin protección internacional específica, a todos aquellos desplazados que no entrasen en ninguna de esas dos categorías.

A ello se une que, en relación con la extensión del régimen climático a los desplazados ambientales, los problemas técnicos se entrelazan con los de naturaleza política, de manera que el obstáculo técnico principal para esa extensión es la orientación del régimen climático hacia las relaciones interestatales y el esfuerzo de mitigación, siendo la protección de derechos una cuestión a la que se presta atención residual (49). Debe admitirse que, como en el caso de la Convención de Ginebra, no es un problema técnico insalvable y podría solventarse con la modificación de las estructuras y objetivos del régimen climático, incluyendo la cuestión del

podría disminuir todavía más las responsabilidades de los Estados para proteger a aquellos que huyen de una persecución manifiesta. ZETTER, R. (2012), «Protecting People Displaced by Climate Change: Some Conceptual Challenges» en MCADAM, J. (ed.), *Climate Change and Displacement...*, *ob. cit.*, pág. 142.

(48) Como proponen Frank Biermann e Ingrid Boas, planteando adoptar un Protocolo específico en materia de protección de los refugiados climáticos a la CMNUCC. BIERMANN, F. y BOAS, I. (2010), «Preparing for a Warmer World...», *ob. cit.*, págs. 76 y ss.

(49) Límite advertido por Bonnie Docherty y Tyler Giannini, refiriéndose a la naturaleza preventiva y no reparatoria del régimen climático, así como a la reticencia histórica a incorporar explícitamente cuestiones de derechos humanos en tratados ambientales y al registro de inacción de la CMNUCC en ese ámbito. DOCHERTY, B. y GIANNINI, T. (2009), «Confronting a rising tide: a proposal for a convention on climate change», en *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33, pág. 358.



desplazamiento ambiental y, de manera más específica, los instrumentos de garantía de los derechos de esos desplazados de forma explícita en los textos sobre los que ese régimen se apoya. Pero, es aquí donde entra en juego el factor político, en concreto que, a la vista de los distintos indicios presentes en la actualidad, no parece existir una predisposición favorable de los Estados Parte de ese régimen a ese tipo de modificación. Así puede deducirse de que, si bien el desplazamiento de personas parece haber entrado en la agenda del sistema de la gobernanza climática, lo ha hecho, como ya se señaló, con un papel secundario, limitado a poco más que reconocer su existencia y abordándose en el marco del Mecanismo de Varsovia, sin reflejo en los textos principales como el Acuerdo de París(50). Este texto podía haber supuesto un buen momento para operar esa modificación, pero en realidad dejó claro que incluso el objetivo principal, el de la mitigación, encuentra no pocas dificultades, por lo que no parece que pudiera prosperar una reorientación de la acción en otros planos, como el del desplazamiento climático.

2. La creación de un marco internacional específico

La principal ventaja de esta alternativa frente a la anterior es su naturaleza *ad hoc*, de manera que, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de tener que modificar regímenes jurídicos creados para objetivos distintos, el nuevo marco protector que se crease se adaptaría a las necesidades específicas de los desplazados ambientales. De hecho, son varias las propuestas presentadas por la doctrina con ese objetivo de crear un régimen *ad hoc*, como el Proyecto de convenio relativo al estatuto internacional de los desplazados ambientales, adoptado en la Universidad de Limoges(51) o la *Convention for Persons Displaced by Climate Change*(52). No obstante, su adaptación a las circunstancias particulares del caso no libra a esta alternativa de inconvenientes, como la dificultad de reflejar en un texto la heterogeneidad de un fenómeno complejo, en el cual las necesidades cambian en función de variables como el carácter interno o transfronterizo del desplazamiento o el origen del

(50) Habiendo incluso quien califica el papel de la migración ambiental en el nuevo Acuerdo climático como marginal. Vid. THOMANN, L. (2017), «Environmental migration: a concept between complexes and complexities» en K. ROSENOW-WILLIAMS and F. GEMENNE (ed.), *Organizational Perspectives...*, *ob. cit.*, pág. 30.

(51) Disponible en: <https://cidce.org/en/deplaces-environnementaux-refugies-ecologiques-environmentally-displaced-persons/> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(52) Vid. HODGKINSON, D., BURTON, T., ANDERSON, H., & YOUNG, L. (2010), «The Hour When the Ship Comes in': A Convention for Persons Displaced by Climate Change», en *Monash University Law Review*, Vol. 36, Issue 1, págs. 78 y ss.



mismo en una catástrofe puntual o una situación de degradación progresiva del entorno (53).

A ese límite específico de esta alternativa *ad hoc* se añaden los que resultan de obstáculos de carácter general, aplicables también a la primera opción. Así, tampoco esta vía puede considerarse que suponga una respuesta satisfactoria a los factores de complejidad señalados; como el de carácter técnico, que en este caso se traduciría en la dificultad de determinar de manera precisa los beneficiarios de ese régimen jurídico, como consecuencia de la naturaleza multicausal de la decisión de desplazarse (54). E igualmente puede concluirse respecto de los factores ético y político, a los cuales tampoco parece adaptarse la vía de la creación de un marco protector *ad hoc*. En cuanto al primero, desde la perspectiva ética la posible creación de un marco específico de protección conduciría al resultado ya descrito al estudiar la posible ampliación de alguno de los regímenes existentes. Es decir la existencia de una segunda categoría de privilegiados, además de los refugiados, beneficiarios de una protección internacional específica, en este caso por medio del tratado internacional en el que se plasmase ese régimen *ad hoc*.

En cuanto al factor político tampoco parece que el escenario cambie de manera radical respecto de la alternativa anterior puesto que, en último término, ese obstáculo se materializa, como ya se ha señalado, en las reticencias, por no hablar del rechazo, de los Estados a aumentar el conjunto de obligaciones internacionales asumidas por ellos en virtud de compromisos internacionales. Y no hay argumentos que induzcan a pensar que esas reticencias existirían en caso de que esas nuevas obligaciones apareciesen como consecuencia de la ampliación de algún régimen preexistente pero no si el origen fuera la adopción de un nuevo tratado específico. La previsión de esas reticencias conduce a plantear el riesgo de que el nuevo tratado internacional que recogiese el régimen *ad hoc* no contase con el respaldo de un conjunto de Estados cuantitativa y cualitativamente relevante,

(53) A ello se refiere Jane McAdam, que, sobre la base de la diferente concepción de la migración internacional en Tuvalu, Kiribati o Bangladesh, afirma que las respuestas de carácter localizado o regional son más apropiadas que un tratado universal, al reflejar las peculiaridades geográficas, culturales, demográficas o políticas. MCADAM, J. (2011), «Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is not the Answer», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, núm. 1, págs. 4 y ss.

(54) Dificultad sobre la que incide Philip Dane Warren recordando que la increíblemente compleja diversidad de causas de la relación entre cambio climático y migración podría posiblemente ser demasiado para su gestión por un único acuerdo multilateral. WARREN, P. D. (2016), «Forced migration after Paris COP21: Evaluating the climate change displacement coordination facility», *Columbia Law Review*, Vol. 116, Núm. 8, December, págs. 2128 y ss. Y en ese mismo sentido Jane McAdam advierte del error de considerar el desplazamiento climático como un fenómeno aislado, sin tener en cuenta entre otras cuestiones la interrelación con otros factores, aspecto que le lleva a cuestionar que la creación de un marco específico a través de un tratado independiente sea una alternativa verdaderamente útil a este respecto. MCADAM, J. (2012), *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford, Oxford University Press, págs. 186 y ss.



lo que privaría de eficacia a dicho marco de protección. En el mejor de los casos, esas reticencias vendrían a alargar el proceso negociador del nuevo tratado, lo que choca, como ya se apuntó, con la urgencia de proteger los derechos de personas que ya se encuentran en esa situación(55). De hecho, en relación con la urgencia del problema y todavía en el contexto del factor político, se apunta que la opción por esta alternativa de adoptar un tratado internacional *ad hoc* para articular la protección de los desplazados ambientales podría conducir a dejar de lado otras medidas menos ambiciosas pero que permitiesen una respuesta más rápida y que probablemente encontrarían menos reticencias por parte de los Estados(56).

3. La tercera vía: la no imposición de obligaciones adicionales en materia de desplazamiento

Tal como se señaló anteriormente, esta tercera opción para la articulación de un régimen internacional de protección de los desplazados ambientales surge como consecuencia de los obstáculos y límites que encuentran las alternativas anteriores. Por tanto el punto de partida para el diseño de esta tercera vía es eludir esos obstáculos y límites, en especial el que hemos identificado como factor político que se ha venido revelando anteriormente como el escollo principal. Para lograr ese objetivo la tercera vía optaría por evitar la imposición a los Estados de obligaciones adicionales en materia de desplazamiento, al menos a corto plazo, proponiendo aprovechar los instrumentos ya disponibles en los distintos sectores del ordenamiento jurídico internacional, cuya insuficiencia por sí solos para dar una respuesta global a la protección de los desplazados ambientales no significa que estén desprovistos absolutamente de utilidad con ese fin(57).

(55) Ambos factores son incluidos por Philip Dane Warren en el conjunto de razones para el previsible fracaso de un intento de negociar un tratado específico en materia de desplazamiento ambiental, añadiendo además la condición, que a menudo presentan los tratados multilaterales, de mínimo común denominador para la solución a los problemas, con la consiguiente dificultad para la adopción de medidas drásticas para alcanzar el objetivo propuesto. WARREN, P. D. (2016), «Forced migration after Paris COP21...», *ob. cit.*, págs. 2128 y ss.

(56) Argumento expuesto por Jane McAdam que, sin embargo, también esgrime algún efecto positivo de esa negociación de un tratado específico, en concreto su capacidad para poner el foco en la cuestión de los desplazados ambientales y facilitar una posible movilización de la sociedad civil que empujase a los Gobiernos hacia la adopción de esas medidas menos ambiciosas, aunque fuese como medio para evitar, o cuando menos retrasar, la adopción de ese tratado. MCADAM, J. (2011), «Swimming against the Tide...», *ob. cit.*, págs. 4 y ss.

(57) A favor del uso de esos instrumentos se alinean Simon Behrman y Avidan Kent, que afirman que, si bien no son una repuesta clara y completa a la cuestión de los refugiados climáticos, para la que por otra parte no fueron diseñados, no deberían ser subestimados ni ignorados en el actual esquema legal. BEHRMAN, S. y KENT, A. (2018), «Overcoming the Legal Impasse? Setting the Scene» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*»..., *ob. cit.*, pág. 10.



A esos instrumentos se añadirían otras herramientas, conformando un puzzle que permita responder a los factores que complican la creación de un régimen protector de los desplazados ambientales (58).

El primer componente de ese puzzle serían por tanto los instrumentos disponibles en Derecho internacional, y a ese respecto nos centraremos en los mencionados anteriormente, analizando de manera sintética, por las lógicas exigencias de la dimensión de este estudio, su posible aportación a la protección de los desplazados ambientales. En lo que se refiere al Derecho de los refugiados, además de su utilidad en casos en los que las causas ambientales concurren con alguna otra incluida en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra (59), también podría aportar su papel orientador en relación con la identificación de los derechos de los desplazados ambientales susceptibles de protección. En la medida en que refugiados y desplazados presentan necesidades comunes, el elenco de derechos reconocidos por la Convención de Ginebra sería un modelo a seguir en el caso de los desplazados ambientales.

En cuanto al Derecho internacional de los derechos humanos, su utilidad se concretaría en la posibilidad de enmarcar la protección de los derechos de los desplazados ambientales en algún tratado de derechos humanos, además del posible recurso a los mecanismos regionales de protección cuando se cumplan las condiciones exigidas para ello. En ese sentido, la acción de estos tribunales, aunque ya se ha apuntado su actitud restrictiva al respecto, podría ser relevante por ejemplo mediante la posibilidad de aplicar el Principio del *non refoulement* a los desplazados ambientales, que representaría una primera medida de garantía del respeto de sus derechos.

(58) La utilidad de esta tercera vía es percibida a nivel institucional y, por ejemplo, la Organización Internacional para las Migraciones califica como *críticamente importante* adoptar respuestas legales que identifiquen los derechos de los migrantes ambientales y las obligaciones de los Estados para superar obstáculos como la dificultad de establecer claras categorías legales, los que hemos identificado como el factor técnico, y la sensibilidad política, el factor político. Y en esa línea, desde esa Organización se afirma la utilidad de servirse de los marcos existentes aplicables, como el Derecho de los derechos humanos, el Derecho ambiental, el Derecho internacional humanitario, las respuestas legales a los desastres internacionales, el Derecho de la nacionalidad y los instrumentos regionales y nacionales. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (2017), *Migrants and migration policy in the context of the adverse effects of climate change and environmental degradation*. Global Compact Thematic Paper/Climate change and environmental degradation, pág. 4. Disponible en: https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/IOM-Thematic-Paper-Climate-Change-and-Environmental-Degradation.pdf (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(59) Posibilidad advertida por el ACNUR en relación con otro supuesto en el que también entra en juego la multicausalidad, el que se identifica como los *refugiados que huyen del hambre*, en principio fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra, que sin embargo sería aplicable cuando ese escenario resulte de conflictos armados y violencia. UNHCR (2017), *Legal Considerations on Refugee Protection for people fleeing conflict and famine affected countries*, 5 April, pág. 1. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/5906e0824.html> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).



Por su parte, las aportaciones del Derecho internacional del clima comenzarían por la que, con carácter preventivo, supone el esfuerzo de mitigación de las emisiones de Gases de Efecto Invernadero, con la consiguiente reducción del desplazamiento ambiental resultante del menor impacto del fenómeno del calentamiento global en la degradación del entorno. A ello puede añadirse la consideración del desplazamiento humano como estrategia adaptativa, y por tanto su inclusión en la acción que a este respecto se desarrolla en el régimen climático internacional. Así, los Estados concernidos por ese deterioro ambiental, tanto los de origen como los de destino, recibirían asistencia financiera y técnica para afrontar los costes asociados al mismo.

Por último, en este primer componente del puzzle se incluirían los instrumentos de alcance nacional o regional, como la protección temporal que, si bien en algunos casos choca con la naturaleza permanente del desplazamiento ambiental, serviría para ganar tiempo y/o como primer paso que evitase la situación de desamparo de esas personas afectadas por el deterioro del medio ambiente. La mayor homogeneidad de intereses y la mayor facilidad para adaptarse a las circunstancias del desplazamiento en cada caso permiten pensar que este tipo de instrumentos se enfrentarían a menores reticencias que los de alcance universal. Esa ventaja sería lógicamente más acentuada en el caso de los instrumentos planteados a nivel nacional, en los que el Estado en cuestión es libre para adaptarlos a sus necesidades e intereses. Pero tampoco estos instrumentos normativos del alcance geográfico más restringido están exentos de límites, como que, según se señaló al estudiar la protección temporal, el mayor margen de acción de los Estados que los incorporan a su ordenamiento interno se transforme en inseguridad jurídica dado su carácter discrecional. A estos efectos ya se advirtió que la sumisión de la aplicación de ese instrumento a una valoración caso por caso comporta un margen de subjetivismo que puede perturbar su aplicación de manera justa a supuestos en principio similares (60).

Además, el posible recurso a estos instrumentos normativos de alcance territorial más restringido, incluso los de carácter nacional, se enfrenta, como ya se advirtió anteriormente, a la existencia de alternativas más flexibles, como las respuestas *ad hoc* de carácter humanitario. Ello se debe a que, pese a la mayor homogeneidad de intereses, persiste en

(60) La discrecionalidad se incluye entre las razones por las que la Comisión Europea concluye que esas iniciativas no son una vía clara y segura de protección y las califica como soluciones parciales. A esa conclusión del carácter parcial conducen argumentos como su carácter temporal o su aplicación tan solo a desplazados ambientales que se encuentran en Estados desarrollados que han previsto este tipo de instrumentos, lo que excluye a aquellos de países en desarrollo que, como consecuencia de desastres inesperados y súbitos, se desplazan a países cercanos. *Commission Staff Working Document on climate change, environment degradation and migration...*, cit., pág. 20.



relación con esos instrumentos el problema de las reticencias de los Estados a asumir nuevas obligaciones en materia de desplazamiento (61). Una manifestación ya mencionada de esa circunstancia es la situación existente en los marcos regionales en los que la definición más amplia del concepto de refugiado permitiría incluir al desplazado ambiental, en los que Estados concernidos eluden que las iniciativas de asistencia a personas que se encuentren en esa situación se fundamenten o relacionen con compromisos internacionales previamente adquiridos.

Como ejemplo de esas reticencias en instrumentos de alcance nacional puede citarse la iniciativa *Pacific Access Category Resident Visa*, puesta en marcha por el Gobierno de Nueva Zelanda para conceder permisos de residencia a nacionales de Fiyi, Kiribati, Tonga y Tuvalu (62). Aunque a la vista de la situación de esos países desde la perspectiva del impacto del cambio climático podría pensarse que su objetivo es asistir a los desplazados ambientales; de los requisitos exigidos para obtener los permisos, en especial el de disponer de oferta de trabajo que permita sostener económicamente a la familia durante la estancia en Nueva Zelanda, puede aventurarse que el objetivo último es más bien atender a ciertas necesidades de mano de obra del Estado que concede los permisos (63).

Es evidente que la respuesta que resulta de ese conjunto de instrumentos es parcial e insuficiente, y está lejos de suponer un marco jurídico omnicompreensivo que garantice en cualquier situación la protección de los desplazados ambientales. Pero, esa carencia puede reducirse con la aportación de otras herramientas que, a la vista de su mayor flexibilidad y/o su menor intensidad obligacional, estarían, en principio, menos expuestas a las reticencias, cuando no al rechazo, de los Estados. Nos estamos refiriendo a los textos de *soft law* (64), cuyo papel es reconocido en

(61) Reticencias que, como señala Karoline Pop, dan como resultado que la cooperación regional en materia de desplazamiento ambiental se mantenga normalmente en el nivel informal, de diálogo no obligatorio, siendo muy pocos los casos en los que esas iniciativas adquieren fuerza legal, como el caso de la Convención de Kampala. POP, K. (2014), «Regional Policy Perspectives» en E. PIGUET and F. LACZKO (eds.), *People on the Move in a Changing Climate. The Regional Impact of Environmental Change on Migration*, Global Migration Issues, vol. 2, Dordrecht, Springer, pág. 250.

(62) Disponible en: <https://www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/apply-for-a-visa/about-visa/pacific-access-category-resident-visa> (última consulta el 16 de julio de 2021).

(63) En esa línea Angela Williams afirma que la significación ambiental de esta iniciativa ha sido exagerada, y se trata más bien de un movimiento migratorio económicamente orientado para reforzar la fuerza de trabajo de Nueva Zelanda. WILLIAMS, A. (2008), «Turning the Tide...», *ob. cit.*, pág. 515.

(64) Cuya aportación resulta, en opinión de Walter Kälin y Nina Schrepfner, de su mejor ajuste a la incertidumbre existente en esta cuestión, frente al problema del consenso, y la posterior ratificación, que se plantea respecto a un tratado. KÄLIN, W. y SCHREPFER, N. (2012), *Protecting People Crossing Borders...*, *ob. cit.*, págs. 69 y ss.



la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes* de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su apartado 52 menciona la elaboración de principios rectores no vinculantes y directrices voluntarias, coherentes con el Derecho internacional. A este respecto no está de más advertir que esa mención se hace desde la aproximación amplia antes apuntada, al referirse a migrantes en situación de vulnerabilidad, en especial niños no acompañados y separados que necesiten asistencia y no reúnan las condiciones para recibir protección internacional como refugiados.

No obstante, la naturaleza de *soft law* y la no imposición de obligaciones jurídicas no elimina la existencia de reticencias de los Estados, lo que puede explicarse por la consideración de esos textos como punto de partida para otros de los que sí resulten esas obligaciones; baste recordar la postura de distintos Estados respecto del *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Precisamente este temor pone de manifiesto otra utilidad del *soft law*, su papel precursor, generando progresivamente consenso y abriendo la vía para la posterior adopción de textos de Derecho positivo (65). Este papel precursor es particularmente interesante en ámbitos como el desplazamiento ambiental, en los que la adopción de textos de *hard law*, o la modificación de los ya existentes, se enfrenta con el previsible rechazo de los Estados de proceder a su ratificación (66).

Un ejemplo de instrumento de esta naturaleza son los *Guiding Principles on Internal Displacement*, en el que se pone de manifiesto ese papel precursor, tanto en el plano interno como internacional, inspirando la

(65) Aportación que se subraya respecto del desplazamiento ambiental en un Informe del Gobierno británico, que califica el *soft law* como una opción más adecuada que la construcción de un marco global para abordar la protección de los desplazados ambientales, que el Informe identifica como refugiados ambientales. Y esa mayor adecuación se apoya en la consideración de los textos de *soft law* como surgidos de una aproximación *bottom up* sobre la que construir consensos y permitir su adopción por los Estados de manera adaptable e individualizada. GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE (2011), *Foresight: Migration and Global Environmental Challenge. Future Challenges and Opportunities, Final Project Report*, Londres, pág. 20. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/287717/11-1116-migration-and-global-environmental-change.pdf (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(66) La aportación de los textos de *soft law* en este plano es subrayada por Camilla Schloss, que advierte con razón que estos textos se presentan como la mejor opción, o quizá la única posible, en supuestos de falta de consenso. Así añade la autora que con este tipo de textos se elude el escenario del todo o nada que implica la negociación tendente a adoptar tratados internacionales, con el riesgo adicional de frustración en caso de que esa negociación no tenga resultados positivos y en todo caso la probabilidad de una larga espera. En lugar de eso el *soft law* sirve como paso previo para posteriores desarrollos políticos o normativos, como la adopción de tratados, que en ese momento no son posibles. SCHLOSS, C. (2018), «Cross-border displacement due to environmental disaster. A proposal for a UN Guiding Principles to fill the legal protection gap» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*»..., *ob. cit.*, pág. 248.



adopción de normas de *hard law* o de la acción de altos tribunales(67). Esa circunstancia ha llevado a plantear la extensión de ese modelo al desplazamiento ambiental transfronterizo, no cubierto por el mismo, adoptando unos *Guiding Principles on International Displacement*(68). Sin embargo, puede preverse que esa traslación plantearía problemas específicos debido a las diferencias entre el desplazamiento interno y el transfronterizo; especialmente que las reticencias de los Estados serían previsiblemente mayores en el caso de unos Principios centrados en el desplazamiento transfronterizo, aunque la naturaleza de *soft law* de ese texto conduce a pensar que en todo caso ese rechazo sería menor que el podría existir en relación con un tratado internacional.

Además de estos Principios otro ejemplo de textos de *soft law* útiles en relación con el desplazamiento ambiental son los adoptados en el marco de la *Iniciativa Nansen*(69), a la que se daba continuidad con la *Platform on Disaster Displacement*(70). Esta Iniciativa, lanzada en octubre

(67) En el plano nacional puede mencionarse la incorporación de esos Principios al ordenamiento interno, que realiza la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-025/04, de 22 de enero de 2004. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> (recuperado el 3 de septiembre de 2021). En el plano internacional puede mencionarse el Protocolo sobre protección y asistencia a personas desplazadas internamente, de 30 de noviembre de 2006, anexo al Pacto sobre seguridad, estabilidad y desarrollo en la Región de los Grandes Lagos, cuyos artículos 4 y 6 recogen la adhesión a dichos Principios de los Estados Parte y el compromiso de implementarlos. Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/52384fe44.pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021). Y por supuesto puede destacarse la Convención de la Unión Africana para la protección y asistencia de las personas internamente desplazadas en África, de 23 de octubre de 2009 (Convención de Kampala), cuyo Preámbulo reconoce los *Guiding Principles on Internal Displacement* como un marco internacional importante para la protección de las personas desplazadas internamente. Acerca del impacto de los Principios en normas tanto internas como internacionales *vid.* FERRIS, E. (2017), «The relevance of the Guiding Principles on Internal Displacement for the climate change-migration nexus» en B. MAYER and F. CRÉPEAU (eds.), *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing, págs. 112 y ss.

(68) Posibilidad recogida en la Recomendación 1862 (2009), de 30 de enero, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que en su apartado 6.5 animaba a las Naciones Unidas a desarrollar un marco similar de Principios para proteger los derechos de aquellos cuyo desplazamiento debido a causas ambientales les lleva a cruzar fronteras. El planteamiento se realiza también a nivel doctrinal, en este sentido *vid.*, por ejemplo, BOANO, C., ZETTER, R. y MORRIS, T. (2008), *Environmentally displaced people. Understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration*, Forced Migration Policy Briefing 1, Refugee Studies Centre, University of Oxford, November, págs. 25 y ss.; MCADAM, J. (2011), «Swimming against the Tide...», *ob. cit.*, págs. 5 y ss.; o GEMENNE, F. y BRUECKER, P. (2015), «From the Guiding Principles on the Internal Displacement to the Nansen Initiative: What the Governance of Environmental Migration Can Learn from the Governance of Internal Displacement», en *International Journal of Refugee Law*, volumen 27, Issue 2, June, págs. 245 y ss.

(69) Como los Principios Nansen o la *Agenda for the Protection of cross-border displaced persons in the context of disasters and climate change*. Disponible en: <https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/02/PROTECTION-AGENDA-VOLUME-1.pdf> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).

(70) <http://disasterdisplacement.org> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).



de 2012 por Suiza y Noruega y apoyada por otros Estados, tiene como objetivo identificar prácticas efectivas y construir consensos sobre principios clave y elementos para la protección de quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por causas ambientales, incluido el cambio climático.

V. La dimensión institucional. La gestión en red del desplazamiento ambiental

Esta tercera vía para la articulación de un marco internacional de protección de los desplazados ambientales debe tener de manera necesaria su traslación al plano institucional, en concreto en lo que respecta a la identificación del esquema de cooperación entre los distintos organismos internacionales concernidos por ese fenómeno del desplazamiento ambiental que permita maximizar los esfuerzos destinados a ese propósito. En realidad, en esta dimensión institucional se reproduce el escenario descrito al referirnos al plano normativo, estudiando los instrumentos jurídicos disponibles en Derecho internacional para la protección de los desplazados ambientales. Tal como se decía entonces, tampoco en el plano institucional puede hablarse de una situación de vacío, puesto que son varios los organismos internacionales que actúan en el ámbito del desplazamiento ambiental; sino que en realidad lo que se percibe es una ausencia de coordinación en la acción de todos esos organismos (71).

De hecho, esa confluencia de organismos internacionales actuando en relación con el desplazamiento ambiental es consecuencia inevitable de la naturaleza multidimensional de ese fenómeno. La posibilidad de analizar el desplazamiento ambiental desde diversas aproximaciones (derechos humanos, medio ambiente, seguridad, fenómeno migratorio, etc.), explica que los distintos organismos que actúan en cada uno de esos sectores se interesen por este fenómeno. Y esta participación de múltiples actores, inherente como se ha dicho a la propia esencia del desplazamiento ambiental, debe tenerse muy en cuenta al diseñar una estructura institucional adecuada para articular la protección de esas personas. En concreto, esta circunstancia mueve a pensar que el modelo institucional idóneo no se decantaría tanto por identificar una única Organización, por crear o ya existente, con las modificaciones

(71) Escenario que describen Simon Behrman y Avidan Kent, concluyendo que la situación en el plano institucional no es sino el reflejo del *impasse* legal, de forma que la no asignación de la gobernanza del desplazamiento ambiental a un sector concreto del Derecho internacional conduce a que ninguna institución internacional haga suya esa cuestión de manera plena. BEHRMAN, S. y KENT, A. (2018), «Overcoming the Legal Impasse...», *ob. cit.*, pág. 7.



oportunas, que asumiese toda la responsabilidad y competencias en este ámbito, sino por diseñar una suerte de estructura en red, en la que se integrasen todos aquellos actores concernidos por el desplazamiento ambiental (72).

Este enfoque en red traduce, como ya se ha apuntado, a nivel institucional la opción por la tercera vía a la que se hizo referencia en el plano normativo. Se trataría, por tanto, de aprovechar lo ya existente para conformar una respuesta colectiva al desafío del desplazamiento ambiental, en particular a la protección de los derechos de las personas concernidas. Pero la opción por la gobernanza en red pone sobre la mesa como cuestión crucial la necesidad de articular un esquema de coordinación adecuado que permita integrar el esfuerzo colectivo, evitando en la medida de lo posible dobles empleos. Y a ese respecto de nuevo se reproducen las posturas ya vistas al estudiar el plano normativo, puesto que en principio las soluciones más inmediatas serían la asunción de esa posición de coordinador por alguna de las Organizaciones ya existentes o la creación de una nueva Organización internacional *ad hoc* (73).

En todo caso, ambas alternativas presentan inconvenientes, que en el caso de la creación de una nueva Organización serían de carácter financiero e incluso político. Por su parte, la identificación de una Organización ya existente como centro coordinador de esa gobernanza en red del desplazamiento ambiental tampoco está exenta de obstáculos, incluyendo el de carácter político, consistente en la aceptación de la ampliación del ámbito competencial de esa Organización por los Estados miembros de la misma, puesto que en este momento ninguna contempla de manera específica el desplazamiento ambiental en-

(72) Modelo que, de acuerdo con la aproximación amplia mencionada al referirnos al factor ético, no se limitaría al desplazamiento ambiental sino que incluiría cualquier supuesto de desplazamiento que no cuenta con una protección internacional específica. Aproximación que a nivel institucional es descrita por Alexandre Betts, que aborda la división de responsabilidades entre Organizaciones internacionales en relación con la asistencia a los *survival migrants*. BETTS, A. (2010), «Survival Migration...», *ob. cit.*, págs. 377 y ss.

(73) Como la Agencia Mundial para los Desplazados Ambientales que se prevé en el artículo 21 del Proyecto de convenio relativo al estatuto internacional de los desplazados ambientales, adoptado en la Universidad de Limoges. Otras propuestas en ese sentido pueden encontrarse en HODGKINSON, D., BURTON, T., ANDERSON, H., y YOUNG, L. (2010), «The Hour When the Ship Comes in'...», *ob. cit.*, págs. 23 y ss., o en DOCHERTY, B. y GIANNINI, T. (2009), «Confronting a rising tide...», *ob. cit.*, págs. 384 y ss. Incluso pueden mencionarse planteamientos que se situarían a medio camino, mediante la creación *ex novo* de organismos que sin embargo se integrarían en estructuras ya existentes. Puede citarse como ejemplo la propuesta de alojar la estructura institucional específica que se crease en el marco del régimen climático internacional mediante un Protocolo a la CMNUCC sobre Reconocimiento, Protección y Reasentamiento de los refugiados climáticos. *Vid.* BIERMANN, F. y BOAS, I. (2010), «Preparing for a Warmer World...», *ob. cit.*, págs. 76 y ss.



tre sus competencias (74). En este sentido el ACNUR y la OIM se presentan como los candidatos más destacados a asumir esa función de coordinación, entre otras razones por la cercanía del desplazamiento ambiental con sus competencias así como por contar ya con experiencia en ese ámbito (75). No obstante, la mayor flexibilidad de la OIM no supone que desaparezca el obstáculo de la necesidad de modificar su mandato, y la consiguiente aceptación por los Estados parte (76).

Esas limitaciones a la posibilidad de que la posición de coordinador de esa gobernanza en red del desplazamiento ambiental recaiga en alguna de las Organizaciones que viene desarrollando *de facto* ya su actividad en ese ámbito, como especialmente el ACNUR y la OIM, lleva a poner sobre la mesa la posibilidad de acudir a otro modelo organizativo. Se trata del conocido como *cross governance*, que se concreta en que la coordinación se produce en el marco de estructuras de trabajo de carácter interinstitucional. A ese respecto puede mencionarse como modelo el del Comité Permanente Inter-Agencias (*Inter-Agency Standing Committee*), foro interinstitucional creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, en el que, por lo que aquí interesa, se integran los principales organismos concernidos por la cuestión del desplazamiento ambiental, entre ellos la OIM y el ACNUR (77). El protagonismo que el IASC puede jugar en relación con el desplazamiento ambiental se apoya en el reconocimiento expreso que se hace en el apartado 6 de la Resolución 48/57 de la

(74) Ambos elementos son tenidos en cuenta por Nina Hall al abordar la cuestión del carácter dinámico del mandato de las Organizaciones internacionales, cuyos Estados miembros esperan que hagan uso de su *expertise* y respondan a nuevas cuestiones de manera autónoma. A ello se añade que en ocasiones ese mandato se plantea de forma más ambigua y deja al *staff* de esa Organización un mayor margen de maniobra para reorientar su actividad, de manera que se desvía de su mandato original (lo que se conoce como *agency slack*). Esa ampliación del mandato se produce en ocasiones cuando el *staff* de la Organización percibe que una nueva cuestión se relaciona fuertemente con su mandato original. Igualmente deben tenerse en cuenta los *issue-linkages*, las cuestiones que sirven de enlace de diversos ámbitos de acción, que facilitan la conexión del ámbito de acción cubierto por el mandato original de la Organización con uno nuevo. HALL, N. (2016), *Displacement, Development and Climate Change. International organizations moving beyond their mandates*, Londres, Routledge, págs. 4 y ss.

(75) Si bien la menor rigidez de su mandato, tal como resulta de los respectivos tratados constitutivos, coloca incluso a la OIM con ventaja para asumir esa función coordinadora. Vid. KENT, A. y BEHRMAN, S. (2018), *Facilitating the Resettlement...*, *ob. cit.*, págs. 131 y ss.

(76) Hasta el punto que, pese al reconocimiento institucional antes apuntado por ejemplo por parte de las Naciones Unidas a la aportación e incluso el liderazgo de la OIM en relación con el desplazamiento humano, Nina Hall destaca la escasa atención doctrinal que se presta a esa Organización, a la que no se percibe ni como una institución poderosa ni como un líder mundial en caso de crisis global. HALL, N. (2016), *Displacement, Development and Climate Change...*, *ob. cit.*, págs. 87 y ss.

(77) Vid. <https://interagencystandingcommittee.org/the-inter-agency-standing-committee> (recuperado el 3 de septiembre de 2021).



Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1993, por la que se desarrolla su mandato, de ese órgano como el mecanismo principal para la coordinación de los distintos actores que participan en la asistencia humanitaria(78). A favor de ese papel del IASC como centro coordinador de la gobernanza en red del desplazamiento ambiental juega también la creación en su seno, en julio de 2009, de una *Task Force* sobre Cambio Climático con el objetivo de integrar la gestión de los riesgos de este fenómeno, incluyendo lo que se refiere a migración y desplazamiento, en la política, las operaciones, las directrices y los instrumentos del IASC.

Siguiendo ese mismo modelo de *cross-governance*, aunque desde una perspectiva más general, no limitada al desplazamiento ambiental y por tanto más adaptada a la aproximación amplia defendida en este estudio, cabe citar la Red de Naciones Unidas sobre Migración (*UN Network on Migration*), como órgano que podría asumir esa condición de coordinador en relación con el fenómeno migratorio. Esta Red, puesta en marcha el 23 de mayo de 2018 por el Secretario General de las Naciones Unidas, tiene su razón de ser en la aplicación del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*(79). De hecho, en ella ya se encuentran integrados los actores más relevantes para la gobernanza en red del desplazamiento ambiental; no solo la OIM, que desempeña funciones de coordinación y secretaría, y el ACNUR, sino incluso el IASC, si bien a diferencia de este último el desplazamiento ambiental no ha recibido, al menos por el momento, una atención expresa, no existiendo ningún Grupo de Trabajo específico.

(78) Por lo que respecta de manera más específica al desplazamiento ambiental cabe señalar que el Preámbulo de esta segunda Resolución subraya la importancia, en el contexto de la asistencia humanitaria de las Naciones Unidas, de asegurar una respuesta coordinada ante los desastres naturales, aportando a los países propensos asistencia técnica y financiera de cara a su prevención y la mitigación de sus impactos.

(79) *Vid.* <https://migrationnetwork.un.org> (recuperado el 3 de septiembre de 2021). La creación de esta Red respondía al llamamiento establecido en el *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, que en su apartado 43.º planteaba la puesta en marcha de un mecanismo de creación de capacidad para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros para la aplicación del Pacto. En ese sentido en el apartado 45.º se acogía con beneplácito la decisión del Secretario General de las Naciones Unidas de establecer la citada Red, encargada de garantizar la eficacia y coherencia del apoyo de todo el sistema a la aplicación del Pacto Mundial, incluido el mecanismo de creación de capacidad. Esta Red venía a sustituir al *Global Migration Group*, creado en 2006 con el objetivo de promover la aplicación efectiva de los instrumentos internacionales en materia migratoria. *Vid.* <https://globalmigrationgroup.org> (última consulta el 16 de julio de 2020). Sobre este último foro Avidan Kent y Simon Behrman advertían de su escasa actividad, recordando que en todo ese tiempo solo había producido un documento sobre migración climática, en 2011. KENT, A. y BEHRMAN, S. (2018), *Facilitating the Resettlement...*, *ob. cit.*, pág. 147.



VI. Conclusiones

La condición de la protección internacional de los desplazados ambientales como una cuestión compleja conduce, de acuerdo con la lógica apuntada al comienzo, a prever la necesidad de acudir a soluciones igualmente complejas. Dado que los obstáculos técnicos y principalmente las resistencias políticas de los Estados a aumentar sus obligaciones internacionales en materia de desplazamiento, impiden contemplar soluciones más directas, y quizá por ello en principio más atractivas, resulta obligado articular instrumentos jurídicos que a primera vista pueden no parecer satisfactorios por su relativa indeterminación, pero permiten superar ese filtro de la aceptación por los Estados y comenzar a andar el camino que posteriormente lleve a otros marcos más precisos. Es decir que de lo que se trata es de disponer de un mecanismo de protección con la mayor eficacia posible en el contexto existente y no de un marco que teóricamente se presenta como claro y sencillo pero que en la práctica no pasa de representar un ejercicio teórico, al no poder superar el test de su aceptación por los Estados.

Es en esa línea en la que se inscribe la tercera vía ya apuntada, en la que el aprovechamiento de lo ya disponible, incluidos los beneficios que resultan del *soft law*, permite pensar que se puedan eludir esas resistencias de los Estados, a los que no se impone ninguna carga adicional a las que ya soportaban. Es evidente que este tipo de solución respondería a esa idea de que es previsible que a problemas complejos correspondan soluciones complejas, puesto que habrá que acudir en cada caso a diversas herramientas para proteger los derechos de quienes se ven forzados a abandonar sus hogares como consecuencia de las afecciones a su medio ambiente. Pero, más allá del atractivo que una respuesta de esta naturaleza pueda tener para el jurista, cabe contemplarla como capaz de dar satisfacción, en mayor o menor medida, a las dos exigencias hasta cierto punto incompatibles mencionadas al comienzo: por una parte, la necesidad de responder de forma rápida, incluso inmediata, a la situación de quienes ya se han visto obligados a desplazarse debido a la amenaza que el deterioro de su medio ambiente representa para su vida o su subsistencia y, por otra parte, la construcción progresiva de consensos que abran la puerta a medio plazo al desarrollo de otros instrumentos específicos por alguna de las otras dos alternativas, lo que hoy por hoy no parece factible.

Para cerrar estas conclusiones debe añadirse que a todo lo dicho hasta ahora se suma que los imponderables de los factores técnico y, sobre todo, ético conducen a una aproximación amplia de manera que esa tercera vía se aplique no al desplazamiento ambiental sino a cualquier persona que se vea obligada a desplazarse sin importar los motivos. En primer lugar porque es muy complejo identificar con fiabilidad cuales



son los factores que fuerzan a las personas abandonar sus hogares y por tanto si ese desplazamiento puede considerarse como resultado único o principal del deterioro del medio ambiente. Y en segundo lugar, porque sean los motivos que sean los que abocan a ese desplazamiento, no parecen existir razones sólidas que justifiquen que se pueda proteger a unos y abandonar a otros a su suerte.

VII. Bibliografía

- ALLAIN, J. (2002), «The *jus cogens* Nature of non-refoulement», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, Núm. 4.
- ANASTASIOU, T. (2018), «Public international law's applicability to migration as adaptation. Fit for purpose?» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*». *Beyond the Legal Impasse?*, Nueva York, Earthscan.
- BEHRMAN, S. y KENT, A. (2018), «Overcoming the Legal Impasse? Setting the Scene» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*». *Beyond the Legal Impasse?*, Nueva York, Earthscan.
- BETTS, A. (2010), «Survival Migration: A New Protection Framework», en *Global Governance*, Jul.-Sep., 16, 3.
- BIERMANN, F. y BOAS, I. (2010), «Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees», en *Global Environmental Politics*, vol. 10, Núm. 1, February.
- BOANO, C., ZETTER, R. y MORRIS, T. (2008), *Environmentally displaced people. Understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration*, Forced Migration Policy Briefing 1, University of Oxford.
- CHADWICK, V. (2018), *Global Compact for Migration not the answer for Climate Refugees: UN Representative*, Devex Website.
- COURNIL, C. (2006), «Les réfugiés écologiques: Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s)», en *Revue du Droit Public*, núm. 4.
- COVENTRY, T. (2017), «Complementary protection. The role of courts in expanding protection to 'environmental refugees' in domestic asylum» en K. ROSENOW-WILLIAMS and F. GEMENNE (ed.), *Organizational Perspectives on Environmental Migration*, Londres, Earthscan.
- DOCHERTY, B. y GIANNINI, T. (2009), «Confronting a rising tide: a proposal for a convention on climate change», en *Harvard Environmental Law Review*, vol. 33.
- EGEA JIMÉNEZ, C. y SOLEDAD SUESCÚN, J. I. (2011), «Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto», en *Cuadernos Geográficos*, Vol. 49, 2.
- EL-HINNAWI (1985), E., *Environmental Refugees*, Nairobi, UNEP.
- FERRIS, E. (2017), «Governance and climate change-induced mobility. International and regional frameworks» en B. MAYER and F. CRÉPEAU (eds.), *Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law*, Cheltenham, Edward Edgar Publishing.



- FERRO, M. (2016), «El reconocimiento del Estatuto de Refugiado por la afectación a Derechos Fundamentales como consecuencia del Cambio Climático», en *Observatorio Medioambiental*, núm. 19.
- GEMENNE, F. (2015), «Una buena razón para hablar de los “refugiados climáticos”», en *Migraciones Forzadas*, núm. 49.
- GEMENNE, F. y BRUECKER, P. (2015), «From the Guiding Principles on the Internal Displacement to the Nansen Initiative: What the Governance of Environmental Migration Can Learn from the Governance of Internal Displacement», en *International Journal of Refugee Law*, volumen 27, Issue 2, June.
- HALL, N. (2016), *Displacement, Development and Climate Change. International organizations moving beyond their mandates*, Londres, Routledge.
- HODGKINSON, D., BURTON, T., ANDERSON, H., & YOUNG, L. (2010), «The Hour When the Ship Comes in’: A Convention for Persons Displaced by Climate Change», en *Monash University Law Review*, Vol. 36, Issue 1.
- HUGO, G. (2012), «Climate Change-Induced Mobility and the Existing Migration Regime in Asia and the Pacific» en J. MCADAM (ed.), *Climate Change and Displacement. Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, Hart Publishing.
- KÄLIN, W. (2012), «Conceptualising Climate-Induced Displacement» en J. MCADAM (ed.), *Climate Change and Displacement. Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, Hart Publishing.
- KÄLIN, W. y SCHREPFER, N. (2012), *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, Division of International Protection UNHCR, Ginebra.
- KENT, A. y BEHRMAN, S. (2018), *Facilitating the Resettlement and Rights of Climate Refugees. An Argument for Developing Existing Principles and Practices*, Londres, Routledge.
- MCADAM, J. (2011), «Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is not the Answer», en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, núm. 1.
- (2012) *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- POP, K. (2014), «Regional Policy Perspectives» en E. PIGUET and F. LACZKO (eds.), *People on the Move in a Changing Climate. The Regional Impact of Environmental Change on Migration*, Global Migration Issues, vol. 2, Dordrecht, Springer.
- SCHLOSS, C. (2018), «Cross-border displacement due to environmental disaster. A proposal for a UN Guiding Principles to fill the legal protection gap» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*». *Beyond the Legal Impasse?*, Nueva York, Earthscan.
- SOLER GARCÍA, C. (2019), *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi.
- THOMANN, L. (2017), «Environmental migration: a concept between complexes and complexities» en K. ROSENOW-WILLIAMS and F. GEMENNE



- (ed.), *Organizational Perspectives on Environmental Migration*, Londres, Earthscan.
- VAN DER VLIET, J. (2018), «“Climate Refugee”. A legal mapping exercise» en S. BEHRMAN and A. KENT (ed.), «*Climate Refugees*». *Beyond the Legal Impasse?*, Nueva York, Earthscan.
- WARREN, P. D. (2016), «Forced migration after Paris COP21: Evaluating the climate change displacement coordination facility», en *Columbia Law Review*, Vol. 116, Núm. 8, December.
- WILLIAMS, A. (2008), «Turning the Tide: Recognizing Climate Change Refugees in International Law», en *Law and Policy*, Vol. 30, Núm. 4, October.
- ZETTER, R. (2009), «The role of legal and normative frameworks for the protection of environmentally displaced people» en F. LACZKO and C. AGHAR (eds.), *Migration, Environment and Climate Change – Assessing the evidence*, Ginebra, International Organization for Migrations.
- (2012) «Protecting People Displaced by Climate Change: Some Conceptual Challenges» en J. MCADAM (ed.), *Climate Change and Displacement. Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, Hart Publishing.





¿Nuevos paradigmas en la interpretación jurídica de la doble oficialidad lingüística?

Are there new paradigms in the legal interpretation of dual linguistic officialdom?

IÑIGO URRUTIA LIBARONA

Profesor Agregado de Derecho Administrativo
UPV/EHU
i.urrutia@ehu.eus
ORCID: 000-0002-6327-0652

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.04>

LABURPENA: Lan honek hizkuntza-politikaren konstituzionaltasun-kanonak jurisprudenzian izan duen aldaketa aztertzen du. Hizkuntza-legeriaren konstituzionaltasunaren ardatza aldatuz joan da, ofizialtasun bikoitzaren bermetik hizkuntza ofizialen arteko oreka saihestezinera bitartean. Gaur egun, hizkuntza arloan lege-gilearen muga ez da soilik hizkuntza aukeratzeko eskubidearen bermea, baizik eta araudi-tratamenduan nagusi izan behar duen «oreka» ideia. Honek botere publiko eskudunen ahalmena mugatzen du, hizkuntza politikaren esparrua txikitzen baitu.

HITZ-GAKOAK: Hizkuntza-zuzenbidea. Hizkuntza-normalizazioa. Saiestezineko oreka. Hizkuntzak eta Administrazioa.

ABSTRACT: The work analyzes the variation of the parameter of constitutionality of linguistic policy in case law, which has moved the axis of the constitutionality of linguistic legislation from the «guarantee of the two official languages regime» to the «inexcusable balance» between the official languages at the time of defining it. Legislative availability does no longer finds its limit only in the guarantee of the right of choice of language, but in an idea of "balance" that must govern the regular treatment, encumbering the availability of public powers over the matter. This means breaking into the scope of the definition of language policy, whose design, implementation and enforcement corresponds to the autonomous public powers.

KEYWORDS: Linguistic law. Linguistic normalization. Inexcusable balance. Languages and administration.

RESUMEN: El trabajo analiza la variación del canon de constitucionalidad de la política lingüística en la jurisprudencia, que ha trasladado el eje de la constitucionalidad de la legislación lingüística desde la «garantía de la doble oficialidad»



al «inexcusable equilibrio» entre las lenguas oficiales a la hora de definirla. La disponibilidad legislativa ya no encuentra su límite únicamente en la garantía del derecho de opción de lengua, sino en una idea de «equilibrio» que ha de presidir el tratamiento normativo, constriñendo la disponibilidad de los poderes públicos sobre la materia. Ello supone adentrarse en el ámbito de la definición de la política lingüística, cuyo diseño, puesta en práctica y realización corresponde a los poderes públicos autonómicos.

PALABRAS CLAVE: Derecho lingüístico. Normalización lingüística. Equilibrio inexcusable. Lenguas y administración.

Trabajo recibido el 16 de mayo de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. El reconocimiento del plurilingüismo lingüístico.—III. Alcance territorial y material de la doble oficialidad. 1. Alcance territorial de la oficialidad y la cuestión de la extraterritorialidad. a) Coincidencia de lenguas oficiales. b) Reconocimiento estatutario de derechos extraterritoriales de uso. 2. Alcance material de la oficialidad.—IV. La configuración de los modelos lingüísticos.—V. Nuevos paradigmas: el «equilibrio inexcusable». 1. El canon del «equilibrio inexcusable». 2. Derecho de uso sin formalidades ni condiciones. 3. Un caso paradigmático: el Auto del TSJPV de 7 de septiembre de 2021.—VI. Exigencias lingüísticas en el acceso a funciones públicas. 1. Administración autonómica y local. 2. Administración periférica del Estado.—VII. Reflexión conclusiva.—Bibliografía

I. Introducción

El tema que se desarrolla en este trabajo es el relativo al reconocimiento jurídico de la diversidad lingüística y los márgenes de actuación de los poderes públicos en la promoción de las lenguas oficiales. Comenzaremos identificando los elementos definidores en los que se sustenta el reconocimiento jurídico del plurilingüismo, así como la evolución interpretativa del Tribunal Constitucional sobre la materia, para, posteriormente, centrar el estudio en ciertos desarrollos recientes en materia de lenguas y administración.

La definición teórica del modelo lingüístico constitucional se estableció sobre la base de dotar de un estatuto jurídico a las lenguas propias en sus respectivos territorios (estatus de oficialidad compartida), garantizando, al mismo tiempo, la posición preeminente de la lengua castellana como lengua de estado. Aquellos consensos, relativamente firmes en cuanto al estatus jurídico de las lenguas resultaron mucho más débiles en lo relativo al papel que corresponde a los diferentes poderes públicos para avanzar hacia la consolidación de un estado plurilingüe.

Las verdaderas protagonistas del impulso y desarrollo del pluralismo lingüístico han sido las Comunidades Autónomas que desplegaron desde el inicio sus correspondientes procesos de normalización de sus lenguas propias, con desigual intensidad y alcance, en atención a las distintas situaciones sociolingüísticas y a los consensos políticos internos sobre el futuro y promoción de las mismas. El resultado sería la configuración de diversos modelos de política lingüística dentro del estado español.

Por su parte, la acción de los poderes públicos centrales ha resultado mucho menos incisiva. Se ha de destacar, en positivo, la firma en 1992 y posterior ratificación en 2001 de la Carta Europea de las Lenguas Regio-



nales o Minoritarias(1) (CELRM) a cuyo través ha de interpretarse en la actualidad la acción de promoción lingüística de todos los poderes públicos, incluyendo los estatales. La lectura negativa viene de la mano de las constantes requerimientos del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el incumplimiento de los compromisos adoptados por parte del Estado Español al ratificar la CELRM. Como luego observaremos con detalle, los incumplimientos se residencian principalmente en dos ámbitos: el de la administración de justicia, apuntando, por un lado, la necesidad de modificaciones legislativas para hacer posible que los procesos judiciales puedan realizarse íntegramente en las lenguas propias a solicitud de uno de los interesados, y por otro lado, que el sistema de acceso a los cuerpos judiciales garantice que al menos una parte de sus efectivos conozca las lenguas propias (para poder desarrollar su trabajo en las Comunidades autónomas con dos lenguas oficiales). El segundo ámbito problemático es el de la organización de la Administración General del Estado en las Comunidades Autónomas, respecto de la cual, los requerimientos son constantes derivados de la falta de capacidad lingüística de su personal en la lengua propia; también se plantean incumplimientos de la CELRM en el ámbito de ciertos servicios públicos (principalmente la sanidad).

Una fotografía actual del régimen jurídico lingüístico nos muestra un panorama en transformación. Se constatan nuevos planteamientos de carácter político que afirmarían que se ha ido demasiado lejos con la normalización de las lenguas propias, exigiéndose, en consecuencia, la defensa de la lengua castellana frente a la política lingüística favorable a las lenguas propias. Inversamente, al analizar la situación presente desde la perspectiva de los hablantes de las lenguas propias se percibe una cierta sensación de inestabilidad de las bases jurídicas(2), cuando no una sensación de regresión en la garantía de los derechos lingüísticos.

Al hilo de ese nuevo enfoque, en la segunda parte de la exposición, nos preguntarnos si se está produciendo, en la actualidad, una variación en la interpretación de ciertas categorías jurídicas básicas del derecho lin-

(1) Instrumento de ratificación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992, *BOE* núm. 222, de 15 de septiembre de 2001.

(2) Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 4 de mayo de 2021, que declara nula la convocatoria y las bases reguladoras del proceso de acceso a 12 plazas de policía municipal por el hecho de solicitarse en todas ellas el conocimiento preceptivo del euskera. La sentencia hace total abstracción de la normativa sobre perfiles lingüísticos, de la que luego se hablará, y entiende discriminatorio que en todas las plazas se exija el conocimiento del euskera. Precisamente, la aplicación de la normativa que regula el sistema de perfiles lingüísticos exigía que las doce plazas salieran perfiladas, so pena de incumplirla.



güístico y cómo puede afectar ello a la política lingüística desplegada por las Comunidades Autónomas (3) (4). El trabajo concluirá con el análisis de ciertos ámbitos en los que la normalización del uso de las lenguas propias oficiales continua, tras más de cuarenta años, siendo un proceso inacabado.

II. El reconocimiento del plurilingüismo lingüístico

El territorio del estado español destaca por constituir uno de los mayores conjuntos multilingües de Europa, que abarca (utilizando la terminología de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias) varias lenguas territoriales y no territoriales. La coexistencia de lenguas y de comunidades lingüísticas sería reconocida, tras años de férreo monolingüismo, con el advenimiento de la reforma política que concluyó con la aprobación de la Constitución de 1978. La Constitución de 1978 reconoce el pluralismo lingüístico a través de diferentes preceptos, unos de contenido lingüístico explícito (párrafo cuarto del Preámbulo, artículos 3, 20.3, 148.1.17 y 149.2 así como la disposición final) y otros que de forma indirecta ayudan a configurar el régimen lingüístico constitucional (artículos 9.2 y 14) (5).

Partiendo de su preámbulo, que proclama la voluntad de proteger a «todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los dere-

(3) Vid. PLA, A. M., «Reptes de la reforma estatutària en matèria lingüística una revisió crítica de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny» en Anna Maria PLA (coord.) *Reptes del dret lingüístic català reflexions per a un debat crític*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2017, pp.65 y ss.; PONS i PARERA, E., «Els efectes de la STC 31/2010, de 28 de juny, sobre el règim lingüístic de l'Estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12 (2011): 120-152; JOU, L. «La sentència 31/2010, reinterpretada. Legislació lingüística, realitat social i política», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12 (2011): 153 y ss.

(4) Vid. PLA, A. M., «Reptes de la reforma estatutària en matèria lingüística una revisió crítica de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny» en Anna Maria PLA (coord.) *Reptes del dret lingüístic català reflexions per a un debat crític*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2017, pp.65 y ss.; PONS i PARERA, E. «Els efectes de la STC 31/2010, de 28 de juny, sobre el règim lingüístic de l'Estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12 (2011): 120-152; JOU, L. «La sentència 31/2010, reinterpretada. Legislació lingüística, realitat social i política», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12 (2011): 153 y ss.

(5) El artículo 9.2, pese a no tener contenido lingüístico explícito, viene a completar el marco constitucional sobre las lenguas al encomendar a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. Se trata de una clausula que en su explicitación colectiva supone un impulso a una política lingüística activa por parte de los poderes públicos a fin de remover los obstáculos que impidan o dificulten la plena normalización de las lenguas y el reconocimiento de derechos lingüísticos a sus hablantes. Sobre el alcance de esta clausula en materia lingüística TOLIVAR, L., *Las libertades lingüísticas: la cooficialidad en el acceso a la función pública y en el Estatuto de los funcionarios*. Madrid: INAP, 1987, pág. 29 ss.



chos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones», la Constitución reconoce el pluralismo lingüístico y lo configura como un principio constitucional(6), que ha de inspirar la interpretación del ordenamiento jurídico y la acción de los poderes públicos. La diversidad lingüística se configura como un valor que no solo se asume por la Constitución, sino que se configura como algo que ha de ser promovido, obteniendo de dicha realidad una serie de consecuencias jurídicas en orden a la atribución de carácter oficial a las lenguas distintas del castellano, a la protección efectiva y fomento del uso de todas ellas y a la configuración de derechos y deberes individuales en materia lingüística(7). Esos tres elementos suponen las características definitorias del sistema lingüístico constitucional.

En segundo lugar, el pluralismo lingüístico se asume como un elemento estructural de la convivencia de los diferentes pueblos y comunidades lingüísticas del Estado(8). Uno de los aspectos básicos de la configuración política de las Comunidades Autónomas es el relativo a la lengua. La propia configuración conceptual de las Comunidades Autónomas en el artículo 143 de la Constitución refiere el factor cultural (y lingüístico) como fundamento de la autonomía política(9). El reconocimiento de la realidad plurilingüe se enlaza con el elemento organizativo en una doble dirección, como soporte de la descentralización política territorial y, en el sentido inverso, la organización autonómica se concibe también al servicio del plurilingüismo constitucionalmente reconocido.

En tercer lugar, el reconocimiento constitucional de la diversidad de lenguas se realiza atendiendo a su doble naturaleza. La lengua, además de ser un medio de comunicación intersubjetivo también tiene una dimensión social, en cuanto medio de expresión colectiva, que contribuye a definir, crear y desarrollar la identidad de una determinada comunidad y de los individuos que la integran, configurándose, asimismo, como elemento de la identidad de las personas(10). La lengua tiene ese doble

(6) VERNET J. (coor), PONS, E., POU, A., SOLÉ J. R., PLA, A. M. *Dret lingüístic*. Valls: Cossetània, 2003 pág. 37.

(7) STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 1.

(8) J. VERNET (coor), *Dret lingüístic*, pág. 89; PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. «Principios del régimen juridicolingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad» en J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ (coor) *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*. Madrid: Atelier, 2006, pág. 44.

(9) LÓPEZ GUERRA *et al*, 2003, II: 323; SÁNCHEZ AGESTA y PRIETO, «Artículo 3: lenguas de España», en Oscar Alzaga Villaamil (coor), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996, pág. 277. GÁLVEZ SALVADOR, M.J., «Artículo 3», en Pablo PÉREZ TREMPES (dir.), Alejandro SÁIZ ARNAIZ (dir.), Carmen MONTESINOS PADILLA (coord.), *Comentario a la Constitución Española 40 aniversario 1978-2018 : Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Vol 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pág. 131-139.

(10) PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., «Principios...» *cit.* pág. 25.



componente, social y personal, resultando ser un elemento esencial de la propia identidad, lo que conecta con la dignidad de las personas y, en consecuencia, con el respeto por los derechos humanos(11).

Como se sabe, el artículo 3 (que figura significativamente en el Título Preliminar) es el que contiene sustancialmente la regulación constitucional en materia lingüística. El reconocimiento de la pluralidad lingüística se eleva, desde la perspectiva sistemática, hasta el piso más alto de los valores de la Constitución(12), cuya eventual reforma exigiría utilizar el procedimiento de revisión constitucional del artículo 168 CE, es decir, el aplicable a su revisión íntegra(13).

El artículo 3 viene a sentar las bases del modelo jurídico-lingüístico adoptado. El primer párrafo del artículo 3 CE se refiere al castellano para determinar que es la lengua española oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho de usarla. El párrafo segundo se refiere a las demás lenguas españolas, respecto de las cuales se dice que también serán oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. El reconocimiento constitucional de los hechos lingüísticos diferenciales se realiza declarando su carácter de lengua oficial. Precisamente, sobre la base del reconocimiento constitucional de la oficialidad de las lenguas propias surgirán una serie de potestades administrativas para hacerla efectiva cuya materialización corresponderá a las Comunidades Autónomas(14). El artículo 3 CE se cierra garantizando respeto y protección para todas las modalidades lingüísticas, en cuanto integrantes del patrimonio cultural. Este párrafo de cierre supondría la «garantía de la realidad plurilingüe estatal», vinculando a todos los poderes públicos y a todos los territorios(15).

Tan expresivo como lo que dice la Constitución es lo que omite. La cuestión lingüística no aparece expresamente asociada a ninguno de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (con la excepción del art. 20.3 CE); «la lengua» tan siquiera se cita entre los motivos de discriminación que el artículo 14 CE prohíbe. En todo caso, la discriminación por razón de lengua es una conducta prohibida y así se reconoce

(11) RUIZ VIEYTEZ, E. «Lenguas y Constitución. Una visión del derecho lingüístico comparado en Europa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72 (2005), pág. 233.

(12) PRIETO DE PEDRO, J. *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid: Civitas, 1991, pág. 31.

(13) Sobre la sistemática vid. SOLOZÁBAL, J.J., «El régimen constitucional del bilingüismo», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 55 (1999), págs. 21-22.

(14) Vid. VERNET i LLOBET, J., «El marc constitucional i estatutari del plurilingüisme», *cit.* pág. 14-15.

(15) VERNET, J., *Lenguas y Constitución*, pág. 56. SÁNCHEZ AGESTA y PRIETO DE PEDRO, «Artículo 3.º...», *cit.*, pág. 250, PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., «Principios...» *cit.* pág. 59: «cláusula de garantía, complementaria de los otros dos apartados, que refuerza la protección del plurilingüismo como elemento esencial del patrimonio cultural del Estado».



en los Tratados Internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico, de acuerdo con el art 96.1 CE. Por otro lado, las «demás lenguas oficiales» a que se refiere la CE, no se explicitan en el texto constitucional. Esto queda diferido a la normativa estatutaria, que estaría llamada por la propia Constitución a completar y cerrar el régimen lingüístico constitucional. Las referencias constitucionales son siempre indirectas, aunque la publicación de la Constitución en cuatro lenguas evidencia la voluntad del constituyente en oficializar, por lo menos, cuatro lenguas (16).

Pese a que la Constitución no se muestre particularmente expresiva sobre el alcance del fomento del pluralismo lingüístico, de su regulación cabe deducir que éste se ha de soportar sobre la base de dos coordenadas: de un lado, estaría el alcance de la doble oficialidad lingüística, que el apartado segundo del artículo 3 de la Constitución enmarca territorialmente («en las respectivas CCAA») y competencialmente («de acuerdo con los Estatutos de autonomía»), sobre cuyo alcance luego se hablará. Y de otro lado, establece una obligación genérica de fomento del plurilingüismo en el apartado 3 del mismo artículo, del que han de extraerse también consecuencias jurídicas en orden al fomento de su uso y una acción pública de promoción y defensa (17). Puede decirse que el apartado 3 rebasa el ámbito de protección establecido en los apartados anteriores o en otras disposiciones constitucionales, en cuanto tiene como destinatarios al conjunto de los poderes públicos del Estado. A diferencia del apartado 2 que concreta el sujeto (las Comunidades Autónomas), la protección del apartado 3 trascendería del marco territorial y competencial autonómico, extendiéndose a todos los poderes públicos. El fomento de las lenguas se configura, de esa forma, como una obligación constitucional que incumbe a todos los poderes públicos, sean estatales, autonómicos o locales (18).

Sobre esta base surge una obligación de colaboración entre el Estado en sentido estricto y las Comunidades Autónomas en la puesta en práctica de acciones de fomento, y búsqueda de complementariedad en las respectivas políticas lingüísticas a fin de favorecer la pluralidad lingüística que representan las lenguas propias. Dicho en otros términos, la política favorable a las lenguas propias incumbe a todos los poderes públi-

(16) La Disposición Final de la Constitución de 1978 dispone que «Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el boletín oficial del Estado. Se publicará también en las demás lenguas de España»

(17) Vid. MILIAN I MASSANA, A., «La regulación constitucional...» pág. 144-148; VERNET, J., (coor) *Dret Lingüístic* págs. 111 y ss; . VERNET, en J. VERNET y R. PUNSET, *Lenguas y Constitución*, Iustel, Madrid 2007, pág. 56; ARZOZ, X., «Lenguas y modalidades lingüísticas en la Constitución Española: ¿Dos regímenes jurídicos diferenciados?», en Antoni MILIAN I MASSANA (coord.), *El plurilingüisme a la Constitució espanyola*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2009, pág. 70.

(18) Vid. ARZOZ, X., «Lenguas y modalidades lingüísticas...» pág. 71.



cos, incluido el Estado central, cuya acción de fomento y promoción no debiera limitarse a la lengua oficial del Estado. Se trata de un deber de promoción (que ha quedado reforzado con la CELRM), y que exige también que el Estado realice actuaciones que favorezcan el desarrollo de las lenguas propias en sus respectivos territorios, así como acciones de fomento más allá de esos territorios(19). El artículo 3.3 CE reclama una acción favorable a la promoción y aprendizaje de las lenguas propias no obligatoriamente circunscrito al ámbito territorial de dichas lenguas, sino con efectos sobre ellas.

La CE no resulta particularmente expresiva al referir el alcance y efectos del estatus de las lenguas ni del deber genérico de respetar y promover las distintas modalidades lingüísticas. Es por ello que la CELRM cobre especial importancia a estos efectos(20), habiéndose apuntado doctrinalmente su inclusión dentro del bloque de la constitucionalidad(21). El propio TC se ha referido a ello en su Auto núm. 166/2005 (FJ 5), en el que señaló que la Carta Europea proporciona «pautas interpretativas del régimen jurídico de la cooficialidad lingüística» (22) y ello «sin perjuicio, claro es, de las competencias autonómicas para definir lo que hemos venido en denominar «contenido inherente al concepto de cooficialidad» o «alcance de la cooficialidad»» (23). Desde esa perspectiva ha de destacarse la enorme relevancia de la Carta a la hora de interpretar el régimen constitucional sobre las lenguas, entendiéndose que supone un contenido mínimo del estatuto de la oficialidad(24). De acuerdo con el instrumento de ratificación, respecto las

(19) MARCET MORERA, J., «La política lingüística de l'estat espanyol: una aproximació a la incomprensió del pluralisme cultural», en *Revista de Llengua i Dret* núm. 59 (2013), págs. 62 ss.

(20) De acuerdo con el artículo 10.2 CE las libertades lingüísticas que la Constitución reconoce se han de interpretar de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre ellos se encuentra la CELRM.

(21) AGIRREAZKUENAGA, I, *Diversidad y convivencia lingüística. Dimensión europea, nacional y claves jurídicas para la normalización del Euskara*. San Sebastián: Diputación Foral de Gipuzkoa. 2003, pág. 106, y CASTELLS ARTECHE, J.M. «Efectos jurídicos de la ratificación por España de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69(II), 2004, pág. 227

(22) ATC 166/2005, de 19 de abril, FJ 5. El Tribunal Constitucional se ha referido a la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias en seis ocasiones (hasta la fecha). Se trata de la STC 11/2018, de 8 de febrero (sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 35/2010, de 1 de octubre, del occitano, aranés en Arán), STC 89/2017, de 4 de julio (sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2010, de 7 de julio, del cine), STC 56/2016, de 17 de marzo (sobre la Ley de Cortes de Aragón 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón), el citado ATC 166/2005, de 19 de abril, y el ATC 311/1993, de 25 de octubre, acordando la inadmisión a trámite de un recurso de amparo).

(23) ATC 166/2005, de 19 de abril, FJ 5.

(24) MILIAN i MASSANA, A., «El marc constitucional espanyol relatiu al plurilingüisme. Model reeixit o regulació obsoleta?» en A. MILIAN I MASSANA (coor), *El plurilingüisme a la Constitució*



lenguas declaradas oficiales en los Estatutos de Autonomía, los compromisos de la Parte III de la Carta vendrán a completar el régimen de oficialidad lingüística, mientras que el contenido mínimo esencial de protección de las lenguas no oficiales y de las modalidades lingüísticas será el referido en la Parte II de la Carta, definido en forma de objetivos y principios (también aplicable a las lenguas oficiales). En todo caso, el contenido de protección mínimo de las lenguas, sean lenguas oficiales o no lo sean, vinculará tanto a las CCAA como al Estado central, cuando cada uno actúe en el ejercicio de sus competencias respectivas. Teniendo en cuenta que, en la actualidad, el alcance del reconocimiento del pluralismo lingüístico ha de entenderse de forma vinculada a la CELRM, iremos refiriéndonos a este instrumento y a los resultados de su sistema de supervisión al hilo de analizar algunas cuestiones relativas a la actividad desplegada por los poderes públicos autonómicos y estatales.

III. Alcance territorial y material de la doble oficialidad

La oficialidad de la lengua tiene naturaleza política y a la vez jurídica(25). Supone el reconocimiento de la identidad lingüística por parte de una comunidad política, y al mismo tiempo, identifica cuál es el medio lingüístico de comunicación válido y eficaz en las relaciones entre las administraciones y entre éstas y la ciudadanía (y viceversa)(26). La declaración de oficialidad de una lengua significa adoptarla como «medio normal de comunicación»(27) (intracomunicación, intercomunicación y extracomunicación, dice MILIAN i MASSANA(28)) de los poderes

espanyola: seminari. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 2009, pág. 21. ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Lenguas y modalidades lingüísticas ...», pág. 106.

(25) Principios básicos del Estado de Derecho como el de legalidad, el de igualdad, el de interdicción de la arbitrariedad, el de seguridad jurídica y el de la publicidad de las normas se erigen en fundamentos para impulsar la regulación lingüística en las sociedades en las que conviven lenguas y comunidades lingüísticas. *Vid.* A. MILIAN, «La regulación constitucional» pág. 124 y L. TOLIVAR, *Las libertades..* pág. 32.

(26) PONS i PARERA, E., *L'oficialitat lingüística. Declaracions constitucionals i implicacions jurídiques i pràctiques*. Barcelona: Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya, 2015, pág. 160. VERNET i LLOBET, J., «La planificación lingüística en las Administraciones Públicas del Estado en especial Administración Periférica y de Justicia», en *Revista Vasca de Administración Pública*. núm. 44-2 (1996) pág. 85.

(27) STC 82/1986, FJ 2, donde define el concepto de oficialidad afirmando que «aunque la Constitución no define sino que da por supuesto lo que sea una lengua oficial, la regulación que hace de la materia permite afirmar que es oficial una lengua, independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, cuando es reconocida por los poderes públicos como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados, con plena validez y efectos jurídicos [...]»

(28) MILIAN, A., «La regulación constitucional», pág. 131.



públicos, y como vehículo de relación entre los ciudadanos y los poderes públicos. La oficialidad supondrá que la utilización formal de esa lengua será apta, produciendo efectos jurídicos, tanto en la actividad interna de los poderes públicos como en la actividad relacional de éstos con los particulares (29). Dicho de otra forma, la consecuencia de la oficialidad será el reconocimiento de validez y eficacia jurídica a los actos y declaraciones realizadas en dicha lengua (30). Comenzaremos exponiendo el alcance territorial de la oficialidad para luego pasar a analizar su alcance material.

1. Alcance territorial de la oficialidad y la cuestión de la extraterritorialidad

La Constitución declara que el castellano es la lengua oficial del Estado. La declaración establecida en tales términos supone la constitucionalización de un modelo que garantiza la oficialidad del castellano de forma territorial y, con él, los derechos lingüísticos anudados al uso de esa lengua en todo el Estado.

El efecto que ello produce es la consagración constitucional de un sistema de *territorialidad pura* respecto de las áreas de lengua propia castellana, que proyecta sus efectos sobre las personas que se encuentren en tales áreas y las instituciones radicadas en las mismas. En estas áreas los ciudadanos no podrán hacer valer derecho alguno de uso oficial de ninguna otra lengua. Asimismo, sobre la misma base, se establece constitucionalmente un sistema basado en el criterio de *personalidad* que se aplica en las áreas territoriales oficialmente bilingües (o trilingües en el caso de Arán) en las que todos los ciudadanos podrán valerse de la lengua oficial de su elección en sus relaciones con los poderes públicos (31). Los derechos lingüísticos se conciben con carácter colectivo respecto de las áreas de lengua castellana y con carácter personal en el caso de los territorios con lengua propia.

(29) AGIRREAZKUENAGA, I. *Diversidad y convivencia*, cit. pág. 85.

(30) Sobre la oficialidad, véase PONS i PARERA, E. *L'oficialitat lingüística. Declaracions constitucionals i implicacions jurídiques i pràctiques*. Barcelona, Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya, 2015, *in toto*.

(31) Vid. MILIAN i MASSANA, A., «La regulación constitucional...», cit. pág. 153. En la misma línea AGIRREAZKUENAGA, I., «Reflexiones Jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas» en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. T. II. Civitas, Madrid, 1991, pág. 678 y 685, se refiere a la «posición distinta» del castellano respecto del resto de las lenguas oficiales, en base al ámbito geográfico en el que se desenvolverá su oficialidad. VERNET (Coor), *Dret lingüístic*. se refiere a la territorialidad imperfecta, ya que solo el castellano proyecta su oficialidad sobre el conjunto de ciudadanos e instituciones del estado, mientras que los efectos de la oficialidad de las restantes lenguas se limitan al territorio autonómico.



El artículo 3.2 de la Constitución fija el ámbito territorial de la oficialidad de «las demás lenguas españolas» en «las respectivas Comunidades Autónomas». Es conocida la temprana doctrina del TC que declaró que el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de las demás lenguas es el territorio, afectando a todos los poderes públicos radicados en el mismo (32). Así, en los territorios de las Comunidades Autónomas bilingües el castellano compartirá el estatus de oficialidad con otra lengua: la lengua propia de cada Comunidad Autónoma. Es por ello que no quepa calificar el modelo lingüístico constitucional como un modelo basado puramente en el principio de personalidad, ya que no extiende el ejercicio de los derechos lingüísticos individuales a todos los ciudadanos que deseen ejercerlos independientemente del lugar donde se encuentren (33).

A la inversa, el sistema constitucionalmente diseñado no admite la existencia de área alguna en la que se aplique el principio de territorialidad pura para las lenguas propias de las CCAA a diferencia de lo que ocurre respecto de la lengua castellana (34). Desde esta perspectiva, el estatus de la lengua castellana y el de las demás lenguas oficiales resulta desigual (35).

Con relación al efecto opuesto, esto es, a la posibilidad de extender los derechos de uso de las lenguas propias más allá de los territorios de las CCAA oficialmente bilingües, se plantean algunas cuestiones:

a) COINCIDENCIA DE LENGUAS OFICIALES

A este respecto, el TC tiene declarado que las actuaciones realizadas en una lengua propia oficial puedan causar efectos en otra Comunidad

(32) [...] al añadir el número 2 del mismo artículo 3 que las demás lenguas españolas serán también oficiales *en las respectivas Comunidades Autónomas*, se sigue, asimismo, que la consecuente cooficialidad lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración Central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 2

(33) *Vid.* VERNET i LLOBET, J., «Planificación lingüística en las Administraciones Públicas del Estado: en especial administración periférica y justicia», *cit.* pág. 82 donde se califica el modelo como de aplicación del principio de «territorialidad impura». PRIETO DE PEDRO, J., «Dictamen», en *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 2 (1998), pág. 90, se inclina por calificar el modelo como «de oficialidad territorial doble o conjunta».

(34) *Vid.* MILIAN i MASSANA, A., «El marc constitucional español...», *cit.* pág. 211.

(35) *Vid.* MILIAN i MASSANA A., «El marc constitucional español...», *cit.* pág. 214, donde entiende que la posición distinta de la lengua castellana se fundamenta en el «monolingüisme estatal, amb la marginació consegüent de la llengua catalana de les institucions, organismes i òrgans centrals, i el criteri lingüístic personal que, en gran mesura, regeix en les comunitats autònomes amb llengua pròpia, criteri que dificulta prioritzar aquesta llengua respecte de la llengua castellana en els corresponents territoris».



Autónoma si comparte las mismas lenguas oficiales(36). En estos casos el acto jurídico no surte efectos en destino por ser lengua foránea sino por ser también lengua propia(37).

b) RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO DE DERECHOS EXTRATERRITORIALES DE USO

La segunda hipótesis sería la posibilidad de reconocer derechos de uso de la lengua propia en instituciones no radicadas en la Comunidad Autónoma pero que proyectan efectos sobre ésta. Esta es una hipótesis habitual en los llamados sistemas lingüísticos federalizados(38). La cuestión fue analizada en la STC 31/2010, que se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 33.5 del Estatuto de Cataluña que reconoce el derecho de los ciudadanos de Cataluña «a relacionarse por escrito en catalán con los órganos constitucionales y con los órganos jurisdiccionales de ámbito estatal, de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación correspondiente»; el precepto añade el deber de las instituciones citadas de atender y tramitar los escritos presentados en catalán, a los que se reconoce plena eficacia jurídica(39).

El TC afirmó que el artículo «sería contrario a la Constitución si el Estatuto pretendiera derivar de la cooficialidad de la lengua catalana su cualidad de medio de comunicación jurídicamente válido respecto de poderes públicos no radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña»(40). Sobre esa base el TC negó el carácter extraterritorial a la oficialidad de las lenguas propias(41), ahora bien, el TC no declaró la inconstitucionalidad del artículo en la medida que éste explicitaba que el derecho reconocido habría de ejercitarse de acuerdo con el procedimiento establecido por la legislación correspondiente, que habrá de ser

(36) En ese sentido dice el TC: [...] la obligación de traducir al castellano [...] no se extiende a los documentos, expedientes o partes de los mismos, que vayan a surtir efectos en otra Comunidad Autónoma en la que la lengua en la que dicha documentación haya sido redactada tenga también carácter cooficial» STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3. Dice

(37) Vid. TOLIVAR ALAS, L., *Las libertades lingüísticas.... cit.* pág. 168.

(38) Vid. CAGIAO Y CONDE, J., «Políticas lingüísticas en democracias federales con diversidad lingüística: Bélgica, Canadá y Suiza. ¿Un modelo para España?», en Cagiao y Conde, Jorge; Jiménez Salcedo, Juan (coords.). *Políticas lingüísticas en democracias multilingües*. Madrid: La Catarata, 2015, págs. 105-127.

(39) Artículo 33.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

(40) STC 31/2010, FJ 21.

(41) Sobre la extraterritorialidad de la cooficialidad de las lenguas propias puede verse ALBERTI, E., «El régimen de doble oficialidad y los derechos y deberes lingüísticos» en VVAA, *Estudios jurídicos sobre la ley de política lingüística*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, 1999, págs. 92-93; VERNET i LLOBET, J., «La regulació del plurilingüisme a l'administració espanyola (1970-1990)», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 18, 1992, págs. 159 y ss.



necesariamente estatal (42). La cuestión que surge a continuación es saber si el legislador del Estado podría desconocerlo. A nuestro juicio, la respuesta sería negativa por varias razones:

En primer lugar, porque la Constitución no impide tal efecto, conteniéndose en un Estatuto de Autonomía que la complementa en materia lingüística. Desde esta perspectiva no debiera verse jurídicamente degradado a mera recomendación. Lo procedente es regular su contenido, alcance y articular el *modus* para hacerlo efectivo. El propio pronunciamiento del TC avanza la idea de que la puesta en práctica de medidas para extender algunos de los efectos de la oficialidad de las lenguas propias fuera de los territorios de las CCAA bilingües dependerá de la legislación estatal.

Ciertamente el legislador del Estado ha reconocido algunos derechos de uso de las lenguas propias fuera de sus respectivos territorios. Serían los casos del uso de las lenguas propias en el Senado (43), al ejercitar el derecho de petición (44), también en el caso del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (45) o el caso de la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones en registros

(42) Vid. CORRETJA I TORRENS, M., «La projecció supraterritorial de la llengua catalana en el nou estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 47, 2007 pág. 259 donde dice que «Aquest re coneixement troba empara constitucional tant en els límits que ell mateix s'imposa («d'acord amb el procediment establert per la legislació corresponent»), de tal manera que no serà un dret immediatament aplicable a l'entrada en vigor de l'Estatut, sinó que només es podrà exercir un cop es promulgui la legislació que ho faci possible (estatal), de tal manera que es respecta la potestat d'autoorganització dels òrgans estatals, com també en l'article 3.3 ce, ja esmentat, que també vincula l'Estat a realitzar accions de respecte i protecció de les llengües diferents del castellà, com pot ser, en aquest cas, establir un procediment respectuós amb els drets lingüístics dels ciutadans.

(43) Véanse el art. 56 bis 9 y Disposición Adicional cuarta del Reglamento de Senado, que contempla la posibilidad de utilizar las lenguas cooficiales en la Comisión General de autonomías; se posibilita asimismo la intervención de los senadores en sus lenguas en los debates de las mociones, y asimismo, se prevé la posibilidad de utilizar de forma escrita las lenguas oficiales tanto por los senadores como por los ciudadanos al dirigirse a esta institución (84.5, 191 y Disposición Adicional 4). El Reglamento del Congreso no hace referencia alguna al posible empleo de las lenguas propias.

(44) Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, de Petición, cuyo art. 5.1. dispone que «En el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos establezcan la cooficialidad lingüística, los peticionarios tendrán derecho a formular sus peticiones a la Administración General del Estado o a los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en cualquiera de las lenguas oficiales y a obtener respuesta en la lengua de su elección».

(45) Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (Disposición adicional sexta). Al respecto AGUADO I CUDOLÁ, V., «Les llengües en els procediments administratius, amb particular referència als procediments tramitats per mitjans electrònics» en Antoni MILIAN I MASSANA (coord.), *Drets lingüístics, de debò? Els drets lingüístics en les actuacions administratives i en determinades activitats supervisades per les administracions*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2012, págs. 119 ss.; en la misma obra también LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las lenguas oficiales en los registros administrativos», págs. 165 ss..



de la Administración con destino a otras administraciones radicadas en CCAA bilingües (46).

En segundo lugar, debido a que uno de los compromisos adquiridos al ratificar la CELRM imposibilita la inadmisión de escritos por el mero hecho de estar redactados en una lengua regional o minoritaria. En concreto, el párrafo 2 del artículo 9 de la Carta dispone que los Estados se comprometen a «no rechazar la validez de los documentos jurídicos elaborados dentro del ámbito del Estado por el solo hecho de que estén redactados en una lengua regional o minoritaria» (47). Interesa observar que este segundo párrafo del art. 9 no se circunscribe al ámbito territorial de la lengua regional o minoritaria, resultando aplicable al conjunto del Estado. Tal y como expresa el informe explicativo de la Carta, este apartado «estipula que el hecho de que un documento esté redactado en una lengua regional o minoritaria no puede ser por si solo un motivo para negar su validez» (48). Se trata de un precepto que cubre a los documentos jurídicos de naturaleza privada (49) resultando también de aplicación a la presentación de documentos en sede judicial. Al respecto el Comité de Expertos ha dicho que el cumplimiento de este compromiso depende de que el ordenamiento interno no contemple prohibición alguna sobre la validez de los documentos en razón de lengua (50). Se entiende que una práctica contraria a aceptar los documentos judiciales redactados en lenguas propias por el solo hecho de estar redactados en euskera, catalán o gallego supondría una vulneración del art 9.2 de la Carta.

Pese a los constantes requerimientos realizados por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa al Reino de España en todos los ciclos de supervisión de la Carta Europea de Lenguas, la legislación procesal aún no ha contemplado la posibilidad de presentar escritos judiciales en lenguas propias ante los juzgados y tribunales radicados fuera de su ámbito territorial, resultando constante la práctica de inadmitir tales escritos por parte de los órganos jurisdiccionales de apelación o casación. Como excepción, cabe citar el Auto de la sala de lo social del TS de 24 de noviembre de 2009 que resuelve un recurso de reposición frente a la pre-

(46) Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro (art. 10).

(47) Artículo 9.2. CELRM.

(48) Apartado 97 del Informe Explicativo CELRM.

(49) PLA BOIX, A., «Article 9. Judicial authorities», en A. NOGUEIRA, E RUIZ, I. URRUTIA (eds): *Shaping Language Rights. Commentary on the European Charter for Regional or Minority Languages in Light of the Committee of Experts Evaluation*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2011, pág. 318

(50) Austria, 2005, apartado 245. *Vid.* PLA BOIX, A., «Article 9. Judicial authorities», en *Shaping* pág. 319



via inadmisión de un recurso de casación escrito en lengua catalana. El TS interpreto los artículos 231.4 LOPJ y 142.4 Ley de Enjuiciamiento Civil de una forma amplia(51), incluyendo los casos en que los documentos se presenten fuera de la Comunidad Autónoma con doble oficialidad lingüística, sobre la base, precisamente, del artículo 9 de la Carta Europea de las Lenguas y del artículo 33.5 del estatuto de Cataluña(52).

2. Alcance material de la oficialidad

El primer párrafo del art. 3 CE declara la oficialidad del castellano, asimismo su segundo párrafo declara la oficialidad de las demás lenguas en sus respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía. Las consecuencias que se derivan de ello son varias:

En primer lugar, la posición jurídica de las lenguas se configura de forma idéntica en el plano de la oficialidad. Desde el punto de vista formal, el estatus de oficialidad compartida de las lenguas significa igualdad de lenguas. No existe una lengua que sea más oficial que la otra. Ciertamente, la Constitución introduce una asimetría entre las lenguas oficiales sobre la base de que solo se prescribe respecto del castellano un deber de conocimiento(53). Sobre esa base se ha argumentado que el deber representa un plus o una garantía adicional respecto del estatus de las lenguas propias cooficiales(54). Es cierto que solo el recurso al deber podría servir para otorgar un trato distinto entre las lenguas oficiales, ahora bien, desde la perspectiva de los derechos de los ciudadanos, tal distinción resulta matizada en la medida que el deber de conocimiento del castellano ha de hacerse compatible con la libertad de uso de las lenguas propias cooficiales.

Como se sabe, el artículo 6.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 introdujo una prescripción relativa al deber de conocimiento del

(51) El apartado 4 del artículo 231 de la LOPJ (introducido por L.O. 16/1994, 8 noviembre, por la que se reforma la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) dispone que «Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente. También se procederá a su traducción cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión».

(52) Auto TS de 24 de noviembre de 2009, FJ único.

(53) Sobre la base del deber de conocimiento, el TC extrae una presunción de que todos la conocen, si bien tal presunción admite prueba en contrario STC 74/1987, de 25 de mayo.

(54) Vid. FABIRO FIDALGO, P., *El derecho de usar y el deber de conocer las lenguas en la Constitución Española de 1978*. Madrid: lustel, 2013, pág. 114 entiende que el art. 3.1 CE hace del castellano una garantía institucional, lo que no sucede con el resto de las lenguas oficiales.



catalán por parte de los ciudadanos de Cataluña. A este respecto el TC diría que tal deber «sería inconstitucional y nulo en su pretensión de imponer un deber de conocimiento del catalán equivalente en su sentido al que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano». Para fundamentarlo el TC afirmó lo siguiente:

«El deber constitucional de conocimiento del castellano, antes que un deber «individualizado y exigible» de conocimiento de esa lengua, es en realidad el contrapunto de la facultad del poder público de utilizarla como medio de comunicación normal con los ciudadanos sin que éstos puedan exigirle la utilización de otra —fuera de los casos, ahora irrelevantes, en los que pueda estar en juego el derecho de defensa en juicio (STC 74/1987, de 25 de mayo)— para que los actos de *imperium* que son objeto de comunicación desplieguen de manera regular sus efectos jurídicos. En el caso de las lenguas cooficiales distintas del castellano no existe para los poderes públicos una facultad equivalente, pues los ciudadanos residentes en las Comunidades Autónomas con lenguas cooficiales tienen derecho a utilizar ambas en sus relaciones con la autoridad y sólo obligación —constitucional— de conocer el castellano, lo que garantiza la comunicación con el poder público sin necesidad de exigir el conocimiento de una segunda lengua» (55)

Con relación a esta argumentación interesa observar que el TC enlaza el deber de conocimiento con una característica que es propia (y asumida en el contexto comparado) de la oficialidad: la imposibilidad de alegar válidamente el desconocimiento de la lengua oficial frente a los actos de los poderes públicos. No es tanto el deber de conocimiento como el carácter de lengua oficial lo que posibilita la utilización de esa lengua a los poderes públicos. Así, en aquellas áreas en las que solo el castellano es lengua oficial (a las que se refiere la primera frase del párrafo transcrito), la utilización preceptiva de esta lengua no derivará tanto del deber de conocimiento constitucional como de la oficialidad exclusiva de esa lengua. De igual forma, los actos dictados con efectos sobre todo el Estado producirán efectos jurídicos no porque hay un deber de conocimiento sino por tratarse de una lengua oficial. Por el contrario, en aquellas Comunidades en que rija el sistema de doble oficialidad, el ciudadano podrá ejercer el derecho básico de utilizar la lengua propia autonómica, sin que los poderes puedan forzarlo a utilizar la lengua castellana, pese a ser de obligado conocimiento.

(55) STC 31/2010, FJ 14.b).



Desde esa perspectiva, al analizar el alcance del deber constitucional de conocimiento del castellano pasa a un primer plano la perspectiva opuesta, es decir, la carga que incorpora no tanto respecto de los ciudadanos sino respecto de los poderes públicos. La prescripción constitucional supone un mandato dirigido a los poderes públicos, que habrán de facilitar los medios para que los ciudadanos puedan conocer la lengua castellana (56). Se trata de facilitar el proceso de aprendizaje que posibilitará la satisfacción del deber. El alcance de esta segunda dimensión trae el sistema de enseñanza a un primer plano. Siendo ello así, y teniendo en cuenta que la enseñanza de la lengua castellana es uno de los efectos derivados de su estatus de oficialidad, surge la duda relativa a si el deber constitucional añade alguna consecuencia jurídica adicional a la propia declaración de oficialidad del castellano en su dimensión educativa.

Si concluimos que el carácter oficial de las lenguas exige su inclusión en el sistema de enseñanza con la efectividad necesaria para garantizar su conocimiento al finalizar el período de enseñanza obligatoria (57), el mismo deber de conocer las lenguas propias surgirá por tratarse de lenguas oficiales. Luego, si debe enseñarse obligatoriamente (y según el Alto Tribunal por mandato constitucional derivado precisamente del art. 3 CE) en el marco de la enseñanza obligatoria, ello implica ya un deber de conocimiento. Se trata de un deber más entre aquellos a los que debe someterse el alumno por su situación estatutaria y cuya imposición halla justificación constitucional en el art. 3.3 (y en el art. 27.2, en cuanto es necesario para contribuir al desarrollo de la personalidad del alumno). Precisamente, la vertiente educativa es la que tomó en consideración la STC 31/2010 para declarar la constitucionalidad del deber de conocimiento del catalán (58).

(56) Vid. MILIAN I MASSANA, A., «Aproximación al régimen jurídico previsto para la lengua catalana en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista de Administración Pública*. núm. 94, 1981, pág. 321; AGIRREAZKUENAGA, I., «Reflexiones», págs. 687-688.

(57) Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional que extrajo consecuencias educativas de la oficialidad: «Ello supone, naturalmente, que ambas lenguas han de ser enseñadas en los centros escolares de la Comunidad con la intensidad que permita alcanzar ese objetivo. Y es de observar en este mismo sentido que tal deber no deriva sólo del Estatuto sino de la misma Constitución» (STC 87/1983, FJ 5; 88/1983, FJ 4; 123/1988, FJ 6, 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 6).

(58) STC 31/2010, FJ 15.b): «se trata, aquí sí, no de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del art. 35.2 EAC, y en el de las relaciones de sujeción especial que vinculan a la Administración catalana con sus funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística reconocido en el art. 33.1 EAC». Precisamente el carácter general que expresa el tenor literal del art. 6.2 del Estatuto resulta criticado por DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «El Estatuto de Cataluña y el Estado autonómico tras la sentencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*. núm. 184 (2011), pág. 55.



La segunda consecuencia del estatus de oficialidad compartida es, precisamente, el reconocimiento de una libertad de uso para los ciudadanos(59). La lengua puede ser concebida como un elemento formal del acto jurídico, pero es ante todo un mecanismo de comunicación intersubjetivo. De ahí que la declaración de oficialidad atribuya derechos a los ciudadanos. La oficialidad compartida produce el derecho básico de utilizar una o la otra lengua oficial de forma indistinta. Los ciudadanos podrán optar por la lengua de su preferencia en sus relaciones con los poderes públicos, lo que constituirá el núcleo invulnerable de la doble oficialidad y el límite principal de las opciones de política lingüística.

Es unánimemente aceptado que la oficialidad de una lengua implica el reconocimiento de un derecho público subjetivo a su uso(60). El derecho de uso forma parte del contenido básico del estatuto de oficialidad. El uso de las lenguas oficiales se configura para los ciudadanos como un derecho de libertad, ya que cualquiera que sea la lengua oficial que utilizan en sus relaciones públicas, éstas habrán de producir efectos. Puede decirse que el ciudadano se convierte en el centro de gravedad del sistema lingüístico. La Administración deberá consentir la opción lingüística y otorgar efectos a las manifestaciones de voluntad de los particulares realizadas en la lengua oficial elegida.

La configuración constitucional del sistema de doble oficialidad actúa también sobre la respuesta lingüística de la Administración ante el ejercicio de la libertad individual de opción. Partiendo de la posición de la Administración de forma instrumental y al servicio del ciudadano, la posibilidad de que la Administración pudiera responder en una lengua diferente a la lengua oficial que desea utilizar el ciudadano no cumpliría con la finalidad del derecho de uso de las lenguas oficiales, ya que forzaría a éste a utilizar una lengua que él no ha elegido. Esta libertad de uso actúa de forma igual respecto de ambas lenguas oficiales. Se entiende que corresponde a la Administración adaptarse a la opción lingüística del interesado, que se encontraría en el centro de gravedad del sistema, y no a la

(59) *Vid.* STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 3 donde se lee «En los territorios dotados de un estatuto de cooficialidad lingüística, el uso por los particulares de cualquier lengua oficial tiene efectivamente plena validez jurídica en las relaciones que mantengan con cualquier poder público radicado en dicho territorio, siendo el derecho de las personas al uso de una lengua oficial un derecho fundado en la Constitución y el respectivo Estatuto de Autonomía»

(60) *Vid.* AGIRREAZKUNENAGA, I., «Reflexiones...» *cit.* pág. 282 donde se refiere al «derecho a una lengua» como efecto de la cooficialidad; COBREROS MENDEZONA, E., *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*. Oñati, IVAP, 1989, pág. 111 se refiere a ese derecho como «una de las prototípicas derivaciones o consecuencias de la declaración de la cooficialidad»; TOLIVAR ALAS, L., *Las libertades...* *cit.* pág. 57 habla de «derecho subjetivo al bilingüismo»; PRIETO DE PEDRO, J., *Lenguas...* *cit.* pág. 35 se refiere a «la posición subjetiva» deducida de la cooficialidad; ALBERTI, E., «El régimen jurídico de doble oficialidad...» *cit.* pág. 94 se refiere al «contenido básico esencial del propio estatuto de oficialidad».



inversa. La ratificación de la CELRM ha reforzado esta perspectiva incluso en el ámbito de la Administración de Justicia garantizando que los procedimientos judiciales se realicen íntegramente en la lengua regional o minoritaria a solicitud de alguna de las partes intervinientes (61).

En definitiva, el legislador podrá actuar sobre la vertiente pasiva del derecho de uso, a través de la regulación de la lengua de los procedimientos, o a través de una determinada política lingüística, pero con el límite de no desconfigurar la garantía constitucional del derecho de uso reconocido a los ciudadanos, sobre lo que se tratará seguidamente.

IV. La configuración de los modelos lingüísticos

El artículo 3.2 CE declara la oficialidad de las lenguas en las respectivas Comunidades Autónomas «de acuerdo con sus Estatutos». A los Estatutos corresponde precisar los efectos y el contenido específico de la oficialidad de la lengua propia. Es el Estatuto la norma que, por quererlo así la Constitución, resulta competente para configurar el modelo lingüístico de cada Comunidad Autónoma (62). Ya de inicio, esta habilitación implicaría, por la pluralidad de sus destinatarios, la inexistencia de un modelo uniforme sobre el alcance y efectos de la cooficialidad. Se ha de admitir, en suma, la eventual diversidad de regulaciones autonómicas en materia de oficialidad de la lengua propia.

El TC ha reconocido la existencia de un ámbito competencial autonómico en materia de lengua propia. Con relación a la competencia en materia lingüística, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a partir de la STC 82/1986, de 24 de noviembre (63), vinieron definiendo un ámbito de intervención autonómica para establecer los efectos de la oficialidad, reservando al Estado un papel limitado y circunscrito al castellano, sobre la base de que no cabría afectar la oficialidad de las lenguas propias oficiales (64). La STC 82/1986 perfiló los contornos de la

(61) El Auto TC 166/2005, de 19 de abril, entendió que el recurso al intérprete resulta suficiente para garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a no sufrir indefensión y la CELRM. Una opinión crítica en URRUTIA LIBARONA, I., «Derechos fundamentales y derechos lingüísticos en el ámbito de la justicia» en M. GERPE y M.A. CABELLOS, *Poder Judicial y modelo de Estado*. Barcelona, Atelier, 2013, págs. 182 y ss.

(62) Vid. FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*. Madrid, IVAP-Marcial Pons, 2007, pág. 98.

(63) STC 82/1986, de 24 de noviembre, FJ 5; STC 74/1989, de 24 de abril, FJ 3 donde se cita «la competencia autonómica de normalización lingüística». Estos criterios fueron luego reiterados en la STC 74/1989, de 24 de abril, FJ 3.

(64) Vid. CABELLOS, M.A., «La competència en matèria de Llengua pròpia en el nou Estatut», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 49 (2008), pág. 85.



competencia autonómica en materia lingüística, considerando que la invocación por parte del Estado del art 149.1.18 no podría servir para invalidarla. La Comunidad Autónoma puede «determinar el alcance de la cooficialidad, que se deriva inmediatamente de la Constitución y de su Estatuto de Autonomía y es inherente al concepto de aquella, correspondiendo a la Administración estatal la ordenación concreta de la puesta en práctica de aquella regulación legal en cuanto afecte a los órganos propios» (65). En la misma línea la STC 337/1994, relativa al ámbito educativo, se refirió a la competencia lingüística autonómica diciendo que «la Generalidad de Cataluña «resulta habilitada para determinar el alcance de la cooficialidad», así como para ejercer «acciones políticas» y «toda la actividad administrativa que crea conveniente en aras de la efectividad de los derechos de los ciudadanos relativos a las lenguas cooficiales» (66). Repárese en que el TC hace referencia a dos cosas diferentes que integrarían la competencia lingüística autonómica: la regulación del estatus de oficialidad de la lengua, y su proceso de normalización o la política lingüística.

Esta materia competencial fue expresamente reconocida en el artículo 143.1 del Estatuto de Cataluña, declarando que «corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva en materia de lengua propia, que incluye, en todo caso, la determinación del alcance, los usos y los efectos jurídicos de su oficialidad, así como la normalización lingüística del catalán» (67). El Estatuto configura esta materia como una competencia exclusiva autonómica que, al actuarla, podría incluso afectar el núcleo irreductible de la doble oficialidad (68). Parece claro,

(65) STC 82/1986 de 24 de noviembre FJ 5.

(66) STC 337/1994 de 23 de diciembre, FJ 7. Una lectura sobre la configuración de la competencia lingüística en la jurisprudencia constitucional en FOSSAS, E., «Aportaciones y límites de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del plurilingüismo en España», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69(II), (2004), págs. 248-253; COBREROS MENDAZONA, E., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia lingüística», en *Autonomías* núm. 12, (1990), págs. 213-225.

(67) Artículo 143.1 Estatuto de Autonomía de Cataluña. El apartado 2 del mismo artículo dispone que Corresponde a la Generalitat y también al Consell Generau de Arán la competencia sobre la normalización lingüística del Occitano, denominado aranés en Arán.

(68) La doctrina se refiere a la eventual modulación de los efectos de la doble oficialidad. Vid. MILIAN MASSANA, A., «La ordenación estatutaria de las lenguas españolas distintas del castellano», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6 (1983), págs. 241-242, entendía que, si bien no cabría desnaturalizar el estatus de oficialidad de una forma absoluta, caben modulaciones territoriales, excluyendo la eficacia de la oficialidad en aquellos territorios en que «tradicional e históricamente no se ha usado la lengua propia», también cabe la limitación del sujeto pasivo de la oficialidad limitando las administraciones en las que operaría, y asimismo, cabría una suspensión del núcleo de la oficialidad consistente en que los ciudadanos no puedan alegar incompreensión ante las comunicaciones en cualquiera de las lenguas oficiales «mientras los poderes públicos no hubieran puesto los medios necesarios que permitieran facilitar y asegurar su conocimiento».



con todo, que la competencia para la regulación del alcance, usos y efectos de la cooficialidad corresponde a las Comunidades Autónomas. En la medida que el uso de las lenguas es consustancial al ejercicio de todo tipo de potestades públicas, resulta inevitable que el ejercicio de esta competencia incida sobre títulos estatales. Tal incidencia no supone sustitución, sino ejercicio compatible con la distribución competencial en otras materias.

De lo hasta ahora analizado cabría entender que, garantizado el núcleo sustancial de la doble oficialidad, es decir, garantizados los derechos lingüísticos de uso de las lenguas como contenido irreductible de la oficialidad, el legislador autonómico, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía, dispondría de un cierto ámbito de disposición para establecer su modelo propio de política lingüística. Este ha sido el enfoque clásico, que vendría corroborado por la primera doctrina del TC(69), de acuerdo con la cual, el uso de las lenguas oficiales puede ser objeto de regulación, pudiendo dar lugar a realizaciones diferentes. La normativa determinará qué actos jurídicos deben realizarse utilizando simultáneamente las dos lenguas oficiales, qué actos pueden adoptarse en una sola lengua oficial, y en qué condiciones, estableciendo el modelo lingüístico. El límite de la disponibilidad vendrá determinado, principalmente, por la garantía del derecho ciudadano de opción de lengua.

Con relación a la disponibilidad del legislador, se ha de reparar en que la legislación del Estado no impone el uso simultáneo ni perfectamente equilibrado de las dos lenguas oficiales en los procedimientos tramitados por su administración periférica (70); tampoco la LOPJ exige el uso simultáneo e inexcusablemente equilibrado de las dos lenguas oficiales en el ámbito judicial(71). La idea básica sería que cualquiera que sea la realización normativa que determine el modelo lingüístico, en todo caso deberá garantizar el derecho ciudadano de opción de lengua, sin que ello signifique necesariamente la utilización simultánea de ambas lenguas oficiales, ni un uso equilibrado de estas.

(69) «La utilización por los poderes públicos de una sola de las lenguas cooficiales puede hacerse indistintamente, por propia iniciativa o incluso a elección de los interesados, cuando así se regule... El que todo el procedimiento pudiera realizarse en euskera, es consecuencia natural del carácter oficial de esta lengua en la Comunidad Vasca, que conlleva la eficacia, en su ámbito, de las actuaciones realizadas en la misma» STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 9.

(70) Piénsese que el art. 15 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas no determina la utilización mixta de ambas lenguas oficiales en ningún caso, sino la utilización de una u otra lengua como lengua de procedimiento (que será o bien el euskera o bien el castellano), y la garantía de opción de lengua respecto de las notificaciones personales.

(71) *Vid.* artículo 231 LOPJ.



En el ámbito autonómico las orientaciones legislativas han sido distintas, desde los modelos de uso más equilibrado hasta modelos tendentes a una mayor territorialización de la política lingüística (72), el límite constitucional vendrá determinado por la garantía del núcleo sustancial de la oficialidad de ambas lenguas y el derecho de opción asociado a ello. El modelo legislativo catalán diseñado por la LPL se trasformó cualitativamente al trasladarse a la norma estatutaria, dejando de ser una exclusiva responsabilidad autonómica para convertirse en responsabilidad también del Estado central, que pasaría teóricamente a convertirse en garante de su cumplimiento (73). A continuación se analizará en qué medida el TC parece apuntar un cierto cambio de enfoque al interpretar el régimen lingüístico.

V. Nuevos paradigmas: el «equilibrio inexcusable»

La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña es una sentencia de interpretación compleja, que no ha tenido importantes efectos materiales sobre los artículos lingüísticos del Estatuto, cuya constitucionalidad confirma (con alguna excepción de la que se dará cuenta), pero que incide sobre el régimen del plurilingüismo introduciendo el paradigma del «equilibrio inexcusable» entre lenguas, sobre cuyo alcance nos ocuparemos seguidamente. Esta sentencia enfoca la cuestión desde una perspectiva diferente a la utilizada en previos pronunciamientos del TC, al dirigir el análisis de constitucionalidad a partir de la posición constitucional de la lengua castellana (74). El Tribunal parece no considerar al Estatuto como norma de especial posición en materia lingüística y traslada el canon de constitucionalidad exclusivamente sobre las referencias constitucionales, cuya interpretación realiza de forma libre, limitando la capacidad normativa estatutaria. Seguidamente se analizará si la capacidad de disposición autonómica ha encontrado nuevos límites a partir de ella, y en pronunciamientos posteriores.

(72) Vid. MILIAN i MASSANA, A., «El marc constitucional español...» *cit.* pág. 210.

(73) Vid. VERNET i LLOBET, J., «La llengua a l'Estatut d'autonomia de Catalunya. Cap a un nou paradigma?», en Antoni MILIAN i MASSANA (coord.), *El Plurilingüisme a la Constitució espanyola*. Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2009, pág. 136.

(74) A este respecto véanse las reflexiones de PONS i PARERA, E., «Els efectes de la STC 31/2010, de 28 de juny, sobre el règim lingüístic de l'Estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011, págs. 120 y ss., donde señala que este pronunciamiento limita la cualidad del Estatuto como complemento indispensable del régimen lingüístico constitucional a la hora de fijar el régimen de doble oficialidad lingüística.



1. El canon del «equilibrio inexcusable»

La STC 31/2010 se refirió al alcance del concepto de «lengua propia» que todos los Estatutos de Autonomía de las CCAA bilingües anudan a sus respectivas lenguas oficiales distintas del castellano, salvo el caso de Navarra (75). El TC entendió, en primer lugar, que la declaración de lengua propia es «condición constitucional inexcusable para su reconocimiento como lengua oficial» (76). La caracterización estatutaria de la lengua como propia supone la identificación de aquella a la se refiere el art. 3.2 CE. Como se sabe, el art. 6.1 del Estatuto de Cataluña de 2006, en la línea de lo que en su día previera la Ley de Política Lingüística, anudaba dos consecuencias a la declaración de lengua propia: por un lado, ser «lengua de uso normal y preferente» de las Administraciones Públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y por otro, ser «la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza» (77).

El TC entendió que el término «uso normal» de la lengua propia no tiene carácter prescriptivo, limitándose a describir una realidad social por lo que no lo declaró inconstitucional. Por el contrario, declaró inconstitucional el inciso «y preferente» del art 6.1 del Estatuto sobre la base de que:

«implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado» (78).

El alcance de este enfoque se evidencia si lo comparamos con la jurisprudencia anterior del propio TC cuando decía que:

«la utilización por los poderes públicos de una sola de las lenguas cooficiales puede hacerse indistintamente, por propia

(75) La Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, no refiere el concepto de lengua propia en su artículo 9, relativo al régimen lingüístico, que dispone lo siguiente: Artículo 9. Uno. El castellano es la lengua oficial de Navarra. Dos. El vascoence tendrá también carácter de lengua oficial en las zonas vascoparlantes de Navarra. Una ley foral determinará dichas zonas, regulará el uso oficial del vascoence y, en el marco de la legislación general del Estado, ordenará la enseñanza de esta lengua.

(76) STC 31/2010, FJ 14.

(77) Artículo 6.1.EAC 2006.

(78) STC 31/2010, FJ 14; véanse también STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 11; STC 11/2018, de 8 de febrero, FJ 4.



iniciativa o incluso a elección de los interesados, cuando así se regule, siempre que no se lesionen los derechos de ningún interesado que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada...» (79).

Como se ve, en este planteamiento, se reconocía un amplio ámbito de desenvolvimiento a la política lingüística. Su límite se circunscribía a la garantía de los derechos lingüísticos (el derecho de uso que corresponde a la ciudadanía). El nuevo planteamiento supone, en palabras del TC, «las medidas para garantizar el respeto y protección de la lengua propia tienen límites pues ha de admitirse el riesgo de que las disposiciones que adopten las Comunidades Autónomas pueden afectar al uso de la otra lengua cooficial y, de este modo, a la ordenación del pluralismo lingüístico que garantizan la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía. Así pues, el fomento y promoción del aranés en todos los ámbitos, como medida de política de normalización de una lengua minoritaria está sometido a límites. Uno de tales límites es que las medidas adoptadas no han de afectar a la preservación del equilibrio entre las lenguas cooficiales» (80).

El TC introduce un nuevo paradigma, a saber, a la posición de igualdad plena entre las lenguas oficiales se enlaza el «equilibrio inexcusable» entre ellas, que el TC extrae *ex novo* del concepto de doble oficialidad compartida. Como se ha dicho, el sistema de doble oficialidad supone igualdad formal entre lenguas, ahora bien, el TC parece adentrarse en un terreno diferente, en el de la política lingüística, colocando todo tratamiento favorable a una de ellas bajo sospecha. No obstante, el TC admitió que tal equilibrio ha de entenderse:

«sin perjuicio... de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener» (81).

En la misma sentencia, al analizar la constitucionalidad del apartado 5 del art. 50 EAC, el TC afirmó que «la consideración de una de las dos lenguas oficiales en Cataluña como lengua de uso preferente del poder pú-

(79) STC 82/1986, FJ 9.

(80) STC 165/2013, FJ 5; Doctrina recogida posteriormente en las SSTC 86/2017, FJ 6; 87/2017, FJ 11, y 88/2017, FJ 5, todas ellas de 4 de julio, y STC 11/2018, de 8 de febrero, FJ 4.

(81) *Ibid.*



blico, siquiera sea sólo del poder público autonómico, contradice una de las características constitucionalmente definidoras de la oficialidad lingüística» (82). Para concluir que la preferencia por una u otra lengua corresponde solo a los particulares, en tanto titulares del derecho de opción, mientras que la administración debiera mantener una posición neutral garantizando lo que la sentencia llama una «perfecta igualdad de condiciones por cuanto hace a las formalidades y requisitos de su ejercicio, lo que excluye que, como pudiera resultar de una interpretación literal del apartado 5 del art. 50 EAC, quienes prefieran que su lengua de comunicación con las Administraciones sea el castellano hayan de pedirlo expresamente» (83).

También en este caso el TC parte del criterio de la paridad de uso entre lenguas oficiales respecto de los poderes públicos autonómicos, no obstante, nuevamente introduce una importante salvedad al criterio del equilibrio entre lenguas, lo que le sirvió para no declarar inconstitucional el artículo 50.5 del Estatuto, interpretándolo en el sentido de que «en el marco de la política de fomento y difusión del catalán, las entidades públicas, instituciones y empresas a que el precepto se refiere, pueden utilizar la lengua catalana con normalidad, sin perjuicio de poder utilizar también con normalidad el castellano, en sus relaciones internas, en las relaciones entre ellas y en sus comunicaciones con los particulares, siempre que se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la Administración pública» (84).

Son varias las cuestiones que sugiere este nuevo canon de constitucionalidad: En primer lugar, el TC entiende que el carácter de lengua propia no sirve por sí mismo para otorgar una primacía general a la lengua oficial distinta del castellano, ahora bien, el TC no niega que la normalización lingüística pueda justificar un trato preferente a la lengua propia. La normalización lingüística es el fundamento que justifica el tratamiento diferenciado, o la excepción al tratamiento equilibrado. No es el criterio de la «lengua propia» sino el de la normalización lingüística («la política de fomento y difusión del catalán» dice el TC) el que faculta, en su caso, las medidas de acción positiva (85).

(82) STC 31/2010, FJ 23.

(83) *Ibid.*

(84) *Ibid.*

(85) Cabría entender que la oficialidad conjunta otorga derechos a los ciudadanos, mientras que la declaración de lengua propia actúa en el ámbito de la promoción de la lengua, de forma unida al objetivo normalizador. Es decir, ambos actúan en planos diferentes. La doble oficialidad



El enfoque del equilibrio inexcusable como motor de la política lingüística deja en el aire varias preguntas: en primer lugar ¿cuál es la naturaleza de las medidas de política lingüística? Hasta 2010 se venía entendiendo que las medidas de política lingüística se dirigían a convertir en normal el uso de la lengua propia, garantizando, en todo caso, el derecho de opción de lengua de la ciudadanía. La política lingüística se concebía como una opción del legislador, de carácter permanente (no provisional). El nuevo planteamiento configura las medidas de política lingüística de una forma diferente, al circunscribirse a un marco de igualdad entre lenguas.

Este planteamiento tiene el riesgo de que una torpe interpretación, excesivamente literal, de la doctrina constitucional pueda abocar toda medida normalizadora a constituir una medida excesiva (86). Pero es más: la oposición a un trato privilegiado de la lengua propia desconocería la legislación en materia de normalización lingüística, y haría completamente innecesario regular los usos de la lengua no normalizada con miras a su normalización (87).

El criterio de la posición de igualdad entre las lenguas que afirma el Tribunal vendría referido a la igualdad en el plano de la oficialidad. La consecuencia de aplicar el principio de igualdad entre lenguas oficiales será que las concretas medidas favorables a la promoción de aquella que se encuentre en situación desfavorable habrán de superar el test de necesidad y de proporcionalidad.

es simetría en cuanto a la garantía de los derechos lingüísticos, mientras que la «propiedad» se interpretaría como factor que justifica las medidas normalizadoras. El concreto alcance del principio de propiedad dependerá, no del propio concepto, sino del legislador que regule la normalización lingüística, que es a quien corresponde materializarlo. Ahora bien, la exigida compatibilidad entre el principio de propiedad y el principio de doble oficialidad delimitará en todo caso la operatividad del primero (AGIRREAZKUENAGA, I., «Fundamentos y realidad de la planificación lingüística en las administraciones públicas vascas», en *Revista de Lengua i Dret*, núm. 31 (1999), pág. 112; MILIAN i MASSANA, «Comentarios en torno de la ley del Parlamento de Cataluña 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística» en *Revista de Administración Pública* núm. 157 (2002) pág. 341; VERNET i LLOBET, J., «El marc constitucional i estatutari...» *cit.* pág. 36-37).

(86) La STS de 23 de mayo de 2012 se pronuncia sobre la adecuación a la doctrina constitucional de varios artículos de una norma sobre normalización del uso de la lengua, para decir que: «son inicialmente admisibles los artículos que se refieren sólo al uso del catalán, siempre que no incorporen referencias a la exclusividad de este uso, esto es, mientras que permitan un uso normalizado paralelo del castellano aunque no se refieran a ello. No son aceptables, en cambio, los preceptos que desequilibren la paridad en la posición jurídica de ambas lenguas oficiales; esto es, los que configuren una posición de prevalencia o preferencia del catalán sobre el castellano o viceversa».

(87) Véanse las reflexiones de POU PUJOLRÀS, A., «La jurisprudència del Tribunal Suprem en matèria lingüística: novetats a partir de la STC 31/2010» en Anna Maria PLA (coord.), *Reptes del dret lingüístic català reflexions per a un debat crític*. Barcelona, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2017, pág. 97.



Efectivamente, el patrón de equilibrio o igualdad entre lenguas oficiales tiene naturaleza esencialmente jurídica debiendo ser aplicado en un contexto de desigualdad de lenguas explicado por razones históricas, políticas, socioeconómicas, sociolingüísticas, etc. El estatus de oficialidad de la lengua propia no se corresponde con una situación de plenitud en la oficialidad, ni tampoco con una situación de igualdad material entre las lenguas oficiales. La situación de desigualdad de lenguas se evidencia tanto desde el punto de vista sociolingüístico (número de hablantes) como de las funciones sociales o comunicativas que se desarrollan en una u otra lengua (88). La normalización lingüística asume la perspectiva sustancial de la doble oficialidad a través de una apertura al desarrollo normativo, que exige la adopción de medidas de afirmación positiva que favorezcan a la lengua cuya oficialidad ha de materializarse y hacerse efectiva. Se trata de la normalización, como proceso gradual dirigido a hacer normal el uso de la lengua oficial.

El enfoque basado en el principio de igualdad formal entre lenguas oficiales es más propio de la consideración del proceso de normalización, aplicado por la legislación autonómica de los años ochenta, que del de la política lingüística como opción de los poderes públicos dentro del respeto del núcleo sustancial de la oficialidad (89).

En todo caso, esa es la perspectiva acogida por el TC, que no niega que los poderes públicos puedan realizar acciones de fomento y difusión de la lengua propia. El principio de necesidad no se pone en duda. Ahora bien, tales medidas únicamente se justificarían como instrumento para corregir una situación de desequilibrio desfavorable. En otras palabras, las medidas de acción positiva solo resultarán legítimas en cuanto estén destinadas a corregir, «de existir», matiza el TC, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener. En todo caso, la determinación de la necesidad de tales acciones corresponde a quien ostente competencias en materia de normalización.

A este respecto conviene recordar que la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias se refiere a las medidas de promoción expresando, entre los objetivos y principios del artículo 7, que «la adopción de medidas especiales en favor de las lenguas regionales o minori-

(88) La lengua castellana es una lengua hablada por más de 450 millones de personas, y a través de ella se realizan todas las funciones sociales, siendo además lengua de Estado, y sobre la única que actúa un deber constitucional de conocimiento. La situación de las lenguas propias es muy diferente, ya que ninguna de ellas es lengua de Estado alguno, y todas ellas son lenguas regionales o minoritarias, con un número de hablantes inferior al del resto de la población del Estado.

(89) VERNET i LLOBET, J., «El marc constitucional i estatutari del plurilingüisme», *cit.* pág. 39.



tarias, destinadas a promover una igualdad entre los hablantes de dichas lenguas y el resto de la población y orientadas a tener en cuenta sus situaciones peculiares, no se considerará un acto de discriminación con los hablantes de las lenguas más extendidas».

2. Derecho de uso sin formalidades ni condiciones

Resulta constitucionalmente posible aplicar medidas de política lingüística favorables a las lenguas propias, sobre la base de la política de normalización lingüística. Las administraciones pueden utilizar la lengua propia en atención a su proceso de normalización. Ahora bien, el TC introduce un segundo condicionante relacionado con la posición de los ciudadanos, al exigir que «se arbitren los mecanismos pertinentes para que el derecho de los ciudadanos a recibir tales comunicaciones en castellano pueda hacerse efectivo sin formalidades ni condiciones que redunden para ellos en una carga u obligación que les constituya en la posición de sujeto activo en sus relaciones con la Administración pública» (90).

El alcance de esas palabras resulta complejo. Y es que si partimos de que el TC no impone el uso simultáneo de las dos lenguas y que el uso normal de una de ellas resulta acorde a su carácter de lengua oficial, puede resultar contradictorio que se declare que los ciudadanos deban recibir las comunicaciones en la lengua por la que opten sin que tengan que mostrar cuál es su opción, máxime si son conscientes de que la Administración a la que se dirigen actúa de acuerdo con un proceso de normalización lingüística.

Las vías de solución que cabe proponer para resolver el dilema que supone, por un lado, que la Administración pueda utilizar con normalidad una o la otra lengua, y por otro, que la Administración no pueda imponer cargas al interesado para averiguar cuál es su lengua de opción, han de partir, a nuestro juicio, del siguiente parámetro: la validez de una actuación administrativa realizada en lengua propia no puede depender de que venga en todo caso acompañada por su versión en lengua castellana, ya que si ello fuera necesario, la oficialidad de las lenguas propias no sería tal, y el proceso de normalización quedaría frustrado.

En principio cabría pensar en que la Administración ha de reconocer relevancia a las circunstancias que resulten indicativas de la opción lingüística efectuada por el ciudadano, si es que existen. Es decir, en los procedimientos incoados a instancias de parte, cabrá inferir la elección del ciudadano a partir de la lengua usada en la solicitud o en el re-

(90) STC 31/2010, FJ 23 *in fine*.



curso, como también de la lengua utilizada en los escritos presentados por el interesado en los procedimientos incoados de oficio, o en la lengua que utiliza oralmente al dirigirse a la Administración o a sus agentes (91).

En todo caso, siendo el objetivo garantizar el derecho de opción lingüística, que el interesado manifieste cuál es su opción no se considera una carga especialmente gravosa, resultando ser la vía más efectiva para garantizar al mismo tiempo el proceso de normalización lingüística. Lo mismo ocurre a la inversa, cuando el procedimiento se tramita en lengua castellana. A este respecto la Ley 39/2015, en su artículo 15, prevé en qué lengua se han de tramitar los procedimientos administrativos instruidos por la Administración periférica del Estado, cuando concurren varios interesados y hubiera discrepancia de lenguas. La regla que fija la Ley es que los procedimientos se tramitarán en castellano, ahora bien, la Ley incluye la siguiente salvedad: «si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos» (15.2). Repárese que la Ley 39/2015 utiliza el término «requieran». ¿Sería esa previsión legal contraria a la doctrina constitucional? Como destaca NOGUEIRA LÓPEZ la Ley 39/2015 es posterior a la STC 31/2010 y parece pasar por alto las discusiones doctrinales sobre como decidir cuál es la lengua de relación sin que eso suponga cargas para el ciudadano e, incluso, reincide en esa dificultad cuando se regulan en el artículo 15.3 las comunicaciones con efectos fuera de la Comunidad Autónoma al establecer que deberán traducirse al castellano también «los documentos dirigidos a los interesados que *así lo soliciten expresamente*» (cursiva añadida). Se establece por tanto la carga de solicitar expresamente la traducción al castellano de estos documentos (92). Con relación a esta cuestión, cabe concluir destacando que el TC no pone en cuestión la posibilidad de que una de las lenguas sea la lengua de uso normal, con lo que el límite de colocar al interesado como sujeto activo debiera hacerse compatible con la regulación sobre la lengua del procedimiento. De hecho, simultanear más de una lengua, incluso modificar la lengua a requeri-

(91) En esta línea véase las Sentencias del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia num. 177/2013, de 6 marzo, FJ 8. (recurso contra el Reglamento para el uso de la lengua catalana de la Diputación de Girona); STSJCat (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia num. 178/2013 de 6 marzo, FJ 3 (recurso contra el Reglamento para el uso de las lenguas catalana y occitana aranesa de la Diputación de Lleida). STJCat (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia num.316/2012, de 23 de mayo de 2013, FJ 6 (sobre el Reglamento de uso de la lengua catalana en el Ayuntamiento de Barcelona).

(92) Vid. NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Derecho de los ciudadanos al uso de las lenguas oficiales en el procedimiento, en especial ante la Administración General del Estado», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 446.



miento de los interesados, resulta algo natural y habitual en una sociedad con dos lenguas oficiales, sin que esto suponga una lesión para los derechos del ciudadano en el procedimiento.

3. Un caso paradigmático: el Auto del TSJPV de 7 de septiembre de 2021

El Tribunal Superior de Justicia, mediante el Auto de 7 de septiembre de 2021, ha interpuesto una cuestión de constitucionalidad referida al art. 6.2 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (93). El precepto en cuestión dispone lo siguiente:

«Las convocatorias, órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo, dictámenes de las comisiones informativas, acuerdos y actas de los órganos de las entidades locales podrán ser redactados en euskera. Esta facultad podrá ejercerse, en los supuestos anteriormente mencionados, siempre que no se lesionen los derechos de ningún miembro de la entidad local que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización y uso del euskera. Cuando las resoluciones, actas y acuerdos se redacten en euskera, se remitirán en esta lengua las copias o extractos a la Administración autonómica y a la Administración estatal, en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación básica de régimen local».

A juicio de la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV «la igualdad de ambas lenguas quiebra por completo porque la libertad de opción habría desaparecido ante la falta de control de la voluntad administrativa que confirme la utilización del euskera y deniegue la del castellano» (94).

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad plantea ciertas cuestiones de forma y de fondo. Con relación a las cuestiones formales, en primer lugar, sorprende la falta de reparos a aceptar la legitimación activa del partido político VOX para instar el recurso contencioso-administrativo de referencia, en la medida que este partido político no cuenta

(93) La cuestión de inconstitucionalidad se plantea en el marco del recurso contencioso administrativo contra el Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, sobre normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las instituciones locales de Euskadi, aún pendiente de sentencia.

(94) Auto del TSJPV de de 7 de septiembre de 2021, FJ 3.



con ni un solo edil en los municipios vascos. Y ello resulta relevante en cuanto que el precepto sobre el que se plantea la cuestión tiene exclusivos efectos *ad intra* del funcionamiento municipal. En segundo lugar, también resulta sorprendente que, no habiendo sido objeto de impugnación en el recurso principal el precepto del Decreto que desarrolla el artículo 6.2 de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi, el TSJPV plantee una Cuestión, precisamente, con relación al artículo 6.2(95).

En cuanto a las cuestiones de fondo, el planteamiento del TSJPV parte, a nuestro juicio, de una interpretación incorrecta del artículo 6.2 de la Ley de Instituciones Locales. El precepto en cuestión no supone una habilitación a las corporaciones locales para imponer el uso de una de las lenguas oficiales a sus integrantes. Es más bien lo contrario, ya que el artículo en cuestión supone un límite (adicional a las previsiones contenidas en la legislación del estado que seguidamente referiremos) a la posibilidad de determinar que el funcionamiento de los órganos municipales se realice en euskera. Lo que expresa el artículo es que la corporación no podrá determinar que el euskera sea la lengua de uso si algún edil alega válidamente el desconocimiento del euskera. El Decreto desarrolla ese precepto en el artículo 21.1 disponiendo que «se procurará evitar la traducción de documentos redactados en euskera para aquellas personas al servicio de la entidad local o miembros de la corporación que posean un conocimiento a nivel de comprensión suficiente de esta lengua, que determinará cada entidad local, siendo como mínimo el nivel B2 del marco común europeo de referencia para las lenguas».

Pero es más, el Decreto 179/2019, de 19 de noviembre, sobre normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales, en su artículo 19 hace concreta alusión al funcionamiento de los órganos municipales, disponiendo en primer lugar que «las sesiones de los órganos colegiados de las entidades locales podrán desarrollarse en lengua vasca cuando todas las personas intervinientes la conozcan». Y en segundo lugar dice que «cuando no todas las personas miembros del órgano colegiado tengan capacidad de expresarse en euskera, pero todas ellas comprendan los mensajes en esta lengua, la reunión podrá desarrollarse principalmente en lengua vasca, garantizando que quienes no tengan facilidad de expresarse en esta lengua lo puedan hacer en lengua castellana».

(95) Los preceptos objeto de recurso contencioso-administrativo son los artículos 1.2.b), 5.1, 7.3, 9, 11, 12, 13, 17, 24, 27, 33.2, 35, 36 y 38, y del Capítulo VI del Decreto núm. 179/2019 sobre normalización del uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las instituciones locales de Euskadi. Repárese en que el precepto que desarrolla lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley de Instituciones Locales, es el artículo 18 del Decreto 179/2019, que no ha sido recurrido. Tampoco lo ha sido el artículo 21 del Decreto que fija el nivel B1 del Marco Común Europeo para las lenguas como nivel mínimo a efectos de comprensión del euskera.



Que una sesión de un órgano municipal pueda desarrollarse en euskera es un efecto natural de la oficialidad de esta lengua. Un efecto que la propia normativa del estado ha reconocido y previsto (aunque sorprenda también que no se haga referencia a ello en el Auto que plantea la cuestión de Inconstitucionalidad). Nos referimos al Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, cuyo artículo 86. [Lengua a emplear] dispone lo siguiente «1. Las convocatorias de las sesiones, los órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo y dictámenes de las Comisiones informativas se redactarán en lengua castellana o en la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la entidad, conforme a la legislación aplicable y a los acuerdos adoptados al respecto por la correspondiente Corporación. 2. En los debates podrán utilizarse, indistintamente, la lengua castellana o la cooficial de la Comunidad Autónoma respectiva». El artículo 110 de la misma norma [Lengua a emplear y transcripción del Acta de las Sesiones de los Entes Locales Territoriales] dispone que «será aplicable a la redacción de las actas lo dispuesto en el artículo 86.1 , en cuanto a la utilización de las lenguas».

También sorprende que el Auto que propone la Cuestión no haya hecho referencia alguna a la STC 82/1986, de 26 de junio, que utiliza unos términos semejantes a los del precepto objeto de la Cuestión de Inconstitucionalidad, al expresar que «...la utilización por los poderes públicos de una sola de las lenguas cooficiales puede hacerse indistintamente, por propia iniciativa o incluso a elección de los interesados, cuando así se regule, siempre que no se lesionen los derechos de ningún interesado que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada, lo que sólo puede hacerse respecto de lengua distinta del castellano. El que todo el procedimiento pudiera realizarse en euskera, es consecuencia natural del carácter oficial de esta lengua en la Comunidad Vasca, que conlleva la eficacia, en su ámbito, de las actuaciones realizadas en la misma». (9 Z.O)

En todo caso, habrá que esperar a la Sentencia del TC que resuelva la Cuestión planteada para ver si, efectivamente, la modificación del canon de constitucionalidad también afecta a este precepto de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi.

VI. Exigencias lingüísticas en el acceso a funciones públicas

El derecho de opción de lengua como efecto de la doble oficialidad lingüística produce consecuencias sobre la organización administrativa. Los poderes públicos deben adaptar su organización a los efec-



tos de la oficialidad de las lenguas propias. Y es que no cabría concebir una administración a la que corresponde satisfacer los intereses generales de la colectividad y que se encuentra al servicio de la ciudadanía, sin tomar en consideración la lengua en la que tales servicios han de ser prestados.

El Estatuto Básico del Empleado público ha incluido entre los principios de conducta de los empleados públicos el deber de garantizar la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio (96). Si los poderes públicos tienen que dar respuesta al legítimo ejercicio de los derechos lingüísticos de los ciudadanos, forzosamente tienen que contar con personal a su servicio capacitado lingüísticamente (97).

El TC se refirió a la materia afirmando lo siguiente:

«si la utilización del euskera, en su caso, por los administrados puede ocasionar dificultades en el seno de la administración, tanto estatal como autonómica, tales dificultades son resultado de una decisión constitucional y no pueden ser motivo para convertir ésta en irrelevante» (98).

Pese a la contundencia de esa temprana constatación del TC, tras más de cuarenta años de doble oficialidad lingüística, la falta de adecuación lingüística del personal al servicio de los poderes públicos continúa siendo una realidad en ciertos ámbitos. Se trata de una cuestión aún irresuelta. Ello se evidencia en los informes de evaluación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias en todos los ciclos de supervisión, así como en las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ponen de manifiesto dos ámbitos especialmente problemáticos: el de la administración periférica del Estado y el ámbito judicial (99),

(96) 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, art. 54.11.

(97) Vid. COBREROS, E., *El régimen jurídico de la oficialidad...* cit. pág. 78.

(98) STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 8.

(99) La más reciente Recomendación del Comité de Ministros (Recomendación CM/RecChL(2019)7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la aplicación de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias por España (Adoptada por el Comité de Ministros el 11 de diciembre de 2019 en la 1363a reunión de los Delegados de los Ministros), incluye lo siguiente, como cuestión prioritaria, en sus dos primeros puntos:

(1) enmienden la Ley Orgánica del Poder Judicial, para garantizar la utilización de las lenguas cooficiales en los procedimientos judiciales a solicitud de una de las partes;
(2) mejoren la utilización de las lenguas cooficiales en la administración del Estado en las Comunidades Autónomas.

La Recomendación del Consejo de Europa insta a revisar el marco jurídico interno en materia judicial, y a mejorar la garantía de los derechos lingüísticos en la administración periférica.



reiterando lo manifestado en todas sus anteriores Recomendaciones (100).

Las cuestiones que se plantean con relación a las exigencias lingüísticas para el acceso a las funciones públicas son de distinta naturaleza en, por un lado, las administraciones autonómicas y locales, y por otro, en la administración periférica del Estado. Se analizarán separadamente.

1. Administración autonómica y local

Sobre la base de las competencias en materia de normalización lingüística, las Comunidades Autónomas han diseñado sus procesos de planificación lingüística en torno a dos modelos teóricos básicos: de un lado, el que singulariza lingüísticamente los puestos de trabajo exigiendo preceptivamente su conocimiento a un cierto número de ellos, y de otro lado, el que generaliza las exigencias lingüísticas para el acceso a funciones públicas. En el sistema de singularización, la determinación de los puestos de trabajo bilingües puede articularse con base a un criterio proporcional, tomando en consideración la realidad sociolingüística (porcentaje de población bilingüe) que reside en el ámbito territorial al que sirve

(100) El Comité de Ministros del Consejo de Europa se ha hecho eco de las deficiencias en cuanto a la capacitación lingüística del los funcionarios de la Administración Periférica del Estado, y así en 2005 recomendó a las autoridades españolas que tomaran en consideración todas las observaciones del Comité de Expertos y ante todo: «2. Examine los programas de contratación, de carrera y de formación destinados al personal de las dependencias de la Administración del Estado, con miras a asegurar que un porcentaje adecuado del personal que trabaja en este ámbito en las Comunidades Autónomas a las que afecta la aplicación del artículo 10 de la Carta tenga un conocimiento práctico de las lenguas pertinentes». En 2008 se reprodujo esa misma recomendación, a la que se sumó la siguiente: «3. Aseguren la presencia de todas las lenguas regionales o minoritarias en los servicios públicos estatales». Y nuevamente en 2012 el Comité de Ministros urge la revisión de los esquemas de contratación, de carrera y de formación destinados al personal de las dependencias de la Administración del Estado.

Con relación al ámbito de la justicia, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha venido realizando recomendaciones al gobierno español de forma insistente desde 2005 para que «tome las medidas jurídicas y prácticas necesarias para asegurar los compromisos contenidos en el artículo 9 de la Carta, asegurando en particular que un porcentaje adecuado del personal que trabaja en este ámbito en las Comunidades Autónomas tenga un conocimiento práctico de las lenguas pertinentes» (vid. Recomendación RecChL (2005) 3 del Comité de Ministros sobre la aplicación de la de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias por España, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de septiembre de 2005 en la reunión núm. 938 de los representantes de los Ministros; véase también Recomendación RecChL (2008) 5 del Comité de Ministros sobre la aplicación de la de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias por España, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de diciembre de 2008 en la reunión núm. 1044 de los representantes de los Ministros; también Recomendación CM/RecChL(2012)6 del Comité de Ministros sobre la aplicación de la de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias por España, de 24 de octubre de 2012; Recomendación CM/RecChL(2016)1 del Comité de Ministros sobre la aplicación de la de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias por España, de 20 de enero de 2016)



la administración, o bien con base en un criterio funcional, las funciones asignadas al puesto de trabajo.

Un ejemplo del sistema de singularización proporcional lo encontramos en la Comunidad Autónoma de Euskadi, donde se aplica el denominado «sistema de perfiles lingüísticos» (101). La Ley Básica de Normalización del Uso del Euskera (102) introdujo la orientación básica del proceso de planificación lingüística de los recursos humanos, al prever en su artículo 14.2 la necesidad de que los poderes públicos determinen «las plazas para las que es preceptivo el conocimiento de ambas lenguas». La caracterización lingüística de los puestos de trabajo se concibe como el eje vertebrador del sistema (103).

La caracterización lingüística de los puestos de trabajo no se establece de forma general, respecto de todas las plazas, previéndose que la exigencia del conocimiento del euskera únicamente será requisito en aquellas plazas que establezcan los poderes públicos. Se dispone, no obstante, que en las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las demás plazas de la Administración, se considerará, entre otros méritos, el nivel de conocimiento de las lenguas oficiales (104). Es decir, de acuerdo con la planificación, en ciertos casos, el conocimiento del euskera funcionará como requisito de acceso a la función pública, y en los demás, su conocimiento se considerará como mérito, *bonus* a considerar entre otros, pero sin carácter eliminatorio. En definitiva, la LNE remite a una actividad de planificación

(101) El sistema de planificación adoptado por las Administraciones Públicas vascas se basa en la determinación del correspondiente perfil lingüístico a cada uno de los puestos de trabajo que conforman la función pública. El sistema de perfiles lingüísticos es un sistema original en su conjunto, pero que ha importado sus elementos definitorios básicos. El referente principal es el sistema de dotación de puestos bilingües aplicado por la Administración Federal canadiense, orientado a garantizar un «bilingüismo institucional de servicio». *Vid.* I. URRUTIA LIBARONA, «Planificación lingüística en las Administraciones Públicas Vascas: balance y perspectivas» págs. 33 ss..

(102) Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera (LNE).

(103) En Euskadi, el consenso alcanzado a principios de los ochenta (con la aprobación de la LNE) fue un consenso firme en lo relativo al reconocimiento de derechos lingüísticos a la ciudadanía derivados del estatus de doble oficialidad lingüística, pero un consenso mucho más frágil en cuanto a sus implicaciones sobre el aparato organizativo administrativo. Durante estos cuarenta años de vigencia de la norma, las discrepancias y tensiones tan características en la sociedad vasca también han marcado el devenir de la planificación lingüística. Se trata de una tensión entre dos perspectivas opuestas. De un lado, aquella que observa con total recelo la exigencia de conocimiento del euskera como requisito de capacidad para acceder a las funciones públicas, planteándola como discriminatoria respecto de los no vascoarlantes, y aquella otra que, desde una concepción que entiende la Administración Pública como un aparato organizativo al servicio de la sociedad, observa con naturalidad las exigencias lingüísticas, cuando de lo que se trata no es más que de servir a la sociedad también en la lengua propia del país, además de en la lengua del Estado.

(104) Art. 14.3 LNE.



la caracterización lingüística de los puestos que conforman la función pública (105).

El artículo sería impugnado ante el TC que, al respecto, estableció la doctrina de que «nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionario o que, en general, se considere como mérito entre otros (como expresamente se prevé) el nivel de conocimiento de las mismas» (106).

Esta doctrina supuso un importante espaldarazo al sistema de planificación lingüística vasca, teniendo en cuenta la doctrina mucho más matizada que pocos años antes había fijado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, al afirmar que «una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva ... a atribuir el deber de conocimiento de dicha lengua a la Administración Autonómica en su conjunto, no individualmente a cada uno de sus funcionarios, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva comunidad» (107). El TC asumió en aquel pronunciamiento la tesis conocida como *bilingüismo objetivo de servicio* que separa, de un lado, el aparato administrativo objetivamente considerado, y de otro, los servidores públicos integrados en aquel, con atribución del deber de conocimiento exclusivamente al

(105) El desarrollo de las previsiones legales se realizó mediante el Decreto 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las Administraciones Públicas de la Comunidad de Euskadi. Esta norma regula el sistema de «perfiles lingüísticos». En esquema, el sistema consiste en fijar un determinado perfil lingüístico (PL) para cada puesto de trabajo de la función pública. El PL está determinado por el nivel de competencia en euskera necesario para la provisión del puesto de trabajo. El PL de cada puesto se fija a través de las relaciones de puestos de trabajo. Existen cuatro perfiles lingüísticos ordenados de menor a mayor nivel de euskera (PL1, PL2, PL3 y PL4) que se asignan a las plazas según los usos lingüísticos que estas requieren. Todas las plazas tienen su PL.

El segundo elemento a tener en cuenta es la «fecha de preceptividad», que es aquella a partir de la cual el cumplimiento del PL se constituye en exigencia obligatoria para el acceso y la provisión del correspondiente puesto de trabajo. Así, se habla de PL preceptivos (aquellos para cuya provisión, el candidato deberá acreditar el correspondiente perfil) y PL no preceptivos (su provisión no requiere la acreditación del perfil). Cuando un PL pasa de ser diferido a ser preceptivo, quien provea la plaza deberá acreditar el PL, que podrá ser removido en caso contrario.

Finalmente, el número de PL preceptivos y de PL diferidos se determina en función del «índice de obligado cumplimiento o de preceptividad», que se calcula sobre la base de los datos relativos al conocimiento del euskera de la población que reside en el ámbito territorial de la Administración correspondiente, utilizándose la siguiente fórmula:

$$\text{Índice de obligado cumplimiento} = \% \text{ euskaldunes} + (\% \text{ cuasieuskaldunes} / 2)$$

Existen dos ámbitos que han quedado fuera de la aplicación del sistema de perfiles: el sanitario y la Ertzaintza (policía vasca). Por su parte, el sector docente aplica una variante del sistema, caracterizado por la existencia de dos únicos perfiles, el PL1 (puestos docentes que no utilizan el euskera) y PL2 (puestos docentes con docencia en euskera).

(106) STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 14.

(107) STC 76/1983, de 5 de agosto; también STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 26.



primero. En aquella ocasión el TC enfocó la cuestión desde la perspectiva de la previsión constitucional del art. 3.1 que únicamente establece el deber de conocimiento del castellano y no el de las demás lenguas, haciéndolo extensivo a los servidores públicos. Se trataba de un enfoque a nuestro juicio desafortunado en la medida que no cabe equiparar la posición de los ciudadanos sometidos a las relaciones generales con la Administración, respecto de aquellos que, encontrándose a su servicio, deben ser los encargados de garantizar los derechos lingüísticos de los primeros.

Pero además, un planteamiento de pura lógica lleva a considerar que no cabe predicar deber lingüístico alguno de la Administración que, de un modo u otro, no repercute de inmediato sobre quienes han de cumplir las funciones y cargos públicos. Es la Administración la encargada de responder a la demanda de uso de las lenguas oficiales y habrá de realizarlo, evidentemente, mediante el personal a su servicio con la suficiente capacidad lingüística.

Con relación al segundo de los modelos teóricos básicos, el que generaliza las exigencias lingüísticas en el acceso a las funciones públicas, el Tribunal Constitucional muy tempranamente también confirmó su constitucionalidad a través de la STC 46/1991 relativa a la Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalitat. Esta sentencia vino a afirmar los principios medulares de la cuestión, de entre los que sintéticamente destacaríamos cuatro:

En primer lugar, las exigencias lingüísticas no se conciben como condiciones ajenas a los principios constitucionales que rigen el acceso a las funciones públicas, sino todo lo contrario. «La exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas» (108). El conocimiento de la lengua propia para acceder a la función pública ha de ser entendido como requisito de capacidad, en conjunción con el resto de capacidades y méritos que rigen los procedimientos selectivos.

En segundo lugar, se ha de guardar la necesaria proporcionalidad entre los requisitos lingüísticos exigidos en el acceso y el nivel de conocimientos requeridos para la función a desempeñar (109). La exigencia de conocimiento de la lengua propia ha de establecerse en consonancia con las funciones asignadas al puesto a desempeñar. El nivel de capacidad no

(108) STC 46/1991, de 28 de febrero, FJ 3.

(109) «...sería contrario al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública, exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate» (STC 46/1991, de 28 de febrero, FJ 4).



podría exceder lo razonablemente requerido para el correcto desempeño del puesto, ni tampoco lo inverso.

En tercer lugar, la exigencia del conocimiento de las lenguas «se trata de un requisito justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la administración autónoma... que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autonómica» (110). A través de esas palabras el Tribunal Constitucional apunta un segundo fundamento de las exigencias lingüísticas. No se trata únicamente de garantizar que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a utilizar la lengua propia en sus relaciones con la Administración, sino también posibilitar que la Administración autonómica actúe en cualquiera de las lenguas oficiales (111). El bilingüismo, además de «de servicio» se concibe con carácter «funcional».

Y en cuarto lugar, el Tribunal Constitucional destacó que la mayor o menor extensión de las exigencias lingüísticas ha de establecerse de forma razonable y proporcionada en atención a la extensión del uso social de la lengua de que se trate. Desde esa perspectiva, la exigencia generalizada del conocimiento del catalán se justifica «dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma» (112). En otras palabras, la planificación lingüística no puede realizarse al margen de la realidad sociolingüística del territorio sobre el que actúa la Administración.

Recapitulando, el Tribunal constitucional afirma la constitucionalidad de las exigencias lingüísticas generalizadas sobre la base de los siguientes parámetros: (1) consideración como requisito constitucional de mérito y capacidad, (2) proporcionalidad del requisito respecto de las funciones asignadas al puesto, (3) eficacia del funcionamiento administrativo en las dos lenguas oficiales, (4) proporcionalidad en atención a la extensión del uso social. Pues bien, siendo así, sorprende que la posterior STC 165/2013, de 26 de septiembre, sobre la base de esos mismos parámetros legitimara lo inverso. Efectivamente, esa sentencia analizó la constitucionalidad de la, hoy derogada, Ley balear 9/2012 (113), que invirtió la preceptividad del requisito lingüístico para el acceso a la función pública balear, de manera que la acredita-

(110) STC 46/1991, de 28 de febrero, FJ 3.

(111) Comparto el criterio de MILIAN i MASSANA, A., «Planificación en las Administraciones de las CC.AA con doble oficialidad lingüística», *cit.*, pág. 109.

(112) STC 46/1991, de 28 de febrero, FJ 3.

(113) Ley 9/2012, de 19 de julio, de modificación de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Norma derogada por Ley 4/2016, de 6 de abril de medidas de capacitación lingüística para la recuperación del uso del catalán en el ámbito de la función pública.



ción de un nivel de conocimientos del catalán dejó de ser un requisito genérico para el acceso a la función pública y provisión de puestos de trabajo, y sólo resultaba exigible respecto de los escasos puestos de trabajo contemplados expresamente en la norma, valorándose en los demás casos como mérito. Se trató de una norma que rompía con los consensos existentes hasta la fecha en materia de lengua, proclives a recuperar, en la legislación sobre el uso de las lenguas oficiales, aquellos elementos necesarios para devolver al catalán un estatus más coherente con los mandatos de protección y fomento determinados por el Estatuto de Autonomía.

El Tribunal Constitucional, en la citada STC 165/2013, de 26 de septiembre, para justificar el carácter regresivo de la reforma legal balear en materia lingüística, se sirvió nuevamente de la doctrina del equilibrio inexcusable entre lenguas, indicando que «Desde esta estricta perspectiva jurídico-constitucional, la opción de política legislativa aquí enjuiciada de conformar una función pública donde no sea necesario genéricamente el requisito lingüístico de la lengua propia no implica necesariamente una posición subordinada de esta lengua» (114). El enfoque es, a nuestro juicio, incorrecto, ya que el objetivo de la norma no era el de privilegiar la lengua propia, sino inversamente, el de dejar de privilegiarla. Y la cuestión a plantear es si los poderes públicos pueden adoptar una orientación regresiva de ese cariz. Soporiar el proceso de normalización lingüística exclusivamente sobre los puestos de trabajo de atención directa y de información a la ciudadanía resulta claramente insuficiente y difícilmente comprensible (115). Pero además, tal y como expresa el Voto Particular a esa sentencia, «si el Tribunal Constitucional avaló en 1991 la «razonabilidad» y el carácter «justificado y equitativo» de la exigencia de cierto nivel de conocimiento como requisito general de capacidad, con la misma Constitución y un Estatuto de Autonomía similar, no puede ser razonable, justificado y equitativo en 2013 no valorar el conocimiento del catalán como requisito general de capacidad, ignorando el carácter oficial del catalán y la propia eficacia de la Administración autónoma, en la cual un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su tra-

(114) STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 7.

(115) Surge la cuestión de si esta visión tan pacata se corresponde con las obligaciones de la CELRM. En especial si se cumple el compromiso del artículo 10.3 que exige «velar por que las lenguas regionales o minoritarias se empleen al prestarse un servicio», y de art 13.2.c que exige «velar por que los servicios sociales como los hospitales, las residencias de la tercera edad, los asilos ofrezcan la posibilidad de recibir y atender en su lengua a los hablantes de una lengua regional o minoritaria que necesiten cuidados por razones de salud, edad o por otros motivos».



bajo, dado el carácter cooficial del idioma catalán en las Illes Balears y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma» (116).

2. Administración periférica del Estado

La oficialidad de las lenguas propias afecta a todos los poderes públicos radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma con dos lenguas oficiales, incluida la administración periférica del Estado (117). Ello implica la garantía del derecho de opción de lengua oficial por parte de la ciudadanía, y la aplicación del régimen de uso lingüístico en los procedimientos administrativos, regulado por la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 15.1 prevé que, si los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma utilizan la lengua que sea cooficial en ella, el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por dichos interesados, a no ser que concurren varios interesados en el procedimiento, y existiera discrepancia en cuanto a la lengua, caso en el que el procedimiento se tramitará en castellano, si bien los documentos o testimonios que requieran los interesados se expedirán en la lengua elegida por los mismos (118).

La Ley configura un derecho subjetivo a entablar comunicaciones bidireccionales en la lengua oficial de elección del ciudadano ante la Administración General del Estado en las comunidades autónomas con más de una lengua oficial. Pero no solo eso. Si el ciudadano elige una lengua

(116) Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita respecto de la Sentencia 165/2013, apartado 2.

(117) Vid. STC 82/1986, FJ 4 «la consecuente cooficialidad lo es con respecto a todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos»

(118) Vid. NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Derecho de los ciudadanos al uso de las lenguas oficiales en el procedimiento, en especial ante la Administración General del Estado», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 442, donde expone que la Ley fija que la lengua de trabajo interna de la AGE será el castellano. No obstante, esta regla sobre los usos lingüísticos *ad intra* (ej. documentos y comunicaciones entre órganos) tiene como complemento una regulación de los usos *ad extra* en las relaciones con los ciudadanos que está presidida por los presupuestos inherentes a la oficialidad de la lengua: plena validez jurídica y opción lingüística del ciudadano. Así los ciudadanos que se dirijan a órganos de la AGE con sede en un territorio con doble oficialidad «podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella».



distinta del castellano el artículo 15 de la Ley 39/2015 establece que también se ven condicionados los usos internos de la AGE puesto que «el procedimiento se tramitará en la lengua elegida por el interesado».

En definitiva, tanto la garantía de la libertad de opción de la lengua oficial por parte de la ciudadanía, que exige el deber de atención a éstos en la lengua escogida, como la eficacia en el funcionamiento de la administración periférica, que ha de instruir los procedimientos administrativos exclusivamente en la lengua propia cuando los interesados la utilicen, impulsan una planificación lingüística en el ámbito de la administración periférica.

La norma que regula esta materia es la Orden de 20 de julio de 1990 por la que se dictan normas para la provisión de determinados puestos de trabajo de funcionarios en la Administración Periférica del Estado, en relación con el conocimiento de las lenguas oficiales propias de las Comunidades Autónomas. Esta norma hace pivotar sobre los departamentos ministeriales, a iniciativa de las delegaciones del gobierno, la determinación de los puestos para los que, en función de su contenido, resulte preceptivo el conocimiento de la lengua oficial propia de cada Comunidad Autónoma, lo que se incorporara como requisito a las correspondientes relaciones de puestos de trabajo (119). La norma prevé dos vías para articular la planificación: la de las exigencias lingüísticas, cuya operatividad no se determina sobre bases objetivas, y la de la valoración como mérito del conocimiento de las lenguas propias en los procedimientos de provisión de determinados puestos de trabajo; en concreto de los que presenten las siguientes características (120):

- a) Información al público.
- b) Recepción y registro de documentos.
- c) Actividades de gestión con significativos grados de proximidad con el público y de frecuencia en su relación.
- d) Actividades para las que el conocimiento de la lengua constituya factor relevante.

Se trata, salvo en el supuesto previsto en el apartado d), de puestos de trabajo de directa relación con el público. En estos casos, repárese en que el conocimiento de la lengua propia no funciona como exigencia para el acceso a la función pública, sino como mérito en los concursos de provisión.

El enfoque resulta extremadamente limitado y su operatividad práctica se entiende insuficiente para satisfacer los derechos lingüísticos re-

(119) Punto segundo de la Orden de 20 de julio de 1990, *cit.*

(120) Punto tercero de la Orden de 20 de julio de 1990, *cit.*



conocidos por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. La realidad muestra que tras más de 40 años de doble oficialidad lingüística, la aplicación práctica de esta normativa ha resultado irregular y escasamente efectiva (121).

El último informe sobre el cumplimiento en España de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, redactado a instancia de la Administración del Estado, contiene el siguiente cuadro relativo al «Conocimiento del idioma cooficial de los empleados públicos de la Administración General del Estado» (122), que reproduzco seguidamente:

COMUNIDAD AUTÓNOMA	% EMPLEADOS PÚBLICOS QUE CONOCEN LENGUA COOFICIAL	
	DELEGACIÓN G ^o *	RESTO AGE
CATALUÑA	95%	No se dispone del dato de la situación exacta en el resto de la AGE, pero se calcula, por las características de los empleados, que puede ser extrapolable.
COMUNITAT VALENCIANA	90%	
ILLES BALEARS	32%	
GALICIA	96%	En las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el conocimiento del idioma cooficial podría ser menor.
NAVARRA	1,26%	
PAÍS VASCO	14%	

La lectura de esos datos resulta compleja: los porcentajes son muy desiguales de una Comunidad Autónoma a otra, y también destaca su indeterminación en ciertos ámbitos, como sería el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En todo caso, los informes del Co-

(121) *Vid.* MARCET, J., «La política lingüística de l'estat español...», pág. 67 donde dice: «Des de la introducció del coneixement de les llengües pròpies de la Comunitat, bé com a requisit o bé com a mèrit segons els casos, en la legislació que regula aspectes concrets de l'accés a la funció pública o que ordena determinats serveis, quan aquests s'han de dur a terme en comunitats amb llengua pròpia, fins a la pràctica concreta de l'aplicació d'aquestes previsions o de la presència formal de la llengua cooficial en documentació oficial o en la relació formal dels ciutadans amb l'administració general de l'Estat, el camí recorregut està ple d'incidències, de petits avenços, de reticències i de pràctiques poc constants i irregulars».

(122) Quinto Informe Sobre El Cumplimiento En España De La Carta Europea De Las Lenguas Regionales O Minoritarias, Del Consejo De Europa 2014 - 2016 Pág. 238 <https://rm.coe.int/spainpr5-es-docx/1680788433> (última visita 26/02/2021).



mité de Expertos de la Carta Europea de las Lenguas evidencian una situación general muy precaria. Así, por ejemplo, en el último informe de seguimiento se lee que pese a los cursos de aprendizaje organizados, el conocimiento y uso de las lenguas oficiales por parte del personal al servicio de la Administración General del Estado continua siendo insuficiente (123).

La cuestión principal que se plantea al observar la situación y los escasos avances del proceso de normalización en el ámbito de la Administración General del Estado es el de la falta de voluntad política. Los problemas de adaptación continúan y el reconocimiento del pluralismo lingüístico es más formal que material, echándose de menos una voluntad clara de promoción y fomento de la realidad plurilingüe. Se ha avanzado algo, pero de forma desigual y con mucha improvisación, lo que también evidencia la incompreensión con la que se observa la cuestión lingüística desde la Administración General del Estado.

VII. Reflexión conclusiva

La atención que la Constitución de 1978 dedica a las lenguas es relativa. Es dudoso que la Constitución establezca un verdadero modelo lingüístico constitucional, entendido éste como un conjunto sistemático que produce, como resultado, un régimen jurídico determinado. Más bien plantea una apertura a los Estatutos de Autonomía para configurar el modelo, con algunos elementos indisponibles. El margen, en principio, es amplio, si bien el estudio realizado evidencia que tal disponibilidad ha ido reduciéndose con el tiempo.

El análisis evidencia que la interpretación de las bases constitucionales sobre las que se asienta el modelo lingüístico se ha modificado con el tiempo. Los consensos en materia lingüística de la década de los años ochenta y noventa han ido debilitándose. Es a partir de 2010 cuando se observa un cambio de paradigmas. El punto de inflexión se encuentra en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, a la que han seguido otros pronunciamientos jurisprudenciales y reformas legales. Ciertamente a partir de ella, hemos de entender que se ha producido una variación del canon de constitucionalidad de la política lingüística, trasla-

(123) «In its fourth cycle recommendations, the Committee of Ministers recommended the Spanish authorities to continue to implement legal and practical measures to ensure an adequate presence of co-official languages in the State administration at the level of the Autonomous Communities. Despite language courses offered to State officials in Spain's General State Administration, knowledge and use of co-official languages remains insufficient». European Charter for Regional or Minority Languages: Fifth report of the Committee of Experts in respect of Spain. 1356th meeting, 9 October 2019. Apartado 13.



dándose el eje de la constitucionalidad de la legislación lingüística desde la «garantía de la doble oficialidad» al «inexcusable equilibrio» entre las lenguas oficiales a la hora de definirla.

La disponibilidad legislativa ya no encuentra su límite únicamente en la garantía del derecho de opción de lengua, sino en una idea de «equilibrio» que ha de presidir el tratamiento normativo, construyendo la disponibilidad de los poderes públicos sobre la materia. Ello supone adentrarse en el ámbito de la definición de la política lingüística, cuyo diseño, puesta en práctica y realización corresponde a los poderes públicos autonómicos. Se produce, en consecuencia, un claro achicamiento competencial en materia de normalización lingüística.

El enfoque del equilibrio inexcusable como motor de la política lingüística tiene importantes consecuencias jurídicas: por un lado, los eventuales tratamientos asimétricos deben contar con una justificación razonable y objetiva, y, por otro lado, en tanto excepciones al criterio de igualdad, tales medidas en todo caso, tendrán carácter provisional. El cambio de racionalidad es evidente. De otorgar un tratamiento específico al uso de la lengua propia pasamos a una situación en la que el tratamiento distinto entre lenguas solo se admite en tanto la igualdad entre las lenguas oficiales resulte efectiva.

Una cuestión, más de fondo, es la falta de neutralidad del criterio de equilibrio entre lenguas oficiales. Se ha de tener en cuenta que la posición de partida de las lenguas no es idéntica. La vitalidad etnolingüística de las lenguas propias y la de la lengua castellana son muy diferentes. Por tanto, a la hora de perseguir un fin igualitario, dotar de un tratamiento de plena igualdad a ambas no resulta adecuado. El equilibrio entre lenguas es la estación de llegada, y no la estación de partida. No obstante el Tribunal Constitucional afirma el equilibrio como la situación normal, y el desequilibrio sobre la base de la normalización lingüística, como la situación de excepción.

Este enfoque resulta excesivamente restrictivo. A nuestro entender, la normalización lingüística sería una excepción al principio de equilibrio inexcusable. En esta materia se han de distinguir dos planos diferentes: el primero, relativo al estatus jurídico formal de las lenguas, actúa sobre los derechos lingüísticos de uso las personas, cuya posición debe ser igual en su relación con el poder público en lo referido a la lengua oficial por la que opten. El segundo plano actúa en el ámbito de la política lingüística. Y en materia de política lingüística a quien corresponde determinar el tratamiento de las lenguas es a la Comunidad Autónoma. Que el derecho de opción de lengua debe ser siempre garantizado no significa que el tratamiento lingüístico se deba basar en un equilibrio inexcusable (sin que quepa privilegiar el uso de una de ellas, haciendo de ésta la lengua de uso normal).



El margen de disposición de los poderes públicos autonómicos para definir su política de normalización lingüística se ha visto mermado. Y asimismo se constata la falta de articulación de una verdadera política lingüística estatal cuyo objetivo sea normalizar el uso, es decir, hacer normal el uso de las lenguas propias en la administración del Estado. Se trata de una orientación que recela del pluralismo lingüístico, como si su gestión correspondiera en exclusiva a las administraciones autonómicas, pero no a las estatales. Da la impresión de que la Administración del Estado no tuviera más vinculación que respecto de la lengua oficial del Estado. La normativa y la práctica desarrollada no se corresponden con una administración que ha de servir a una sociedad formada por una ciudadanía bilingüe. La acomodación a la realidad plurilingüe no se ha planteado con la suficiente intensidad ni, en consecuencia la adaptación a una doble oficialidad que también es fruto de una decisión constitucional, lo que sigue constituyendo una anomalía. El ámbito lingüístico continúa necesitado de mayores avances en la Administración del Estado y de un mayor compromiso para garantizar los derechos lingüísticos derivados de la doble oficialidad lingüística.

Bibliografía

- AGIRREAZKUENAGA, I., *Diversidad y convivencia lingüística. Dimensión europea, nacional y claves jurídicas para la normalización del Euskara*. San Sebastián, Diputación Foral de Gipuzkoa, 2003.
- AGIRREAZKUENAGA, I., «Caracteres Jurídicos de la Administración de Justicia en un Estado plurilingüe», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 57 (2000), págs. 199-230.
- AGIRREAZKUENAGA, I., «Fundamentos y realidad de la planificación lingüística en las administraciones públicas vascas», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 31 (1999), págs. 107-124.
- AGUADO I CUDOLÁ, V., «Les llengües en els procediments administratius, amb particular referència als procediments tramitats per mitjans electrònics» en Antoni MILIAN I MASSANA (coord.), *Drets lingüístics, de debò? Els drets lingüístics en les actuacions administratives i en determinades activitats supervisades per les administracions*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, 2012.
- ALBERTI, E., «El régimen de doble oficialidad y los derechos y deberes lingüísticos», en VVAA, *Estudios jurídicos sobre la ley de política lingüística*. Barcelona, Insitut d'Estudis Autònomic, (1999), págs. 77-106.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Lenguas y modalidades lingüísticas en la Constitución Española: ¿Dos regímenes jurídicos diferenciados?», en Antoni MILIAN I MASSANA (coord.), *El plurilingüisme a la Constitució espanyola*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, (2009), págs. 61-122.



- CABELLOS, M.A., «La competència en matèria de Llengua pròpia en el nou Estatut», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 49 (2008), págs. 69-96.
- CAGIAO Y CONDE, J., «Políticas lingüísticas en democracias federales con diversidad lingüística: Bélgica, Canadá y Suiza. ¿Un modelo para España?», en CAGIAO Y CONDE, Jorge; JIMÉNEZ SALCEDO, Juan (coords.), *Políticas lingüísticas en democracias multilingües*. Madrid, La Catarata, (2015), págs. 105-127.
- CASTELLS ARTECHE, J.M., «Efectos jurídicos de la ratificación por España de la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69(II) (2004), págs. 223-238.
- COBREROS MENDAZONA, E., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia lingüística», en *Autonomías*, núm. 12 (1990), págs. 213-225.
- COBREROS MENDAZONA, E. *El régimen jurídico de la oficialidad del euskera*. Oñati, IVAP, 1989.
- CORRETJA I TORRENS, M., «La projecció supraterritorial de la llengua catalana en el nou estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 47 (2007), págs. 147-264.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «El Estatuto de Cataluña y el Estado autonómico tras la sentencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 184 (2011), págs. 41-77.
- FABEIRO FIDALGO, P., *El derecho de usar y el deber de conocer las lenguas en la Constitución Española de 1978*. Madrid, Iustel, 2013.
- FOSSAS ESPADALER, E., *El principio dispositivo en el Estado autonómico*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FOSSAS ESPADALER, E., «Aportaciones y límites de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del plurilingüismo en España», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 69(II), (2004), págs. 239-264.
- GÁLVEZ SALVADOR, M.J., «Artículo 3», en Pablo PÉREZ TREMPs (dir.), Alejandro SÁIZ ARNAIZ (dir.), Carmen MONTESINOS PADILLA (coord.), *Comentario a la Constitución Española 40 aniversario 1978-2018 : Libro-homenaje a Luis López Guerra*. Vol 1. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- JOU, L., «La sentència 31/2010, reinterpretada. Legislació lingüística, realitat social i política», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 12 (2011), págs. 153-191.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «El euskera y los documentos notariales», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 84 (2009), págs. 135-166.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Las lenguas oficiales en los registros administrativos» en Antoni MILIAN I MASSANA (coord.) *Drets lingüístics, de debò? Els drets lingüístics en les actuacions administratives i en determinades activitats supervisades per les administracions*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2012, págs. 165-190.
- MARCET MORERA, J., «La política lingüística de l'estat espanyol: una aproximació a la incomprensió del pluralisme cultural», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 59 (2013), págs. 59-74.



- MILIAN i MASSANA, A., «Contingut i conseqüències jurídiques de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, en relació amb les llengües oficials», en *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 9 (2011), págs. 39-67.
- MILIAN i MASSANA, A., «Dels drets lingüístics al dret lingüístic: vint-i-cinc anys d'evolució a Catalunya», en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 51 (2009), págs. 63-93.
- MILIAN i MASSANA, A., «La regulación constitucional del multilingüismo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10 (1984), págs. 123-154.
- MILIAN i MASSANA, A., «Aproximación al régimen jurídico previsto para la lengua catalana en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista de Administración Pública*, núm. 94 (1981), págs. 317-338.
- MILIAN i MASSANA, A., «El marc constitucional espanyol relatiu al plurilingüisme. Model reexit o regulació obsoleta?», en A. MILIAN i MASSANA (coor), *El plurilingüisme a la Constitució espanyola: seminari*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, (2009), págs. 209-258.
- MILIAN MASSANA, A., «La ordenación estatutaria de las lenguas españolas distintas del castellano», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6 (1983), págs. 243-270.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Mecanismos de garantía de los derechos lingüísticos», en A. M. PLA BOIX. *Garantia dels drets lingüístics. Estudis de cas: Bèlgica, Canadà, Espanya, Itàlia, Moldàvia i Suïssa*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic, (2014), págs. 85-114.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Derecho de los ciudadanos al uso de las lenguas oficiales en el procedimiento, en especial ante la Administración General del Estado», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), Severiano FERNÁNDEZ RAMOS y Julián VALERO TORRIJOS (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2017), págs. 425-473.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., «Principios del régimen juridicolingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad», en J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ (coor), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*. Madrid, Atelier, 2006.
- PLA BOIX, A., «El régimen lingüístico de los nuevos Estatutos de Autonomía», en J. M. CASTELLÀ, i S. GRAMMOND, *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*. Barcelona, Ed. Atelier, 2010.
- PLA BOIX, A., «La llengua al nou Estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 3 (2004), págs. 259-294.
- PLA BOIX, A., *El règim jurídic de les llengües a l'Administració de Justícia*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònomic de la Generalitat, 2004.
- PLA BOIX, A., «Article 9. Judicial authorities», en A. NOGUEIRA, E RUIZ, I. URRUTIA (eds), *Shaping Language Rights. Commentary on the European Charter for Regional or Minority Languages in Light of the Committee of Experts Evaluation*. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2011.
- PLA BOIX, A., «Reptes de la reforma estatutària en matèria lingüística una revisió crítica de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de



- juny», en Anna Maria PLA (coord.), *Reptes del dret lingüístic català reflexions per a un debat crític*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, (2017), págs. 47-80.
- PONS i PARERA, E., «Els efectes de la STC 31/2010, de 28 de juny, sobre el règim lingüístic de l'Estatut d'autonomia de Catalunya», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 12 (2011), págs. 120-152.
- PONS i PARERA, E., «La llengua en la Sentència de 28 de juny de 2010», en *Revista Catalana de Dret Públic*. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 (2010), págs. 149-153.
- PONS i PARERA, E., *L'oficialitat lingüística. Declaracions constitucionals i implicacions jurídiques i pràctiques*. Barcelona, Departament de Cultura de la Generalitat de Catalunya, 2015.
- PONS i PARERA, E., «Article 14. Transfrontier Exchanges», en A. NOGUEIRA, E. RUIZ, I. URRUTIA (eds), *Shaping Language Rights. Commentary on the European Charter for Regional or Minority Languages in Light of the Committee of Experts Evaluation*. Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2011.
- POU i PUJOLRÀS, A., «El català a l'administració de justícia i el nou estatut», en *Llengua i Dret* núm. 48 (2007), págs. 133-186.
- POU i PUJOLRÀS, A., «La jurisprudència del Tribunal Suprem en matèria lingüística: novetats a partir de la STC 31/2010», en Anna Maria PLA (coord.), en *Reptes del dret lingüístic català reflexions per a un debat crític*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, (2017), págs. 81-122.
- PRIETO DE PEDRO, J., «Dictamen», en *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 2 (1998): 87-112.
- PRIETO DE PEDRO, J., *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid, Civitas, 1991.
- RUIZ VIEYTEZ, E., «Lenguas y Constitución. Una visión del derecho lingüístico comparado en Europa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72 (2005), págs. 268-270.
- SÁNCHEZ AGESTA y PRIETO, J., «Artículo 3: lenguas de España», en Oscar ALZAGA VILLAAMIL (coor), *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid, Edersa, 1996.
- SOLOZÁBAL, J.J., «El régimen constitucional del bilingüismo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55 (1999), págs. 11-42.
- TOLIVAR, L., *Las libertades lingüísticas: la cooficialidad en el acceso a la función pública y en el Estatuto de los funcionarios*. Madrid, INAP, 1987.
- URRUTIA LIBARONA, I., «Derechos fundamentales y derechos lingüísticos en el ámbito de la justicia», en M. GERPE y M.A. CABELLOS, *Poder Judicial y modelo de Estado*. Barcelona, Atelier, (2013), págs. 151-196.
- URRUTIA LIBARONA, I., «Las cuotas lingüísticas en los servicios de comunicación audiovisual y el cine» en A. MILIAN I MASSANA (coor), *Drets lingüístics, de debò?: Els drets lingüístics en les actuacions administratives i en determinades activitats supervisades per les administracions*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, (2012), págs. 37-88.
- URRUTIA LIBARONA, I., «Crònica legislativa del País Basc» (segon semestre de 2007), en *Revista de Llengua i Dret*, núm. 50 (2008).



- URRUTIA LIBARONA, I., «Las garantías lingüísticas ante la Administración de justicia: cooficialidad y tutela judicial», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 100, núm. 2 (2001), págs. 393-420.
- VERNET i LLOBET, J., «El marc constitucional i estatutari del plurilingüisme» en Anna Maria PLA (coord.), *Reptes del dret lingüístic català reflexions per a un debat crític*. Institut d'Estudis de l'Autogovern, (2017), págs. 13-46.
- VERNET i LLOBET, J., «La planificación lingüística en las Administraciones Públicas del Estado en especial Administración Periférica y de Justicia», en *Revista Vasca de Administración Pública*. núm. 44-2 (1996), págs. 77-99.
- VERNET i LLOBET, J., «La regulació del plurilingüisme a l'administració espanyola (1970-1990)», en *Revista de Llengua i Dret*. núm. 18 (1992), págs. 155-179.
- VERNET i LLOBET, J., «La llengua a l'Estatut d'autonomia de Catalunya. Cap a un nou paradigma? En Antoni MILIAN I MASSANA (coor), *El Plurilingüisme a la Constitució espanyola*. Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, (2009), págs. 123-144.
- VERNET J. (coor), PONS, E., POU, A., SOLÉ J. R., PLA, A. M., *Dret lingüístic*. Valls, Cossetània, 2003.
- VERNET, J. y PUNSET, R., *Lenguas y Constitución*. Madrid, Iustel, 2007.





La garantía de la inviolabilidad del domicilio (Art. 18.2 CE): jurisprudencia (TC, TEDH y TJUE) y legislación (1)

The guarantee of the inviolability of the home (Art. 18.2): Case Law (Constitutional Court, European Court of Human Rights and European Union Court of Justice) and Legislation

CRISTINA ZOCO ZABALA

Profesora Titular de Derecho Constitucional (UPNA).
cristina.zoco@unavarra.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.05>

LABURPENA: Bizilekuaren bortxaezintasunaren bermeak (Espainiako Konstituzioaren 18.2. artikulua), Konstituzio Auzitegiaren eta Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren doktrinaren arabera, harreman *ahula* proposatzen du helbidearen eta jomuga naturalaren artean, hots, bizitza pribatua garatzeko lekuan. Horrek ondorioak eragiten ditu eskubide hori bermatzeko orduan eta haren segurtasun juridikoan. Gainera, jurisprudenzian eta legedian —persona fisikoa edo juridikoa— ge-roz eta malgutasun handiagoa dago helbidearen eta titularraren arteko harremana finkatzerakoan.

Bizilekuaren bortxaezintasunak, tradizionalki, erreakzio-izaera izan du, argi eta garbi. Hala ere, azkenerako, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 8.1. artikulua babesarekin, ingurune sana edo benetako gela bezalako edukiak sartu behar izan ditu. Horrek guztiak, nola ez, eragina du gure Konstituzioan babestutako oinarrizko eskubide honen elementuetan.

HITZ GAKOAK: Bortxaezintasuna. Espazio fisikoa. Espazio birtuala. Intimitatea. Bizitza pribatua. Pertsona juridikoa.

ABSTRACT: The guarantee of the inviolability of the home (art. 18.2 SC) according to the Constitutional Court and European Court of Human Rights doctrine suggests a weak relationship between home and its natural aim, the development of privacy. It does have effects on the more extensive protection of the right and legal certainty. To that, one must add the progressive increase of the flexibility in the relationship between the home and its holder in the case law and legislation —natural or legal person—.

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D, «El nexo dato científico/tecnológico-derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales. Código PGC2018-093737-B-100».



The inviolability of the home has traditionally a clear reactionary structure. Nonetheless, the European Court of Human Rights, with support in art. 8.1 of the European Convention of Human Rights has eventually included contents as a healthy environment or an effective living. This is indeed forcing elements of the fundamental right as it is embraced by our Constitution.

KEYWORDS: Inviolability. Physical space. Virtual space. Privacy. Private life. Legal person

RESUMEN: La garantía de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) de acuerdo a la doctrina del TC y el TEDH propone una relación débil entre domicilio y su destino natural, el desarrollo de la vida privada. Ello posee efectos sobre el alcance garantista del derecho y la seguridad jurídica. A ello se une el incremento progresivo de la flexibilidad de la relación entre domicilio y su titular en la jurisprudencia y la legislación —persona física o jurídica—.

La inviolabilidad del domicilio posee, tradicionalmente, una textura claramente reaccional. Sin embargo, el TEDH, con apoyo en el art. 8.1 del CEDH ha terminado por incluir contenidos como el de un medioambiente sano o una habitación efectiva. Todo ello está forzando, sin duda, elementos del derecho fundamental acogido en nuestra Constitución.

PALABRAS CLAVE: Inviolabilidad. Espacio físico. Espacio virtual. Intimidación. Vida privada. Persona jurídica.

Trabajo recibido el 7 de junio de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. Garantía formal de inviolabilidad del espacio físico, e intimidad y vida privada. 1. Domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: espacio físico y virtual. 2. Inviolabilidad del domicilio y espacio de actividad privada en la jurisprudencia del TJUE. 3. Vida privada domiciliar (arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) e intimidad (art. 18.1 CE): enunciados disímiles. 4. La garantía de inviolabilidad y el Tribunal Constitucional español. 5. La garantía de inviolabilidad: Tribunal Constitucional Federal alemán y Tribunal Constitucional italiano. 6. Garantía de inviolabilidad y legislador.—III. Domicilio inviolable y persona jurídica. 1. Jurisprudencia del TEDH y del TJUE. 2. El domicilio de las personas jurídicas en la legislación española.—IV. La inviolabilidad del domicilio como derecho reaccional. 1. Dimensión negativa del art. 18.2 CE. 2. Jurisprudencia del TEDH.—V. Conclusión.

I. Introducción

El art. 18.2 CE expresa que el domicilio es inviolable, asegurando un espacio inmune a terceros. La inviolabilidad delimita el ámbito asegurado, por lo que el domicilio constitucional consiste en el espacio físico intangible.

La inviolabilidad no se presume, sino que describe un espacio físico cuyo estado se infiere de los identificadores eventuales asociados a ese espacio.

En la medida en que el art. 18.2 CE garantiza la intangibilidad del domicilio, ésta queda protegida al margen de cuál sea la presumible o efectiva finalidad del espacio físico y se mantiene más allá de lo que aquel espacio contenga o de lo que en él suceda o de sus titulares (personas físicas o jurídicas).

El Tribunal Constitucional, sin embargo, tiende a identificar el domicilio protegido con su destino: desarrollo de vida «íntima» (art. 18.1 CE) o privada (art. 8.1 CEDH). También respeta la titularidad del espacio perteneciente a personas jurídicas si se presume o verifica vida privada social de carácter confidencial.

Esta problemática ha trascendido a la profusa legislación reguladora de los espacios físicos asegurados que, unas veces, condiciona su protección a su destino —vida privada—; y otras a su título de pertenencia —persona jurídica—. Incluso, desvinculando la protección del *locus* de toda condición —también de su calidad de inviolable—.

Esta discordancia entre la garantía formal de inviolabilidad del espacio (art. 18.2 CE) y la condición de su finalidad (Tribunal Constitucional) obedece a una jurisprudencia del TEDH que ha asegurado el domicilio como soporte del presumible o efectivo desarrollo de vida privada íntima o de vida privada social de carácter confidencial desde una visión literal del Convenio de Roma que dista mucho de nuestro art. 18.2 CE.



Así mismo, las demandas sociales por perjuicios medioambientales, han derivado en una jurisprudencia constitucional que desarrolla una dimensión positiva al art. 18.2 CE consistente en la obligación de los poderes públicos de garantizar una vida privada conforme con el libre desarrollo de la personalidad de quienes lo habitan. Esta nueva faceta pretende seguir al TEDH obligado a acomodar en el art. 8.1 CEDH la carencia de un mandato que asegura un medio ambiente.

Nos encontramos, pues, ante unas relevantes discordancias entre la garantía formal de inviolabilidad del domicilio, y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional y la legislación española, como consecuencia de la interpretación interna de la jurisprudencia del TEDH, siendo que del art. 10.2 CE no se extrae la identificación de derechos cuyo enunciado es disímil.

II. Garantía formal de inviolabilidad del espacio físico, e intimidad y vida privada

El art. 18.2 CE asegura el domicilio inviolable(2). La inviolabilidad del espacio físico no se presume; determina un estado del espacio. De este modo, un mismo *locus* puede ser intangible o no vinculado a identificadores de carácter temporal. La inviolabilidad tampoco consiste, únicamente, en su impenetrabilidad física; de lo contrario, un espacio inviolable, pero físicamente penetrable quedaría al margen del objeto del art. 18.2 CE (3).

La interpretación del Tribunal Constitucional que vincula el espacio protegido a su destino —vida privada— ha contribuido al desarrollo de una profusa legislación reguladora de los espacios físicos protegidos en el mismo sentido(4); incluso, el legislador ha desvinculado la protección

(2) La cualidad de inviolable del domicilio se reconoce, por primera vez, en la Constitución Española de 1931. También se menciona en los debates constitucionales que preceden a la aprobación del art. 5 de la Constitución de 1869 pero tal inviolabilidad se acaba identificando con su presumible o efectivo destino: desarrollo de vida familiar. En este sentido, Figueras señala que «al reconocer el derecho de la familia era consecuencia indispensable que reconocierais la inviolabilidad del domicilio» (DSCC, 6 de abril de 1869. Sobre el análisis del domicilio en el constitucionalismo histórico, y los debates constituyentes que dieron lugar a la regulación de este derecho, véase PASCUAL LÓPEZ, S., *La inviolabilidad del domicilio en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 122-162).

(3) ZOCO ZABALA, C., «¿Hacia una reformulación de la inviolabilidad del domicilio?», *REDC*, núm. 121, 2021, págs. 185-186.

(4) En un primer momento, el Tribunal Constitucional garantiza la existencia de actividades o de bienes muebles identificativos del desarrollo de vida íntima o privada tras la intervención del espacio físico (STC 22/1984); con posterioridad, presume que la configuración física del espacio —una vivienda—, o el edificio que lo contiene determina el destino —vida íntima— al margen de cuál sea su naturaleza —mueble o inmueble—, temporalidad de uso, título jurídico que lo habilite, o se encuentre deshabitado (SSTC 10/2002; 94/1999).



del *locus* de todo condicionamiento —también de su calidad de inviolable—, lo que supone dilatar el objeto protegido hasta traspasar los límites de su elasticidad (5).

A continuación, se analiza la jurisprudencia del TEDH para verificar las consecuencias de la actividad del legislador del domicilio en España.

1. Domicilio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: espacio físico y virtual

La jurisprudencia del TEDH alude al «respeto del domicilio» de la persona como garantía instrumental del derecho a la «vida privada y familiar» de conformidad con el enunciado amplio del art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar)— (6).

El TEDH ha reconocido que la expresión «vida privada» tiene un significado extenso que no sólo garantiza el ámbito íntimo del individuo —«vida privada íntima»— (7); también asegura la intimidad de la «vida privada social» que el TEDH ha asociado al carácter confidencial de algunas actividades comerciales y profesionales mediante las cuáles el individuo se relaciona con sus semejantes (8). En suma, no sólo se asegura

(5) CHUECA RODRÍGUEZ, R., «Sobre la elasticidad de la categoría jurídica de derecho fundamental. El caso del derecho a la vida», en ARMAZA GALDÓS, J. (Dir.), *El penalista de la América austral: oferta académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Pangea, Perú, 2010, págs. 526-527.

(6) Bajo la rúbrica «Derecho al respeto a la vida privada y familiar», el párrafo 1.º del art. 8 CEDH reconoce el derecho «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». El respeto del domicilio constituye un derecho instrumental del derecho a la vida privada y familiar por incluirse bajo la denominación genérica que aparece en la rúbrica del art. 8 CEDH. ELVIRA PERALES ha señalado que la acomodación de varios derechos en el mismo art. 8 CEDH —respeto al domicilio, secreto de las comunicaciones, y vida privada y familiar— no presenta «las diferencias que afloran en nuestro texto constitucional», ELVIRA PERALES, A., «Derecho al secreto de las comunicaciones», en MATÍA PORTILLA, J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (Dir.), *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 125. Sobre la autonomía del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, véase OCÓN GARCÍA, J., *Derecho fundamental al secreto y tecnologías avanzadas de la comunicación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, págs. 31-36.

(7) El derecho a la vida privada constituye un concepto amplio del que no se puede extraer una definición exhaustiva. Comprende, inicialmente, el derecho a la intimidad, que garantiza un ámbito privado que permite al individuo vivir como desee sin la intervención de los demás (poderes públicos o particulares), SSTEDH de 24 de julio de 2003 (Asunto Smirnova c. Rusia), de 2 de noviembre de 2006, (Asunto Giacomelli c. Italia), de 18 de enero de 2018 (Asunto Federación Nacional de Asociaciones y Sindicatos Deportivos c. Francia), Decisión del TEDH de 18 de mayo de 1976 (Asunto X. c. Islandia). Sobre el significado de «vida privada» en la jurisprudencia del TEDH, véase BILBAO UBILLOS, J.M.^a, «La vida privada en el ámbito laboral», en MATÍA PORTILLA, J., De la Fuente, G. (Dir.), *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 145 y 146; NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?», en *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011, págs. 177 y 178.

(8) STEDH de 28 de mayo de 2009 (Asunto Bigaeva c. Grecia).



la «vida privada íntima», sino el eventual componente íntimo de la «vida privada social» (9).

La relación entre vida privada, y el espacio físico que la soporta ha suscitado una jurisprudencia que condiciona la protección del domicilio a la formalidad de su presumible destino —vida privada(10)— y a la residencia efectiva en él(11). Una combinación de dos requis-

(9) El TEDH ha señalado que el término «domicile» francés tiene un significado más amplio que el vocablo «home» inglés que incluye no solo el espacio para el desarrollo de vida íntima. Pues si bien es posible realizar actividades profesionales o comerciales de carácter confidencial en una vivienda, también lo es llevar a cabo actividades personales o confidenciales en un local comercial, SSTEDH de 16 de diciembre de 1992 (Asunto Niemietz c. Alemania), de 20 de junio de 2000 (Asunto Foxley contra Reino Unido), de 16 de abril de 2002 (Asunto Société Colas Est y otros c. Francia), de 18 de noviembre de 2004 (Asunto Prokopovitch c. Rusia), de 16 de octubre de 2007, (Asunto Wieser y Bicos Beileiligungen CmbH c. Austria), de 30 de septiembre de 2008 (Asunto Işıldak c. Turquía), de 3 de noviembre de 2009 (Asunto Hartung c. Francia), y de 18 de enero de 2018 (Asunto Federación Nacional de Asociaciones y Sindicatos Deportivos c. Francia). Sobre el diálogo de jurisprudencias en relación con la titularidad del espacio domiciliar en los años 80-90, véase LÓPEZ BASAGUREN, A., «La interpretación divergente del TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2003, núm. 5, págs. 183-191.

(10) El domicilio es el espacio físicamente determinado en el que se desarrolla vida privada y familiar, (STEDH de 10 de enero de 2010, Asunto Chelu c. Rumanía). Se protege el domicilio en el que el individuo habita, de forma permanente o transitoria, aunque no sea propietario del mismo (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, Asunto Gillow c. Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996, Asunto Buckley c. Reino Unido; de 18 de enero de 2001, Asunto Chapman, Coster, Beard, y Lee c. Reino Unido de 18 de noviembre de 2004, Asunto Prokopovitch c. Rusia); al margen de que el espacio físico sea fijo o permanente —bungalow, caravana— (SSTEDH de 25 de septiembre de 1996, Asunto Buckley c. Reino Unido); o se trate de una segunda residencia, o casa de vacaciones (STEDH de 31 de julio de 2003, Asunta Demades c. Turquía). También se protege el domicilio con independencia de la legalidad de su ocupación (SSTEDH de 13 de mayo de 2008, Asunto McCann c. Reino Unido; de 24 de abril de 2012, Asunto Yordanova y otros c. Bulgaria; de 18 de julio de 2013, Asunto Brezec c. Croacia; de 17 de octubre de 2013, Asunto Winterstein y otros c. Francia).

El TEDH ha determinado que se presumen domicilios protegidos por el art. 8 CEDH la casa o vivienda, SSTEDH de 15 de febrero de 2011 (Asunto Harju c. Finlandia), de 27 de noviembre de 2018 (Asunto Popov y Otros c. Rusia), de 15 de diciembre de 2020, Asunto Lushkin y Otros c. Rusia, de 16 de febrero de 2021, Asunto Budk c. Turquía), el bungalow o caravana, SSTEDH de 25 de septiembre de 1996 (Asunto Buckley c. Reino Unido); de 18 de enero de 2001, (Asunto Chapman, Coster, Beard, y Lee c. Reino Unido), de 18 de septiembre de 2012 (Asunto Buckland contra Reino Unido), o la residencia de vacaciones, STEDH de 31 de julio de 2003 (Asunto Demades c. Turquía).

(11) El TEDH establece que el significado de domicilio del art. 8 CEDH es un concepto autónomo que no depende de la definición asumida por el ordenamiento interno sino de las circunstancias de facto que prueban la existencia de vínculos suficientes y continuados con un lugar determinado, SSTEDH de 26 de septiembre de 1996 (Asunto Buckley c. Reino Unido), de 25 de septiembre de 1996 (Asunto Buckley c. Reino Unido), de 24 de noviembre de 1986 (Asunto Gillow c. Reino Unido), de 18 de noviembre de 2004 (Asunto Prokopovitch c. Rusia), de 19 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez c. España), de 30 de septiembre de 2008 (Asunto Işıldak c. Turquía), de 10 de enero de 2010 (Asunto Chelu c. Rumanía), de 18 de julio de 2013 (Asunto Brezec c. Croacia), de 21 de julio de 2016, (Asunto Ivanova y Cherkezov c. Bulgaria), de 14 de mayo de 2020 (Asunto Hirtu y otros c. Francia), de 4 de agosto de 2020 (Asunto Kaminskas c. Lituania), de 23 de marzo de 2021 (Asunto Ghailan y otros c. España). En este sentido, no se considera domicilio el espacio físico que no ha ocupado durante un lapso de tiempo suficiente en la medida en que los vínculos que mantiene con ese lugar son débiles, STEDH de 22 de septiembre de 2009 (Asunto Andreou Papi c. Turquía) y, de 18 de enero de 2018 (Asunto Federación Nacional de Asociaciones y Sindicatos Deportivos c. Francia).



tos, formal uno y material el otro, que restringe la protección del espacio domiciliario; de un lado, porque el aseguramiento de los espacios físicos en los que se presume vida privada queda condicionado a la verificación *ad casum* de su desarrollo efectivo (12). También porque, de modo paradójico pero coherente, los espacios efectivamente habitados pero no domiciliarios quedan fuera de la protección del art. 8 CEDH (13).

Esta interpretación restrictiva trasciende a los espacios físicos en los que se desarrollan actividades comerciales y profesionales; pues el aseguramiento de nuevos domicilios en los que se presupone vida privada social de carácter confidencial contrasta con la desprotección de otros en los que no se presume —pero tampoco se verifica— si existe efectiva intimidad de la vida privada social en ellos (14).

La jurisprudencia más reciente parece evolucionar hacia la protección de espacios presumiblemente destinados al desarrollo de vida privada

(12) La condición de residencia efectiva continuada en el espacio físico se ha exigido de forma reiterada cuando en la demanda se aduce vulnerado el derecho de propiedad o libre disposición del inmueble, de conformidad con el art. 1 del Protocolo núm. 1 de Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH determina que el individuo puede disponer de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble de conformidad con el art 1 del Protocolo núm. 1 de Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin mantener, no obstante, con éste un vínculo suficiente para que constituya su «domicilio» en virtud del art. 8 (STEDH, de 17 de noviembre de 2007, Asunto Khamidov c. Rusia). Por tanto, la inmisión en las viviendas con ocasión de un conflicto bélico, vulnera los arts. 8 CEDH y 1.º del Protocolo núm. 1 del CEDH, STEDH, de 21 de enero de 2021 (Asunto Georgia c. Rusia, de 21 de enero de 2021). Algunas demandas por recuperación de inmueble invadido y nacionalizado, no han aducido vulneración del art. 8.1 CEDH sino del derecho de propiedad (Art. 1.º del Protocolo núm. 1), STEDH de 12 de junio de 2018 (Asunto Beinarovič y otros c. Lituania).

Por otra parte, el TEDH no ha identificado el domicilio con el terreno para la edificación de una casa (SSTEDH de 18 de diciembre de 1996, Asunto Loizidou c. Turquía, y de 6 de marzo de 2012, Asunto Farrugia y Farrugia c. Malta); tampoco con la posibilidad de heredar una propiedad, Decisión del TEDH (Gran Sala), de 1 de marzo de 2010 (Asunto Demopoulos c. Turquía).

(13) Se trata de supuestos en los que el TEDH no sólo ha exigido residencia efectiva sino ejercicio continuado. De tal forma que la verificación de vida privada no da lugar a la protección del espacio que la soporta por ser ocasional. En este sentido, la lavandería (STEDH de 10 de enero de 2010, Asunto Chelu c. Rumanía), o el camerino de un artista (Decisión del TEDH, de 3 de noviembre de 2009, Asunto Hartung c. Francia) son espacios que no quedan protegidos por el art. 8 CEDH en la medida en que la actividad privada efectiva es ocasional.

(14) El TEDH ha señalado que el domicilio tiene un significado amplio que trasciende a los espacios en los que se realizan actividades comerciales y profesionales de carácter confidencial; sin embargo, tal sentido no se proyecta a otros edificios o equipamientos industriales como molinos, panaderías, o almacenes destinados a fines exclusivamente profesionales, pues de lo contrario la protección del domicilio en la Convención Europea de Derechos Humanos perdería su verdadero sentido (STEDH de 15 de noviembre de 2007, Asunto Khamidov c. Rusia). En el Asunto Leveau et Fillon c. Francia (Decisión del TEDH de 6 de septiembre de 2005) el TEDH ha establecido que la granja de cerdos no es un domicilio porque no se desarrolla vida privada, ni tampoco se trata de la sede de una empresa u oficinas en las que se puede llevar a cabo actividad comercial o profesional de carácter confidencial.



(íntima o social de carácter confidencial), aunque no se llegue a verificar su habitación efectiva (15).

La revolución tecnológica ha trascendido a la jurisprudencia del TEDH que no sólo asegura el destino del espacio físico; también extiende su protección al «espacio virtual» ubicado en la nube de internet y de acceso restringido a sus titulares —personas físicas o jurídicas— mediante las claves de alquiler cedidas por las empresas encargadas de la concesión de servicios de *hosting* para el almacenamiento de datos «en la nube» (16).

El espacio virtual, sin embargo, no queda asegurado por el art. 8.1 CEDH, pues la garantía de su destino —vida privada— expresada por el TEDH, se asocia a un espacio físico, no a un *locus* imaginario. Así mismo, se evidencia la paradoja de la protección convencional de un espacio imaginario del que se presume su destino —vida privada—, pero no se puede probar «residencia» efectiva y permanente, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del TEDH.

El espacio virtual tampoco queda asegurado por el art. 18.2 CE pues la garantía de inviolabilidad se predica del espacio físico, no de un lugar imaginado. El acceso ajeno al «espacio virtual» y a su contenido, o la revelación de la información a terceros encontrada tras la intervención queda protegida por otros derechos fundamentales: protección de datos personales, secreto de las comunicaciones, intimidad e imagen.

2. Inviolabilidad del domicilio y espacio de actividad privada en la jurisprudencia del TJUE

Bajo la denominación «Derecho a la vida privada y familiar» el art. 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales reconoce el «derecho al respeto de la vida privada familiar, al domicilio y a las comunicaciones».

El enunciado del art. 7 CDFUE es trasunto, en gran medida, del art. 8.1 CEDH. Sin embargo, el espacio asegurado en la jurisprudencia su-

(15) El TEDH ha considerado que la lavandería de copropietarios de un edificio en el que tal espacio se ubica no es un domicilio por llevarse a cabo vida privada ocasional, STEDH de 10 de enero de 2010 (Asunto Chelu c. Rumanía). Sin embargo, recientemente, presume que la «cámara de frío» o habitación de refrigeración o el patio de copropietarios de un edificio en el que tal espacio se ubica son domicilios aunque no se pueda probar vida privada íntima o actividad comercial o profesional de carácter confidencial en él, STEDH de 8 de diciembre de 2020 (Asunto Bostan c. República de Moldavia).

(16) Ese particular espacio se identifica, por tanto, con el servidor informático que —de forma presumible o efectiva— aloja los archivos de sus detentadores —vida privada—. El TEDH señala que la incautación de la copia de seguridad de las operaciones en la nube de las empresas inspeccionadas vulnera el art. 8.1 CEDH, STEDH de 8 de julio de 2013 (Asunto Bernh Larsen Holding y otros c. Noruega). Sobre el comentario a esta sentencia, véase GÓMEZ REQUENA, J.A., «La inviolabilidad del domicilio en el ámbito tributario: un análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Nueva fiscalidad. Derechos fundamentales y tributación*, núm. 1, 2020, págs. 302-304.



pranacional va a ser diferente por distintas razones. La jurisprudencia inicial del TJCE no sólo identifica el espacio con la formalidad de su destino —«ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre»— (17). También —en sentido amplio— lo describe como «esfera de actividad privada» coincidiendo con una legislación que a partir de los años 60 asegura *todos* los espacios físicos de las empresas —locales, terrenos, medios de transporte— (18). Sin embargo, la condición empresarial de los espacios físicos protegidos, hace intrascendente su consiguiente identificación como esferas de actividad privada, a no ser que también los espacios físicos no empresariales —locales, terrenos, e incluso, medios de transporte— sean asegurados por el art. 7 CDFUE por presumirse, igualmente, esferas de actividad privada. En el mismo sentido, la consideración de tales espacios físicos enumerados como esferas de actividad privada determina la intrascendencia de considerar su vinculación empresarial.

A partir del segundo milenio, la legislación reformada que asegura «*todos* los locales, terrenos y medios de transporte» asociados a empresas —y asociaciones de empresas—, frente al acceso e inspección por sospechas de prácticas que falsean la competencia (19) convive con otra normativa que no garantiza los «terrenos» frente a inspecciones para la reestructuración y reconversión de los mismos (20). El TJUE ha reivindicado

(17) En una jurisprudencia temprana todavía vinculada al art. 8.1 CEDH y a la interpretación del TEDH, SSTJCE de 21 de septiembre de 1989 Hoescht AG c. Comisión de las Comunidades Europeas, (Asuntos 46/87 y 227/88), de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical c. Comisión de las Comunidades Europeas (Asunto C 97/87).

(18) El Apartado d. del art. 1 del Reglamento núm. 17/1962 del Consejo que alude a todos «locales, terrenos y medios de transporte de las empresas». Expresa que estos espacios de actividad privada están protegidos en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros frente a intervenciones desproporcionadas de los poderes públicos, STJCE de 21 de septiembre de 1989, Hoescht AG c. Comisión de las Comunidades Europeas (Asuntos 46/87 y 227/88,).

(19) El Apartado d. del art. 1 del Reglamento núm. 17/1962 del Consejo que alude a todos «locales, terrenos y medios de transporte de las empresas» se sustituye por el arts. 20.2 a. del Reglamento núm. 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que determina la posibilidad de que estos locales, terrenos y medios de transporte susceptibles de aseguramiento frente a inspecciones pertenezcan a asociaciones de empresas. Los espacios quedan asegurados pues la entrada requiere de tal forma, que la entrada requiere el consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial, cuando tal mandamiento judicial se exija en la normativa del Estado miembro afectado. El art. 20. 6. del Reglamento núm. 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado núm. 1/2003 precisa que «cuando los agentes y demás personas acreditadas al efecto por la Comisión constaten que una empresa se opone a una inspección ordenada con arreglo al presente artículo, el Estado miembro interesado les prestará la asistencia necesaria, requiriendo si es preciso la acción de la policía o de una fuerza pública equivalente, para permitirles realizar su misión de inspección». El art. 20.7 determina, además que «cuando, de acuerdo con la normativa nacional, la asistencia prevista en el apartado 6 requiera un mandamiento judicial se formulará la correspondiente solicitud, pudiendo solicitarse también con carácter preventivo».

(20) Se permite la entrada en los terrenos vitivinícolas para efectuar controles «(...) sin previo aviso», aunque previa notificación. «Esa antelación no podrá exceder de 48 horas, salvo en casos



mayores garantías de aseguramiento de estos terrenos —consentimiento expreso de entrada— (21).

De lo anterior se colige una normativa variable sobre el aseguramiento de los espacios físicos, y una jurisprudencia del TJUE que protege todos los espacios físicos de las empresas —locales, terrenos o medios de transporte— por lo que, de forma coherente, debe proteger los mismos espacios que no son de dominio empresarial.

La jurisprudencia del TEDH y la del TJUE, por tanto, no siguen el mismo camino. El TEDH restringe su protección a *determinados* espacios vinculados a su presumible destino y residencia efectiva, e incluso, enumera espacios de empresas que no se presuponen domicilio (22), mientras que, en el ámbito de la UE, las garantías de toda la injerencia pública van más allá asegurando *todos* los espacios que pertenecen a las empresas (23).

debidamente justificados o si se trata de medidas para las que se prevea la realización de controles sobre el terreno sistemáticos», art. 78.1 del Reglamento (CE) núm. 555/2008 de la Comisión, de 27 de junio de 2008, por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) núm. 479/2008 del Consejo, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, en lo relativo a los programas de apoyo, el comercio con terceros países, el potencial productivo y los controles en el sector vitivinícola. La autoridad Francesa y la Comisión argumentan que tales Reglamentos que incoan ayudas para la reconversión y restructuración de las explotaciones vitivinícolas generan un consentimiento implícito de los solicitantes de las mismas para el acceso e inspección de las medidas. Sin embargo, el TJUE esgrime que tales ayudas solicitadas pueden no haber sido concedidas, y que tal consentimiento debe ser otorgado de modo expreso. Alude a la necesidad de que el derecho de la Unión regule el consentimiento explícito del titular para la entrada por tratarse de espacios de actividad privada.

(21) Considera que la presuposición de un consentimiento general e implícito por parte de los titulares de las explotaciones o sus representantes para efectuar los controles vulnera el art. 7 CDFUE, por más que tales titulares —o sus representantes— hayan solicitado la concesión de fondos al amparo de los programas de ayudas contemplados en la normativa que establece el procedimiento de entrada en los terrenos, STJUE de 17 de agosto de 2018, *Château du Grand Bois SCI c. Etablissement national des produits de l'agriculture et de la mer* (FranceAgriMer- (Asunto C-59/17), MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., «Art. 7. Respeto de la vida privada y familiar», en A. LÓPEZ CASTILLO (Dir.), *La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Diez años de jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 201-203.

(22) Los molinos, panaderías, o almacenes destinados a fines exclusivamente profesionales, no son domicilios en la jurisprudencia del TEDH, STEDH de 15 de noviembre de 2007 (Asunto *Khamidov c. Rusia*). Una granja de cerdos tampoco es un domicilio porque no se desarrolla vida privada, ni tampoco es la sede de una empresa o las oficinas de la misma en las que se puede llevar a cabo actividad comercial de carácter confidencial, Decisión del TEDH de 6 de septiembre de 2005 (Asunto *Leveau et Fillon c. Francia*).

(23) STG de 14 de septiembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals LTD y Arkos Chemical LTD c. Comisión* (Asunto C-550/07P), STJ de 18 de junio de 2015, *Deutsche Bahn y otros c. Comisión* (Asunto C - 583/13 P), STJ de 20 de octubre de 2020, *Los Mosqueteros y las Empresas ILM c. Comisión* (Asunto T - 255/17), y STG de 20 de octubre de 2020, *Intermarché Casino Achats, c. Comisión* (Asunto T-254/17). El TJ recuerda que si «de la jurisprudencia del TEDH resulta que la protección prevista en el artículo 8 del CEDH puede extenderse a algunos locales comerciales, no es menos cierto que dicho Tribunal ha declarado que la injerencia pública podría ir más lejos en el caso de los locales o actividades profesionales o comerciales que en otros casos», STJ de 18 de junio de 2015, *Deutsche Bahn y otros / Comisión* (Asunto C - 583/13 P).



También merece destacar que el propio TJUE identifica el domicilio con su *inviolabilidad* al socaire de las quejas de los demandantes de Estados miembros cuyas Constituciones así lo reconocen(24). En la práctica, sin embargo, no asegura los espacios inviolables pues la intangibilidad se aplica *ad casum* atendidas los identificadores eventuales que concurren.

3. Vida privada domiciliar (art. 8.1 CEDH y 7 CEDH) e intimidad (art. 18.1 CE): dos enunciados disímiles

El art. 18.2 CE trata la inviolabilidad como objeto, no la intimidad. No asegura el desarrollo de «vida privada» pues los arts. 18.2 CE y 8.1 CEDH tienen un contenido disímil. El parangón entre vida privada (art. 8 CEDH) e intimidad llevado a cabo por el Tribunal Constitucional (art. 18.1 CE) (25) y confirmado por un sector de la doctrina(26) ha sido contestado por los votos particulares de algunos magistrados que han advertido que la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales (art. 10.2 CE) no puede conducir a la identificación de dos enunciados normativos disímiles(27). El art. 10.2 CE obliga

(24) En la STJCE de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht AG c. Comisión de las Comunidades Europeas* (Asuntos 46/87 y 227/88), se alude a la «inviolabilidad del domicilio» de conformidad con el enunciado del art. 13.1 LFB.

(25) SSTC 236/2007; 60/2010; 186/2013.

(26) «El art. 8 CEDH establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia. Con relación al derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones, tiene un contenido notablemente similar al presente en las Constituciones nacionales en general y el de la española en particular por encima de la literalidad de los respectivos preceptos», SANTOLAYA MACHETTI, P., «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 429 y 430. En el mismo sentido, se defiende que el art. 8 CEDH tiene un contenido notablemente similar al del art. 18.1 CE; la razón estriba en que el derecho a la intimidad, incluida su dimensión familiar recibe un tratamiento común en el Tribunal Constitucional y en el TEDH por lo que el concepto de «vida privada» del CEDH debe considerarse equivalente o incluso indistinguible del de «intimidad personal», LEZERTUA RODRÍGUEZ, M. «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH», *Cuadernos de Derechos Judicial (ejemplar dedicado a: Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 52-98.

(27) En el voto particular de la STC 11/2016, ROCA TRÍAS afirma que la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales (art. 10.2 CE) no significa que se puedan identificar dos enunciados normativos disímiles: «En realidad, se equipara el art. 18.1 CE a lo dispuesto en el art. 8 CEDH, olvidando que lo que el art. 10.2 CE establece es la obligación de la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados por España, pero no obliga a transponer exactamente al ordenamiento interno los distintos tipos de derechos recogidos en cada texto legal». En el mismo sentido, el voto particular de PÉREZ DE LOS COBOS afirma que «el art. 10.2 CE ciñe su mandato a los derechos fundamentales y a las libertades «que la Constitución reconoce», de modo que, como la propia doctrina constitucional ha advertido, no es posible ignorar en su aplicación «las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos» —SSTC 119/2001 (...) y 16/2004—».



a interpretar los derechos a la luz de los tratados y acuerdos internacionales —y, por extensión— de los tribunales que los interpretan, pero no puede crear nuevos derechos fundamentales (28).

La ecuación entre «vida íntima» y «vida privada» no ha sido aceptada por un amplio sector de la doctrina, que defiende que los enunciados de los arts. 18.1 CE y 8.1 CEDH tienen diferente contenido (29).

El art. 18.2 CE asegura la calidad de inviolable del espacio físico, por lo que la sola intervención —física o virtual— del mismo sin las debidas garantías vulnera el objeto protegido por el derecho fundamental.

4. La garantía de inviolabilidad y el Tribunal Constitucional español

El destino del domicilio resulta, sin embargo, intrascendente en relación con el objeto protegido por el art. 18.2 CE. La razón estriba en que la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho distinto al de intimidad (art. 18.1 CE), con diferente objeto y contenido. Tiene una naturaleza formal, pues garantiza la intangibilidad del espacio físico pero no el presumible o efectivo destino —vida íntima o privada— en él. Tampoco asegura la vida íntima configurada según los usos sociales (material u objetiva) pues lo que identifica al espacio físico como domicilio constitu-

(28) «(...) sin perjuicio de que, en determinados supuestos, esos tratados puedan servir para cubrir la regulación de un derecho, de acuerdo con lo ya expuesto», ELVIRA PERALES, A., «Lista cerrada de derechos fundamentales», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, p. 169. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que «la utilidad hermenéutica de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, no convierte a tales instrumentos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. De suerte que una eventual contradicción por una ley de esos tratados no puede fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de esa ley por oposición a un derecho fundamental», STC 32/2019. En el mismo sentido, SSTC 28/1991, 36/1991, 236/2007, y 140/2018.

(29) La utilización de la expresión «vida privada» por el Tribunal Constitucional ha sido cuestionada por la doctrina por considerar que ambas formulaciones contenidas en los arts. 18.1 CE y 8.1 CEDH no son coincidentes. La doctrina ha establecido que el único derecho fundamental recogido en la Constitución es el referido a la «intimidad personal y familiar», MATÍA PORTILLA, F.J., «Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del art. 10.2 CE», *REDC*, núm. 94, 2012, págs. 358-359; MATÍA PORTILLA, F. J., «Derecho a la intimidad», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.), C. AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, T. III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 178 y 180. En tal sentido, se ha señalado que los términos «vida privada» y «vida íntima» no son coincidentes, ya que la intimidad constituye el núcleo «más privado» de la «vida privada», GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 130; RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 30.



cionalmente conforme no es su presumible o efectivo destino sino su carácter inviolable o intangible(30).

Las diferentes opciones habitacionales que se originan de transformaciones sociales siguen generando una jurisprudencia constitucional vinculada al presumible y efectivo destino del espacio físico. También han derivado en una legislación reguladora de tipos de espacios, sus características o su destino que trascienden la garantía de inviolabilidad y generan un alto grado de inseguridad.

De todo lo anterior se colige una interpretación jurisprudencial cambiante, no siempre respetuosa con la garantía formal de la inviolabilidad del domicilio. En un sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que deben quedar al margen de la protección iusfundamental una gama de espacios físicos analizado su efectivo o previsible destino: un almacén o local de negocio (oficina)(31), un establecimiento hostelero(32), un establecimiento comercial o local de negocio abierto al público(33), y, más recientemente, un vehículo afectado por medidas de investigación tecnológica(34). Sin embargo, en algunos de estos espacios físicos analiza las garantías de su acceso(35); incluso, cuando no se ha podido probar

(30) La doctrina señala que, de forma similar al secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio opera como garantía formal de intangibilidad lo que significa que «el espacio (domicilio) o la actividad (comunicaciones) son de acceso reservado en cuanto tales», DÍEZ-PICAZO, L.M.^º, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 302.

(31) ATC 171/1989.

(32) STC 283/2000. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado como domicilio un bar en el que los cotitulares viven habitualmente, STS 35/2018, de 24 de enero (Sala de lo Penal, Sección 1.^ª).

(33) ATC 58/1992.

(34) Es el supuesto de un vehículo en el que se llevan a cabo reuniones para acometer actividades delictivas y al que los agentes acceden para adicionar aparatos de escucha. El Tribunal Constitucional no lo identifica como espacio físico protegido por el art. 18.2 CE: «Así, por ejemplo, no pueden ser considerados igualmente invasivos —y, por lo tanto, recibir el mismo tratamiento— supuestos de intervención de comunicaciones telefónicas, o colocación de micrófonos en un vehículo destinado a cometer actividades delictivas, que medidas consistentes en la instalación de dispositivos de escucha en el interior de un domicilio, o en el habitáculo destinado a celebrar una consulta médica entre un facultativo y su paciente. La expectativa de privacidad que en estos últimos casos pueden llegar a tener los intervinientes en el proceso comunicativo no solamente es mayor por razón del lugar, o del contexto, donde el proceso de comunicación es mantenido, sino que también existe el riesgo apriorístico de que la intervención pueda afectar a cuestiones relativas al núcleo más profundo de su intimidad», STC 99/2021.

(35) AATC 58/1992; 272/1985; 349/1998. En el ATC 58/1992 el Tribunal Constitucional tras analizar la suficiencia de motivación de la autorización judicial señala: «todo ello sin entrar a considerar que tener por domicilio un local abierto al público supone confundir dos conceptos: el de domicilio, derecho público fundamental de personas físicas y jurídicas (...) y cualquier local cerrado (art. 87.2 LOPJ)» por lo que «el régimen aplicable al primero no es —ni tiene por qué serlo— extensible en su totalidad al segundo». En otros casos, el Tribunal Constitucional ha analizado la existencia de garantías de la delimitación restrictiva del art. 18.2 CE sin cuestionar la naturaleza del espacio intervenido (un kiosko), ATC 198/1991. El Tribunal Supremo ha seguido el mismo criterio en



su carácter inviolable tras la entrada(36); también ha favorecido la protección del espacio físico cuando no se ha conocido su efectivo destino —ser vivienda para el desarrollo de vida íntima, o local de negocio— (37).

A veces, el espacio físico asegurado se ha identificado con el «ámbito de privacidad»(38), la «garantía formal de su intangibilidad(39), o el espacio para la realización de «alguna actividad»(40). Lo que finalmente ha afectado al rigor de su carácter de garantía formal al introducirse en el análisis su destino presumible o efectivo.

El Tribunal Supremo ha seguido el mismo criterio que el Tribunal Constitucional condicionando el espacio asegurado a su destino —presumible o efectiv— (41).

relación con otros espacios (trasteros no unidos a la vivienda, o almacenes destinados a guardar objetos). En este sentido, ha considerado que un trastero que no está unido a una vivienda no es un domicilio pese a la valoración sobre la existencia de autorización para la entrada en él, STS 279/2013 de 6 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). También ha valorado la existencia de consentimiento de entrada en un bar, identificado como domicilio, no tanto por su carácter inviolable, sino por la constatación del efectivo desarrollo de vida íntima en él; es decir, por verificar que los dueños —un matrimonio— viven habitualmente en él. En definitiva, porque el espacio tenía por finalidad el desarrollo de vida íntima en él, más que por su carácter inviolable, STS 130/2018, de 24 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1.ª.

(36) «(...) no existe certeza de que este local comercial pudiera estar abierto al público (...), STC 69/1999.

(37) STC 22/1984. Incluso, de forma sorprendente, el Tribunal Constitucional ha asegurado al mismo tiempo la garantía formal de inviolabilidad del espacio y su destino efectivo: «a pesar de la autonomía que la Constitución Española reconoce a ambos derechos», la inviolabilidad del domicilio «constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar», STC 189/2004.

(38) SSTC 22/1984; 137/1985; 10/2002; 176/2013; 81/2020. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha establecido que un trastero sin comunicación directa con la vivienda no es un domicilio porque no constituye un «ámbito de privacidad», STS 279/2013, de 6 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

(39) STC 176/2013.

(40) STC 106/2012. El Tribunal Supremo señala que en sentido constitucional el domicilio «no sólo es lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad», STS 436/2001, de 19 de marzo (Sala de lo penal). Se pretende, así, que «el concepto subyacente en el artículo 18.2 CE se entienda «de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, STS 858/2018, de 13 de marzo, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

(41) Determina que los bares, restaurantes, almacenes o garajes no son domicilio cuando no conste vida privada en ellos; pero excepciona el garaje que forme parte del domicilio como un espacio anejo, u otras dependencias que constituyan el entorno de la vida privada aunque no se trate de estancias destinadas a convivencia en intimidad, SSTS 616/2005, de 12 de mayo (Sala 2.ª de lo Penal); 924/2009, de 7 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 747/2015, de 19 de noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 35/2018, de 24 de enero (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 587/2020, de 6 de noviembre de 2020 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª; 590/2020, de 11 de noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 18/2021, de 15 de enero (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). También determina que la protección de algunos espacios (aseos) siguen la suerte de sus principales en los que se ubican (establecimientos) de forma que aquellos no son protegidos si en éstos no se presume desarrollo de vida privada SSTS 146/2019, de 18 de marzo, de 3 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 450/2019, de 3 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª).



El art. 18.2 CE constituye garantía formal de la inviolabilidad de los espacios físicos frente a entradas —físicas o virtuales— (42). Sin embargo, no asegura la intangibilidad de los espacios virtuales —en la nube— de sus detentadores pues la garantía de intangibilidad se asocia a un espacio físico, pero no se predica de un *locus* imaginario.

5. La garantía de inviolabilidad: Tribunal Constitucional Federal alemán y Tribunal Constitucional italiano

La vinculación del espacio a su destino —vida privada— ha sido doctrina reiterada por otros tribunales constitucionales europeos. El Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE) ha identificado el domicilio inviolable (art. 13.1 LFB) con el ámbito para el desarrollo de la esfera personal. Incluye espacios de intimidad y ámbitos de confidencialidad de la vida privada social (empresas, locales de negocio)(43). Pero lo identifica, igualmente, con el derecho a vivir con tranquilidad en el domicilio —permanecer en paz en él—. La razón estriba en el fundamento del domicilio inviolable en otros derechos de carácter iusfundamental —la dignidad de la persona (art. 1 LFB)(44) o el libre desarrollo de la personali-

Sin embargo, otros espacios (camarotes) sí quedan asegurados por el art. 18.2 CE aunque los espacios principales en los que se ubican no se presuman domicilio (buques), SSTS 151/2006, de 20 de febrero (Sala 2.ª de lo Penal); 720/2017, de 6 de noviembre (Sala 2.ª de lo Penal). La doctrina ha puesto de manifiesto la paradoja que supone la ausencia de protección de los retretes, respecto de la construcción del derecho fundamental por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RIVES SEVA, A.P., *La diligencia de entrada y registro domiciliario*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 27; SÁNCHEZ MELGAR, J., «La entrada y registro en domicilio de particulares. Análisis doctrinal y jurisprudencial», *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2004, pág. 1440. Desde 2017, el Tribunal Supremo ha identificado el domicilio con los espacios abiertos que forman un todo con la vivienda, «tanto por razón de la contigüidad espacial, como por la forma inequívoca de su delimitación, como por razón del destino». En tal sentido, el jardín o el patio perteneciente a una vivienda, SSTS 154/2017, de 10 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 113/2018, de 12 de marzo, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 858/2018, de 13 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 146/2019, de 3 de marzo, (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). También ha protegido los despachos profesionales, SSTS 79/2012 de 9 de febrero de 2012 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª); 974/2012, de 21 de noviembre (Sala de lo Penal). Sobre el concepto de domicilio en la jurisprudencia del TS, veáse, HERRÁIZ PAGÉS, J., DÍAZ SÁEZ, R., *Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad del domicilio*, Aferre, Barcelona, 2020, págs. 20-25.

(42) La inviolabilidad del espacio físico no sólo asegura la entrada física sin las debidas garantías. También el acceso en remoto mediante la manipulación de dispositivos electrónicos de largo alcance: aeronaves no tripuladas, videocámaras, etc.

(43) Sentencia BVerfGE 32, 54, en SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009, págs. 373 y 375.

(44) Sentencia BVerfGE 51, 97



dad (art. 2.1 LFB) (45)— siendo que esta exigencia, como la igual dignidad en la calidad de especie humana son mandatos que no pueden alterar el objeto asegurado por el art. 13.1 LFB.

El art. 18.2 CE tampoco asegura el libre desarrollo de la libertad en el domicilio, pues este principio orientador de la actuación de los poderes públicos (art. 10.1 CE) no puede socavar el objeto protegido en él: la inviolabilidad del espacio (46).

El Tribunal Constitucional italiano ha relacionado la inviolabilidad del domicilio (art. 14 CI) con su destino —vida privada— (47). También ha identificado el objeto asegurado con la libertad personal en él, siendo que el art. 14 CI determina idénticas garantías de entrada y registro que la libertad personal (48). La doctrina ha reforzado la instrumentalidad del espacio para el desarrollo de la libertad personal; incluso, el libre desarrollo de la personalidad en él (49). Sin embargo, a mi juicio, el art. 14 CI asegura un derecho fundamental distinto —la inviolabilidad del domicilio— con diferente objeto y contenido que el establecido en el art. 13 CI —la libertad personal—. El art. 18.2 CE tampoco garantiza la «libertad del domicilio», o la libertad personal en el domicilio, expresión que el Tribunal Constitucional ha utilizado en alguna ocasión (50). El espacio no es vía para asegurar la libertad personal pues lo protegido por esta libertad es «la plena autodeterminación del propio movimiento corporal» (51), o la

(45) O el derecho a permanecer en paz en él, BVerfGE 32, 54, 75; 42, 212, 219; 51, 97, 110. Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán, véase ALÁEZ CORRAL, B., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, pág. 111 (a. 30/04/2021 <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/sentenciasbverfgborrador.pdf>).

(46) Sobre inviolabilidad del domicilio y libre desarrollo de la personalidad, véase ZOCO ZABALA, C., «¿Hacia una reformulación de la inviolabilidad del domicilio?», en *REDC*, núm. 121, 2021, págs. 182-183.

(47) SSSTCI 10/1971, 110/1976, de 9 de mayo de 1973, de 31 de marzo de 1987, de 35/2002, y 149/2008.

(48) La doctrina ha entendido que a pesar de la decisión del poder constituyente de mantener su clasificación autónoma como derecho a la vida privada domiciliar, ello no ha eliminado su carácter instrumental que vincula la libertad personal en el domicilio con la libertad personal. Véase por todos, SCARLATTI, P., «Libertà e inviolabilità di domicilio», en *Diritto on line*, 2016, https://treccani.it/enciclopedia/liberta-e-inviolabilita-del-domicilio_%28Diritto-on-line%29/ (a. 30/04/2021).

(49) Se arguye que el domicilio es complemento de aquélla. La garantía de la inviolabilidad del domicilio constituye complemento necesario de la libertad personal con el fin de que la personalidad del individuo pueda desarrollarse íntegramente en un entorno de libertad garantizado, CHIARELLI, R., «Domicilio : 1) Libertad del domicilio», *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1989, p. 3.

(50) «En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona (...)\", STC 137/1985.

(51) STC 23/1985.



«capacidad o libertad de orientar la propia acción» (52) frente a privaciones de la libertad arbitrarias, aunque tales detenciones legal o constitucionalmente disconformes tengan lugar como consecuencia de la entrada en el espacio inviolable.

6. Garantía de inviolabilidad y legislador

La identificación del espacio con su destino en la jurisprudencia constitucional ha terminado por contaminar una profusa legislación reguladora de una gama de ámbitos espaciales que pueden ser garantizados. Unas veces por enumerar concretos espacios físicos que se presumen domicilios, o que no se presuponen como tales, siendo que la inviolabilidad de los espacios se describe de los identificadores eventuales que concurren. Otras, por condicionar la protección del espacio a su destino —vida privada— e incluso desvincular su garantía de todo condicionamiento, también de su calidad de inviolable, lo que desfigura el objeto protegido en el art. 18.2 CE hasta hacerlo difícilmente reconocible.

La enumeración de concretos espacios físicos que se presumen domicilios protegidos frente a los que no se presuponen como tales modifica el objeto asegurado (53); pues la inviolabilidad no se deduce del espacio

(52) STC 341/1993. El Tribunal Constitucional ha señalado que en un Estado democrático, en el que los derechos fundamentales quedan protegidos de modo real y efectivo, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que los individuos gozan de autonomía para elegir entre las diferentes opciones vitales que se les presentan. Así mismo, tal libertad personal queda delimitada, de modo restrictivo por lo establecido en el art. 17 CE y lo que establezcan las leyes, pues constituye el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos por la Ley», STC 29/2008.

(53) La LECrim identifica concretos espacios como domicilios sin alusión a su calidad de inviolables —Palacios Reales (estén o no habitados), o buques nacionales mercantes (párrafos 1.º y 3.º del art. 554 LECrim)—. Diferencia los buques nacionales mercantes de los buques de Estado considerados «lugares públicos» (art. 547.4.º LECrim).

La profusa enumeración de una gama de espacios para tipificar como delito la irrupción ajena en los mismos sin el consentimiento de su titular —morada, despachos y oficinas (art. 203.1 CP)— tampoco identifica tales espacios físicos con su inviolabilidad. Excepcionalmente, la descripción de algunos espacios físicos que pueden ser interrumpidos —establecimientos abiertos al público «en horario de cierre»— parece identificar el espacio físico con un estado de inviolabilidad.

Otros espacios caracterizados por desarrollarse actividades o explotación sometidas a gravamen no se identifican como domicilios: «fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotación sometidas a gravamen» (art. 142.2 *in fine* LGT y 172.2 RD 1065/2007, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de tributos). Estos espacios se diferencian del «domicilio constitucional del obligado tributario» (art. 113 LGT), GÓMEZ REQUENA, J.A., «La inviolabilidad del domicilio en el ámbito tributario: un análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Nueva fiscalidad. Derechos fundamentales y tributación*, núm. 1, 2020, págs. 292 y 293. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin embargo,



físico sino de los pormenores que concurren en él, por lo que un mismo espacio físico será o no inviolable de forma circunstancial.

La identificación del domicilio con su presumible finalidad o destino —vida privada(54)— o la irrelevante distinción entre «domicilio» y otros espacios —«lugares públicos»(55), «lugares cerrados» (art. 588 *quater* a.1. LECrim), «espacios destinados al ejercicio de la privacidad» (art. 588 *quater* a.2. LECrim)(56) o «edificios o lugares que precisen de consentimiento de su titular» *ex* art. 91.2 LOPJ(57)— refuerza la inseguridad jurídica, al no identificar el objeto protegido con su inviolabilidad. La misma problemática trasciende a la identificación del espacio físico asegurado con la «vivienda» en el entendido de espacio de habitación —presumible o efectiva— para recuperar la posesión del espacio físico(58).

asegura tales espacios enumerados en el art. 142.2 *in fine* LGT. Si bien fundamenta su protección en el presumible o efectivo desarrollo de vida privada social de carácter confidencial en tales espacios sin aludir a su calidad de inviolable (STC 54/2015). En el mismo sentido que el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo (STS 1231/2020, de 1 de octubre de 2020, Sala 3.ª de lo Contencioso-Administrativo) ha exigido idéntica autorización judicial para las inspecciones de los espacios enumerados en el art. 142.2 LGT *in fine* que para los domicilios del obligado tributario mencionados en el art. 113 LGT.

La legislación reguladora del Estado de alarma diferencia el «domicilio privado» asegurado de una gama de espacios que no se identifican con él —industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza— para ser intervenidos por la autoridad gubernativa sin necesidad de resolución judicial en caso de epidemias, catástrofes naturales o crisis sanitarias —art. 11 c. LOEE—, ZOCO ZABALA, C., «Intervención de espacios físicos (industrias, talleres, locales...) 'con excepción de domicilios privados' en el 2.º estado de alarma: un análisis desde el artículo 18.2 CE», en LUQUIN BERGARECHE, R. (Dir.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos jurídicos*, Bosch. Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 531. La doctrina ha interpretado que sólo éstos quedan protegidos por las garantías del art. 18.2 CE, ABA CATOIRA, A., «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 334-335.

(54) El art. 554.2.º LECrim identifica el domicilio constitucionalmente protegido con «el edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia».

(55) El art 547 LECrim (párrafos 1.º y 2.º) no sólo define los edificios o lugares públicos (los destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, aunque habiten allí los encargados de dicho servicio o los de la conservación y custodia del edificio o lugar; o los destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo, fueren o no lícitos). También identifica el lugar público con cualesquiera otro edificio o lugar cerrado que no constituya domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554 LECrim.

(56) La alusión a los domicilios y espacios destinados al ejercicio de privacidad no tiene trascendencia jurídica, pues el art. 588 *quater* a.2. LECrim exige una misma autorización judicial de entrada en ellos).

(57) De forma paradójica se observa idéntica exigencia de autorización judicial para entrada en «domicilios» y «lugares» cuyo acceso requiera consentimiento del titular (art. 91.2 LOPJ y art. 100.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y de las Administraciones Públicas).

(58) Art. 441.1 bis LEC en relación con el numeral 4.º, del art. 250.1 LEC. Sobre el procedimiento de recuperación de la posesión del espacio físico y el consiguiente desalojo, véase, María del Carmen BLASCO SOTO, Julio PÉREZ GIL, «Del juicio verbal (artículos 437 a 447)», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 2, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2018, págs. 363-511.



En ocasiones, la asimilación del espacio asegurado con el «lugar» o «lugar determinado» desvincula su garantía de todo condicionamiento, incluso de su estado intangible. En el ámbito procesal civil, se admite la entrada en un «lugar determinado» mediante resolución judicial cuando habiéndose admitido, en el caso de diligencias preliminares, la exhibición de títulos y documentos, el demandado se negare sin motivo alguno a cumplir el requerimiento (59); también en el caso de reconocimiento judicial de un lugar acordado como diligencia probatoria para contribuir a una mejor apreciación de los hechos (60), y en los supuestos de entrada en «lugar cerrado» para la ejecución de dar cosa mueble cuando el ejecutado no cumpla con la obligación de entrega en el plazo conferido (61).

III. Domicilio inviolable y persona jurídica

La jurisprudencia constitucional también ha limitado la protección de los espacios pertenecientes a persona jurídica por esgrimir que solo algunos de ellos quedan protegidos: aquellos en los que se presume el desarrollo de actividades privadas «libres de intromisiones ajenas» —centro de dirección de la sociedad o establecimiento dependiente—; o los que sirven «a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros» lo que sólo puede verificarse tras la intervención (62).

La restricción de los espacios protegidos pertenecientes a persona jurídica resulta irrelevante. Pues el aseguramiento se condiciona, en reali-

(59) Art. 261.2.ª LEC. La doctrina ha identificado este «lugar» con el domicilio constitucional al establecer que esa medida puede afectar al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que es necesaria una interpretación conforme con la Constitución y se reclama la necesidad de una resolución judicial que motive la medida acordada conforme a la exigencias del principio de proporcionalidad, DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Diligencias preliminares (arts. 256 a 263)», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V.2, T. 1, 2018, págs. 666 y 667. La doctrina ha identificado este «lugar» con un «lugar cerrado», ASENSIO MELLADO, J.M. «De los medios de prueba y las presunciones (arts. 299-386)», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 1, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pág. 1278.

(60) La doctrina exige que la resolución judicial de entrada sea proporcional y esté motivada, ASENSIO MELLADO, J.M., «De los medios de prueba y las presunciones (arts. 299-386)», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 1, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 1278.

(61) En este supuesto la LEC identifica el espacio con el «lugar cerrado» (art. 701.1 LEC) o con el «lugar» (art. 701.2 LEC), DÍAZ MARTÍNEZ, M., «De la ejecución por deberes de entregar cosas: (artículos 701 a 704)» en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 3, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2018, págs. 665-680.

(62) SSTC 69/1999; 54/2015.



dad, a su presumible o efectivo destino —vida privada de carácter confidencial— en la línea establecida para los espacios pertenecientes a persona física (63); y porque lo asegurado es la calidad de inviolable del espacio físico al margen de su título de pertenencia.

La jurisprudencia constitucional ha sido más garantista en la práctica pues analiza si la intervención de los espacios pertenecientes a persona jurídica se ha llevado a cabo con las debidas garantías (64).

1. Jurisprudencia del TEDH y del TJUE

La jurisprudencia del TJCE de los años 80 que sostuvo que las personas jurídicas no pueden ser titulares de derecho al respeto del domicilio por considerar que el espacio asegurado es instrumental del «desarrollo de la libertad personal *del hombre*» (65). Sin embargo, será contestada por la del TEDH que a partir de los años 90 asegura espacios en los que presume o verifica vida privada social de carácter confidencial, tanto

(63) La doctrina que ha defendido la protección del domicilio como espacio físico instrumental del derecho a la *vida íntima* ha negado, consecuentemente, la protección de los espacios pertenecientes a personas jurídicas, MATÍA PORTILLA, F.J., «art. 18.2», en PÉREZ TREMPES, P., SAIZ ARNAIZ, A. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 422. Se defiende que en la medida en que tal derecho fundamental se conecta con la intimidad, ello «favorece la formación constitucional de la inviolabilidad del domicilio como un derecho de titulares y objeto estrictos (persona física y moral, respectivamente)», MATÍA PORTILLA, F.J., *El derecho a la inviolabilidad del domicilio*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 139. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha mantenido una posición oscilante. Así pues, reconoce que las personas jurídico-privadas pueden ser titulares de «viviendas», STC 137/1985. Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha condicionado la protección del espacio perteneciente a las personas físicas al desarrollo de vida privada —no sólo íntima— en él: «(...) este Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada (...), STC 10/2002. En el mismo sentido, SSTC 32/2019 y 81/2020.

(64) «La invocación que se hace del art. 18.2 de la Constitución no puede ser tenida en consideración. El actor no denuncia una invasión de su domicilio, sino de las oficinas o almacén de una sociedad de la que es representante legal y sabido es que lo que se protege por el mencionado precepto constitucional es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella, lo que, como es obvio, no es predicable respecto al solicitante de amparo de los locales en que, en el caso debatido, se produjo la entrada y registro por parte de los agentes de la autoridad. La falta de vulneración constitucional queda aún más patente si se tiene presente que, como afirma el Ministerio Fiscal, aquella entrada y registro se practicaron con la presencia del hoy demandante de amparo y sin que por éste se manifestara, en aquel momento, oposición a ello», ATC 171/1989.

(65) STJCE 21 de septiembre de 1989 (Asunto Hoechst AG. C. Comisión). Esta sentencia a la que se unirán otras posteriores (SSTJCE de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Ibérica y otros c. Comisión, y de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux c. Comisión) de 17 de octubre de 1989, viene precedida de otras en las que el TJCE analiza las garantías de la intervención en locales profesionales sin pronunciarse sobre la titularidad de tales espacios, STJCE de 26 de junio de 1980, Asunto National Panasonic UK (Limited) c. Comisión.



pertenecientes a persona física como jurídica (66). Se argumenta que las viviendas pueden ser aptas para el desarrollo de actividades profesionales, lo mismo que los locales profesionales aptos para el desarrollo de vida íntima (67); y se asegura los espacios en los que presume o verifica vida privada social de carácter confidencial, al margen de cuál sea su titularidad —persona física o jurídica (68). Así pues, en la práctica, la ausencia de protección de algunos espacios físicos no se justifica tanto en su título de pertenencia cuanto en la presumible ausencia de actividad profesional de carácter confidencial (69).

La posterior jurisprudencia del TJUE ha reconocido que el art. 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales asegura un ámbito de privacidad del individuo con independencia de la titularidad del mismo —persona física o jurídica— (70).

(66) El TEDH recuerda que el término «domicile» francés tiene un significado más amplio que el vocablo «home» inglés que incluye solo el espacio para el desarrollo de vida íntima, SSTEDH de 16 de diciembre de 1992 (Asunto Niemietz c. Alemania), STEDH de 20 de junio de 2000 (Asunto Foxley contra Reino Unido), de 16 de abril de 2002, (Asunto Société Colas Est y otros c. Francia), de 18 de noviembre de 2004 (Asunto Prokopovitch c. Rusia), de 16 de octubre de 2007 (Asunto Wieser y Bicos Beleiligungen CmbH c. Austria), de 30 de septiembre de 2008 (Asunto Işıldak c. Turquía), de 3 de noviembre de 2009 (Asunto Hartung c. Francia), de 18 de enero de 2018 (Asunto Federación Nacional de Asociaciones y Sindicatos Deportivos c. Francia). Sobre el diálogo de jurisprudencias en relación con la titularidad del espacio domiciliario en los años 80-90, véase LÓPEZ BASAGUREN, A., «La interpretación divergente del TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (a propósito de la jurisprudencia reciente)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2003, núm. 5, págs. 183-191.

(67) En algunas sentencias, es el Gobierno demandado – y no el TEDH— quien se defiende de la demanda de tres empresas determinando que la intervención de tales espacios pertenecientes a personas jurídicas por presunta comisión de delitos, no puede gozar de la misma protección que los locales comerciales pertenecientes a personas físicas, STEDH Société Colas Est y otros c. Francia, de 14 de abril de 2002.

(68) Los locales profesionales y las sedes de las empresas o establecimientos dependientes son espacios protegidos con independencia de su pertenencia a persona física o jurídica, SSTEDH de 30 de marzo de 1989 (Asunto Chappell c. Reino Unido), de 16 de diciembre de 1992 (Asunto Niemietz c. Alemania), de 25 de febrero de 1993 (Asunto Funke c. Francia), de 16 de abril de 2002, (Asunto Société Colas Est y otros c. Francia), de 28 de abril de 2005 (Asunto Buck c. Alemania), de 13 de marzo de 2007 (Asunto Castravet contra Moldavia), y de 22 de mayo de 2008 (Asunto Iliia Stelanor c. Bulgaria). El taller queda protegido por considerarse lugar de trabajo en el que se lleva a cabo actividad profesional, con independencia de que se encuentre abierto al público. También porque las partes no discuten que allí se pudo llevar a cabo residencia efectiva, STEDH de 30 de septiembre de 2008 (Asunto Işıldak c. Turquía).

(69) Los edificios o equipos industriales como molinos, panaderías, o almacenes destinados a fines exclusivamente profesionales no gozan de protección ex art. 8.1 CEDH, STEDH de 15 de noviembre de 2007 (Asunto Khamidov c. Rusia). Tampoco las explotaciones agrícolas, como las granjas de cerdos, Decisión del TEDH de 6 de septiembre de 2005 (Asunto Leveau et Fillon c. Francia).

(70) STJ de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères SAC c. Comisión (Asunto C-94/00), STG de 14 de septiembre 2010, Akzo Nobel Chemicals LTD y Arkos Chemical LTD c. Comisión (Asunto C-550/07P), STJ de 18 de junio de 2015, Deutsche Bahn y otros c. Comisión (Asunto C - 583/13 P), STJUE de 20 de octubre de 2020, Los Mosqueteros y las Empresas ILM c. Comisión (Asunto T - 255/17), y STG de 20 de octubre de 2020, Intermarché Casino Achats, c. Comisión (Asunto T-254/17).



2. El domicilio de las personas jurídicas en la legislación española

La legislación fluctuante ha condicionado la protección de algunos espacios a su título de pertenencia —persona física— (71). O ha distinguido los pertenecientes a persona jurídica para asegurar su presumible o efectivo destino —vida privada de carácter confidencial— lo que finalmente ha afectado al rigor de la garantía de inviolabilidad del art. 18.2 CE (72).

De forma intrascendente, la legislación ha diferenciado entre espacios pertenecientes a personas jurídicas y físicas (73), o entre «vivienda» perteneciente a persona física, entidad sin ánimo de lucro o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas (art. 250.1.4.º *in fine* LEC) para dotarla de iguales garantías en caso de irrupción.

La distinción entre espacios pertenecientes a personas jurídicas o físicas, o la vinculación al presumible o efectivo destino de los espacios pertenecientes a las personas jurídicas desfigura el objeto protegido por el art. 18.2 CE pues lo asegurado es la inviolabilidad de los espacios, al margen de cuál sea su título de pertenencia.

IV. La inviolabilidad del domicilio como derecho reaccional

1. Dimensión negativa del art. 18.2 CE

El art. 18.2 CE asegura la inviolabilidad del espacio físico frente a intrusiones de terceros —poderes públicos o particulares—. Tiene una di-

(71) Se distingue el «domicilio de la persona física» —«instalación, vehículo o medio de transporte, o lugar en general»— para la atribución de las garantías del art. 18.2 CE frente a inspecciones sanitarias (art. 79.1 a. de la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal).

(72) En el ámbito procesal-penal, el apartado 4.º del art. 554 LECrim (art. 1.6 de la Ley 3/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal) garantiza «el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros». La protección de tales espacios operada mediante reforma de la LECrim de 2011 (art. 1.6 de la Ley 3/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal). En lo relativo al acceso a cualquier «establecimiento, instalación, vehículo o medio de transporte, o lugar en general» perteneciente a personas física o jurídica para la realización de labores de inspección (art. 39.1 a. de la Ley 6/2018, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de la Rioja), el Tribunal Constitucional ha aludido a la protección del domicilio establecido en Constitución y legislación de desarrollo (STS 81/2020).

(73) El delito de allanamiento del «domicilio de una persona jurídica pública o privada» (art. 203.1 CP) aparece regulado junto con la inmisión no consentida de otra gama de espacios —morada (art. 202.1 CP), despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura (art. 203.1 CP)— que pueden pertenecer a persona física o jurídica, lo que hace irrelevante la distinción.



mención negativa pues permite reaccionar frente a injerencias ajenas en el espacio intangible. Sin embargo, no tiene una dimensión positiva de la que se pueda inferir una obligación de los poderes públicos de asegurar la vida privada en el domicilio que es conforme con el libre desarrollo de la personalidad de quien lo habita. Tampoco se puede colegir la obligación de los poderes públicos de garantizar una vivienda para quienes reclaman una solución habitacional por lanzamiento, como confirma la jurisprudencia del TC (74).

Los procesos productivos especialmente perjudiciales en términos medioambientales han generado una jurisprudencia que adiciona una dimensión positiva del derecho que no sólo cambia el objeto protegido en el art. 18.2 CE —vida privada domiciliar de conformidad con el libre desarrollo de la personalidad de sus detentadores— (75). También transforma el mandato de programación final dirigido a los poderes públicos para asegurar un medio ambiente sano «en los términos que fije la ley» (art. 45.3 CE) en un derecho fundamental de aplicación directa (76).

2. Jurisprudencia del TEDH

El desarrollo de la dimensión positiva del art. 18.2 CE viene precedida de la jurisprudencia del TEDH que no sólo ha asegurado una dimensión

(74) «El art. 47 CE no garantiza un derecho fundamental sino que enuncia un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos », STC 32/2019.

(75) «Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida», STC 119/2001. En el mismo sentido, véase las SSTC 150/2011 y 16/2004, y la STS 436/2001, de 19 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª). Como señala Aragón Reyes en el voto particular a la STC 150/2011 «Es obvio que la entrada de ruidos o humos molestos pueden comprometer otros bienes jurídicos, como son el respeto a la salud o la expectativa de disfrutar de una vivienda digna, y muy especialmente la expectativa a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pero es igualmente claro que tales bienes no constituyen en nuestro ordenamiento derechos fundamentales tutelables mediante recurso de amparo ante este Tribunal, sino principios rectores (arts. 43.1, 47 y 45.1 CE, respectivamente)». En el mismo sentido, véase GÓMEZ-FERRER MORANT, «Art. 47», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 1388; VELASCO CABALLERO, F., «Art. 45», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 1369; SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2012, p. 201.

(76) BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», en REDC, núm. 119, 2020, págs. 60-64; DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989, págs. 43-44; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 123-124.



negativa del art. 8.1 CEDH —la vida privada domiciliar libre de interferencias ajenas—; también ha injertado una nueva faceta positiva no explícita en el art. 8.1 CEDH que obliga a los poderes públicos a asegurar «el disfrute del domicilio en paz» (77) o su goce o disfrute de conformidad con el libre desarrollo de la personalidad de quien lo habita (78). Todo ello, en el entendido de que no existe un derecho al medio ambiente tan característico del CEDH (79). De este modo, el TEDH entiende que la vulneración del desarrollo de la libertad más íntima en el domicilio no solo se lleva a cabo por acción o inmisión en él; también por inacción de los poderes públicos que eviten peligros medioambientales —«injerencia pasiva»— (80).

La carencia convencional de derechos subjetivos sociales —derecho a un medio ambiente sano o a una habitación efectiva en las condiciones legales exigidas—, no justifica la identificación del art. 8.1 CEDH —respeto del domicilio— con la garantía de una vida privada domiciliar de conformidad con el libre desarrollo de la personalidad, o con el aseguramiento de una vida privada domiciliar efectiva. Pues ni tal dimensión está contenida en el art. 8.1 CEDH, ni el derecho al medio ambiente o a una vivienda son, siquiera, derechos fundamentales de naturaleza prestacional sino mandatos que pueden ser invocados como derechos subjetivos de conformidad con las leyes que los desarrollen. De hecho, en la práctica, la jurisprudencia del TEDH está condicionando el libre desarrollo de la vida privada domiciliar a la existencia de perjuicio medioambiental grave que esté legislado en el derecho interno de los Estados (81). También está vinculando la vida privada domiciliar a la verificación de políticas activas de la administración destinadas a asegurar una habitación efectiva (per-

(77) El art. 8.1 no se concibe sólo como «el derecho a un simple espacio físico, sino también como al del disfrute en paz, del mismo», STEDH de 3 de julio de 2012 (Asunto Martínez Martínez y Pino Manzano c. España).

(78) SSTEDH de 16 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez contra España); de 19 de febrero de 1998 (Asunto Guerra y otros c. España); de 9 de diciembre de 1994 (Asunto López Ostra c. España); de 21 de febrero de 1990 (Asunto Powell y Rayner c. Reino Unido). Sobre la evolución de la jurisprudencia en este sentido, véase GORDILLO, L., «La emergencia de un derecho al disfrute de un 'medio' ambiente pacífico, sano y limpio», en MATÍAS PORTILLA, J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (Dirs.), *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.86-91.

(79) SSTEDH 21 de febrero de 1990 (Powell y Rayner contra Reino Unido), de 8 de julio de 2003 (Asunto Hutton y otros contra el Reino Unido), de 9 de diciembre de 2004 (Asunto López Ostra c. España), de 18 de marzo de 2008 (Asunto Furlepa contra Polonia), y de 21 de octubre de 2009 (Asunto León y Agnieszka c. Polonia).

(80) SIMÓN MORENO, H., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 16, 2014, págs. 162-187.

(81) SSTEDH de 16 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez contra España), de 3 de julio de 2012 (Asunto Martínez Martínez y Pino Manzano c. España), de 18 de junio de 2013 (Asunto Bor c. Hungría), de 16 de enero de 2018, Asunto cuenca Zarzoso c. España.



misión de viviendas particulares asentadas largo tiempo en suelo público, búsqueda de alojamiento alternativo...)(82).

V. Conclusión

El art. 18.2 CE se constituye como garantía formal de la inviolabilidad del domicilio más allá de su previsible o efectivo destino, y al margen de que nada se contenga en él. La jurisprudencia constitucional, sin embargo, ha condicionado la protección del domicilio a su presumible o efectivo destino —vida privada— al paso de una jurisprudencia del TEDH que protege el respeto del domicilio como derecho instrumental del presumible y efectivo desarrollo de vida privada (art. 8.1 CEDH); la condición del presumible o efectivo del espacio físico asegurado separa la jurisprudencia constitucional de la del TJUE que protege la vinculación empresarial de todos los espacios físicos —locales, terrenos o medios de transporte—, y los identifica como 'espacios de actividad privada', lo que, de forma coherente, debe asegurar idénticos espacios que no sean de dominio empresarial.

La intangibilidad del espacio físico domiciliario, sin embargo, no se presume; se infiere del resultado de un juicio de aplicación: los identificadores que concurren.

La jurisprudencia constitucional ha condicionado la protección del domicilio a la formalidad de su pertenencia a persona jurídica y a la presunción o verificación de vida privada social de carácter confidencial en él. De lo anterior se colige que la distinción de los espacios de conformidad con su título de pertenencia resulta irrelevante porque la verificación de vida privada social de carácter confidencial puede resultar de espacios —negocios— pertenecientes a persona física. También porque lo asegurado es su carácter intangible.

La profusa legislación reguladora de los espacios físicos asegurados ha debilitado la seguridad jurídica al condicionar su protección, unas veces, a su presumible o efectivo destino —vida privada—, y otras, a su título de pertenencia —persona jurídica—.

Las demandas motivadas por perjuicios medioambientales han derivado en una jurisprudencia constitucional que introduce una dimensión positiva no contenida en el enunciado del art. 18.2 CE consistente en la obligación de los poderes públicos de garantizar la vida privada en el domicilio que es conforme con el libre desarrollo de la personalidad de sus habitantes. Esta nueva dimensión —influida por una jurisprudencia de

(82) Como señala la doctrina, la falta de intervención es de tipo normativo, para hacer efectivo el derecho a una vivienda, CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, 2012, pág. 151.



TEDH que sustituye la carencia de un mandato social convencional al medio ambiente—, no sólo no se contiene en el enunciado del art. 18.2 CE: también convierte un mandato de programación final dirigido a los poderes públicos para asegurar un medio ambiente sano «en los términos que fije la ley» (art. 45.3 CE) en un derecho fundamental de aplicación directa. En la práctica, la jurisprudencia del TEDH se ha mostrado menos garantista al condicionar el libre desarrollo de la vida privada domiciliar a la existencia de perjuicio medioambiental grave que esté reglamentado. O al condicionar la libre vida privada domiciliar a la verificación de políticas activas de la administración destinadas a asegurar una habitación efectiva.

La concurrencia de todos estos factores permite enunciar que, al igual que otros derechos fundamentales, el derecho al domicilio inviolable está sometido a tensiones que anticipan cambios y adaptaciones, que, en el marco y los límites de una rigurosa hermenéutica, deberían ser respetuosos con su objeto y contenido esencial.

Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., «El estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 313-341.
- ALÁEZ CORRAL, B., ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, pág. 111 (<https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/pdf/sentenciasbverfgborrador.pdf>)
- ASENSIO MELLADO, J.M., «De los medios de prueba y las presunciones (arts. 299-386)», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentario a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 1, Thomson Reuters. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 945-1399.
- BILBAO UBILLOS, J.M.^a, «La vida privada en el ámbito laboral», en MATÍA PORTILLA, J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (Dirs.), *De la intimidación a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BIGLINO CAMPOS, P., «Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 119, 2020, págs. 53-84.
- CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, 2012.
- CHIARELLI, R., «Domicilio : 1) Libertad del domicilio», en *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1989.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R., «Sobre la elasticidad de la categoría jurídica de derecho fundamental. El caso del derecho a la vida», en ARMAZA GALDÓS, J. (Dir.), *El penalista de la América austral: ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Pangea, Perú, 2010, págs. 517-528.



- DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Diligencias preliminares (arts. 256 a 263), en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 1, 2018, Thomson Reuters. Aranzadi, Cizur Menor, págs. 603-660.
- «De la ejecución por deberes de entregar cosas: (artículos 701 a 704)», en GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico (Comentarios a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, V. 2, T. 3, Thomson Reuter, Aranzadi, Cizur menor, 2018, págs. 665-680.
- DÍEZ-PICAZO, L.M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- ELVIRA PERALES, A., «Lista cerrada de derechos fundamentales», en CHUECA RODRÍGUEZ, R. (Dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la Constitución normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, págs. 129-183.
- «Derecho al secreto de las comunicaciones», en MATÍA PORTILLA, J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (Dirs.), *De la intimidación a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 115-140.
- GÓMEZ REQUENA, J.A., «La inviolabilidad del domicilio en el ámbito tributario: un análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Nueva fiscalidad. Monográfico, Derechos fundamentales y tributación*, núm. 1, 2020, págs. 285-308.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, «Art. 47», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 1382-1397.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Art. 47», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 1404-1416.
- GORDILLO, L., «La emergencia de un derecho al disfrute de un 'medio' ambiente pacífico, sano y limpio», en MATÍA PORTILLA, J., LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (Dirs.), *De la intimidación a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 85-114.
- HERRÁIZ PAGÉS, J., DÍAZ SÁEZ, R., *Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad del domicilio*, Aferre, Barcelona, 2020.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, M. «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH», en *Cuadernos de Derechos Judicial (ejemplar dedicado a: Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 52-98.
- LÓPEZ BASAGUREN, A., «La interpretación divergente del TEDH y el TJCE sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas



- (a propósito de la jurisprudencia reciente)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2003, núm. 5, págs. 183-210.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., «Art. 7. Respeto de la vida privada y familiar», en A. López Castillo (Dir.), *La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Diez años de jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 187-212.
- MATÍA PORTILLA, F.J., «Derecho a la intimidad», en ARAGÓN REYES, M. (Dir.), C. AGUADO RENEDO, C. (Coord.), *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, T. III, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 178-194.
- «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del art. 10.2 CE», en *REDC*, núm. 94, 2012, págs. 355-377.
 - «Art. 18.2», en PÉREZ TREMPES, P., SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 419-429.
- NAVAS SÁNCHEZ, M.M., «Inviolabilidad o intimidad domiciliaria?», en *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011, págs. 155-198.
- OCÓN GARCÍA, J., *Derecho fundamental al secreto y tecnologías avanzadas de la comunicación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
- PASCUAL LÓPEZ, S., *La inviolabilidad del domicilio en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2001,
- SANTOLAYA MACHETTI, P., «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en GARCÍA ROCA, J., SANTOLAYA MACHETTI, P. (Coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 429-449.
- SCARLATTI, P., «Libertà e inviolabilità di domicilio», en *Diritto on line*, 2016, https://treccani.it/enciclopedia/liberta-e-inviolabilita-del-domicilio_%28Diritto-on-line%29/.
- SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupid=252038.
- SIMÓN MORENO, H., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 2014, págs. 162-187.
- SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2012.
- VELASCO CABALLERO, F., «Art. 45», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., CASAS BAAMONDE, E. (Coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XL aniversario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 1366-1374.
- ZOCO ZABALA, C., «Intervención de espacios físicos (industrias, talleres, locales...) "con excepción de domicilios privados" en el 2.º estado de alarma:



un análisis desde el artículo 18.2 CE», en LUQUIN BERGARECHE, R. (Dir.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos jurídicos*, Bosch. Wolters Kluwer, Madrid, 2020, págs. 517-534.

- «¿Hacia una reformulación de la inviolabilidad del domicilio?», *REDC*, núm. 121, 2021, págs. 169-195.



Jurisprudencia



El alcance del control judicial de la inadmisión de la acción de nulidad; a propósito de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2020

The scope of judicial control of the inadmission of the invalidity action; Regarding the Judgment of the Supreme Court of December 1, 2020

CARMEN AGOUÉS MENDIZABAL

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).
carmen.agoues@ehu.eus
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7582-5993>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.06>

LABURPENA: Administrazio-egintzen deuseztasun-akzioari buruzko alderdik eztabaidagarrienak jorratu dira iruzkin honetan. Deuseztasun-akzioa onartzeko izapidea eta administrazio-egintzak berrikusteko mugen irismena jorrotzen dira bereziki, Administrazio Prozedura Erkidearen Legearen 110. artikuluan aurreikusitakoaren arabera. Iruzkinek Auzitegi Gorenaren 2020ko abenduaren 1eko epaia aztertzen du. Bertan, alderdi hauez gain beste faktore bat ere agertzen da: berrikusi nahi diren administrazio-egintzak Europar Batasunaren Zuzenbidearen kontrakoak dira.

HITZ GAKOAK: Ofizioz berrikustea. Ez onartzeko izapidea. Diskriminazioaren debekua. Erabateko deuseztasuna. Mugak berrikuspenean eta berrikuspenearen ondorioak.

ABSTRACT: This comment approaches the most controversial facets of the invalidity action of administrative acts. It is particularly focused on the admission process of the invalidity action, and on the scope of the limits of the review of administrative acts provided for by article 110 LPAC. This comment examines the judgment of the Supreme Court of December 1st, 2020, which analyzes these aspects with the added factor that the administrative acts whose revision is called upon are contrary to European Union law.

KEYWORDS: Ex officio review. The admissibility of the action. Principle of non-discrimination. Nullity. Limits of the review. Effects of the review.



RESUMEN: Este comentario aborda los aspectos más controvertidos sobre la acción de nulidad de los actos administrativos. Se centra particularmente en el trámite de admisión de la acción de nulidad y en el alcance de los límites de la revisión de los actos administrativos previsto en el art. 110 LPAC. El comentario analiza la sentencia de 1 de diciembre de 2020 del Tribunal Supremo, que aborda estos aspectos con el factor añadido de que los actos administrativos cuya revisión se insta son contrarios al Derecho de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Revisión de oficio. Trámite de inadmisión. Prohibición de discriminación. Nulidad de pleno derecho. Límites a la revisión y efectos de la revisión.

Trabajo recibido el 30 de julio de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. El marco normativo de la acción de nulidad. 1. El objeto de la acción de nulidad. 2. La inadmisión a trámite de la acción de nulidad. 3. Las limitaciones al alcance de la revisión de los actos nulos.—III. La revisión de actos administrativos internos contrarios al Derecho de la Unión Europea. 1. La aplicación de los principios de equivalencia y efectividad. 2. Los efectos de la invalidez de los actos administrativos internos contrarios al Derecho europeo.—IV. La STS de 1 de diciembre de 2020. 1. Antecedentes. 2. El alcance de las pretensiones. 3. La revisión de oficio de disposiciones generales y de los actos administrativos. 4. La improcedencia de retrotraer el expediente al trámite de admisión. 5. Los actos administrativos cuya revisión se insta son contrarios al Derecho de Unión Europea.—V. Consideraciones finales.—Bibliografía.

I. Introducción

La vía prevista por nuestro ordenamiento jurídico para remover los actos administrativos viciados de nulidad y no recurridos en plazo es la revisión de oficio prevista en el artículo 106 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). La revisión de oficio de los actos administrativos puede iniciarse por la Administración a iniciativa propia o a solicitud del interesado (en este último caso hablamos de «acción de nulidad» (1)).

Si bien las líneas conceptuales de la acción de nulidad se encuentran consolidadas en la doctrina (2) y en la jurisprudencia (3), la práctica pone de relieve que algunos de sus aspectos no resultan muy precisos y pueden generar incertidumbre y confusión. La tensión entre la seguridad jurí-

(1) Así se calificaba a este remedio administrativo en la exposición de motivos de la Ley 4/1999.

(2) Vid. entre otros, CANO MATA, T., «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», *Documentación administrativa*, núm. 5, 2018, págs. 7-26. p. 16, considera a la acción de nulidad como una suerte de tercera vía entre los recursos administrativos y la revisión de oficio que se pone en marcha a través de una solicitud ante la Administración autora del acto, para que proceda a declarar la nulidad del acto previo dictamen favorable del Consejo de Estado. Vid también, BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, págs. 221-229; CARBONELL PORRAS, E., «Capítulo XI. Revisión de actos en vía administrativa», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 2313-2369. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «La acción de nulidad en la jurisprudencia administrativa». *Revista española de derecho administrativo*, núm. 4, 1975, págs. 96-106. SUAY RINCÓN, J., «La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio (Un análisis de derecho positivo de esta institución)», en *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Vol. II, Madrid: lustel, 2014, pág. 1363.

(3) Vid. la reciente jurisprudencia reflejada además de en la sentencia que se comenta en el presente trabajo [1636/2020, de 1 de diciembre (rec. cas. núm. 3857/2019), en las posteriores: SSTS 103/2021, de 28 de enero de 2021 (rec. cas. 3734/2019), y STS de 1 de febrero de 2021 (rec. cas. 3290/2019)].



dica que exige la impugnación del acto administrativo en debido plazo (el acto se convierte en firme tras el plazo de recurso) y el principio de legalidad, que obliga extraer del ordenamiento jurídico el acto viciado, genera situaciones complejas a las que, en ocasiones, deben enfrentarse los tribunales (4).

La sentencia de 1 de diciembre 2020 del TS (5) se pronuncia sobre los aspectos más relevantes de la acción de nulidad y establece una serie de criterios interpretativos de los que queremos dar cuenta en las siguientes líneas; la Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto frente a una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (TSJCM), estimatoria del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales formulado frente a una resolución de la Directora Gerente del Servicio de Salud de Castilla La Mancha, que inadmitía la solicitud de revisión de oficio instada por la demandante respecto a determinados preceptos del Decreto 62/2007 del Consejo de Gobierno de Castilla la Mancha, así como en relación a diversos actos de aplicación del mismo.

Uno de los aspectos que se plantea en la citada sentencia es la revisión de oficio de las disposiciones generales. Si bien la jurisprudencia sobre este tema es inequívoca en el sentido de que la legislación de procedimiento administrativo no otorga a los interesados una acción de revisión para obtener la declaración de nulidad contra las normas reglamentarias, el TS se plantea si cabe solicitar la revisión de oficio de una disposición general cuando su nulidad deriva de la acción de nulidad de actos administrativos que tienen cobertura en dicha disposición. Es decir, si cabe aplicar el esquema de la impugnación indirecta de disposiciones generales a la de la revisión de oficio de actos firmes de aplicación de una disposición general.

Otra de las cuestiones que aborda la sentencia es la relativa al trámite de admisión de la acción de nulidad. Con carácter general, la jurisprudencia no ha aceptado que los Tribunales entren a decidir sobre el fondo del asunto cuando se recurre la decisión administrativa que inadmite la acción de nulidad, sino que se ha limitado a ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la resolución impugnada. En la Sentencia objeto de examen, el TS va más allá y, ante las circunstancias del litigio concreto, entiende que la estimación del re-

(4) *Vid.* en ese sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos», *Revista de Administración pública*, núm. 213, 2020, pág. 115. El autor sostiene que «el corpus teórico y la regulación legal de la invalidez presenta deficiencias muy importantes y se ha llegado en muchos casos a ofrecer un sistema conceptual parcialmente desvinculado y discrepante del plano de la producción fáctica de los fenómenos».

(5) STS 4193/2020 (rec. cas. 3857/2019).



curso contencioso-administrativo contra la decisión de inadmisión permite entrar directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio.

Finalmente, la sentencia incide en las razones que permiten excluir la revisión de los actos nulos de pleno derecho, y el interés del caso estriba en que, en el caso concreto, los actos administrativos cuya revisión se insta son contrarios al derecho de Unión Europea. El Tribunal examina los supuestos que limitan el alcance de la facultad de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho previsto en el art. 110 LPAC cuando está en juego el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, así como de los efectos de la invalidez de los actos administrativos internos contrarios al Derecho europeo.

En las siguientes líneas trataré de esbozar una síntesis del estado teórico de la cuestión en torno a la acción de nulidad, sin mayor pretensión que la de servir de punto de partida para el tratamiento de los problemas que se perfilan en la sentencia que se aborda. A tal fin, en primer lugar, incidiré en el objeto de la acción de nulidad, en el trámite de admisión y en el alcance de los límites previstos por el art. 110 LPAC a la revisión de los actos nulos. Seguidamente, expondré brevemente las particularidades de la revisión de actos administrativos internos contrarios al derecho de la Unión Europea. Y finalmente, me centraré en los aspectos más destacados de la sentencia objeto de comentario y concluiré con un apartado de consideraciones finales.

II. El marco normativo de la acción de nulidad

1. El objeto de la acción de nulidad

El art. 106 LPAC distingue, en sus dos primeros apartados, entre la revisión de oficio de los actos administrativos y la revisión de oficio de las disposiciones generales(6); en el primer caso, la revisión de oficio puede iniciarse por la Administración a iniciativa propia o a solicitud del interesado, y cuando se trata de disposiciones generales, sólo puede iniciarse de oficio. La acción de nulidad procede únicamente frente a

(6) El precepto dispone: 1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.



los actos administrativos que hayan incurrido en un vicio de nulidad de pleno derecho, tanto si el acto es favorable como si es de gravamen (7), pero no resulta admisible frente a las disposiciones generales. En virtud del artículo 106.2 LPAC, la revisión de oficio de las disposiciones generales no puede operar como acción de nulidad. En el caso de que la revisión de oficio se dirija contra una disposición administrativa, el procedimiento únicamente podrá iniciarse de oficio por la Administración autora del acto.

Es preciso señalar que, en la redacción del art. 106.1 LPAC, la revisión de oficio se configura como una potestad reglada. El precepto ya no utiliza la expresión «podrán», sino que literalmente señala que las Administraciones públicas «declararán de oficio» (8).

Cuando el objeto de la revisión de oficio son actos administrativos, se requiere que los actos cuya anulación se pretende hayan alcanzado firmeza; si todavía no son firmes, lo procedente es acudir a los procedimientos y recursos ordinarios. De esta regulación se deduce que la revisión de oficio es una última *ratio* respecto al régimen de recursos: si el particular interesado aprecia una causa de nulidad, deberá formular el recurso correspondiente, y sólo cuando no quepa recurso alguno, podrá solicitar la revisión

A este respecto, resulta interesante la línea argumental recogida en las Sentencias del TS de 21 de diciembre de 2020(9) y 14 de enero de 2020(10) en materia de subvenciones, al señalar que la liquidación y abono de una subvención son resoluciones provisionales sujetas a lo que resulte de comprobaciones posteriores. Sostiene el Tribunal que, «La verificación y comprobación desplegada por la Administración Pública de una subvención concedida que culmina con la liquidación del importe y abono de la ayuda, no enerva, anula o elimina la posibilidad de incoar un

(7) REBOLLO PUIG, M. y CARBONELL PORRAS, E., «La revisión de oficio», en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J., *Derecho Administrativo*, II, 3.ª ed. Tecnos, Madrid, 2018. p.186. Vid. en este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general Tomo XII. Actos Administrativos y sanciones administrativas*. Ed. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, pág. 217 y ss. El autor señala que el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente (por ejemplo, en los Dictámenes de 28 de enero y 11 de febrero de 1999) que la tramitación a seguir para la revocación de los actos de gravamen es la misma regulada en el artículo 106 LPAC, al constatar que en dicho precepto no se establece ninguna distinción entre actos favorables y de gravamen, por lo que debe entenderse que es de común aplicación a todas las hipótesis. Por tanto, pese a que el artículo 109 utiliza el término «revocación», también los actos de gravamen son objeto de «revisión de oficio» por el procedimiento del artículo 106.

(8) El artículo 106.1 LPAC mantiene la literalidad del anterior artículo 102.1 LRJPAC, introducida por la Ley 4/1999, que sustituyó el sintagma verbal «podrán declarar» por «declararán», como había reivindicado la doctrina.

(9) Rec. cas 1088/2018.

(10) Rec. cas 4926/2017.



procedimiento de reintegro, ni aboca al procedimiento de revisión de oficio, pues la naturaleza jurídica de tal liquidación y abono no es la de una resolución que, de manera definitiva y firme, reconozca al beneficiario el derecho a percibir la subvención en la cuantía que se liquida y abona, sino la de una liquidación y pago provisionales sujetos, en su caso, a lo que resulte de comprobaciones ulteriores culminadas dentro del plazo de prescripción de cuatro años que establece el artículo 39.1 de la Ley General de Subvenciones» (11).

Tampoco es posible instar la revisión de oficio, por existir cosa juzgada, cuando previamente se haya impugnado la resolución de que se trata en vía jurisdiccional, tal como se ha recogido en la jurisprudencia (12).

Los actos administrativos y las disposiciones generales pueden ser revisados «en cualquier momento»: la ausencia de plazo para proceder a la revisión de oficio es una exigencia derivada del grado de invalidez que afecta al acto o reglamento objeto de revisión. No cabe olvidar que se trata de los vicios más graves que pueden incidir en la actuación administrativa, los cuales trascienden el simple interés personal de los afectados y afectan al orden general. La necesidad de que la Administración actúe sometida a la ley y al Derecho hace necesario que, ante estos vicios, se amplíen los breves plazos ofrecidos por el ordenamiento jurídico para reaccionar frente a las actuaciones administrativas, y permite que la Administración pueda proceder a declararlos nulos en cualquier momento (13).

Ahora bien, como veremos, la imprescriptibilidad de la acción de revisión de oficio se ve compensada por los límites de la revisión que se recogen en el art. 110 LPAC, porque, a diferencia de la vía de los recursos ordinarios, en la revisión de oficio, no cuenta sólo el valor de la legalidad del acto impugnado, sino otros elementos a ponderar por la Administración.

El órgano competente para la revisión de oficio puede acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados en determinados supuestos. En el siguiente epígrafe examinamos el alcance de dicho trámite.

(11) *Vid.* también en el mismo sentido, la STS de 25 de marzo de 2021 (rec. cas. 289/2020); STS de 1 de marzo (rec. cas. 3057/2019); STS de 22 de julio de 2020 (rec. cas. 3409/2019).

(12) SSTS de 21 de mayo de 2013 (rec. de cas. 779/2011), de 18 de mayo de 2010 (rec. cas. 3238/2007), de 28 de abril de 2011 (rec. cas. 2309/2007), de 5 de diciembre de 2012 (rec. cas. 6076/2009) y de 7 de febrero de 2013 (rec. cas. 563/2010).

(13) GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., «Revisión de actos en vía administrativa. Revisión de oficio», *El procedimiento administrativo común (comentarios, jurisprudencia, formularios)*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 1831.



2. La inadmisión a trámite de la acción de nulidad

Presentada la solicitud de revisión, la Administración debe decidir sobre su admisión o inadmisión a trámite. Para ello, la Administración debe comprobar si la solicitud reúne los requisitos formales y materiales necesarios. Así, el art. 106.3 dispone que:

«el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales».

En consecuencia, la Administración puede acordar, motivadamente, inadmitir a trámite la solicitud y no seguir con la sustanciación del procedimiento (14). En el trámite de admisión, la Administración debe realizar un juicio anticipado y determinar la inadmisión cuando la solicitud carezca de fundamento de forma «manifiesta». Por tanto, procederá a inadmitir la solicitud antes de recabar el correspondiente dictamen del órgano consultivo, cuando sea evidente y ostensible la falta de variabilidad de la acción de nulidad (15). Como manifiesta el TS con relación al trámite de admisión «(...) Supone, en fin, poner a cubierto este tipo de procedimientos de solicitudes inconsistentes por temerarias» (16).

(14) Esta posibilidad constituyó una novedad introducida por la Ley 4/1999. No obstante, ya antes incluso de la aprobación de la LPAC, la jurisprudencia había autorizado a la Administración a inadmitir, sin necesidad de solicitar el dictamen favorable del Consejo de Estado, las solicitudes de revisión de oficio que careciesen manifiestamente de fundamento. Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de febrero de 1984.

(15) El Tribunal Supremo ha creado un cuerpo de doctrina sobre los requisitos exigibles para la inadmisión a trámite de una revisión de oficio. *Vid.* a estos efectos Sentencia de 27 de febrero de 2020 (rec. 350/2018), o la STS de 13-12-2018 (rec. 565/2017), en la que señala: «Con la facultad reconocida legalmente a la administración de que pueda inadmitir a trámite solicitudes de revisión con apoyo en la carencia manifiesta de sus fundamentos, se quiere por el legislador poner freno a solicitudes inconsistentes por temerarias, a solicitudes que, de forma clara y evidente, por razones obvias, se muestran como infundadas y por ello no necesitadas para su rechazo de una interpretación jurídica de fondo».

En el sentido expuesto, *vid.* también sentencias de 27 de noviembre de 2010 (rec. cas. 5360/2006), 5 de julio de 2012 (rec. cas. 216/2011), 5 de diciembre de 2012 (rec. cas. 6076/2009), 19 de julio de 2013 (rec. cas. 814/2011), 15 de julio de 2016 (rec. cas. 1637/2015).

(16) STS de 26 de noviembre de 2010 (rec. cas 5360/2006.).



Parece evidente que el procedimiento puede finalizar con la resolución desfavorable de la Administración que conoce de la acción de nulidad al considerar que el acto no se encuentra viciado de nulidad. BAUZA entiende que el verdadero análisis de si existe causa de nulidad —que es la esencia de la revisión de oficio— no puede realizarse en un mero trámite de admisión (17).

El TS ha manifestado que ese examen *ab initio* de la solicitud no requiere ser un examen acabado sobre la segura concurrencia de las causas de nulidad, pero sí, al menos, *de una concreción de los elementos fácticos, lógicos y jurídicos de los que —tras un examen más pormenorizado y contando con el dictamen del órgano consultivo correspondiente— poder deducir la causa de nulidad* (18).

Una de las cuestiones más controvertidas es si cuando la Administración inadmite la revisión de oficio de actos administrativos, la estimación del recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión para su tramitación posterior ante la propia Administración, o si el Tribunal puede entrar directamente a resolver sobre la cuestión de fondo objeto de la revisión de oficio.

El TS, con carácter general, ante indicios de que pudiera proceder la nulidad, se ha limitado a acordar que se retrotraigan las actuaciones y se inicie nuevamente el procedimiento administrativo de revisión de oficio, sin entrar a conocer del fondo del asunto (19). En virtud de dicha jurisprudencia se entiende que el órgano judicial no puede predeterminar el sentido de la resolución que se pudiera emitir con ocasión del procedimiento de revisión de oficio pues, de ese modo, se cercenaría la facultad resolutoria de la Administración.

Solo con carácter excepcional, y señalando expresamente dicha excepcionalidad, el Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de cono-

(17) BAUZÁ MARTORELL, F. J., «Alcance de la función consultiva ante una solicitud de revisión de oficio con propuesta desfavorable», en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 115, 2019, pág. 39. Vid. también el Dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, de 22 de enero de 1998, relativo al anteproyecto de ley de modificación de la LRJ-PAC, que se muestra muy crítico con el trámite de admisión.

(18) STS de 08/04/2008 (rec. cas. 711/2004).

(19) Por todas, STS de 25 de marzo de 2015 (Rec. cas. 1383/2013: «en el procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos y disposiciones generales, suscitado al amparo del Artículo 109 LPA (actual artículo 102) el examen de fondo está condicionado a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del actor o Reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado, de tal manera que, eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que inicia el trámite, pero no lo concluye, lo procedente no es que la Jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que ordene a la Administración que inicie el trámite y lo concluya dictando la pertinente resolución expresa». Vid en el mismo sentido, STS de 30 de junio de 2009, dictada en el recurso 511/2007.



cer no solo sobre la admisibilidad de la acción de recurso, sino sobre el fondo del asunto. Pero, al albur de esta jurisprudencia, esta opción solo resulta posible cuando la acción de nulidad se haya ejercido contra «actos administrativos sobre los que se cuenta ya con elementos de juicio para, sobreponiéndose a un entendimiento formalista del carácter revisor de la Jurisdicción contenciosa, enjuiciar su validez» (20).

A favor de permitir a la Jurisdicción entrar a conocer el fondo del asunto se han pronunciado diversos autores. Así, MUÑOZ MACHADO sostiene que la negativa de la Jurisdicción Contenciosa a conocer el fondo del asunto para determinar si concurre causa de nulidad, haciendo valer como excusa que la Administración no se ha pronunciado sobre ello y que el Recurso contencioso Administrativo tiene mero carácter revisor, ha dejado de tener justificación en el sistema actual. Alega el autor que no resulta razonable y contribuye solo a atrasar y duplicar el procedimiento, vulnerando el principio de economía procesal (21). También BAÑO LEÓN y CANO CAMPOS, aunque se han pronunciado con carácter general y no con relación a la acción de nulidad, entienden que cuando en un proceso contencioso se ha ejercido pretensión anulatoria de un acto denegatorio de la Administración y se ha solicitado también que se condene a la Administración a que dicte el acto estimatorio de su solicitud, únicamente procedería la retroacción de actuaciones si el órgano judicial no ha podido determinar en el proceso si el demandante tiene o no derecho a lo solicitado (22).

Por su parte PLEITE GUADAMILLAS, frente a quien apela a la importancia del informe preceptivo y vinculante del Consejo de Estado para mantener la tesis contraria, entiende que la retroacción de actuaciones para recabar el citado informe y resolver nuevamente, que sería la otra

(20) Vid. Las SSTS de 17 de noviembre de 2006 (rec.cas 6535/2001), y de 8 de abril de 2008 (rec. cas 711/2004). En esta última refiere el Tribunal que: «La conocida y recurrente decisión de retroacción de actuaciones que pudiera haber sido dispuesta por la sentencia hubiera conculcado de modo flagrante los principios de economía procesal, y, sobre todo, el constitucionalmente reconocido de tutela judicial efectiva, puesto que hubiera obligado a una nueva tramitación de la revisión con la dilación que ello comporta, y a un posterior nuevo proceso. De modo que esa solución que podría ser admitida como válida respuesta, en términos generales, no puede aceptarse si en el supuesto concreto existe la posibilidad de abordar el fondo del asunto porque el Tribunal cuenta con todos los medios necesarios para resolver la cuestión suscitada».

(21) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*. 2.ª ed. Agencia de Boletín Oficial del Estado, 2017, pág. 183.

(22) BAÑO LEÓN, J. M.ª, «La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2012, 579 y ss. CANO CAMPOS, T., «La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2012, 841 y ss.



alternativa, supondría que el administrado debe soportar la indebida inadmisión con otro procedimiento administrativo y, tal vez, judicial (23).

A favor de la posibilidad de entrar a conocer el fondo del asunto por parte del Tribunal que enjuicia la decisión de inadmisión de la acción de nulidad, cabe añadir otro argumento; el art. 71.1 LJCA establece que cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo «declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido». Esto nos lleva a sostener que, si el tribunal declara que la inadmisión de la acción de nulidad no es conforme a derecho, debe entrar al fondo del asunto para anular el acto objeto de revisión, salvo que en el proceso no existan elementos de juicio suficiente para decidir si el demandante tiene o no tal derecho, en cuyo caso lo procedente sería anular el acto de inadmisión y condenar a la Administración a iniciar el procedimiento de revisión.

Tras analizar brevemente los elementos estructurales de la acción de nulidad, procede examinar las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico al amparo del principio de seguridad jurídica.

3. Las limitaciones al alcance de la revisión de los actos nulos

El principal efecto de la resolución que declara la invalidez del acto tras el procedimiento de revisión es el de hacer que cese su eficacia de forma inmediata. Sin embargo, con relación a la revisión de las disposiciones declaradas nulas, el art. 106.4 LPAC dispone que, *tratándose de una disposición, cabe que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma*.

Cuando se declara la nulidad del acto administrativo, el principio de legalidad exige que el acto se considere nulo desde el momento en que ha infringido el ordenamiento y que desde ese mismo momento se produzcan las consecuencias de la invalidez, sin perjuicio de las modulaciones que procedan en aplicación de otros principios del sistema. Como sostiene CANO MATA, «en caso contrario, se llegaría al absurdo, por ejemplo, de que el particular no tendría que devolver las subvenciones recibidas ni la Administración las multas ejecutadas cuando las primeras se han otorgado o las segundas se han impuesto incurriendo en vicios de anulabilidad» (24).

No obstante, sabemos que, en realidad, no siempre esto es así. El paso del tiempo consolida situaciones y genera confianza en el mantenimiento de dichas situaciones; y en determinadas circunstancias puede resultar de interés general o más equitativo mantener esas situaciones. Por ello, ante

(23) PLEITE GUADAMILLAS, F., «La revisión de oficio», *Actualidad Administrativa* núm. 4, 2021, pág. 4/4.

(24) CANO MATA, T., *op. cit.* pág. 14.



una acción de nulidad, la Administración debe decidir si procede o no la revisión en cada caso concreto atendiendo no solo a los presupuestos de hecho exigidos para el ejercicio de la potestad, sino también a las circunstancias concurrentes. Así se deriva de lo dispuesto en el art. 110 LPAC en virtud del cual, «las facultades de revisión establecidas en este Capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido (25) o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes» (26).

El precepto citado responde a la tensión entre las consecuencias que la nulidad trae consigo y los problemas de seguridad jurídica o de interés general que dicha anulación genera (27), y establece límites materiales a los poderes de revisión en beneficio de las consecuencias jurídicas adecuadas a otros principios que se consideran prevalentes al principio de legalidad. En virtud de una estricta observancia del principio de legalidad, la Administración estaría abocada a eliminar el acto nulo del ordenamiento jurídico; sin embargo, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y cuando el ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, será posible excepcionar la nulidad y aceptar otras soluciones.

SUAY RINCON entiende que, a pesar de su tenor literal, el artículo no se limita a establecer una serie de supuestos en los que no se pueden ejercer las potestades de revisión, sino que, permitiendo su ejercicio, posibilita moderar sus efectos (28).

Como sostiene CANO MATA, el tiempo transcurrido resulta determinante a la hora de limitar el alcance de la acción de nulidad. Parece evi-

(25) Es preciso señalar que no resulta posible determinar con precisión cuánto tiempo debe transcurrir para entender que la situación creada es protegible. A estos efectos, debe tenerse en cuenta no solo el tiempo transcurrido, sino todos los elementos concurrentes. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado que el transcurso de diez años desde que se dictó la resolución que pone fin a un procedimiento selectivo de funcionarios públicos no impedía ejercer la acción de nulidad a un administrado que no tuvo posibilidad de conocer los vicios producidos hasta mucho tiempo después (STS de 19 de febrero de 2014, rec. 2770/2011). La STS de 22 de julio de 2008 (rec. 6779/2005) consideró procedente la acción de nulidad de la revisión de oficio, en un caso en que se entendió vulnerado el principio de igualdad en el acceso a la función pública, y se reconoció a los recurrentes el derecho a ser incluidos en la relación definitiva de aprobados, en la medida en que se habían modificado los criterios de valoración de las pruebas como consecuencia de un recurso de algunos participantes sin haberlo hecho para todos los participantes. Los recurrentes en casación no habían recurrido en su día la lista de aprobados como sí hicieron otros opositores y doce años después pretendían la revisión de oficio. Sin embargo, ha rechazado la posibilidad de anular unos deslindes aprobados décadas atrás, (STS del 21 de febrero de 2010, rec. 62/2003; o un acuerdo de colegiación veinte años después de haber sido adoptado (STS de 16 de julio de 2003, rec. 6245/1999).

(26) *Vid.* en este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., *Los límites a la potestad de revisión*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 261 págs.

(27) RUIZ PALAZUELOS, N., «Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés», *Revista de administración pública*, 208, 180.

(28) SUAY RINCÓN, J., *op. cit.*, pág. 1402.



dente que cuanto más tarde se declare la nulidad más obstáculos habrá para restablecer la legalidad alterada. El acto declarado nulo ha podido servir de cobertura a otros muchos actos que han podido generar nuevas expectativas y derechos. La declaración de nulidad se proyecta sobre una realidad fáctica y jurídica creada al amparo del acto inválido. Principios como el de seguridad jurídica, protección de la confianza, prohibición de enriquecimiento o continuidad de los servicios públicos, pueden resultar de aplicación y amparar jurídicamente la situación que se haya creado como consecuencia de un acto inválido. Tales principios serán aplicables para que en determinados supuestos se mantengan los efectos producidos y queden liberados de cualquier reparo jurídico (29).

Tras analizar algunos de los elementos vertebradores de la acción de nulidad, y con objeto de comprender mejor los problemas que aborda la sentencia objeto de examen, procede adentrarse en algunas de las especificidades derivadas de la revisión de los actos administrativos internos cuanto estos resulten contrarios al Derecho de la Unión Europea.

III. La revisión de actos administrativos internos contrarios al Derecho de la Unión Europea

1. La aplicación de los principios de equivalencia y efectividad

En virtud del Derecho europeo, los Estados miembros deben establecer mecanismos de reacción adecuados frente a actos administrativos internos contrarios al Derecho de la Unión Europea. Ya desde la Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978 (30), el TJUE precisó que el juez nacional encargado de aplicar el Derecho comunitario, tiene obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas. El Derecho de la Unión puede obligar a los Estados a revisar incluso actos administrativos firmes, cuando el Tribunal Justicia de la UE ha aclarado posteriormente la interpretación correcta de normas europeas. Además, la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado y, si bien, en un primer momento entendió que la revisión procedía cuando la normativa interna lo hubiese previsto (31), más adelante, ha interpretado que también procede cuando el acto administrativo interno vulnera grave-

(29) CANO MATA, T., *op. cit.* p 18. El autor sostiene que, a veces es el propio legislador el que antepone los intereses protegidos por la seguridad jurídica o el interés general a los que atiende la invalidez y, en atención a ello, determina los efectos que ha de tener la declaración de nulidad o, incluso, impide que dicha declaración tenga lugar. Pone como ejemplo el art. 73 LJCA, que dispone el mantenimiento de los actos administrativos firmes dictados en aplicación de reglamentos declarados nulos, salvo que se trate de sanciones no ejecutadas.

(30) Asunto 106/77.

(31) Sentencia *Kühne & Heitz NV*, de 13 de enero de 2004, C-453/00.



mente la norma europea, aunque no exista procedimiento para revisar dicho acto firme (32).

Tal y como ha puesto de manifiesto FUENTETAJA PASTOR, para resolver si procede revisar los actos administrativos internos contrarios al Derecho europeo, el TJUE ha aplicado los principios de equivalencia y efectividad (33). Así, en virtud del principio de equivalencia, el sistema interno previsto para la revisión de los actos administrativos nacionales debe aplicarse en las mismas condiciones cuando los actos administrativos nacionales vulneran el Derecho europeo (34). Y conforme al principio de efectividad, el Derecho europeo puede exigir la adecuación del sistema interno de invalidez y de revisión si considera que la configuración de dicho sistema no resulta efectiva para responder adecuadamente al restablecimiento de la legalidad europea (35).

En consecuencia, la aplicación de la nulidad y sus causas debe hacerse sobre la base del principio de equivalencia, de modo que el acto administrativo será nulo por incurrir en una causa de nulidad prevista en derecho interno, con independencia de que la norma infringida sea europea. No obstante, la interpretación del Derecho europeo en cada caso debe realizarse conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así, tal y como ha señalado MUÑOZ MACHADO, conforme al principio de equivalencia, sólo la vulneración de los derechos y libertades recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales que se correspondan con los sus-

(32) Sentencia *Byankov*, del TJUE de 4 de octubre de 2012, C-249/11.

(33) FUENTETAJA PASTOR, J., «Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo», *Documentación Administrativa* núm. 5, 2018, Págs. 93-106.

(34) *Vid.* por todas, la STJUE 8 *ÖBB Personenverkehr*, de 28 enero 2015, C-417/13, apdo. 74.

(35) En La STJUE *Martínez Andrés*, de 14 de septiembre de 2016, (C-184/15 y C-197/15), una de las cuestiones que planteaba el Tribunal *a quo* afectaba al principio de efectividad, pues hacía referencia a la necesidad de que los interesados (funcionarios interinos y estatutarios de los Servicios de Salud) tuvieran que interponer un nuevo recurso e iniciar un nuevo proceso para obtener la reparación del daño, diferente al proceso en el que se declaró abusivo el encadenamiento de nombramientos temporales. El Tribunal de Justicia consideró que «la obligación que incumbe al trabajador con contrato de duración determinada de ejercitar una nueva acción, en su caso ante un tribunal diferente, para determinar la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no muestra ser conforme con el principio de efectividad, en la medida en que de ella se derivan necesariamente para dicho trabajador inconvenientes procesales, en forma, en particular, de duración y de normativa de representación procesal». En consecuencia, «lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal, que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión».



ceptibles de amparo constitucional podrá ser calificada como causa de nulidad de pleno derecho, y el contenido y el alcance de esos derechos será el que establezca el Tribunal de Justicia para considerar así que los derechos europeos han sido vulnerados por un acto nacional (36).

El principio de efectividad, por su parte, exige que la normativa interna ni impida ni dificulte excesivamente la eficacia del Derecho europeo. El Derecho europeo, en principio, respeta que el derecho interno, por motivos de seguridad jurídica, excluya la revisión de los actos internos contrarios al Derecho europeo. No obstante, en determinadas circunstancias, el Tribunal de Justicia ha considerado que las exigencias de legalidad europea se deben imponer sobre las técnicas de preservación de la seguridad jurídica interna. Así, en la sentencia *Kühne & Heitz NV* (37), el TJUE apela al principio de cooperación leal (art. 4 TUE, apdo. 3), y establece la necesidad de que concurran una serie de condiciones para la revisión de actos administrativos nacionales que infringen la legalidad europea: que el Derecho nacional establezca procedimientos que permitan a la Administración reconsiderar una resolución firme; que la resolución controvertida haya adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia; que dicha sentencia esté basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, sea errónea y que se haya adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial; que el interesado se haya dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia (38).

En la Sentencia *Willy Kempter KG* (39), el TJUE señala que el Derecho comunitario no impone ningún límite temporal para presentar una solicitud dirigida a la revisión de una resolución administrativa firme, y que los Estados miembros siguen siendo libres de establecer plazos ra-

(36) MUÑOZ MACHADO, S., «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, págs. 195-230.

(37) *Vid.* sobre esta sentencia, ARZOZ SANTISTEBAN X., *Revisión de actos administrativos nacionales en derecho administrativo europeo*, Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas, 2013, págs. 141 y ss.

(38) *Vid.* en este sentido, además de la Sentencia *Kühne & Heitz NV* (C-453/00); *i-21 Germany* (C-392/04) y *Arcor* (C-422/04); en la sentencia *Lucchini* (C-119/05), declara que Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de la cosa juzgada, cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión de las Comunidades Europeas. *Vid.* sobre esta última sentencia el comentario de MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «*Res judicata pro veritate habetur* c. primacía del derecho comunitario: ¿un combate por librar? (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2007, C-119/05, *Lucchini*)», en *Revista española de derecho europeo*, núm. 24, págs. 521-557.

(39) C-2/06.



zonables para interponer recurso de conformidad con los principios comunitarios de efectividad y equivalencia.

En la sentencia *Byankov*(40)el TJUE da un paso más y reconoce directamente la obligación de los ordenamientos internos de revisar actos nacionales cuya ilegalidad europea es clara e, indirectamente, el derecho de los afectados a solicitar esa revisión. Se establece la obligación del Estado de establecer un procedimiento de revisión de actos administrativos que sean contrarios al Derecho europeo cuando vulneren derechos atribuidos por el Ordenamiento jurídico europeo. Con la citada sentencia, el Tribunal abandona el requisito de que el Derecho nacional hubiese previsto vías de procedimiento de revisión.

Como sostiene FUENTAJA PASTOR, si el principio de cooperación leal le sirvió al Tribunal para sentar las bases generales para permitir la revisión de actos firmes contrarios al Derecho europeo, el principio de efectividad le sirve para verificar si el procedimiento administrativo nacional se adecúa a las necesidades ejecutivas del Derecho europeo (41).

Recientemente, el Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina y en la Sentencia 1016/2020 (42) ha declarado que si bien la doctrina del TJUE contenida en la sentencia de 3 de septiembre de 2014, asunto Comisión/España (C-127/12) (43), no constituye, por sí misma, motivo suficiente para declarar la nulidad de cualesquiera actos, sí obliga, incluso en presencia de actos firmes, a considerar la petición de revisión sin que haya de invocarse para ello una causa de nulidad de pleno derecho. La Sala sentenciadora critica la concepción «extrema y rigurosa» del acto firme y consentido «consumado por el sólo hecho de no recurrir, sin mayores aditamentos ni indagaciones, (...) en los plazos fugaces y fatales ofrecidos para su obligatoria impugnación» (44). Con arreglo a esta doctrina, aun cuando la sentencia del TJUE no es suficiente por sí misma para determinar la nulidad de un acto administrativo, sí obliga a considerar la petición de revisión del acto formulada por el justiciable, sin que

(40) C-249/11.

(41) FUENTAJA PASTOR, J., *op. cit.* 103.

(42) Rec. cas. 810/2019.

(43) Esta sentencia declara el incumplimiento por parte de España de las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residente en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorios español y fuera de este.

(44) *Vid.* sobre esta sentencia el trabajo de COSTAGLIOLA, F., «*Nunc est Bibendum!*... A propósito de la «única posibilidad de satisfacer el principio de efectividad» en materia de revisión de actos firmes nulos de pleno derecho. (Comentario a la STS, 3.ª, núm. 1016/2020, de 16 de julio), en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 212, 2021, págs. 239-276.



haya que hacerse expresa referencia a la existencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho. Para fundar su conclusión la sala trae a colación lo dispuesto en la STJUE *Kühne & Heitz NV* (45), en la que se ponen de manifiesto una serie de circunstancias cuya concurrencia determinarían la existencia de una verdadera obligación para el órgano administrativo nacional a examinar nuevamente una resolución firme.

2. Los efectos de la invalidez de los actos administrativos internos contrarios al Derecho europeo

El TFUE no contiene ninguna disposición que expresamente autorice la limitación de los efectos retroactivos de una Sentencia. No obstante, el párrafo segundo del art. 264 TFUE, prevé que el Tribunal de Justicia señale, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.

Con relación a los efectos de la invalidez de los actos administrativos internos contrarios al Derecho europeo, como principio general, el TJUE ha considerado que el restablecimiento de la legalidad vulnerada se debe imponer con efectos desde que la norma europea infringida fue dictada, es decir, desde que se dictó el acto; se trata de impedir que se mantengan con carácter general situaciones jurídicas creadas como consecuencia de vulneraciones del Derecho europeo. Ahora bien, como sostiene COBREROS MENDAZONA, esta regla de la aplicación temporal *ex tunc* de la interpretación otorgada por el TJUE que deben hacer las jurisdicciones nacionales tiene su excepción (46), siendo varias las sentencias en las que ha admitido la limitación de los efectos derivados de su interpretación del Derecho de la Unión Europea (47).

El fundamento material en el que el Tribunal de Justicia ha justificado los supuestos en los que opta por una limitación de los efectos, acotándolos sólo hacia el futuro, es siempre el de «imperiosas consideraciones de seguridad jurídica» (48); o, «la aplicación del principio de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario» (49), atendiendo a

(45) C- 453/00.

(46) COBREROS MENDAZONA, E., «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, 2016, pág. 73 y ss. El autor constata que desde 1976 han sido varias las ocasiones en las que ha limitado la eficacia retroactiva de las sentencias y, hoy en día, se sigue requiriendo de manera expresa al Tribunal de Justicia para que limite la eficacia retroactiva de sus pronunciamientos puramente interpretativos del Derecho de la Unión. Asimismo, sostiene que el Tribunal de Luxemburgo se muestra enormemente restrictivo para la admisión efectiva de esta posibilidad.

(47) COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.* pág. 77 y ss.

(48) Sentencia *Defrenne II* de 8 de abril de 1976, 43/75, apdo. 74.

(49) Sentencia de 29 de septiembre de 2015, *Wroclaw*, C-276/14, apdo. 45.



las graves dificultades que los efectos *ex tunc* generarían en las relaciones jurídicas establecidas en el pasado de buena fe.

El TJUE ha manifestado que, en virtud del principio de seguridad jurídica, únicamente el propio Tribunal de Justicia puede mantener los efectos de una disposición nacional contraria al Derecho con efectos prospectivos(50).

En los asuntos *Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne* (51) y *Association France Nature Environnement* (52) el Derecho procesal belga y francés, respectivamente, permitían a los jueces modular la eficacia retroactiva de la anulación de normas, y permitían señalar con discrecionalidad qué situaciones jurídicas se podían considerar no afectadas por la anulación. El TJUE advierte que mantener los efectos definitivos derivados de la aplicación de normas contrarias al Derecho de la UE, implicaría privar de eficacia a las normas europeas vulneradas, por lo que «puede autorizarse excepcionalmente a un órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de la existencia de una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente, a que aplique la disposición nacional que le habilita para mantener determinados efectos de un acto nacional anulado, siempre que se cumplan determinados requisitos»(53).

En virtud de esta doctrina, cabe señalar que, en principio, sólo el TJUE puede reconocer a un órgano jurisdiccional nacional, caso por caso y con carácter excepcional, la facultad de determinar los efectos de la anulación de una disposición nacional juzgada incompatible con el Derecho de la Unión. La limitación, por tanto, no la pueden establecer ni las respectivas jurisdicciones nacionales ni otros aplicadores del Derecho de la Unión, ya que, de lo contrario, peligraría la aplicación uniforme y general del mismo.

(50) En las Sentencias *Winner Wetten* (C-409/06), *Filipiak* (C-314/08), *Gutiérrez Naranjo y otros* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) o *Association France Nature Environnement* (C-379/15), el Tribunal de Justicia rechazó en lo esencial la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales, incluidos los tribunales supremos y los constitucionales, tuviesen competencia para postergar los efectos de una declaración de incompatibilidad de una medida nacional con el Derecho de la Unión, o para establecer un régimen transitorio con el fin de subsanar una supuesta laguna legal. En opinión del Tribunal de Justicia, cualquier decisión de este tipo constituiría una limitación de los efectos en el tiempo de una interpretación del Derecho de la Unión, algo que corresponde decidir en exclusiva al Tribunal de Justicia

(51) De 28 de febrero de 2012, C-41/11.

(52) *Association France Nature Environnement*, 28 de julio 2016, C-379/15.

(53) Los requisitos exigidos en el caso concreto eran: primero, que la disposición de Derecho nacional impugnada constituya una medida de transposición adecuada del Derecho de la Unión en materia de protección del medio ambiente; segundo, que la adopción y la entrada en vigor de una nueva disposición de Derecho nacional no permitan evitar los efectos perjudiciales en el medio ambiente que se derivan de la anulación de la disposición de Derecho nacional impugnada; tercero, que la anulación de esta última tenga como consecuencia crear un vacío legal por lo que respecta a la transposición del Derecho de la Unión en materia de protección del medio ambiente que resulte más perjudicial para el medio ambiente en el sentido de que dicha anulación supondría una menor protección, y vulneraría incluso el objetivo esencial del Derecho de la Unión; y cuarto, que el mantenimiento excepcional de los efectos de la disposición de Derecho nacional impugnada sólo cubra el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que subsanan la irregularidad declarada»



Los presupuestos o las circunstancias que justifican que el Tribunal de Justicia limite los efectos temporales de una Sentencia suya son: a) el riesgo de dificultades graves, sobre todo en forma de las repercusiones económicas o financieras que para los sujetos implicados tendrían las reclamaciones que se podrían originar como consecuencia de la Sentencia que declarase la incompatibilidad del Derecho estatal con el Derecho de la Unión; y b) la buena fe, en el sentido de la existencia de un estado de incertidumbre objetiva, equivalente a entender que era razonable creer que no se estaba incumpliendo el ordenamiento supranacional. Ambos requisitos deben producirse de consuno (54).

En la reciente sentencia de 22 de junio de 2021 (55), la Gran Sala del TJUE se plantea si el principio de primacía del Derecho de la Unión permite que el Tribunal Constitucional de un Estado miembro que conoce de un recurso interpuesto contra una normativa nacional que, a la luz de una resolución del TJUE, resulta incompatible con el Derecho de la Unión decida, con arreglo al principio de seguridad jurídica, mantener los efectos jurídicos de dicha normativa hasta la fecha en que ese tribunal constitucional dicte una sentencia que resuelva definitivamente sobre tal recurso de inconstitucionalidad.

La Gran Sala del TJUE apela al principio de primacía del Derecho de la Unión, para concluir que no puede admitirse que normas de Derecho interno, *aun siendo de rango constitucional*, menoscaben la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión (56). *Aun suponiendo que consideraciones imperiosas de seguridad jurídica puedan conducir, con carácter excepcional, a suspender provisionalmente el efecto de exclusión que ejerce una norma de la Unión directamente aplicable sobre el Derecho nacional contrario a ella, los requisitos de tal suspensión solo los puede establecer el Tribunal de Justicia* (57).

En definitiva, la regla general es que la interpretación del Derecho de la Unión ofrecida por la Sentencia del TJUE debe ser aplicada por los órganos judiciales nacionales también a las relaciones jurídicas establecidas y consolidadas con antelación. La excepción es, precisamente, la limitación de la posible aplicación de tal interpretación sólo a las relaciones jurídicas posteriores a la Sentencia. La limitación temporal no afecta a los asuntos en los que los interesados ya estuvieran haciendo valer sus derechos basados en el Derecho de la Unión ante los órganos jurisdiccionales o administrativos.

(54) *Vid.* al respecto COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.* pág. 90.

(55) Sentencia *Latvijas Republikas Saeima*, Asunto C-439/19.

(56) Véanse, en la misma línea, las sentencias de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apdo. 59, y de 29 de julio de 2019, *Pelham* y otros, C- 476/17, EU:C:2019:624, apdo. 78.

(57) Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, apdos 61 y 67.



IV. La STS de 1 de diciembre de 2020

1. Antecedentes

En este apartado se analiza la STS de 1 de diciembre de 2020 (58) que resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha (JCM) frente a una sentencia dictada en 2018 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJCM).

La recurrente en instancia, que desempeñaba plaza de personal estatutario temporal en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), presentó una solicitud para que la Administración demandada acordara la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho, de una disposición general y de varios actos administrativos. Concretamente se solicita la revisión de: 1.º El Decreto 62/2007, del Consejo de Gobierno de Castilla-la Mancha, que regula el sistema de carrera profesional del personal estatutario sanitario de formación profesional, y del personal estatutario de gestión y servicios del SESCAM. El motivo de la solicitud de revisión es que el citado Decreto establece que para el personal estatutario temporal los efectos económicos de los distintos grados se producirán únicamente a partir de la obtención de la condición de personal estatutario fijo en la categoría evaluada. 2.º Resoluciones de la Consejería de Sanidad de 2007 y 2010, que incorporan las Bases que disponen que el reconocimiento de los distintos grados para el personal estatutario temporal, cuando proceda, sólo producirá efectos económicos a partir de la obtención de la condición de personal estatutario fijo en la categoría evaluada, así como contra las Resoluciones de 2008 y 2011, que reconocen a la demandante los grados de carrera profesional correspondientes, pero con efectos económicos y administrativos a partir de la obtención de la condición de personal estatutario fijo en la categoría evaluada.

Mediante una resolución de 2018, la Directora Gerente del SESCAM inadmitió la solicitud de revisión de oficio instada por la trabajadora, quien interpuso recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales ante el TSJCM, que dictó sentencia estimatoria parcial, en la que se declara la nulidad de pleno derecho del Decreto y resoluciones antes señaladas, y se reconoce el derecho de la recurrente a percibir el complemento de carrera, desde cuatro años antes de la fecha de presentación de la solicitud de revisión de oficio, y se condena a la Administración demandada a abonar las cuantías resultantes de los dos grados que tiene reconocidos, además de sus correspondientes derechos administrativos y de seguridad social.

(58) STS 4193/2020 (rec. cas 3857/2019).



El Tribunal de instancia (TSJCM) señala en su sentencia que la Administración (JCM), en lugar de tramitar la acción de nulidad, inadmitió a trámite la solicitud de revisión, y que de esa actuación derivaron consecuencias perjudiciales para el recurrente, quien había formulado motivadamente la solicitud de revisión. Sostiene, además que acceder a la petición de la administración supondría tener que volver hacia atrás, con la inadmisión de dilación que ello implica. Ante esta línea argumental, la Administración recurrente en casación sostiene que, al impugnarse la inadmisión a trámite de la revisión de oficio, el Tribunal de instancia no debió de entrar a conocer el fondo de lo pedido, sino, sencillamente, debió limitarse a condenar a la Administración a tramitar la revisión de oficio.

Con relación al argumento esgrimido por la JCM de falta de legitimación de la demandante para solicitar la revisión de disposiciones generales, el Tribunal de instancia, si bien reconoce que los particulares no pueden solicitar la revisión de las disposiciones generales, entiende que cabe excepcionar esta regla para el caso enjuiciado, bajo el argumento de que no sólo se impugnan determinados preceptos del Decreto 62/2007, sino que también son objeto de recurso distintos actos de aplicación de dicho Decreto, bajo un mismo fundamento: que los efectos económicos derivados del reconocimiento del correspondiente grado profesional sólo se producirán a partir de la obtención de la condición de personal estatuario fijo en la categoría evaluada. Por tanto, entiende la sentencia recurrida, que no cabe disociar o entender la impugnación de las resoluciones indicadas sin afectación indirecta del Decreto.

Por lo que se refiere al fondo, el debate se ciñe a si existe una razón objetiva que justifique que el personal estatuario temporal de larga duración, que tiene reconocido el correspondiente grado de carrera profesional en razón de su antigüedad, merece un trato diferente respecto al personal estatuario fijo con relación a las retribuciones complementarias ligadas a dicho grado de carrera profesional. El Tribunal de instancia señala que no existe justificación alguna que ampare tal desigualdad, pues lo importante no es si se es temporal o fijo, sino la naturaleza de las funciones que se desempeñan y el tiempo durante el que se han prestado.

Por todo ello, el Tribunal de instancia declara la nulidad de las disposiciones y las resoluciones impugnadas, y reconoce para la recurrente el derecho a que se le abonen, desde los cuatro años anteriores a la petición de revisión de oficio, las cuantías resultantes de los dos grados que tiene reconocidos, además de los correspondientes derechos administrativo y de Seguridad Social. No obstante, sostiene que si, con arreglo a la ley 1/2012 de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, se ha suspendido el abono del complemento retributivo correspondiente a los traba-



jadores fijos, tal suspensión debe alcanzar, por el principio de igualdad, a los temporales.

Por Auto de 14 de enero de 2020, la sección de admisión de la Sala del TS precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: (i) *si, inadmitida una solicitud de revisión de oficio en vía administrativa, una posterior sentencia estimatoria permite a la Sala sentenciadora conocer sobre el fondo de la misma o bien remitirla a la Administración para que resuelva sobre lo procedente; y (ii), si, en la hipótesis de que jurisdiccionalmente se acuerde la revisión del acto como consecuencia de un cambio de criterio jurisprudencial, los efectos derivados de la misma han de desplegarse con carácter pro futuro o con carácter retroactivo.*

2. El alcance de las pretensiones

Antes de entrar a analizar las cuestiones de fondo, la Sala del TS que conoce del recurso de casación realiza algunas consideraciones sobre el alcance las pretensiones, ya que, en su escrito de interposición del recurso de casación la JCM pretende la revocación de la sentencia recurrida, pero con un alcance limitado.

Su pretensión principal es que se revoque parcialmente la sentencia impugnada puesto que, decretada la nulidad de la resolución de inadmisión de la solicitud de revisión de oficio, entiende que se debe ordenar la retroacción del procedimiento al momento del inicio del expediente para su tramitación. Esta pretensión principal se formula tanto respecto a la revisión de oficio de la disposición general como de los actos administrativos de aplicación. No solicita, por tanto, un pronunciamiento de rechazo completo de la sentencia recurrida, sino su revocación parcial, al solicitar que se limiten sus efectos a la obligación de tramitar el procedimiento de revisión de oficio.

Como pretensión subsidiaria, para el caso en que entienda la Sala de casación que es innecesario retrotraer el procedimiento al inicio del expediente, solicita que se declare que los efectos derivados *de un cambio de criterio jurisprudencial ante situaciones jurídicas consolidadas que sean consecuencia de un acto administrativo dictado en aplicación de una disposición de carácter general avalada previamente por la justicia sean pro futuro*; es decir, que si el Tribunal estima que procede la revisión de oficio, los efectos derivados de la declaración de nulidad sean pro futuro.

El TS señala que el alcance de las pretensiones de la Administración recurrente condiciona los términos de su pronunciamiento, porque la Administración no sostiene pretensiones distintas frente al Decreto y a los actos administrativos impugnados, cuando el tratamiento legal de la revi-



sión de oficio previsto por la LPAC para ambos casos es sustancialmente distinto. El art. 106.2 LPAC, que regula la revisión de oficio de las disposiciones generales, no contempla la posibilidad de una acción de nulidad a favor de los interesados. Por el contrario, la revisión de oficio de los actos administrativos firmes puede ser solicitada por los interesados. Sin embargo, la Administración recurrente en casación al abordar sus pretensiones no se cuestiona el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que admite la acción de nulidad respecto a la disposición general firme.

De ahí deduce el TS que la Administración recurrente admite la existencia de una actuación discriminatoria y que tan solo pretende que se limiten los efectos de la actuación revisora bien de forma total, bien pro futuro, pero no impugna realmente el hilo argumental que la sentencia recurrida hace valer para estimar la revisión de oficio, sino los efectos de la misma.

Considera el TS que la línea de argumentación jurídica de la sentencia recurrida resulta por sí sola insuficiente, porque desarrolla la causa de nulidad de los actos administrativos objeto de revisión a partir de la nulidad y declaración de revisión del Decreto 62/2007, que no puede ser objeto de una acción directa de revisión por parte de los interesados. No obstante, a pesar de la insuficiencia de la línea argumental de la sentencia del TSJCM, entiende el TS que el pronunciamiento final de la sentencia recurrida es conforme a Derecho, en la medida en que la Administración recurrente en casación no cuestiona el motivo que determina la nulidad y revisión de los actos singulares de aplicación del Decreto 62/2007, es decir, la vulneración del principio de discriminación no justificada. Por tanto, aplica la doctrina del efecto útil del recurso de casación (59) y mantiene el pronunciamiento de la sentencia recurrida, pero hace valer sus propios argumentos para enjuiciar la cuestión litigiosa: *La transversalidad del trato no discriminatorio al personal temporal, en lo que ahora interesa en el ámbito de la carrera profesional horizontal, y la existencia de previsiones muy semejantes en otros Servicios de Salud, hacen necesario que extendamos nuestro examen sobre la cuestión litigiosa, para establecer una doctrina jurisprudencial precisa y útil, ya que el pronunciamiento estimatorio de la sentencia recurrida no puede estar basado en la línea argumental que ha seguido para alcanzarlo, aunque sea correcto en cuanto a su pronunciamiento* (FJ 6).

(59) La doctrina del *efecto útil* impide que prospere el recurso de casación cuando, pese a no ser conforme a Derecho los argumentos y razonamientos de la sentencia recurrida, bien en todo o en parte, ello no deba traducirse en el éxito de la pretensión estimatoria en casación, por ser ajustada a Derecho la decisión final [SSTS del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2019 (rec. cas. 577/2016) y de 16 de enero de 2005 (rec. cas. 1721/2000)]. Se produce porque existen en la sentencia o resolución recurrida otros argumentos que pudieran sostener el mismo pronunciamiento, aun de prosperar determinado motivo de impugnación.



3. La revisión de oficio de disposiciones generales y de los actos administrativos

La sentencia recurrida en casación interpretó que, al solicitar la actora la revisión de oficio de los actos de aplicación del Decreto 62/2007, no cabía disociar la impugnación de esos actos sin afectación indirecta al citado Decreto, porque se trataba de actos administrativos que derivaban de dicha Disposición.

El TS rechaza este argumento y sostiene que el esquema que subyace a esta conclusión, aunque no se formule de manera explícita, es el de la impugnación indirecta de disposiciones generales (art. 27.1 LJCA), y afirma que esa forma de proceder no resulta ajustada a Derecho. Entiende que se aplica de forma indebida el art. 27.1 LJCA, ya que, *si la razón de la impugnación indirecta de disposiciones generales es que, en realidad, el enjuiciamiento de la legalidad del acto de aplicación no puede hacerse sin el de la disposición general que aplica —cuando el motivo de la invalidez de aquel fuera la disconformidad a derecho de ésta— no puede afirmarse lo mismo respecto a la revisión de oficio del acto de aplicación, puesto que en la misma el objeto directo del recurso contencioso-administrativo no es un acto de aplicación de una disposición que se reputa contraria a derecho, sino la denegación o inadmisión a trámite de la revisión de oficio de un acto administrativo firme y consentido, es decir un juicio sobre si ese acto administrativo es o no nulo de pleno derecho, y en este acto no se hace aplicación de aquella disposición general.* (FJ. 5.º). En definitiva, el TS mantiene que esa estructura de impugnación indirecta no puede ser aplicada en un procedimiento de revisión.

El TS apela a una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la revisión de oficio de las disposiciones generales, en virtud de la cual la LPAC no otorga a los interesados una acción de nulidad contra las normas reglamentarias, de manera que la revisión de éstas corresponde en exclusiva a la Administración autora de las disposiciones generales en cuestión, a diferencia de la revisión contra los actos administrativos nulos, que puede ser iniciada por la propia Administración o a solicitud del interesado (60).

(60) Cita la STS de 15 de julio de 2011 (rec. 508/2009) en la que se declaró que: «La revisión de oficio contra disposiciones administrativas, como señalamos en la reciente Sentencia de 17 de junio de 2011 (rec de cas núm. 3397/2007), se encuentra reconocida en el citado artículo 102, apdo. 2, al solventar algunas dudas que la redacción anterior a la reforma por Ley 4/1999 suscitaba al respecto. Ahora bien, esa revisión de oficio contra reglamentos tiene, por lo que hace al caso, una limitación subjetiva esencial y es que únicamente puede iniciarse de oficio por la Administración. De modo que los particulares no están legitimados para instar tal revisión, porque han sido excluidos de esa «acción de nulidad», como se califica a este remedio administrativo en la exposición de motivos de la citada Ley 4/1999». En definitiva, la acción de nulidad contra las normas reglamentarias (artículo 102.2 de la Ley 30/1992) no puede ser instada por los particulares interesados, a diferencia de la revisión contra los actos administrativos nulos (artículo 102.1 de la misma Ley) que puede



Sostiene, además, que, si se aplicara la estructura de la impugnación indirecta, se desvirtuaría por completo la previsión del art. 106.2 LPAC que limita la acción de revisión de las disposiciones generales nulas a la Administración autora de las mismas. Y, en tercer lugar, para reforzar la consistencia de su fundamentación apela a otro argumento: *si se llegara a tal pronunciamiento de revisión de una disposición general, no podría dejar de considerarse el mandato del art. 106.4 de la LPAC, que la sentencia recurrida, sin embargo, orilla por completo* (FJ 6). Dispone el art. 106.4 LPAC que: «Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma [...]» (el subrayado es mío). Por tanto, el ordenamiento jurídico establece para la revisión de las disposiciones generales el límite de sus efectos, y deja intactos los actos firmes, tal y como lo hace el art. 73 de la LJCA al disponer que: «Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente».

Por ello, insiste el TS en que la resolución de la pretensión de revisión de los actos firmes debe hacerse con un planteamiento específico de los vicios de nulidad de pleno derecho que pudieran concurrir en los actos administrativos objeto de la acción de nulidad, y no como una consecuencia de una declaración de nulidad de pleno derecho de la disposición general. Por tanto, el Tribunal entiende que para alcanzar el pronunciamiento de re-

obedecer a la iniciativa de la propia Administración o a solicitud del interesado. Resulta significativo a estos efectos comparar ambos apartados, para apreciar que se ha excluido del apartado 2 del citado artículo 102 toda referencia a «instancia de parte».

«[...] SEXTO.- Esta es la conclusión que viene declarando esta Sala, al señalar que « Es cierto que el artículo 102.2 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, establece que, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano de la Comunidad Autónoma si lo hubiese, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la propia Ley, pero, como se recoge en la Exposición de Motivos de la referida Ley 4/1999 y ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 29 de diciembre de 1999 (recurso contencioso 344/1997), 12 de julio de 2006 (recurso de casación 2285/2003), 16 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4014/2003), 22 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4084/2003), 22 de noviembre de 2006 (recurso contencioso 88/1997), 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4836/2003) y 25 de mayo de 2010 (recurso de casación 2687/2006), la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas no opera, en ningún caso, como acción de nulidad « (Sentencia de 16 de febrero de 2011 dictada en el recurso de casación núm. 199/2007) [...]». Esta doctrina se ha reiterado, una vez vigente el art. 106.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en nuestras sentencias de 19 de mayo de 2020 (rec.. 327/2018)».



visión de oficio de los actos aplicativos del Decreto 62/2007 hay que determinar si en estos actos aplicativos existe, de forma autónoma, un vicio de nulidad de pleno derecho. A pesar de la vigencia del Decreto 62/2007, el TS no ve obstáculo alguno para hacer un análisis independiente de los actos cuya revisión se pretende, *en la medida en que el ordenamiento jurídico proporciona a los Juzgados y Tribunales mecanismos para excluir, en su tarea de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, aquellas disposiciones generales que vulneren el principio de jerarquía normativa, así como, también, las que vulneren la primacía del Derecho de la Unión Europea*. Y recuerda que la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena a los Jueces y Tribunales no aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 de la LOPJ). Apela, asimismo, al principio de primacía del Derecho comunitario, en virtud del cual cuando una norma nacional es contraria a una disposición de Derecho europeo, las autoridades de los Estados miembros deben inaplicar el Derecho nacional para aplicar la disposición europea. En estos casos, el Derecho nacional no se anula ni se deroga, pero su carácter obligatorio queda desplazado (61).

La consecuencia de esta doctrina es que, aunque no se haya impugnado de manera directa una disposición general o se haya desestimado el recurso que frente a ella se hubiera interpuesto, *no se puede impedir la revisión de oficio de aquellos actos cuando, desplazada la aplicación la disposición general por su contrariedad al Derecho de la Unión Europea, carecen de todo soporte normativo y adolecen, en sí mismos, de un vicio de nulidad de pleno derecho, como es el caso* (FJ. 11).

El TS, a pesar de considerar que algunas de las disposiciones del Decreto 62/2007 son contrarias al Derecho de la UE, argumentando que la recurrente en casación no ha discutido que sus determinaciones sean contrarias al Derecho de la UE, se limita a desplazar la aplicación de la disposición general y entra a enjuiciar la validez de los actos administrativos. El TS señala que no resulta necesario detenerse *en demasía en examinar las previsiones del Decreto 62/2007*, dado que la Administración recurrente en casación únicamente se cuestiona la posibilidad de limitar los efectos de la actuación revisora. El Tribunal apela al principio de congruencia que le obliga a juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos o alegaciones deducidos para fundamentar el recurso y la oposición (62).

En aplicación de la doctrina expuesta en este apartado, y de manera particular bajo el argumento de que la revisión de las disposiciones ge-

(61) Así lo ha declarado una reiterada jurisprudencia del TJUE que, ya desde la sentencia *Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964, proclama el principio de primacía como un principio consustancial para la efectividad del derecho de la Unión Europea.

(62) Art. 33 LJCA.



nerales corresponde en exclusiva a la Administración, el TS estima parcialmente la primera pretensión del recurso de casación y se limita a dejar sin efecto la sentencia impugnada en cuanto acuerda la declaración de nulidad del Decreto 62/2007.

4. La improcedencia de retrotraer el expediente al trámite de admisión

Otra de las cuestiones que plantea la sentencia objeto de análisis es si, recurrida la decisión de inadmisión de la acción de nulidad de un acto administrativo, el Tribunal que enjuicia dicha inadmisión puede resolver sobre el fondo del asunto objeto de revisión.

El TS recuerda que, en el caso enjuiciado, la Administración recurrente en casación no cuestiona que los actos cuya revisión se solicita ocasionaron un trato discriminatorio a la actora. Bajo esta premisa, deduce el TS que la razón por la que se inadmitió a trámite la solicitud de revisión de oficio de los actos singulares de aplicación, revela *la absoluta incoherencia* de la postura en casación de la Administración recurrente, que solicita que se reintegre el procedimiento de revisión de oficio a la fase inicial, para que sea la propia Administración recurrente la que tenga oportunidad de resolverlo.

Esta falta de coherencia, según el TS, se evidencia, por el propio motivo que llevó a inadmitir a trámite la acción de nulidad; el motivo esgrimido por la Administración, al amparo del art. 106.3 LPAC, fue que habían sido rechazadas en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales. Sostiene el TS a este respecto que: *Ningún sentido tiene reclamar que se le permita tramitar de nuevo aquello que, en otros casos idénticos, dice que ya hizo, con resultado desestimatorio. Aunque la resolución administrativa no hace identificación precisa de aquellas otras resoluciones, no hay duda de lo que se afirma, esto es, que se han rechazado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales y, obviamente, para rechazar en cuanto al fondo, es preciso que aquellas hubieran sido tramitadas.*

Para el TS, si aquellas otras solicitudes fueron rechazadas en cuanto al fondo sin la debida tramitación y, en particular, sin el dictamen del órgano consultivo, ello no afecta en nada al caso enjuiciado, puesto que la Administración ha tenido la oportunidad de tramitar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, recabar el informe del órgano consultivo y adoptar la decisión de fondo procedente. *Que no lo haya hecho no justifica que la parte recurrente deba soportar un nuevo procedimiento que se revela absolutamente inútil, pues la posición contraria que sostiene la Administración ya está perfectamente establecida, hasta el punto de que no consideró ni tan siquiera necesario tramitar el procedimiento de revisión de oficio.*



El TS tacha de incongruente la actitud de la Administración recurrente en casación, que se opone a la declaración de revisión de oficio solicitada bajo el argumento de resultar precisa la tramitación, cuando en el escrito de preparación del recurso de casación no se ha cuestionado y, por tanto, se entiende que ha admitido la plena conformidad con las conclusiones de la sentencia relativas a la existencia de discriminación.

Por lo expuesto, el TS apela al principio de proporcionalidad y afirma de interés casacional que, en un caso como el enjuiciado, en que la Administración ha inadmitido la revisión de oficio de actos administrativos, la estimación del recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión de inadmisión no se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, sino que el Tribunal *puede entrar* directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, *al resultar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea*.

A continuación, se examinan los argumentos de fondo que hace valer el TS para determinar que los actos administrativos cuya revisión se solicita son nulos de pleno derecho y por tanto susceptibles de ser revisados.

5. Los actos administrativos cuya revisión se insta son contrarios al Derecho de la Unión Europea

El TS constata que la Administración recurrente no aduce ni una sola razón objetiva que justifique que el personal estatutario temporal de larga duración, que tiene reconocido el correspondiente grado de carrera profesional en razón de su antigüedad, merezca un trato diferente respecto al personal estatutario fijo con relación a las retribuciones complementarias ligadas a dicho grado de carrera profesional.

Para el Tribunal, resulta acreditado el quebrantamiento del derecho fundamental a la igualdad del art. 14 de la CE, en la medida en que resulta evidente la existencia de un trato diferente para el personal estatutario temporal, y los estatutarios fijos. De hecho, señala el Tribunal que el Decreto 62/2007 admite que, en cuanto a los requisitos de acceso, a efectos de acreditar el grado de carrera profesional como en cuanto al reconocimiento de los distintos grados, los estatutarios temporales eran personal asimilado a los estatutarios fijos. Por ello, la exclusión de los efectos económicos para el personal estatutario temporal, hasta que alcancen la condición de personal fijo, a juicio del TS, carece de toda justificación razonable e implica un vicio de nulidad de pleno derecho (art. 47.1.a LPAC) de los distintos actos administrativos cuya revisión se pretende.



Asimismo, el TS apela a su jurisprudencia y estima la vulneración de la cláusula 4 de Acuerdo Marco incorporado al Anexo de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada (en adelante, la Directiva 1999/70 (63)). Siguiendo los pasos de la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE, el TS ha declarado que la carrera profesional está incluida en el concepto de «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70 (64).

Para el TS resulta incuestionable que las resoluciones cuya revisión se solicitan ocasionan una evidente diferencia de trato entre el personal estatutario temporal y el personal estatutario fijo. Ante el argumento de la Administración recurrente que invoca el Decreto 62/2007, como soporte jurídico de los actos de aplicación que convocan y resuelven los procesos de adquisición de grado de carrera profesional, el TS señala *que una norma como la indicada, que introduce un factor de discriminación contrario al principio de igualdad garantizado constitucionalmente (art. 14 CE), en tanto que carece de toda justificación razonable, no podrá ser tomada en consideración como soporte normativo de los actos cuya revisión se pretende*. Apela al Derecho europeo para desplazar la aplicación de la norma en tanto se opone a la cláusula de no discriminación prevista en la cláusula 4,1 de la Directiva 1999/70, que al tratarse de una norma incondicional y suficientemente precisa (65), *puede ser invocada por los particulares ante el Juez nacional y reclamar su efectividad frente al Estado*. (FJ 9.º).

(63) DOUE-L-1999-81381.

(64) Así lo ha declarado en STS de 18 de diciembre de 2018 (rec.cas. 3723/2017), con mención específica del Auto dictado el 22-3-2018 por el TJUE (C-315/17): en la STS de 8 de marzo de 2019 (rec. cas. 2751/2017), que reitera la doctrina ya expuesta en la STS de 30 de junio de 2014 (rec. cas. 1846/2013), al examinar un acuerdo marco sobre condiciones de trabajo relativo a carrera profesional de tenor parecido al que ocupa la sentencia objeto de comentario y lo ha reiterado en la STS de 8 de marzo de 2020 (rec. cas. 2751/2017).

En la STS de 18 de diciembre de 2018, declaró lo siguiente:

«[...] 1.º que la carrera profesional, como la establecida en el Acuerdo de la Mesa Sectorial de 19 de julio de 2006 (DOGC de 28 de diciembre de 2006, con la modificación publicada en el DOGC de 29 de marzo de 2007), está incluidas en el concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 del Acuerdo Marco incorporado a la citada Directiva 1999/70 referida al principio de no discriminación, y a los efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicable al personal estatutario interino, al que viene referida la actuación impugnada.

2.º que existe discriminación del personal estatutario interino por condicionarse su participación en la carrera profesional diseñada en ese Acuerdo de la Mesa Sectorial a la circunstancia de haber superado un proceso de ingreso y, por tanto, a la adquisición previa de la condición de personal estatutario fijo, ello por no admitirse».

(65) *Vid.* sobre estas condiciones los autos del TJUE de 22 de marzo de 2018, C-315/17, apartado 77 y de 21 de septiembre de 2016, apartado 59 y jurisprudencia citada.



Tras resolver la cuestión de fondo, el TS pasa a determinar si, pese a la existencia de vicios de nulidad de pleno derecho en las resoluciones cuya revisión se pretende, concurre alguna de las razones que conforme al art. 110 de la LPAC permiten excluir la revisión de oficio y mantener los efectos de los actos firmes.

Recuerda el TS la jurisprudencia consolidada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, conforme a la cual la virtualidad del art. 110 de la LPAC, que permite excluir la revisión de oficio excepcionalmente, no es la de limitar el alcance de una revisión que se declara procedente, sino la de excluir que, pese a la existencia de vicios de nulidad de pleno derecho, se haga tal declaración de revisión, y ello en salvaguarda de otros intereses que se consideran más necesitados de protección (66). Manifiesta el TS que la finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos es «...ampliar las posibilidades impugnatorias, en equilibrio con la seguridad jurídica, evitando que una situación afectada por el grado de invalidez más grave, quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio tan relevante» (FJ 10.º).

El TS incide en la concurrencia de dos principios en la revisión de oficio. El principio de legalidad que permite a la Administración revisar los actos ilegales, y el principio de seguridad jurídica, que exige que los actos administrativos dictados, y las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. No obstante, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio. Recuerda el TS que la declaración de nulidad queda limitada a los supuestos particularmente graves y evidentes, *al permitir que el ejercicio de la acción tendente a revisar actos que se han presumido válidos durante un largo periodo de tiempo por sus destinatarios pueda producirse fuera de los plazos ordinarios de impugnación que el ordenamiento establece* (67).

(66) Vid. la STS de 11 de mayo de 2017 (rec. cas. 1824/2015). En la sentencia se indica que: «en el art. 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores» (FJ 16.)

(67) Invoca las SSTS 19 de diciembre de 2001, de 27 de diciembre de 2006 y de 18 de diciembre de 2007, en las que se manifiesta que «el artículo 102 LRJPA tiene como objeto, precisamente, facilitar la



Según el Tribunal, la correcta aplicación del art. 110 de la LPAC exige dos requisitos acumulativos para excluir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u «otras circunstancias»); por otro, el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes.

Tras exponer la doctrina jurisprudencial relativa a los límites de la revisión de oficio, el TS constata que, en el caso enjuiciado, no existen razones que excluyan la revisión de los actos nulos de pleno derecho y apela al deber de cooperación leal en restablecer la efectividad del Derecho de la Unión Europea (FJ 9.^o). Para el Tribunal, no concurre ninguna de las circunstancias que, conforme al art. 110 LPAC, permiten excluir la revisión de oficio. El Tribunal entiende «preponderante el enfoque de la vulneración del Derecho de la Unión Europea», que considera un factor esencial para no excluir la revisión. Además, añade que, al tratarse de actos nulos de pleno derecho y ante la ausencia de afectación de intereses de terceros, no existe ninguna razón de equidad ni buena fe que deba limitar la revisión de los actos.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, el TS constata que no cabe entender el alcance de la revisión de oficio como pretende la

depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho y perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia. Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, hay que tener en cuenta que el art. 106 de la Ley 30/1992 establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales, al disponer que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»

En definitiva, si de un lado en el art. 106.2 de la Ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio sin sujeción a plazo (en cualquier momento), en el art. 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias excepcionales que en él se prevén, limitándose la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un acto que incurre en un vicio de especial gravedad ponderando las circunstancias de todo orden concurrentes y los bienes jurídicos en juego. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores.

En nuestra sentencia de 22 de mayo de 2019 (rec. cas. 1137/2017) se sintetiza esta noción, ya que «[...] [l]a nulidad de pleno Derecho no puede existir y no existir a la vez. Una cosa es que, por mediar alguna de las causas que el legislador indica en el artículo 106 de la Ley 30/1992 —o en el artículo 110 de la Ley 39/2015— no proceda declararla, y otra bien distinta que [...] se pretenda que sirvan para conservar algunos de los efectos de la actuación reputada nula. Si no deben impedir la declaración de nulidad, tampoco pueden impedir sus consecuencias [...]» (FJ 4.^o).



Administración recurrente (que los efectos derivados de la declaración de nulidad sean pro futuro) porque privaría de toda utilidad a la institución de la revisión de oficio, *conduciendo a un pronunciamiento en sí mismo contradictorio: el de consagrar a un tiempo la nulidad y privarla de los efectos que necesariamente ha de producir.*

Nuevamente, el TS adopta el enfoque del Derecho de la UE y apela a los principios de cooperación legal, equivalencia y efectividad. En virtud del principio de cooperación leal (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea), para dar completa efectividad al Derecho de la UE, todo Estado miembro está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para dar pleno efecto a la norma comunitaria. Entre esas medidas incluye, como ha declarado el TJUE en reiterada jurisprudencia(68), la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario(69). El principio de equivalencia exige que la determinación de la regulación procesal del ordenamiento jurídico interno para llevar a cabo esta obligación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno; y en virtud del principio de efectividad, la regulación interna no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario(70).

No obstante, recuerda el TS que no resulta obligada la revisión de todo acto administrativo firme contrario al Derecho de la Unión Europea y se remite a la doctrina del TJUE, en particular a la declarada en la sentencia de 7 de enero de 2004(71), que sistematiza la anterior doctrina, y declara:

«[...] E]l carácter firme de una resolución administrativa contribuye a la seguridad jurídica y que, en consecuencia, el Derecho de la Unión no impone, en principio, a un órgano administrativo el deber de revisar una resolución administrativa que haya adquirido tal firmeza (véase, en este sentido,

(68) Por todas, sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, C-201/02.

(69) El TS se remite a las sentencias de 16 de diciembre de 1960, *Humblot*, 6/60, y de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, apdo. 36. Dicha obligación incumbe a cada órgano del Estado miembro de que se trate en el marco de sus competencias (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de junio de 1990, *Alemania/Comisión*, C-8/88, apdo. 13)» y sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004, C-201/02, apdo. 64).

(70) El TS cita, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, apdo. 12, y de 16 de mayo de 2000, *Preston y otros*, C-78/98, apdo. 31; y sentencia de 7 de enero de 2004, C-201/02, apdo. 67.

(71) C-201/02.



la sentencia de 12 de febrero de 2008, *Kempter*, C-2/06, Rec. pág. I-411, apartado 37).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado, fundamentalmente, que la concurrencia de circunstancias particulares puede, en virtud del principio de cooperación leal establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, determinar que un órgano administrativo nacional quede obligado a revisar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza para, en particular, tomar en consideración la interpretación, realizada posteriormente por el Tribunal de Justicia, de una disposición de Derecho de la Unión pertinente (véase la sentencia *Kempter*, antes citada, apartado 38)».

A juicio del TS, de la jurisprudencia del TJUE cabe deducir que deben tenerse en cuenta las particularidades de las situaciones y de los intereses en cuestión para encontrar un equilibrio entre la exigencia de seguridad jurídica y la exigencia de legalidad a la luz del Derecho de la Unión (72). Invoca el efecto directo del Derecho de la Unión Europea (73), y sostiene el alcance directo de la cláusula 4.^a apartado 1 del Acuerdo Marco, declarado reiteradamente por el TJUE. En tal sentido, cita el auto de 22 de marzo de 2018 (74), que afirma que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco es incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional (75).

Concluye que los actos cuya revisión y declaración de nulidad se instauran vulneran el Derecho de la UE y el principio de igualdad que se integra en

(72) El TS se remite a las sentencias *Kühne & Heitz NV*, apdos. 25 y 26; *i-21 Germany y Arcor*, apdos. 53, 63 y 64; *Kempter*, apdos 46, 55 y 60, y *Fallimento Olimpclub*, apdos. 22, 26 y 31.

(73) La sentencia que comentamos se remite a la STJUE de 29 de abril de 1999, C-224/97 que declara: «Por otro lado, entre las disposiciones de Derecho interno contrarias a dicha norma comunitaria, pueden figurar disposiciones legislativas o administrativas (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de julio de 1981, *Rewe*, 158/80, apdo. 43).

32 La lógica de esta jurisprudencia implica que las disposiciones administrativas de Derecho interno antes mencionadas no comprendan únicamente normas generales y abstractas, sino también las resoluciones administrativas individuales y concretas.

33 En efecto, no existe ninguna razón que justifique que la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario y que los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar (véase la sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros, C-213/89, apdo. 19) haya de denegarse a estos mismos justiciables en el presente caso en que se discute la validez de un acto administrativo. La existencia de esta protección no puede depender de la naturaleza de la disposición del Derecho nacional contraria al Derecho comunitario [...]».

(74) Asunto C-315/17.

(75) El TS se remite al auto de 21 de septiembre de 2016, *Álvarez Santirso*, C-631/15, apdo. 59 y al auto de 22 de marzo de 2018 C-315/17, apdo. 77.



la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 20 principio de igualdad, art. 21 prohibición de discriminación), *lo que confiere un especial vigor a la necesidad de restablecer su pleno respeto, mediante la remoción de actos que lo hayan desconocido y que, además, en este caso, mantienen sus efectos «pro futuro» pues en modo alguno nos ha expuesto la Administración recurrente que se hayan adoptado medidas para hacer cesar el trato discriminatorio.*

Asimismo, invoca la jurisprudencia del TJUE que ha declarado que la aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (76). Y trae a colación la abundante doctrina jurisprudencial (77) que proclama que las condiciones de trabajo que configure a los trabajadores temporales como colectivo en una posición de segundo orden en relación con los trabajadores con contratos de duración indefinida resultan incompatibles con el art. 14 CE.

En definitiva, concluye que, en el caso enjuiciado, no hay razones que permitan excluir la revisión de oficio. Antes bien, *lo que reclama la equidad es la remoción de una situación contraria al principio de no discriminación que, de no eliminarse mediante la revisión de oficio, se mantendría pro futuro, en tanto que la actora no alcance la condición de personal fijo.* Y manifiesta la necesidad de revisar los actos firmes para impedir que se prolongue en el tiempo una situación contraria a un derecho fundamental que, además, infringe el Derecho europeo, que merece la calificación de *infracción suficientemente caracterizada*, y considera que existen dos vías para remediarse: la revisión de oficio y, en su caso, la vía de la de la responsabilidad patrimonial de la Administración por infracción del Derecho de la Unión Europea. No cabe olvidar que los dos cauces (responsabilidad patrimonial y revisión), son independientes entre sí. Las sentencias dictadas por el TJUE no solo pueden abrir la vía de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, sino que también permite reconsiderar un acto firme que infringe el Derecho de la Unión Europea (78).

V. Consideraciones finales

Procede, para finalizar, realizar una breve valoración de la doctrina establecida por la Sentencia examinada. En líneas generales, cabe soste-

(76) Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, C-617/10, apdo. 21.

(77) STS de 30 de junio de 2014 (rec. cas. 1846/2013), STS de 29 de abril de 2013 (recurso 226 y acumulado 287/2012), y STS de 8 de diciembre de 2012 (cuestión de ilegalidad 1/2012).

(78) Vid. STS 1016/2020.



ner que el TS lleva a cabo un ejercicio de deducción jurídica formalmente irreprochable, y, sobre todo procede destacar el empeño del Tribunal por ofrecer una solución al conflicto planteado, con un enfoque preponderante del Derecho de la Unión Europea.

La interpretación del concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, incorporado a la Directiva 1999/70, y de la jurisprudencia europea lleva al Tribunal Supremo a declarar la nulidad de los actos administrativos cuya revisión se planteaba a través de la acción de nulidad por ser contrarios al principio de no discriminación.

Del análisis de la sentencia, cabe extraer, una primera consideración: la revisión de los actos firmes debe hacerse con un planteamiento específico de los vicios de nulidad de pleno derecho que pudieran concurrir en los actos administrativos, y no como una consecuencia de una inviable declaración de nulidad de pleno derecho de la disposición general de la que traen causa. A partir de aquí, el TS declara la nulidad de los actos administrativos sometidos a revisión, pero no hace lo mismo con relación al Decreto que da cobertura a esos actos; simplemente inaplica y desplaza el Decreto de cobertura por contrario a la normativa europea y, entra a enjuiciar la validez de los actos administrativos objeto de revisión. Esto supone que el Decreto, que es una disposición de carácter general, sigue vigente y aplicándose hasta que, en su caso, se declara su nulidad. Es evidente que se mantiene en el ordenamiento jurídico una norma viciada de nulidad ¿Podía el Tribunal declarar la nulidad del Decreto de cobertura y no limitarse a declarar la nulidad de los actos objeto de revisión?

El TS fundamenta su posición en el principio de congruencia, e indica que la Administración recurrente en casación, a la hora de formular sus pretensiones, solicita únicamente que se ordene la retroacción del procedimiento al momento del inicio del expediente para su tramitación administrativa.

En segundo lugar, de la sentencia examinada cabe derivar que si, como en el caso enjuiciado, la Administración pública tiene conocimiento de la existencia de un acto aquejado de nulidad, no resulta procedente que resuelva la inadmisión de la acción de nulidad, sin tramitar el procedimiento correspondiente. Salvo que concurra alguna de las causas previstas en el art. 106.3 LPAC (cuando la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezca manifiestamente de fundamento, o si se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales), la Administración tiene la obligación de tramitar la solicitud de revisión del acto administrativo, en cuyo seno se determinará si procede o no dicha declaración o procede excluirla por aplicación del art. 110 LPAC.

Con carácter general, ante un recurso judicial planteado frente a una resolución administrativa que inadmite una acción de nulidad, el TS se



ha limitado a acordar que se retrotraigan las actuaciones y se reinicie el procedimiento administrativo, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Solo excepcionalmente ha aceptado la posibilidad de conocer no solo sobre la admisibilidad de la acción de recurso, sino el fondo del asunto. En la sentencia examinada, el Tribunal da un paso adelante y no se limita a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, sino que entra directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, al considerar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea. Parece que esta es la alternativa menos gravosa para el interesado y no cabe oponer interés público que los desvirtúe.

El Tribunal añade un argumento de peso al manifestar que la Administración ha tenido la oportunidad de tramitar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio y el que no lo haya hecho *no justifica que la parte recurrente deba soportar un nuevo procedimiento que se revela absolutamente inútil, pues la posición contraria que sostiene la Administración ya está perfectamente establecida, hasta el punto de que no consideró ni tan siquiera necesario tramitar el procedimiento de revisión de oficio.*

Es verdad que el TS en la citada sentencia señala que el Tribunal *puede entrar* directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio. No obstante, las consideraciones realizadas a lo largo de la sentencia permiten concluir, a mi entender, que cuando concurren elementos de juicio suficientes, los tribunales que hayan procedido a revocar la resolución de inadmisión de la acción de nulidad, deben entrar a resolver el fondo del asunto. Los principios de economía procesal, tutela judicial efectiva y el principio de proporcionalidad avalan esta tesis y resultan decisivos para evitar una nueva tramitación de la revisión con la dilación que ello comporta, salvo que el Tribunal no cuente con todos los elementos de juicio necesarios para adoptarlo.

Por tanto, el criterio determinante para decidir la retroacción o resolver sobre el fondo del asunto se ha de apoyar en el hecho de si el Tribunal cuenta con todos los elementos de juicio precisos para que pueda resolverse sobre el fondo del asunto, ya que de otro modo se abandonaría el principio de efectividad de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Es evidente que se debe evitar una innecesaria e indeseable duplicación de los procesos por causas sólo imputables a la Administración. Esta es la idea que ha venido a reforzar la sentencia que hemos analizado. En este sentido, parece consistente el planteamiento realizado por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que entienden que *parece obligado que, en aquellos casos en los que el Tribunal no estuviese en condiciones*



de emitir un juicio sobre el fondo, se hiciese uso de la previsión contenida en el artículo 71.1. c) LJ fijando en la propia Sentencia un plazo para que la Administración dicte la resolución inicialmente omitida (79).

Con relación a los límites de la facultad de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, a mi juicio, el TS realiza una aportación muy significativa al señalar que, en los casos como el enjuiciado, donde concurre una situación de infracción del Derecho de la Unión Europea que merece la calificación de *infracción suficientemente caracterizada*, no cabe limitar el alcance de los efectos de la revisión de oficio pro futuro, tal y como pretendía la Administración recurrente. Según el TS si los efectos fueran pro futuro exclusivamente, se privaría de toda utilidad a la propia institución de la revisión de oficio, y *conduciría a un pronunciamiento en sí mismo contradictorio: el de consagrar a un tiempo la nulidad y privarla de los efectos que necesariamente ha de producir*.

Bibliografía

- ARZAMENA SIERRA, J., «Comentario al capítulo primero del título vii de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 al 106). Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias», en *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996.
- ARZOZ SANTISTEBAN X., *Revisión de actos administrativos nacionales en derecho administrativo europeo*, Cizur Menor (Navarra). Ed. Civitas, 2013.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, «La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2012.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., «Alcance de la función consultiva ante una solicitud de revisión de oficio con propuesta desfavorable», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, págs. 17-52.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- CANO MATA, T., «Declaración de inadmisibilidad en vía administrativa y revisión jurisdiccional de la cuestión de fondo», en *Revista de administración pública*, núm. 88, 1979.
- «La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2012.

(79) GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*. 19.ª ed., Civitas, Madrid, 2020, pág. 644.



- «Validez e invalidez de los actos: teoría general», en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», en *Documentación administrativa*, núm. 5, 2018.
- CARBONELL PORRAS, E., «Capítulo XI. Revisión de actos en vía administrativa», en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, T. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- COBREROS MENDAZONA, E., «Efectos temporales de las sentencias prejudiciales de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, 2016.
- CORDÓN MORENO, F., *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional: un estudio desde la jurisprudencia*, Madrid: Civitas, 2013.
- COSTAGLIOLA, F., «*Nunc est Bibendum* !... A propósito de la «única posibilidad de satisfacer el principio de efectividad» en materia de revisión de actos firmes nulos de pleno derecho. (Comentario a la STS, 3.ª, núm. 1016/2020, de 16 de julio)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 212, 2021.
- CUCHILLO FOIX, M., «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Barcelona: Bosch, 1994.
- DE PALMA DEL TESO, Á., «La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen», en *Revista de Administración pública*, núm. 159, 2002.
- ENTRENA CUESTA, R., «La revisión de oficio de los actos administrativos por causa de ilegalidad», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Madrid: Bosch, 1994.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «La acción de nulidad en la jurisprudencia administrativa», en *Revista española de derecho administrativo*, núm. 4, 1975.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «Revisión de oficio de los actos dictados con infracción del derecho comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991.
- «Revisión de oficio de los actos dictados con infracción del Derecho Comunitario: nihil novum sub sole», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002.
- FUENTETAJA PASTOR, J., «Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo», en *Documentación Administrativa* núm. 5, 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* I. 19.ª ed., Civitas, Madrid, 2020.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., «Capítulo 13. Revisión de oficio de actos administrativos», en *Administraciones públicas y ciudadanos*, Barcelona, Praxis, 1993.



- GARBERÍ LLOBREGAT, J Y BUITRÓN RAMÍREZ, G., «Revisión de actos en vía administrativa. Revisión de oficio», en *El procedimiento administrativo común (comentarios, jurisprudencia, formularios)*, VOL. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- GOMÁ LANZÓN, J., «Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el artículo 93 del Tratado CEE», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, 1994.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Capítulo XI. La revisión de oficio», en *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid: Tecnos, 1993.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Res judicata pro veritate habetur c. primacía del derecho comunitario: ¿un combate por librar? (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de julio de 2007, asunto C-119/05, Lucchini)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 24, 2007.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., *Los límites a la potestad de revisión*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general Tomo XII. Actos Administrativos y sanciones administrativas*. Ed. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015.
- PLEITE GUADAMILLAS, F., «La revisión de oficio», en *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2021.
- REBOLLO PUIG, M., «La nulidad en derecho administrativo: Consideración de su significado y régimen en el actual derecho administrativo español a propósito de la nulidad por vulneración de los derechos fundamentales», en *Justicia Administrativa*, núm. 44, 2009.
- REBOLLO PUIG M. y CARBONELL PORRAS E., «La revisión de oficio», en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J., *Derecho Administrativo*, II, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2018.
- RUIZ PALAZUELOS, N., «Anulación y poderes del juez: las enseñanzas del caso francés», en *Revista de administración pública*, núm. 208, 2018.
- SALA ARQUER, J.M., «La revisión de oficio de los actos administrativos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 18, Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia, Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Proposiciones sobre la teoría y la regulación de la invalidez de los actos administrativos», en *Revista de Administración pública*, núm. 213, 2020, pág. 115.
- «El “nuevo” régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 105, 2016.
- SUAY RINCÓN, J., «La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio (Un análisis de derecho positivo de esta institución)», en *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, VOL. II, Madrid: lustel. 2014.



Notas



La carrera administrativa horizontal. Especial referencia a la administración local (1)

The horizontal administrative career. Special reference to local governments

ROGER CÀMARA MAS

Responsable de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento del Vendrell
Investigador Predoctoral del Departament de Dret Públic
Universitat Rovira i Virgili
rcamara@elvendrell.net
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1009-4499>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.07>

LABURPENA: Karrera horizontala eta horrek toki-administrazioan duen eragina aztertzea da artikulu honen helburua. Horrekin lotuta, alderdi esanguratsuak iker-tuko dira, besteak beste araudi-esparrua, eremu subjektibo eta objektibo aplikagarria, ezaugarri nagusiak eta beharrezko baldintzak, enplegatu publikoek bilakaera profesionala izan dezaten hurrengo maila edo graduetan. Gure administrazio publikoak modernizatzeko ezinbestekoak diren bi faktore landu dira horretarako: karrera horizontala, eta jardueren ebaluazioa.

HITZ GAKOAK: Karrera profesionala. Karrera administratibo horizontala. Toki-administrazioa. Jardueren ebaluazioa. Funtzio publikoa.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse the horizontal career and its impact on local governments. Relevant aspects such as the regulatory framework, the subjective and objective scope of application, the main characteristics and the requirements for the professional progress of public employees in the successive levels, scales or grades will be studied. The horizontal career path, together with performance evaluation, are two essential factors for the modernisation of our public administrations.

KEYWORDS: Professional career. Horizontal administrative career. Local government. Performance evaluation. Civil service.

RESUMEN: El artículo tiene como finalidad el análisis de la carrera horizontal y su incidencia en la administración local. Serán objeto de estudio aspectos rele-

(1) El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto "Elaboració d'un projecte de text normatiu que reguli la carrera administrativa horitzontal de l'Ajuntament del Vendrell" (Exp. 2020 DI 90.), financiado por el Plan de Doctorados Industriales de la Generalitat de Catalunya.



vantes como el marco normativo, el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, las características principales y los requisitos que se exigen en orden al progreso profesional de los empleados públicos en los sucesivos niveles, escalafones o grados establecidos. La carrera horizontal, conjuntamente con la evaluación del desempeño, constituyen dos factores esenciales para la modernización de nuestras administraciones públicas.

PALABRAS CLAVE: Carrera profesional. Carrera administrativa horizontal. Administración local. Evaluación del desempeño. Función pública.

Trabajo recibido el 6 de julio de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. El derecho a la carrera profesional.—III. El concepto de carrera administrativa horizontal. Marco jurídico.—IV. El ámbito subjetivo de aplicación.—V. Las características de la carrera administrativa horizontal.—VI. La estructura de la carrera administrativa horizontal.—VII. Elementos de valoración para el desarrollo de la carrera administrativa horizontal.—VIII. Conclusiones.—IX. Bibliografía.

I. Introducción

Antes de la aprobación de la Ley 7/2007, de 7 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP en adelante), la carrera profesional de los funcionarios públicos se articulaba principalmente mediante el acceso a puestos de trabajo de carácter superior, pertenecientes o no al mismo grupo o subgrupo profesional. En este sentido, el cambio de puesto de trabajo era un requisito imprescindible para que se materializara este ascenso en la estructura administrativa (2).

Esta configuración de la carrera profesional, comportó numerosos problemas en nuestras administraciones públicas, especialmente en el ámbito local. En aquellas entidades locales de dimensiones reducidas, esta modalidad de carrera profesional se convirtió en inviable, por la inexistencia de puestos de trabajo de carácter superior hacia donde promocionar. Y en las que era posible, se produjo una inflación de puestos de trabajo, cuya creación obedecía a responder a las legítimas aspiraciones de los empleados públicos, no a las reales necesidades organizativas (3).

Ante esta situación, la carrera administrativa horizontal se convierte en un instrumento idóneo para solucionar estos dos problemas que planteaba la configuración tradicional de la carrera profesional de los empleados públicos. Permite el progreso profesional sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, a la vez que concilia los intereses individuales de los empleados con los organizativos.

Es una modalidad de carrera profesional que tiene un perfecto encaje en nuestras administraciones locales, de indudable valor estratégico y con un fuerte potencial motivador, que posibilita la incorporación de

(2) A excepción de la carrera de grado personal, que no exigía un cambio de puesto de trabajo. La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP en adelante), estableció el régimen jurídico de aplicación al grado personal, que permitía la percepción del complemento de destino correspondiente al grado consolidado, con independencia del puesto de trabajo que se desempeñara.

(3) Al respecto, puede consultarse la radiografía de la situación de la carrera profesional que efectúa el Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP, 2005). *Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, INAP. Páginas 103-105.



la evaluación del desempeño en la gestión de los recursos humanos, un elemento imprescindible y necesario para la modernización de las administraciones públicas.

II. El derecho a la carrera profesional

Un punto de inflexión en la configuración de la carrera profesional lo ha supuesto la aprobación del EBEP, al menos en el plano teórico. El EBEP, siguiendo las indicaciones del Informe de la Comisión de expertos(4), ha introducido, entre otras, dos cuestiones novedosas que afectan a la carrera profesional, como son la posibilidad de implantar la carrera administrativa horizontal con carácter general y la necesidad de establecer mecanismos que permitan la evaluación del desempeño(5). Ambos elementos se complementan, en el sentido que los resultados de la evaluación servirán para la progresión profesional del empleado público en los sucesivos escalafones, tramos o niveles establecidos en la carrera administrativa horizontal.

El artículo 14 c) del TREBEP reconoce a los empleados públicos el derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación. Este derecho es desarrollado en el capítulo II de la norma, bajo el título «Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño».

El derecho a la carrera administrativa, como derecho de configuración legal, no es inmutable, sino que el legislador está facultado para modificar su contenido y las condiciones de su ejercicio. Podemos afirmar que este derecho ha sufrido una profunda evolución, superando su configuración inicial como un derecho vinculado al ascenso en los puestos de trabajo de la organización.

Sobre la no inmutabilidad del derecho, se pronuncia la sentencia núm. 171/2015, de 31 de marzo, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y lo hace con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 99/1987, de 11 de junio y núm. 70/1988, de 19 de abril, en las que entre otros aspectos se resolvían cuestiones de inconstitucionalidad planteadas relativas a la reducción de la edad de jubilación. La primera de las sentencias señala de forma literal en el fundamento sexto:

(4) Instituto Nacional de Administración Pública (INAP, 2005). *Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, INAP.

(5) La carrera administrativa profesional de carácter horizontal, se encontraba instaurada en algunos ámbitos sectoriales, como en el sector sanitario.



«(...)El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando o bien, en fin, que el derecho a pensión, causado por el funcionario, no pueda ser incompatibilizado por Ley, en orden a su disfrute por sus beneficiarios, en atención a razonables y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 C. E.). Por otro lado, no hay que olvidar que, por parte de cada funcionario, se ostenta el derecho a la jubilación y al disfrute (o a solicitarlo, en su caso), de las situaciones administrativas legalmente reconocidas, pero no el derecho, sino la expectativa frente al legislador a que la edad de jubilación o el catálogo de situaciones continúen inmodificadas por el legislador, en modo que permanecieran tal y como él las encontró al tiempo de su acceso a la Función Pública».

Esta doctrina sentada por el Tribunal Constitucional puede extrapolarse en el caso de la carrera administrativa de los funcionarios públicos: el legislador está plenamente facultado para alterar el contenido del derecho a la carrera profesional, sin que esta privación equivalga a una vulneración de los derechos adquiridos por el empleado público. Como destaca ARROYO YANES, a excepción del derecho a la inamovilidad, el restante conjunto de derechos vinculados a la carrera profesional, no pueden conceptuarse como tales (6).

(6) ARROYO YANES, L.M., (2012). «La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 45, págs. 94-128.

El autor señala: «Se trata, más bien, de los que se encuentran condicionados que no generan, por lo tanto, auténticas posiciones de fuerza en los funcionarios que los tienen reconocidos. Nos encontramos, pues, ante derechos vinculados a expectativas que han de concretarse en cada caso, situaciones jurídicas que fructificarán o no en función de unas circunstancias que se supone habrán de darse, aunque no necesariamente. Se trata, en última instancia, de derechos enteramente dependientes del modo en el que, en su caso, operen los sistemas (de evaluación y de carrera profesional, principalmente), las garantías jurídicas prevista, para que operen exclusivamente dentro de su marco de actuación concreto y, en general, el tratamiento jurídico que se haga de ellos por parte de los legisladores y reglamentadores de desarrollo»



La carrera administrativa horizontal tiene unas reglas de juego establecidas, que han de ser observadas por la administración y por los empleados públicos. Los sistemas de carrera administrativa, y los instrumentos jurídicos reguladores, contemplan un procedimiento administrativo específico donde se materializa esta progresión del empleado público. Como todo procedimiento, se prevén unos plazos para presentar solicitudes, los documentos que deben acompañarse, los requisitos y elementos esenciales de la evaluación del desempeño, los sujetos que intervienen en el proceso, etc... En este marco, la evaluación del desempeño tiene un papel esencial. Esta progresión en los sucesivos grados del sistema está condicionada a la superación con éxito del proceso de evaluación del desempeño. Sin una evaluación positiva, no hay progresión.

De forma concreta, el artículo 16.3 del TREBEP remite a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto para que regulen la carrera profesional aplicable en cada ámbito. Además, permite a los legisladores de desarrollo implantar alguna de las modalidades de carrera, de forma aislada o simultánea, de las que establece el precepto: carrera horizontal, vertical, promoción interna vertical u horizontal. Y no sólo esto: pueden decidir implantar otros sistemas diferentes de los anteriormente enumerados. De esta manera, el poder dispositivo de los legisladores de desarrollo es amplísimo.

No obstante, de conformidad con la Disposición final cuarta del TREBEP, las disposiciones contenidas en el capítulo II del título III producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. El apartado segundo de la misma disposición final prevé que hasta que se dicten las normas de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto. El legislador, suponemos que consciente de las dificultades de aplicación de las cuestiones relativas a la carrera profesional y a la evaluación del desempeño (7), así como al amplio margen de disposición que confiere a cada Administración pública en el diseño y configuración de los propios modelos de carrera profesional, ha optado por demorar la eficacia de las disposiciones reguladoras del capítulo II del título III del TREBEP (8).

(7) Estas dificultades de aplicación fueron apuntadas en el Informe de la Comisión de expertos cuando en las propuestas relativas a los sistemas de evaluación del desempeño señalaron: «(...) conviene prever la posibilidad de una aplicación gradual de estos sistemas, ligada al reforzamiento de las capacidades de gestión de recursos humanos de cada Administración».

(8) JIMÉNEZ ASENSIO destaca que en realidad lo que se demora en el tiempo es su aplicabilidad, no su vigencia. JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2009). «Estatuto Básico del Empleado Público y configuración normativa del empleo público local», en R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. CASTILLO BLANCO, *Informe sobre el empleo público local*, pág. 29, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno local.



Tenemos, por lo tanto, el reconocimiento de un derecho, que puede no tener efectos jurídicos en el caso que el legislador estatal o autonómico no lo haya desarrollado. Esta circunstancia supone un problema, en especial en lo referente a la carrera administrativa horizontal. La remisión a la normativa en vigor en materia de recursos humanos que efectúa la disposición final cuarta del TREBEP, puede que sea un recurso infructuoso, si esta normativa no establece el régimen jurídico de aplicación, en aquellos casos en los que el legislador autonómico no haya desarrollado la norma, como en Cataluña.

Sobre qué aspectos debería contener la legislación autonómica de desarrollo del TREBEP en materia de carrera administrativa, ALDOMÀ BUIXADÉ propone que deberían contemplarse las siguientes cuestiones(9):

- a) El régimen de carrera horizontal debería ser aplicable a las entidades locales, pero la ley debería permitir que cada entidad pudiera decidir si lo incorpora o no a su administración.
- b) Se debería regular el concepto de grado o categoría, y prever para evitar desigualdades, que el número de intervalos o escalones y la cuantía del complemento correspondiente se regulen reglamentariamente por el gobierno autonómico respectivo.
- c) La ley debería determinar el elemento de base para regular la carrera horizontal, si debe ser el puesto de trabajo, el cuerpo o escala, o el grupo de titulación.
- d) Se deberían determinar los factores de valoración, contemplar la evaluación del desempeño y aprobar previamente el sistema a través del que éste se llevará a cabo. Además, se deberían contemplar los efectos de una evaluación negativa.
- e) La antigüedad debería ser un requisito, pero no un mérito a valorar. Así mismo, la antigüedad requerida para poder ascender de grado o escalón debería ser la adecuada para posibilitar ascensos progresivos a lo largo de una vida profesional normal (35 o 40 años), sin llegar al grado superior en un plazo inferior.
- f) El ascenso de grado o categoría debe ser consecutivo.
- g) Habría que determinar quién evaluará el desempeño de cada empleado y el resto de factores.
- h) Si el grado conseguido es un derecho adquirido absoluto.

(9) ALDOMÀ BUIXADÉ, J., (2008), «La carrera profesional», en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas*, págs. 50-52, Barcelona, Cemical.



- i) Un sistema transitorio para pasar del actual sistema de carrera basado en el grado personal y el nivel del puesto en la nueva carrera horizontal.
- j) Sí, en caso de un cambio de puesto de trabajo, a efectos de cumplir con el requisito de antigüedad para la carrera horizontal, computará el tiempo de servicio efectivo en los dos puestos.
- k) La relación entre la promoción interna y la carrera horizontal, en el sentido, que la ley de desarrollo pueda exigir un escalón o nivel superior al de entrada, en el grado o categoría del cuerpo o escala, como requisito para poder participar en la promoción interna vertical.

En el caso de las entidades locales, de forma acertada, el autor propone que la legislación de desarrollo debería concretar cuáles son las competencias reglamentarias propias en materia de carrera administrativa horizontal, precisamente para evitar que la potestad reglamentaria de los gobiernos autonómicos imposibilite la regulación de los sistemas de carrera administrativa horizontal de cada administración local (10).

III. El concepto de carrera administrativa horizontal. Marco jurídico

El artículo 16.3 a) del TREBEP nos ofrece una definición legal de la carrera administrativa horizontal: ésta consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 (11) y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto (12).

A partir de este concepto, FERNÁNDEZ RAMOS la define como el derecho de los funcionarios a progresar de escalón, de forma individuali-

(10) ALDOMÀ BUIXADÉ, J., (2008). «La carrera profesional», en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas*, pág. 49, Barcelona, Cemical.

(11) El precepto establece: «Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas:

(...)

b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida».

(12) El artículo dispone: «Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto».



zada, como reconocimiento a su desarrollo o actividad profesional, sobre la base de una evaluación objetiva y reglada (13).

Del concepto legal, se desprenden tres notas esenciales que definen los sistemas de carrera administrativa horizontal:

- a) Se estructuran en base a un conjunto de escalones, grados, tramos o categorías, en los que los empleados públicos van progresando en la medida que superen las evaluaciones y cumplan los demás requisitos establecidos por las normas que los regulan, entre ellos, el haber prestado un determinado período mínimo de servicios en el escalón inferior.
- b) A diferencia de otras modalidades de carrera administrativa, los ascensos se producen sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Éste es el elemento distintivo y novedoso de la carrera administrativa horizontal, y supone un cambio radical en la caracterización histórica de la carrera administrativa de los funcionarios públicos, basada esencialmente en el cambio de puesto de trabajo.
- c) Los ascensos no son automáticos, sino que requieren la superación de una fase de evaluación, en la que se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos, el resultado de la evaluación del desempeño, así como otros méritos y aptitudes, de conformidad con el artículo 17 b) del TREBEP.

Siguiendo las indicaciones del Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del EBEP, el legislador básico ha configurado la implantación de la carrera administrativa horizontal como potestativa. Así mismo, como hemos visto, esta modalidad de carrera administrativa puede aplicarse por las leyes de Función Pública de desarrollo conjuntamente con las otras modalidades previstas por el artículo 16.3 del TREBEP.

El artículo 17 del TREBEP regula la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, y lo hace con una regulación de mínimos. El legislador básico vuelve a otorgar absoluta libertad al legislador de desarrollo en orden a la regulación del sistema. Simplemente, enumera algunas de las reglas que se pueden aplicar:

- a) La articulación de un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso, fijándose la remuneración por cada uno de ellos.
- b) La valoración de la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo

(13) FERNÁNDEZ RAMOS, S., (2010). «Proposiciones para la carrera horizontal de los funcionario», en *Justicia administrativa, Revista de derecho administrativo*, núm. 47, págs. 5-9.



otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

Además, estas reglas son de carácter potestativo: las leyes de desarrollo del TREBEP pueden aplicarlas, pueden sólo aplicar alguna de ellas, o bien pueden aplicar otras distintas, conjunta o separadamente a las anteriores. No obstante, a pesar de este redactado en sentido dispositivo, el precepto entra en una cierta contradicción cuando el redactado de la letra b) está formulado en términos imperativos: «se deberá valorar». En realidad, los elementos objeto de valoración que contempla, son los que a su vez deben ser objeto de la evaluación del desempeño de conformidad con el artículo 20.1 del TREBEP (14). Por este motivo, al introducir el artículo 20 del TREBEP como elemento obligatorio el establecimiento de mecanismos que permitan la evaluación del desempeño de los empleados públicos, y que se contemplen los efectos de dicha evaluación en la carrera profesional horizontal, en el caso que las leyes de función pública de desarrollo del TREBEP decidan implantar sistemas de carrera administrativa horizontal, deberán integrar la evaluación del desempeño como elemento determinante de los mismos.

En cualquier caso, el TREBEP reserva al legislador de desarrollo, estatal o autonómico, la facultad de establecer la regulación de los modelos de carrera profesional horizontal (15). En consecuencia, ante un escenario de falta de desarrollo legislativo, la carrera administrativa horizontal para los funcionarios públicos parece ser que no puede implementarse ni vía reglamentaria, ni vía convencional, sin la previa regulación por ley de la misma. Otra cosa es la carrera administrativa horizontal del personal laboral, en la que el artículo 19.2 del TREBEP prevé que pueda hacerse efectiva vía convencional.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales se pronuncian en este sentido. Es el caso de las sentencias núm. 1055/2009 y núm. 1057/2009, de 10 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, cuando afirman:

«el legislador básico ha querido que sean los legisladores autonómicos, y el propio legislador estatal como legislador de desarrollo en relación a los funcionarios del Estado, los que, dentro de los principios y directrices de la ley básica, diseñen y perfilen la carrera profesional. No se puede por tanto hurtar a los representantes de la soberanía su potestad de efectuar

(14) Con la única excepción de la referencia a los «*conocimientos adquiridos*», concepto ligado a la formación, que no aparece como objeto de la evaluación del desempeño. A pesar de todo, la formación es un factor de valoración comúnmente utilizado por los sistemas de evaluación del desempeño.

(15) El artículo 17 del TREBEP determina que «las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera (...)».



ese desarrollo, no siendo en consecuencia la vía convencional, y ni siquiera la reglamentaria sin ese soporte legal previo, instrumentos ni cauces adecuados para establecer una carrera profesional, ni siquiera de forma provisional. Además es evidente que la percepción de unas determinadas cantidades en concepto de carrera profesional, como retribuciones que son, ha de responder a una estructura retributiva que tenga el consecuente respaldo legal, y no convencional».

Por lo tanto, según este criterio, existe una reserva de ley en el establecimiento y regulación de la carrera administrativa horizontal, así como en la estructura retributiva derivada de la misma.

En la misma línea, en el ámbito de la Administración General del Estado, la sentencia núm. 290/2011, de 11 de marzo, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por un funcionario del Cuerpo Facultativo de Sanidad Penitenciaria contra la resolución de inadmisión de la solicitud de reconocimiento de la carrera profesional, consistente en el abono del Grado I en las mismas condiciones del profesional sanitario del SACYL (el servicio de salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León), por la falta de cobertura normativa de dicha petición, al no haberse desarrollado el EBEP por el legislador estatal.

Además, aunque sea en una materia diferente a la carrera administrativa horizontal, nos interesa destacar la sentencia núm. 1829/2019, de 17 de diciembre, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, dictada en aplicación del artículo 13 del TREBEP en relación con el personal directivo local, en la que ha negado la posibilidad que de forma directa, mediante reglamento orgánico municipal, una diputación provincial establezca el régimen jurídico aplicable al personal directivo, en ejercicio de su potestad de autoorganización (16).

(16) El Tribunal efectúa una interpretación literal del precepto, que reserva en exclusiva al Gobierno del Estado y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas el poder efectuar esta regulación, no a las entidades locales.

A pesar de todo, esta sentencia cuenta con un voto particular que formulan dos magistrados que se pronuncian en sentido contrario, efectuando una interpretación sistemática del artículo 13 del TREBEP, reconociendo la facultad de la diputación para establecer el régimen jurídico aplicable al personal directivo de acuerdo con el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado, y la potestad de autoorganización inherente al mismo principio.

Esta interpretación sistemática del artículo con el resto del ordenamiento jurídico, es la que a juicio de los magistrados discrepantes, permite salvar la falta de desarrollo normativo por el legislador autonómico. El límite de esta regulación vendría determinada por una situación de futuro, esto es, la aprobación posterior de una norma legal, circunstancia que comportaría la necesidad de modificar la norma reglamentaria para adecuarla a la ley en aquello que resulte contradictorio con ésta. Esta interpretación es más respetuosa con el principio de autonomía local.



De conformidad con una interpretación literal del artículo 17 del TREBEP, y de acuerdo con los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente destacados, parece ser que a falta de habilitación legal, no se puede regular vía reglamentaria la carrera administrativa horizontal de los funcionarios públicos. En el caso de las administraciones locales, el panorama puede ser verdaderamente complicado, como anteriormente apuntamos, si el TREBEP no ha sido desarrollado por el legislador autonómico, como ocurre en Cataluña.

En este marco, tenemos en la legislación básica unas disposiciones relativas a la carrera profesional horizontal que no son aplicables, y un marco normativo autonómico que no contempla esta modalidad de carrera profesional. Sobre esta cuestión, DÍEZ QUESADA señala al respecto que

«en relación con las disposiciones que no han entrado en vigor, el legislador —como ha señalado la doctrina— ha creado una nueva clase de bases, “las bases diferidas”, que tendrán eficacia una vez se desarrollen. Este tipo de bases, quizá pudiera tener un difícil encaje con la jurisprudencia constitucional, ya que ésta, hasta la fecha, no ha contemplado la existencia de un concepto legal de «bases» que implique que la regulación estatal resulte ineficaz hasta que no exista regulación de desarrollo» (17).

Ante la falta de habilitación legal, las entidades locales, al carecer de potestad legislativa, no podrían establecer y regular vía reglamentaria en ejercicio de la potestad de autoorganización, sus propios sistemas de carrera profesional horizontal. Esta situación genera unas consecuencias negativas de primer orden, apuntadas con anterioridad, derivadas del mantenimiento de un modelo de carrera profesional arcaico basado en el puesto de trabajo, que en el caso de las entidades locales es especialmente dramático. Los efectos negativos inciden en los propios empleados públicos, que ven como sus aspiraciones de progresión profesional se ven frustradas, como en la propia organización, al no poder implementar un modelo que incida positivamente en la motivación del empleado y le permita obtener una información valiosa de las evaluaciones efectuadas, en orden a la mejora continua de la organización, elementos que revertirán inexorablemente en la mejora de los servicios públicos.

Algún sector doctrinal se ha pronunciado favorablemente a la posibilidad que los entes locales desarrollen de forma directa el TREBEP, siem-

(17) DÍEZ QUESADA, A., (2011). «El Estatuto Básico del Empleado Público: proyección e incidencia en la Administración Local, cumplidos cinco años desde su aprobación», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA)*, núm. 315-316, págs. 235-268.



pre y cuando la materia no esté reservada a la ley, ya sea vía constitucional o estatutaria, o regulada por ésta. Inclusive en materia de carrera administrativa, se afirma que nada impediría que las administraciones locales aplicaran directamente aquellas normas que contengan «reglas» y no «*principios*» que en sí mismas pueden disponer de contenido efectivo (18). El límite de esta regulación directa vía reglamentaria sería la aprobación posterior de la ley, de manera que en el caso que entrara en vigor la ley de función pública que desarrolle el TREBEP, el reglamento debería adecuarse a las disposiciones legales en virtud del principio de jerarquía normativa (19).

A la vista de este panorama, y de la inseguridad jurídica existente derivada de la falta de desarrollo normativo del TREBEP, algunas corporaciones locales han optado por agudizar el ingenio y diseñar sistemas de carrera horizontal que se basen en elementos de la carrera profesional actualmente vigentes, como puede ser el grado personal, integrando a la vez la evaluación del desempeño. De esta manera, la progresión del empleado en la carrera horizontal implica una progresión en su grado personal. Es el caso de la carrera de grado de la Diputación de Barcelona (20).

Siguiendo esta línea, el Ayuntamiento de Sant Adrià del Besós ha procedido también a la aprobación de las bases reguladoras de la evaluación del desempeño y de la carrera profesional de los empleados públicos (21). En el artículo 1 de las bases se justifica esta aprobación a pesar de la falta de desarrollo del TREBEP por el legislador autonómico, por-

(18) A favor de esta tesis se pronuncia JIMÉNEZ ASENSIO en los siguientes términos: «Pero se ha de ser consciente, y esto es importante, que las llamadas que el EBEP realiza a las “leyes de Función Pública” no actúan ni pueden hacerlo como una reserva de ley, y cabe entenderlas — como se ha dicho acertadamente— simplemente “como una llamada a la regulación de desarrollo”, que por lo común será la Ley de la Comunidad Autónoma respectiva, pero que nada impediría que fuera una Ordenanza o un reglamento municipal (Sobre este punto: *Estudio sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, Ayuntamiento de Madrid/Aranzadi, Madrid, 2008). El único problema realmente es que esa regulación mediante manifestaciones de la potestad normativa local podría ser ulteriormente derogada por la Ley de la Comunidad Autónoma que regulara la función pública. Pero, en principio, nada impide que el Pleno de una entidad local apruebe una norma que desarrolle directamente el EBEP». El autor destaca que las continuas llamadas del TREBEP a que sean «las Administraciones Públicas» las que desarrollen una determinada materia, debe entenderse que comprende también a las administraciones locales.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2009). «Estatuto Básico del Empleado Público y configuración normativa del empleo público local», en R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. CASTILLO BLANCO, *Informe sobre el empleo público local*, págs. 33-34, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno local.

(19) En cierta manera, es la interpretación efectuada en el voto particular de la sentencia núm. 1829/2019, de 17 de diciembre, de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, anteriormente citada.

(20) La Diputación de Barcelona modificó en un único texto la normativa vigente reguladora de la carrera profesional, mediante decretos de la presidencia de 7 de mayo y 20 de junio de 2008, publicada en el *BOPB* núm. 168, de 14 de julio de 2008.

(21) *BOPB* núm. 311, de 29 de diciembre de 2009.



que «no se puede obviar su existencia, por lo que justifica y hace necesario la implantación del sistema de carrera profesional y de evaluación del desempeño, objeto de estas bases». Se contempla, como en la carrera de grado de la Diputación de Barcelona, la coexistencia de la carrera de grado personal, consistente en la consolidación del grado personal de conformidad con la normativa vigente, con la carrera profesional horizontal, de manera que el desarrollo completo de la primera es requisito para acceso a la segunda. Además, el complemento de carrera resultante de la progresión en el sistema, tendrá la consideración de complemento de productividad, evitando de esta manera crear un nuevo concepto retributivo. La particularidad del sistema, lo constituye el hecho que esta coexistencia desaparecerá con el desarrollo normativo del capítulo II del Título III del TREBEP, momento en que la corporación presume que existirá la cobertura legal suficiente para desarrollar totalmente dicho modelo de carrera profesional.

En otro orden de cosas, el Ayuntamiento de Granada ha aprobado un modelo de carrera profesional horizontal dentro del plan de recursos humanos 2019-2023, con una vigencia temporal, condicionada al desarrollo legislativo del TREBEP (22). En el preámbulo se indica que este sistema es de aplicación de forma transitoria hasta que no se desarrolle el capítulo II del Título III del TREBEP en materia de «derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño». En el momento que el legislador efectúe el citado desarrollo, decaerá su vigencia, debiendo aprobarse un nuevo sistema que se adecue al nuevo marco normativo en virtud del principio de jerarquía normativa.

IV. El ámbito subjetivo de aplicación

Como hemos expuesto con anterioridad, el artículo 16.1 del TREBEP tipifica el derecho a la promoción profesional de los funcionarios de carrera. A diferencia del derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna reconocido en el artículo 14 c) de la misma norma, titularidad de todos los empleados públicos, el derecho a la promoción profesional sólo se atribuye a los funcionarios de carrera.

En el ámbito de la carrera administrativa horizontal, el auténtico caballo de batalla y fuente de conflictividad permanente, ha sido la discusión consistente en si los funcionarios interinos y el personal laboral tempo-

(22) Puede consultarse el documento en:
[https://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/d1ba605cd85e1cc9c1256e280064a252/5e4b23771c-10c14ec12583fc003792dc/\\$FILE/Anexo%20I%20Plan%20RRHHH%202019%20-%202023%20Carrera%20profesional%20horizontal%20mayo%202019.pdf](https://www.granada.org/inet/wordenanz.nsf/d1ba605cd85e1cc9c1256e280064a252/5e4b23771c-10c14ec12583fc003792dc/$FILE/Anexo%20I%20Plan%20RRHHH%202019%20-%202023%20Carrera%20profesional%20horizontal%20mayo%202019.pdf)



ral podían tener acceso a los distintos sistemas de carrera profesional implantados por las administraciones públicas. Si bien los litigios en un inicio tuvieron lugar principalmente en el ámbito del personal estatutario sanitario, por tener ya implantados de forma efectiva sistemas de carrera profesional, éstos se trasladaron al resto de personal al servicio de las administraciones públicas. Estudiaremos dicha problemática en el caso de los sistemas de carrera administrativa en la administración autonómica valenciana y la balear, casos relativamente recientes, en los que los tribunales han determinado el ámbito de aplicación subjetivo de los sistemas de carrera que implantaron. La jurisprudencia dictada es plenamente aplicable a la administración local, donde la temporalidad es un mal común como en el resto de administraciones públicas.

En el caso de las Islas Baleares, fue objeto de impugnación jurisdiccional el acuerdo del Consell de Govern de 8 de mayo de 2015, que ratificaba los Acuerdos del Comité Intercentros y de la Mesa Sectorial de Servicios Generales de 4 de mayo de 2015, que desarrollaba el punto 5º de la carrera profesional del Acuerdo entre la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. El acuerdo limitaba el ámbito subjetivo de aplicación de la «carrera profesional horizontal» a los funcionarios de carrera y al personal laboral fijo, con exclusión del personal funcionario interino y del personal laboral temporal. Las sentencias de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo núm. 1482/2019, de 29 de octubre de 2019 (recurso de casación 2237/2017) y núm. 293/2019, de 6 de marzo de 2019 (recurso de casación núm. 2595/2017), resuelven la controversia y fijan como doctrina casacional:

- 1) que la carrera profesional está incluida en el concepto «condiciones de trabajo» de la cláusula 4.ª del Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 1999/70/CE referida al principio de no discriminación, y a los efectos de valorar las diferencias de régimen jurídico aplicable a los funcionarios interinos y al personal laboral temporal, al que viene referida la actuación impugnada.
- 2) que existe discriminación de este personal por condicionarse su participación en la carrera profesional diseñada en el acuerdo recurrido a la circunstancia de haber superado un proceso de ingreso y, por tanto, a la adquisición previa de la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, ello por no admitirse que ese condicionamiento integre una causa objetiva que justifique la diferencia de trato.

El Tribunal, en la sentencia núm. 239/2019, de 6 de marzo (recurso de casación núm. 2595/2017), para resolver la controversia, aplica la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencias del Tribunal Supremo núm. 1796/2018, de 18 de octubre, y 30 de junio de 2014 (recurso



1846/2013), a propósito del personal estatutario no fijo de los Servicios de Salud. En el fundamento jurídico quinto se indica que

«no hay razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato pues, como dijimos entonces y debemos reiterar aquí, se apoya en un aspecto que no guarda relación con elementos precisos y concretos que caracterizan la «condición de trabajo» —carrera profesional horizontal— ni resulta indispensable para lograr los objetivos perseguidos por la Administración balear y tampoco para cumplir con los requisitos generales relativos a los servicios prestados que se valorarán en el diseño de esa carrera profesional».

El caso del País Valenciano es otro ejemplo paradigmático de la evolución del conflicto. A diferencia de otros legisladores autonómicos, en la comunidad autónoma del País Valenciano se desarrolló el TREBEP en el ámbito de la carrera administrativa profesional, mediante la aprobación de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (23), y el Decreto 211/2018, de 23 de noviembre, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat. En la actualidad, el artículo 132 a) de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana, configura la carrera horizontal como una modalidad de promoción profesional del personal funcionario de carrera consistente en la progresión a través de un sistema de grados sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Además, el artículo 133.5 de la misma norma reconoce el derecho del funcionario interino a la percepción de la retribución correspondiente al complemento de carrera administrativa que corresponda según el tiempo de servicios prestados, siempre que cumpla con los requisitos previstos en la normativa de aplicación.

El Decreto 211/2018, de 23 de noviembre, establece el régimen jurídico aplicable a la carrera profesional horizontal del personal funcionario de carrera (24). En lo que en este punto interesa, esta norma deroga el Decreto 186/2014, de 7 de noviembre, que había sido objeto de impugnación jurisdiccional, y se dicta en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 402/2017, de 8 de marzo, y las sentencias núm. 175/2017, de 29 de marzo, y núm. 213/2017, de 21 de abril, del Tribunal Superior de

(23) Esta disposición ha sido derogada por la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana.

(24) Esta norma no es de aplicación al personal funcionario al servicio de las administraciones locales en virtud de la exclusión expresa de su ámbito de aplicación que efectúa el artículo 3.2 del texto normativo.



Justicia de la Comunidad Valenciana. Estos pronunciamientos jurisprudenciales declaran la nulidad de determinados artículos del Decreto en cuanto excluyen al funcionario interino con más de cinco años de antigüedad, de la posible percepción del complemento retributivo de carrera profesional. La doctrina contenida en las anteriores sentencias marca el contenido del texto normativo, en la medida que se adiciona la regulación del derecho a la percepción de la retribución correspondiente al complemento de carrera administrativa de los funcionarios interinos. En el mismo orden de cosas, se introducen diferentes disposiciones transitorias con la finalidad que el funcionario interino con más de cinco años de antigüedad, cumpliendo los mismos requisitos que se establecen para los funcionarios de carrera, pueda percibir un complemento de carrera con efectos retroactivos con motivo de la declaración de nulidad.

El Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 402/2017, de 8 de marzo, anteriormente citada, afirma que la percepción de conceptos retributivos ligados al desempeño de un puesto de trabajo, fuere en condición de funcionario de carrera o interino de larga duración, es una cuestión pacífica en el presente. Para justificar esta decisión, trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 232/2015, de 5 de noviembre (recurso de amparo 1709/2013), en la que se expone que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había excluido la condición de funcionario interino como una «razón objetiva» válida para el trato diferente permitido bajo ciertas condiciones por la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE en lo que atañe a la percepción de «sexenios» por los profesores. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 (recurso de casación núm. 5303/2011), se mostró favorable a la equiparación de los profesores funcionarios interinos con los profesores funcionarios de carrera a los efectos concretos de reconocimiento del derecho a percibir los llamados «sexenios» o complemento retributivo por formación permanente del profesorado tras la pertinente evaluación. Por último, cita la sentencia dictada por el mismo Tribunal el 21 de junio de 2016 (recurso ordinario 562/2012), en la que ha extendido la aplicación del Acuerdo Marco a la percepción de trienios por el personal eventual a raíz de la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE el 9 de julio de 2015, en asunto C-177/2014.

Debemos valorar positivamente el reconocimiento jurisprudencial del derecho a acceder a los sistemas de carrera administrativa horizontal y a beneficiarse de las consecuencias de dicho acceso, en especial, a la percepción de los complementos retributivos que se devengan, a favor de los funcionarios interinos y del personal temporal al servicio de las administraciones públicas. No puede discriminarse a los empleados públicos con un vínculo temporal mediante su exclusión del ámbito de aplicación subjetivo de los sistemas de carrera administrativa horizontal, máxime cuando este vínculo se ha dilatado al largo de los años. Compartimos las



reflexiones que en su momento efectuó el Tribunal Constitucional, en las sentencias núm. 240/1999, de 20 de diciembre y núm. 203/2000, de 24 de julio, en las que estimó los recursos de amparo planteados por funcionarias interinas, ante la denegación de las solicitudes de excedencia para el cuidado de hijos, precisamente por tener la condición de interinidad. Tal como destaca el máximo intérprete de la constitución, la razón objetiva de la finalidad de la interinidad, que es la suplencia temporal de una plaza evitando las disfunciones que el servicio público sufriría de acecer tal vacío servicial, no puede justificar dicha discriminación. No es admisible esta razón, máxime cuando se aplica a personas que tienen un vínculo de servicio con la Administración que supera los cinco años.

Además, esta exclusión tendría un evidente componente injusto. Es la misma administración quien ha creado y perpetuado en el tiempo esta situación de temporalidad, de manera que no sería admisible que la responsable de esta realidad, niegue a los perjudicados de la misma el poder beneficiarse de la carrera profesional. En la administración local, por el contacto más directo e inmediato entre los empleados públicos y los cargos electos, elemento que no se da con tanta intensidad en otras administraciones públicas, esta temporalidad presenta unos riesgos que la garantía del puesto de trabajo minimiza.

Independientemente de las anteriores consideraciones, si tenemos presente que lo que permite el acceso al correspondiente grado o escalafón superior en el seno de cada sistema de carrera administrativa horizontal, es la superación de la evaluación del desempeño, cuyo objeto es la valoración del rendimiento y la conducta profesional del empleado, no existen razones para excluir al trabajador temporal o funcionario interino del sistema, puesto que su actividad puede ser por igual objeto de evaluación, sin que existan razones *ab initio* para determinar que el desempeño de su trabajo lo será en condiciones inferiores al de un funcionario de carrera o del personal laboral fijo (25). Es más, prescindiendo de las consideraciones jurídicas que se puedan hacer, desde el punto de vista estricto de política de recursos humanos, si detrás de cualquier sistema de carrera administrativa horizontal se encuentra siempre la finalidad de recompensar a quien tenga un desempeño positivo, no encontramos razones para excluir al personal temporal e interino de este premio al buen trabajo, que es a la vez un estímulo de motivación para el propio empleado.

No obstante, algún autor ha destacado que pueden existir razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato. CANAL FERNÁNDEZ ha señalado que la cualificación de ambos colectivos es distinta, porque no se puede afirmar que

(25) Sobre esta cuestión puede consultarse la sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 3822/2012, de 17 de mayo de 2012.



«un empleado que ha superado el proceso selectivo reglamentariamente establecido ostente la misma cualificación que otro cuyo nombramiento trae causa de no haberlo conseguido, sin perder de vista que, así como en el ámbito estrictamente privado la temporalidad del vínculo no evidencia una menor capacidad o preparación, en el del Empleo Público sucede precisamente lo contrario, pues nadie que lo haya superado accede a una relación meramente temporal, ni puede hacerlo a una investidura de inamovilidad quien no lo hubiera logrado. En definitiva, lo que caracteriza substancialmente a un funcionario de carrera respecto de otro interino, no es la temporalidad del vínculo sino la distinta cualificación puesta de manifiesto por la superación de un proceso selectivo al que se fía la satisfacción de aquellos principios constitucionales» (26).

Para el autor, esta distinta cualificación entre ambos colectivos, se encuentra directamente relacionada con la observación de los principios de mérito y capacidad, cuya observación es imperativa tanto en los sistemas de selección de personal (artículo 55.1 del TREBEP), como en los sistemas de carrera horizontal (artículo 16.2 del TREBEP).

No compartimos esta reflexión, porque para el acceso a la función pública, inclusive en régimen de interinidad, es necesaria la superación de un proceso selectivo, con estricta observancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Además, la superación de un proceso selectivo para adquirir la condición de empleado público, entendemos que es una cuestión completamente ajena al desempeño del empleado, elemento esencial en la carrera horizontal, puesto que las pruebas selectivas no tienen esta finalidad. Se puede haber superado de forma brillante un proceso selectivo, pero el desempeño del puesto de trabajo que se ha conseguido puede ser negativo. Lo determinante en la carrera administrativa horizontal es la evaluación del desempeño del empleado, no la superación de un proceso selectivo (27).

(26) CANAL FERNÁNDEZ, L., (2018). «Temporalidad y equiparación de las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos a la luz del principio constitucional de igualdad y de la aplicación directa del derecho comunitario. El caso de la carrera horizontal regulada en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Revista de Actualidad administrativa*, núm. 9.

(27) Cabría contemplar una excepción, si bien en sede de provisión de puestos de trabajo, donde los empleados ya han accedido y se han incorporado a la función pública. En los procesos selectivos de provisión de puestos de trabajo, de conformidad con el artículo 20.4 del TREBEP, puede considerarse la evaluación del desempeño como un factor determinante, en los términos que fije cada administración pública al respecto.



V. Las características de la carrera administrativa horizontal

Como hemos podido observar, el legislador básico ha configurado la carrera administrativa horizontal con un carácter absolutamente abierto. Ha establecido un modelo de carrera que es potestativo: el legislador de desarrollo puede decidir sobre su implantación en cada administración pública. Además, otorga una amplia libertad en su diseño, de manera que cada administración pueda establecer las reglas propias de aplicación, en las que obligatoriamente deberá tenerse en cuenta la evaluación del desempeño, elemento que de forma preceptiva el TREBEP determina como de necesaria observación. A pesar de todo, aunque se deberá tener presente la evaluación del desempeño, el legislador de desarrollo podrá concretar los efectos que tendrá en la carrera administrativa horizontal.

Esta configuración debe valorarse como positiva, porque permite la adecuación de los modelos que se implanten, a las características y peculiaridades organizativas de cada administración pública. Además, en lo referente a la evaluación del desempeño, se habilita a cada administración para el diseño y fijación de los factores de valoración que más se adecuen a sus necesidades específicas. No es lo mismo implementar un sistema de carrera administrativa horizontal en un municipio de 3.000 habitantes, que en uno de 200.000. Por razones obvias, las dinámicas de funcionamiento de los sistemas de carrera horizontal de los municipios pequeños, al disponer de menos recursos personales y materiales, deberían intentar huir de cualquier forma de complejidad, simplificando los trámites, los procedimientos, y fijando factores de evaluación que no requieran una importante labor de análisis e interpretación de datos.

El problema que puede plantear este modelo abierto es la instauración de distintos sistemas, con diferentes escalas o grados, y diversos requisitos para progresar en ellos, con retribuciones igualmente dispares. Esta desigualdad puede ser un obstáculo para la permanencia del empleado público en la entidad local en la que presta sus servicios, al poder encontrar otras administraciones con modelos de carrera profesional horizontal más favorables y atractivos para su desarrollo profesional, especialmente en lo económico. En consecuencia, esta diversidad de modelos puede ser indirectamente un incentivo a la movilidad entre administraciones.

Un segundo problema derivado de la diversidad de sistemas, es la necesaria coordinación entre ellos, en el sentido que se deberá prever como se articula el ingreso de los empleados públicos que provengan de otras administraciones en la función pública de cada administración, y en concreto, en el sistema propio de carrera administrativa ho-



horizontal (28). La tarea no será fácil, sobre todo en los casos en los que los sistemas de carrera de la administración de origen y la de destino, sean heterogéneos, o en aquellos supuestos en los que en una de las dos administraciones no exista un sistema de carrera administrativa horizontal.

En cualquier caso, será el legislador autonómico de desarrollo el que deberá abordar estas cuestiones, asegurando una regulación de mínimos que respetando el grado de autonomía de cada entidad local, asegure una cierta homogeneidad en la aplicación de los sistemas de carrera horizontal.

En otro orden de cosas, el legislador básico guarda silencio sobre si el acceso a la carrera administrativa horizontal debe ser obligatorio, o bien debe ser un derecho dispositivo del empleado público. No obstante, de forma indirecta, en el artículo 18.4 del TREBEP, relativo a la promoción interna de los funcionarios de carrera, indica que las Administraciones Públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional. Con esta previsión, parece que se reconozca que la participación tenga carácter voluntario, al contemplar la posibilidad de establecer medidas de incentivación. En cualquier caso, entendemos que deberá ser la norma técnica reguladora de cada sistema la que determine esta cuestión, ya sea en sentido afirmativo o negativo, excepto que el legislador de desarrollo haya optado por una determinada opción (29).

En la práctica, es habitual que el procedimiento para el acceso al grado, tramo o escalafón superior, se articule mediante una convocatoria pública, en la que una vez aprobada y publicada, serán los empleados quienes deberán presentar en el plazo que se determine, las correspondientes solicitudes de acceso. De esta manera, los interesados pueden decidir presentar o no la solicitud, configurándose como una facultad dispositiva. Esta opción entendemos que es positiva, porque la voluntariedad constituye un elemento más de refuerzo y convicción en la percepción del sistema como válido para el empleado.

A la vista que la participación en los sistemas de carrera administrativa horizontal sólo puede tener consecuencias positivas o neutras para el empleado público, aunque ésta sea voluntaria, será con toda

(28) Esta movilidad es especialmente intensa en el ámbito de la policía municipal en nuestras administraciones locales.

(29) A título de ejemplo, el artículo 49.1 bis de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, señala que la incorporación a la carrera profesional es voluntaria e individual, admitiendo las figuras del desistimiento o la renuncia.



probabilidad mayoritaria. Estas consecuencias positivas se materializan especialmente en el ámbito retributivo. En el orden inverso, las consecuencias jurídicas de una evaluación negativa deberían consistir exclusivamente en la no progresión hacia el grado o nivel superior, no en el descenso a un nivel inferior. La degradación del grado, como sanción, entendemos que sólo puede tener lugar en el marco de un procedimiento disciplinario, con todas las garantías legalmente previstas para el interesado.

A pesar de todo, esta cuestión no es pacífica. Algún autor apunta que es posible la carrera a la inversa en los supuestos en los que la evaluación del desempeño sea desfavorable, admitiendo que si se acepta la idea de progresión, debe aceptarse del mismo modo la idea de involución, porque ambas están indisolublemente unidas(30).

Por otro lado, aunque el legislador básico no indique nada al respecto, el acceso a los sistemas de carrera administrativa horizontal debería ser abierto, sin restricciones. Cualquier empleado que cumpla los requisitos establecidos para el acceso al tramo o nivel superior, debería promocionar. Otra interpretación podría ser contraria al principio de igualdad constitucionalmente garantizado, teniendo en cuenta que el elemento de competitividad, presente en los otros modelos de carrera profesional, no existe en la carrera administrativa horizontal. Además, con independencia de las anteriores consideraciones, la inclusión de cupos de ascensos u otros mecanismos que limiten el acceso desde un punto de vista meramente cuantitativo, sería un auténtico elemento desmotivador.

Podemos destacar las siguientes características que definen o deberían definir la carrera administrativa horizontal:

- a) Es una modalidad de carrera profesional que se desarrolla sin necesidad de cambio de puesto de trabajo. Es, por consiguiente, una carrera en el puesto de trabajo. Este elemento la diferencia del resto de modalidades de carrera profesional establecidas en el TREBEP, como la carrera administrativa vertical y la promoción interna, en las que sí que se produce un ascenso en los distintos puestos de trabajo en el seno de la organización.

Por este motivo, encuentra un perfecto encaje en la administración pública local, donde la carrera basada en el cambio de puesto de trabajo es complicada en aquellas entidades locales de pequeñas dimensiones.

(30) ARROYO YANES, L.M., (2012). «La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 45, págs. 94-128.



- b) Tiene un carácter perfectamente estructurado. Se configura como un modelo ordenado en el que existen diferentes escalas, grados, niveles o categorías. Es una modalidad de carrera profesional escalonada, en la que el empleado público puede progresar en ella, superados los requisitos que se exijan en cada administración, entre ellos, la necesidad de un tiempo mínimo de permanencia en cada escalafón.
- c) En la carrera administrativa horizontal no existe el elemento de competitividad que encontramos en las otras modalidades de carrera administrativa que recoge el TREBEP.

En la denominada carrera vertical, el ascenso se efectúa de acuerdo con los procedimientos de provisión legalmente establecidos, en los que el empleado competirá con otros candidatos para ocupar un puesto de trabajo. Esta concurrencia competitiva se muestra en la modalidad del concurso, procedimiento que el artículo 79.1 del TREBEP califica como el normal de provisión. Así mismo, también se manifiesta en la modalidad de libre designación con convocatoria pública, si bien esta competitividad es relativa por la libre discrecionalidad de la administración en la selección del candidato.

Por el contrario, en la carrera horizontal, el funcionario no compete con terceros, sino que la progresión en las distintas escalas o grados, se efectúa mediante su evaluación individualizada.

- d) Debería ser transparente.

La transparencia debe ser un elemento omnipresente en cada uno de los distintos aspectos de la carrera administrativa horizontal, y un componente legitimador del sistema para los mismos empleados⁽³¹⁾. Si éstos conocen perfectamente los procedimientos, los trámites, los requisitos y demás presupuestos de funcionamiento de los sistemas de carrera profesional, los percibirán como claros y exentos de elementos opacos que puedan generar dudas que los cuestionen.

En primer lugar, esta transparencia debe ya estar presente en el momento mismo de la planificación y el diseño de los sistemas.

(31) El artículo 2 a) de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG en adelante), nos ofrece un concepto legal de transparencia. Por transparencia, según el precepto, cabe entender la acción proactiva de la Administración en dar a conocer la información relativa a sus ámbitos de actuación y sus obligaciones, con carácter permanente y actualizado, del modo que resulte más comprensible para las personas y por medio de los instrumentos de difusión que les permita un acceso amplio y fácil a los datos y les faciliten la participación en los asuntos públicos. En el ámbito de la carrera profesional, la transparencia está principalmente dirigida a los empleados públicos, actores principales de la misma.



Los empleados públicos deben no sólo conocer, sino también participar en la elaboración de los instrumentos que regulen la carrera profesional horizontal(32).

En segundo término, una vez aprobados estos instrumentos, y sin perjuicio de la publicidad legalmente exigible en los boletines oficiales o en los registros públicos(33), deberán publicitarse a la totalidad de los empleados, de una forma proactiva. De este modo, podrán conocer los distintos elementos que integran los sistemas de carrera administrativa horizontal, de forma previa a su aplicación efectiva. Entre ellos, es importante que puedan conocer los aspectos integrantes de la evaluación del desempeño: qué aspectos se van a evaluar, en qué medida éstos se valorarán y quién los evaluará. El conocimiento de los extremos objeto de evaluación, y su grado de ponderación, debería permitir al empleado adecuar y orientar su conducta profesional.

En tercer lugar, en la fase de efectiva implantación, se deberán conocer los resultados finales de los procesos de evaluación, así como la resolución definitiva del órgano competente que se pronuncie sobre si el empleado puede acceder al tramo o grado superior, a la vista de la evaluación practicada, y la constatación del cumplimiento de los restantes requisitos exigidos. El conocimiento por parte del empleado de estas cuestiones, le facultará para ejercer las acciones administrativas o judiciales que estime convenientes en defensa de sus derechos. Y no sólo esto, sino que en una vertiente positiva, le permitirá en lo concerniente a los resultados de la evaluación, adecuar su conducta y rendimiento profesional a los mismos, intentando corregir los aspectos negativamente valorados y mantener o mejorar los valorados de forma positiva.

Por último, las administraciones públicas deberían permitir que los empleados puedan conocer en cualquier momento el grado o tramo en el que se encuentran en la estructura de carrera establecida. Pese a que no forma parte del contenido mínimo legalmente exigible, una buena opción sería publicar en las

(32) Además, es preciso recordar que el artículo 37.1 del TREBEP establece como materias preceptivas objeto de negociación colectiva, entre otras, la siguientes:

«c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.

d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño».

(33) Dependiendo de si el instrumento jurídico es una norma reglamentaria o bien un acuerdo regulador o convenio colectivo.



relaciones de puestos de trabajo el grado de carrera profesional horizontal consolidado (34). Se aprovecharía un instrumento jurídico existente para publicitar este factor, de manera que pueda ser perfectamente conocido no sólo por el mismo empleado, sino por el resto de empleados, y en definitiva, por cualquier persona. Además, es preciso recordar que las relaciones de puestos de trabajo han de ser objeto de publicidad activa tal como requiere el artículo 8.1 d) de la LTAIPBG.

- e) Las consecuencias de la progresión del empleado público en los niveles, escalafones o grados de carrera, no son exclusivamente económicas.

El principal efecto derivado del ascenso de nivel será el reconocimiento de un complemento económico de percepción fija y periódica, habitualmente denominado «*complemento de carrera*». Ahora bien, además de esta vertiente económica, la carrera administrativa horizontal puede suponer la adquisición de un determinado nivel o status profesional, siempre que se superen los procesos evaluadores y se cumplan los requisitos establecidos. Así mismo, en ocasiones, las disposiciones reguladoras de los sistemas de carrera administrativa horizontal reconocen otros beneficios tangibles distintos a los económicos y a los anteriormente anunciados, como el considerar el grado o nivel alcanzado en el escalafón como mérito en los sistemas de provisión de puestos de trabajo (35).

Este segundo elemento no económico integrante del derecho a la carrera administrativa horizontal, ha encontrado respaldo jurisprudencial en el ámbito del personal estatutario al servicio de la administración sanitaria. La sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencias núm. 986/2013, de 19 de diciembre; núm. 261/2015, de 17 de abril; núm. 208/2017, de 19 de abril; y núm. 230/2017, de 2 de mayo, ha disociado el contenido del derecho en la vertiente económica y no económica. De esta manera, ha considerado que la sus-

(34) El artículo 74 del TREBEP destaca que las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos. De conformidad con este precepto, si bien las relaciones de puestos de trabajo deben contener las retribuciones complementarias, y el complemento de carrera forma parte de este concepto retributivo, no obliga a integrar el número de nivel o grado conseguido en el seno de la carrera profesional horizontal de cada administración.

(35) De este modo, se da cumplimiento a lo que dispone el artículo 20.3 del TREBEP.



pensión de la carrera profesional por las disposiciones presupuestarias sólo afectaba a la vertiente económica del derecho, porque en caso contrario, se conculcaría el artículo 14 de la CE, al privar a los empleados públicos de esta comunidad autónoma de los restantes beneficios no económicos derivados de la carrera profesional, en detrimento de los empleados públicos de otras comunidades autónomas(36).

Estos beneficios no económicos son los reconocidos por el artículo 23 del Decreto 83/2020, de 24 de julio, que regula el sistema de carrera profesional del personal de Salud Pública gestionado por la consellería competente en salud, consistentes en considerar el grado alcanzado como un mérito a valorar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y para la participación como docente en programas de actualización y formación profesional, así como en programas de cooperación nacional o internacional, o en actividades y tareas de investigación.

(36) En el fundamento jurídico segundo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 261/2015, de 17 de abril, se dispone: «(...) Es decir, partimos ya de un reconocimiento del derecho a la carrera profesional si bien, el desarrollo reglamentario que se materializa a través de los Decretos invocados es lo que conlleva los efectos económicos que llevan aparejados dicho reconocimiento con los complementos correspondientes. Pero es que además, los Decretos expresados incorporan otros beneficios asociados a la carrera profesional, que en el caso de considerarse suspendidos por lo dispuesto en la Disposición Adicional conllevaría un flagrante cercenamiento de derechos para sus beneficiarios lo que podría suponer una vulneración del derecho de igualdad del art. 14 de la CE (RCL 1978, 2836) en cuanto al reconocimiento, de tales derechos, a los beneficiarios de otras comunidades autónomas, que podrían seguir accediendo y progresando en su carrera profesional, y esta circunstancia obliga a esta Sala a llevar a cabo, y sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, la interpretación en los términos expuestos. Que ello lleva a concluir por tanto con la desestimación del recurso de apelación formulado, confirmando la sentencia de la instancia por considerar que la suspensión que se produce por la Disposición Adicional 17ª de la Ley 17/10 lo es única y exclusivamente de los efectos económicos al declarar inaplicables los tres Decretos del Consell por los que se desarrollan reglamentariamente el sistema de carrera y desarrollo profesional y que da lugar a la regulación de los citados efectos económicos, pero sin que sea admisible la tesis de la Administración extendiendo dicha suspensión también al reconocimiento de dicho derecho, pues de ser así se estaría produciendo , por un lado, una vulneración de la normativa estatal reguladora del derecho a la carrera profesional, siendo además y por otro lado tajante la Disposición Adicional expresada, dictada en el marco de una situación económica específica y aludiendo expresamente a dichas circunstancias económicas como justificación para acordar la misma. Que por todo lo expuesto y teniendo la suspensión acordada una eficacia meramente económica procede concluir, sin más, con la desestimación del recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia apelada por ser acorde a derecho»(STSJCV, Sc.2.ª 987/2013 de 17 de diciembre , Rec. Ap. 301/2012).



VI. La estructura de la carrera administrativa horizontal

Como anteriormente se ha expuesto, la carrera administrativa horizontal se encuentra estructurada y ordenada. El empleado hace carrera superando los distintos escalafones que la componen a lo largo de su trayectoria profesional. Para definir estos escalafones, el artículo 16.3 a) del TREBEP utiliza los términos «grado», «categoría», «escalón» y permite también adoptar «*otros conceptos análogos*». En este aspecto, el legislador básico otorga absoluta libertad al legislador de desarrollo en acoger la denominación que estime oportuna. Sobre esta cuestión, como apunta FERNÁNDEZ RAMOS, es posible que la utilización de determinados términos pueda generar confusión al estar vinculados a otros conceptos, como al complemento de destino o la misma categoría profesional (37).

En la práctica, son distintas y variadas las denominaciones utilizadas por las administraciones públicas locales:

- a) «Grados de desarrollo profesional» (GDP), en el Ayuntamiento de Valencia.
- b) «Niveles de desarrollo profesional» (NDP), en la Diputación de Barcelona.
- c) «Niveles», en el Ayuntamiento de Manlleu.
- d) «Estadios», en el Consell Comarcal de la Anoia.
- e) «Grados», en el Ayuntamiento de Granada.

Ahora bien, la denominación es un problema de índole menor. Uno de los elementos estratégicos a tener en cuenta en la configuración y diseño de la carrera profesional horizontal es la determinación del número de tramos que deben establecerse, y el tiempo de permanencia en cada uno de ellos. Se debe fijar un número de tramos y un tiempo de permanencia adecuado a la vida profesional del empleado público.

Sobre el tiempo en el que debe materializarse la carrera administrativa horizontal, tomando como referencia la calendarización del período mínimo de cotización exigido para la prestación de la jubilación, estipulado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, consideramos que el período mínimo no debería ser in-

(37) FERNÁNDEZ RAMOS, S., (2010). «Proposiciones para la carrera horizontal de los funcionarios», en *Justicia administrativa, Revista de derecho administrativo*, núm. 47, pág. 14.

El autor señala: «El término de grado, que es el utilizado en el sistema de carrera profesional del personal de los servicios de salud, se presta a confusión con el grado personal vigente aún. Asimismo, la voz "categoría" presenta una connotación clasista. Por ello, puede ser preferible emplear el término "escalón", por ser meramente descriptivo, u otro similar, como el de nivel. Tampoco parece necesario adoptar denominaciones específicas para cada nivel, como se hace en algún ámbito».



ferior a 20 años (38). Establecer un período de tiempo inferior no es aconsejable, porque el progreso profesional del empleado podría ser demasiado rápido, permitiendo alcanzar el nivel máximo en la carrera profesional en un período relativamente corto de tiempo. Una vez alcanzado este nivel máximo, el fenómeno de la desmotivación podría volver a aparecer.

En el mismo sentido, fijar un periodo de tiempo excesivamente largo es igualmente contraproducente, porque puede generar el mismo efecto desincentivador, y la desconfianza en el propio sistema, por la excesiva dificultad de acceder a los niveles superiores. Un periodo máximo aproximado de 25 años es razonable, tomando como parámetro de referencia los períodos de cotización que se exigen en orden a obtener la prestación de jubilación, y el periodo medio de la vida laboral en el Estado español (39).

(38) La disposición transitoria séptima establece el siguiente cuadro:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 6 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

(39) Este periodo equivale aproximadamente a unos dos tercios del periodo medio de la vida laboral en el Estado español. Para el ejercicio 2019, éste es de 35,3 años. Estos datos son sensiblemente inferiores al periodo medio europeo, que es de 35,9 años. Fuente: Eurostat. *Duration of working life - annual data*.

Así mismo, el período mínimo de cotización de referencia establecido para el año 2020, corresponde a 37 años cotizados.



En relación al número de niveles que deben configurar la estructura de la carrera horizontal, éste puede no ser homogéneo para todos los grupos profesionales, de manera que en el caso de los puestos de trabajo de carácter superior, podrían establecerse un mayor número de tramos o escalafones, porque los empleados públicos que los ocupan tienen más difícil progresar en las otras modalidades de carrera existentes, la promoción interna y la carrera vertical (40). Otra opción interesante es incrementar el periodo necesario de acceso para los niveles de carácter superior.

Teniendo presente que la carrera administrativa horizontal debería materializarse en un período de 20 a 25 años, consideramos proporcionada la fijación de cuatro o cinco niveles de progresión profesional. Sobre el terreno, los sistemas de carrera efectivamente instaurados, siguen esta pauta. No obstante, el tiempo de permanencia exigido en cada grado, es dispar. A título de ejemplo, podemos observarlo en las siguientes entidades locales:

Entidad local	Tiempo mínimo de permanencia por grado/nivel	Periodo de referencia de la carrera administrativa
Diputación de Barcelona	La carrera se estructura de acuerdo con los siguientes NDP: NDP Entrada. — 1 año para las agrupaciones profesionales y subgrupo C2 — 2 años para el resto de subgrupos (C1, A2 y A1). NDP Novel: 2 años. NDP Junior: 3 años NDP Senior: 4 años	Se materializa a lo largo de un periodo de 10/11 años.
Ayuntamiento de Granada	La carrera se estructura en 5 grados. Se exige por cada grado, un periodo de 6 años de permanencia.	Se materializa a lo largo de un periodo de 30 años.
Ayuntamiento de Palma de Mallorca	La carrera se estructura en 4 niveles. Se exigen 5 años como periodo mínimo de servicios prestados para acceder al nivel superior.	Se materializa a lo largo de un periodo de 20 años.

(40) CORTÉS CARRERES, J.V., y JIMÉNEZ HERNANDIS, J., (2009). La Carrera Profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público. *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 13, págs. 1891-1914.



Entidad local	Tiempo mínimo de permanencia por grado/nivel	Periodo de referencia de la carrera administrativa
Ayuntamiento de Valencia	<p>La carrera se estructura de acuerdo con los siguientes GDP:</p> <p>a. GDP de Entrada. Contiene 3 EPG (Escalones de Progresión de Grado).</p> <ul style="list-style-type: none"> – Sólo los EPG2 y EPG3 llevarán asociado un complemento retributivo. La carrera profesional horizontal se inicia en el EPG1. – Para el acceso al GDP1 se requiere un tiempo mínimo de permanencia de 6 años en el GDP de entrada. <p>b. GDP1 o grado Novel. Contiene 6 EPG</p> <p>c. GDP2 o grado Avanzado. Contiene 6 EPG</p> <p>d. GDP3 o grado Senior. Contiene 6 EPG</p> <p>e. GDP4 o grado Experto. Contiene 6 EPG</p> <p>Cada EPG exige la permanencia de un año y la superación de una evaluación positiva</p>	Se materializa a lo largo de un periodo de 30 años.

En el ámbito local, teniendo presente el factor que la inmensa mayoría de municipios del Estado tienen una población inferior a 5.000 habitantes y, por consiguiente, cuentan con una plantilla con pocos efectivos, es recomendable establecer un número de niveles o tramos homogéneo por cada categoría profesional. No se puede desconocer que en estos municipios, las posibilidades de promoción profesional de los empleados pertenecientes a las categorías inferiores, son seguramente igual de difíciles que los de categorías superiores, a diferencia de aquellas otras administraciones de mayores dimensiones. En estas últimas, se podría optar por distintas soluciones, como el establecimiento de un mayor número de grados o escalafones en los puestos de categoría superior, así como la integración de diferentes subgrados o escalafones dentro de cada grado, que permitan una evaluación continua y permanente del empleado público.

Como regla general, el acceso a los distintos niveles reconocidos de carrera profesional se ha de efectuar de forma sucesiva, de manera que el acceso a un nivel superior sólo será posible si se ha acreditado el reco-



nocimiento del nivel inmediatamente inferior. Los ascensos «*per saltum*» no deberían ser posibles, a riesgo, como apunta algún autor, de generar efectos perturbadores y de desconfianza al resto de empleados públicos(41). Cuestión diferente es la posibilidad de establecer al inicio de la implantación del sistema un período extraordinario de acceso, con la finalidad de situar a cada empleado en el escalafón inicial correspondiente.

Esta progresión debe ser irreversible, en el sentido que el nivel reconocido tenga carácter irrevocable y consolidado, sin perjuicio de que, desde el punto de vista disciplinario, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo con todas las garantías legalmente previstas para el interesado, pueda imponerse la sanción de demérito contemplada en el artículo 96.1 e) del TREBEP. Pero esta sanción entendemos que es independiente al funcionamiento intrínseco de los propios sistemas de carrera administrativa horizontal. Si se pudiera descender al empleado después de una evaluación negativa, sería un elemento desincentivador en la participación voluntaria del mismo en los sistemas de carrera, con la pérdida del efecto motivador que se pretende conseguir. Los efectos de una evaluación del desempeño negativa deberían consistir exclusivamente en privar al empleado del acceso al tramo o grado superior, impidiendo que pueda obtener los beneficios que se deriven de este ascenso, ya sean económicos o no.

La crítica principal que puede hacerse a este posicionamiento es precisamente el riesgo a la posible acomodación del empleado en el nivel en que se encuentre, aunque cuente con evaluaciones negativas, a la vista que la administración no puede acordar el demérito de grado. A pesar de todo, esta afirmación no es del todo cierta, porque estas valoraciones negativas seguramente esconden conductas que son susceptibles de ser calificadas como infracciones disciplinarias. De este modo, la administración dispondría de la potestad disciplinaria para reprimir y disuadir estos comportamientos, si bien al margen de los sistemas de carrera administrativa horizontal.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, una evaluación del desempeño negativa o desfavorable evidencia también un déficit en ámbitos conductuales o de conocimiento en el ejercicio de un puesto de trabajo, que debe ser objeto de atención. Para corregir estos comportamientos, la administración debería fomentar la realización de aquellas acciones formativas necesarias para mejorar las destrezas y conocimientos de los empleados. Nuevamente, se pone de relieve la importancia de la

(41) En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ RAMOS, S., (2010). «Proposiciones para la carrera horizontal de los funcionarios», en *Justicia administrativa, Revista de derecho administrativo*, núm. 47, págs. 12-13.

También se posiciona en esta línea QUESADA LUMBRERAS, J., (2015). *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Cizur Menor, Aranzadi.



formación, como una herramienta esencial en la planificación de las políticas de recursos humanos en las corporaciones locales.

VII. Elementos de valoración para el desarrollo de la carrera administrativa horizontal.

El artículo 17 b) del TREBEP enumera los siguientes elementos de valoración para el desarrollo de la carrera administrativa horizontal:

- a) La trayectoria y actuación profesional.
- b) La calidad de los trabajos realizados.
- c) Los conocimientos adquiridos.
- d) El resultado de la evaluación del desempeño.
- e) Otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida

En el caso que las distintas leyes de función pública opten por la implantación de sistemas de carrera administrativa horizontal, el artículo 17 b) del TREBEP dispone que necesariamente se deberán valorar de forma obligatoria estos elementos. No obstante, la dicción del artículo en sí misma es contradictoria. El apartado b) se redacta en términos imperativos («se deberá valorar»), mientras que el primer párrafo del artículo tiene un carácter dispositivo («pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas»)(42).

Un segundo problema que plantea el apartado b) del artículo, es discernir si los elementos que hemos enumerado anteriormente en las letras a) y b) tienen autonomía propia respecto a la evaluación del desempeño, o bien deben integrarse en la misma. Parece que el legislador haya querido que tengan sustantividad propia al diferenciarlos del resultado de la evaluación del desempeño, separándolos en distintos apartados. A favor de esta tesis se pronuncian CORTÉS CARRERAS y JIMÉNEZ HERNANDIS, al sostener que la trayectoria y actuación profesional, así como la calidad de los trabajos, se refieren a un período mucho más extenso y prolon-

(42) El artículo 17 del TREBEP establece:

«Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas:

a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.

b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida».



gado en el tiempo, que va más allá del de referencia para la evaluación del desempeño (43). En esta línea, ARROYO YANES apunta que son elementos autónomos, y que en este marco, la evaluación del desempeño es sólo uno de los parámetros, pero no el único, que deberá considerarse en la progresión del empleado en la carrera administrativa horizontal (44). Además, advierte de los riesgos que puede suponer la implantación de ambas figuras en un primer momento, al ser absolutamente desconocidas en las oficinas públicas.

En cualquier caso, a nuestro juicio, nada impide que estos factores puedan considerarse incluidos en la evaluación del desempeño. Si la finalidad de la evaluación del desempeño es la medición y valoración de la conducta profesional y el rendimiento del empleado público tal como se establece en el artículo 20 del TREBEP, la trayectoria y actuación profesional, así como la calidad de los trabajos realizados, constituyen elementos que pueden entenderse comprendidos en la conducta profesional (45).

Sobre el tercer elemento que ha de ser objeto de valoración en la carrera horizontal, los conocimientos adquiridos, parece que el legislador básico se refiera a la formación que el empleado público haya podido realizar en orden a la mejora de los conocimientos requeridos para el desempeño de sus funciones. La formación, como en otros ámbitos de la carrera profesional, juega un papel fundamental, como no puede ser de otra manera. Este elemento es habitual que aparezca en los sistemas de carrera administrativa horizontal como objeto de valoración (46). También se muestra en su vertiente activa, es decir, como factor de transferencia de conocimientos, valorando las acciones formativas que se impartan, no

(43) CORTÉS CARRERES, J.V., y JIMÉNEZ HERNANDIS, J., (2009). «La Carrera Profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 13, págs. 1891-1914.

(44) ARROYO YANES, L.M., (2012). «La evaluación del desempeño en la función pública. Ámbito de operatividad y contexto administrativo», en J.A. FUENTETAJA PASTOR y J. CANTERA MARTÍNEZ (Dir.), *Crisis económica y función pública*, págs. 219-259, Cizur Menor, Aranzadi.

(45) En este sentido se pronuncia LINDE PANIAGUA, E., (2012). «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en J.A. FUENTETAJA PASTOR y J. CANTERA MARTÍNEZ (Dir.), *Crisis económica y función pública*, págs. 193-218, Cizur Menor, Aranzadi.

También sigue esta tesis MÍGUEZ MACHO, L., (2014). «La carrera administrativa: la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional. La evaluación del desempeño de los empleados públicos», en S. RODRÍGUEZ-CAMPOS (Dir.), *El empleo público en tiempo de reformas*, págs. 85-111, Madrid, Marcial Pons.

(46) A título de ejemplo, el Reglamento de evaluación del desempeño y rendimiento y la carrera profesional horizontal del personal del Ayuntamiento de Valencia contempla los conocimientos adquiridos como un factor objeto de valoración en los artículos 54 y 55.

A mayor progresión en el grado de desarrollo profesional, se exigen menos horas de formación, porque las necesidades formativas del empleado disminuyen con el paso del tiempo, al incrementarse la experiencia profesional.



sólo las que se reciban, así como la realización de otras actividades que participen en esta actividad de aportar conocimientos, como pueden ser las publicaciones científicas con fines divulgativos o la participación en grupos o trabajos de investigación.

El Informe del grupo de trabajo sobre carrera administrativa de la Comisión de Coordinación del Empleo público destaca que la formación es una herramienta clave en la configuración de la carrera administrativa horizontal (47). Desde el punto de vista estratégico, se propone la vinculación de la política formativa con el sistema de gestión del desarrollo profesional. De esta manera, podrían establecerse las siguientes fases en la ejecución de los planes formativos:

- a) Una fase inicial, de acogida e integración, que ofreciera al empleado un programa básico de integración en la organización.
- b) Una fase intermedia, que se identificaría con el acceso al puesto de trabajo, en la que la formación debería orientarse a la adquisición de los conocimientos técnicos básicos para el desempeño del puesto de trabajo.
- c) Una fase de desarrollo, consistente en la oferta formativa de actualización de los conocimientos técnicos y desarrollo de las competencias necesarias para el desempeño correcto del puesto de trabajo.

Para que sean objeto de evaluación, las acciones formativas realizadas deberían estar relacionadas con las funciones asignadas al empleado público. No tendría ningún sentido valorar actividades formativas absolutamente ajenas e inconexas con las funciones que se desarrollan, porque no reportarían ningún beneficio en el desempeño del puesto de trabajo. Además, aunque sea elemental, se debería acreditar el aprovechamiento de las mismas de forma efectiva, en los casos que la formación impartida requiera la superación de determinadas pruebas. En la ponderación de la evaluación, deberían discriminarse los cursos que sólo requieren la asistencia, de los que requieren asistencia y aprovechamiento, otorgándose a los segundos mayor puntuación que a los primeros.

Es interesante contemplar este factor porque tiene carácter objetivo, al ser muy pequeño el margen de libertad de apreciación por parte de los sujetos u órganos evaluadores. Este margen de apreciación debería ceñirse, como en el ámbito de la valoración de la formación en los procesos selectivos, en determinar si las acciones formativas guardan o

(47) Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas (2013). Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: carrera administrativa. Recuperado de: <http://femp.femp.es/files/566-1502-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Carrera%20Administrativa.pdf>



no relación con las funciones asignadas al puesto de trabajo, y en asignar la puntuación correspondiente en función de la ponderación previamente establecida. Además, las administraciones públicas locales ya tienen amplia y contrastada experiencia en la valoración de méritos en los procesos selectivos, de manera que la incorporación de este factor en los sistemas de carrera profesional horizontal no debería revestir de especial dificultad.

La realización de pruebas de cualquier índole, ya sean teóricas o prácticas, pese a que puedan ser idóneas para evaluar el grado de los conocimientos adquiridos, entendemos que no deberían formar parte de los sistemas de carrera horizontal. Estos instrumentos ya han sido utilizados para la evaluación de los empleados en el momento en el que éstos acceden a la función pública, mediante los sistemas selectivos de oposición y concurso-oposición, en los que se deberán incluir una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación entre ellos (48). Implantar de nuevo estas pruebas, sería un doble gravamen innecesario, teniendo presente que existe otro instrumento útil que permite valorar los conocimientos adquiridos, como es la evaluación de la formación. No obstante, algunas entidades locales contemplan la realización de pruebas en sus sistemas de carrera, ya sea de forma obligatoria o voluntaria (49).

Por último, el artículo 17 f) del TREBEP permite el establecimiento de otros méritos y aptitudes, distintos a los anteriormente enumerados, por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida. El legislador básico introduce aquí una cláusula abierta que permite al legislador de desarrollo una libertad absoluta para incorporar aquellos factores que considere convenientes en orden a la evaluación de los empleados en el marco de la carrera administrativa horizontal.

Desde el punto de vista conceptual, FERNÁNDEZ RAMOS destaca que dentro del término «aptitudes» podrían entrar todas aquellas cuestiones relativas al grado de compromiso del funcionario con la organización, como la participación voluntaria del funcionario en programas de mejora de la calidad de los servicios públicos o en procesos innovadores y de buenas prácticas; intervención en comisiones técnicas o comités internos, proyectos institucionales, grupos de expertos; el ejercicio de funcio-

(48) Así se establece en los artículos 61.6 y 61.7 del TREBEP.

(49) Es el caso del Ayuntamiento de Granada, que prevé la realización de una prueba tipo test online con carácter obligatorio. Por el contrario, la Diputación de Barcelona estipula de forma voluntaria una prueba práctica que versará sobre las competencias profesionales más relevantes, para el tránsito de determinados niveles de desarrollo profesional y subgrupos profesionales (C1, C2 y agrupaciones profesionales). Además, ofrece un curso en orden a preparar la prueba de forma previa a su realización.



nes de coordinación y supervisión que no formen parte del contenido del puesto de trabajo; participación en tribunales de selección o comisiones de provisión... (50)

El elemento de la antigüedad, entendida como el mero cómputo de un periodo temporal concreto, contemplada inicialmente como un elemento más objeto de valoración en la carrera administrativa horizontal por el proyecto de ley del EBEP, desapareció de la redacción del artículo 20 del EBEP finalmente aprobada. El mismo Informe de la Comisión de expertos para el estudio y la preparación del EBEP advertía que «nada sería peor, a nuestro juicio, que vincular la progresión en la carrera, sustancialmente, al criterio formal (y desmotivador) de la antigüedad» (51).

SÁNCHEZ MORÓN señala al respecto que

«No se incluye, en cambio, como factor para el ascenso la antigüedad, lo que significa que el mero transcurso del tiempo es en sí un criterio para ascender. Aunque es obvio que sólo a través del tiempo pueden adquirirse méritos y cualidades requeridas y que ello se hará gradualmente. Pero la actitud pasiva del funcionario no puede llevar, como en el pasado, a un ascenso automático de categoría por el transcurso de un período tasado en el escalón inferior, posibilidad ésta que habría distorsionado por completo —y que distorsionará, si se aplica de facto o de manera encubierta— la finalidad modernizadora que la reintroducción de la carrera horizontal tiene en el EBEP» (52).

A pesar de las anteriores consideraciones, este factor es omnipresente en la mayoría de los modelos de carrera administrativa horizontal aprobados por las entidades locales, si bien no se presenta como un elemento susceptible de valoración, sino como un requisito *sine qua non* para el acceso al grado, tramo o escalafón superior. Además, este requisito se complementa con la evaluación de aquellos elementos que son susceptibles de valoración, establecidos en el artículo 17 b) del TREBEP.

Una cuestión distinta a la antigüedad es la experiencia profesional, concepto que tiene un carácter mucho más amplio. Por experiencia profesional cabe entender la especialización derivada del ejercicio, con solvencia, de unas determinadas funciones a lo largo de un periodo de

(50) FERNÁNDEZ RAMOS, S., (2010). «Proposiciones para la carrera horizontal de los funcionarios», en *Justicia administrativa, Revista de derecho administrativo*, núm. 47, pág. 21.

(51) Instituto Nacional de Administración Pública (INAP, 2005). *Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, INAP. Pág. 107.

(52) SÁNCHEZ MORÓN, M., (2019). *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos.



tiempo. Si la asignación funcional permite la organización de itinerarios y el establecimiento de carreras profesionales, debe estimarse necesaria la valoración del ejercicio continuado de las mismas funciones en un determinado período de tiempo (53). Al amparo del artículo 17 b) del TREBEP, se pueden incorporar factores de evaluación ligados a la experiencia profesional. Es importante señalar que precisamente la carrera horizontal permite un desarrollo profesional del empleado público, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo. Por este motivo, es un premio también a la especialización derivada del ejercicio constante de unas mismas funciones, con solvencia, a lo largo del tiempo. No se puede desconocer que en un mundo cada vez más complejo, y con una importante disparidad normativa, es necesario disponer de profesionales especializados en determinadas materias.

A pesar de estas consideraciones, esta especialización es prácticamente imposible en aquellas entidades locales de pequeñas dimensiones, donde el secretario-interventor es como un médico de familia, al tener que poseer unos conocimientos generales en casi todas las materias relativas al régimen local. Pero en aquellas entidades locales de mayores dimensiones, la especialización debe ser un factor clave, que permita disponer de profesionales acreditados y expertos en concretas áreas de conocimiento, que aporten un claro valor añadido a la organización.

VIII. Conclusiones

Si bien la carrera administrativa horizontal ha dejado de ser una novedad legislativa desde hace tiempo, es una gran desconocida para muchas de nuestras administraciones locales. La falta de desarrollo normativo del TREBEP es un serio obstáculo para que puedan establecer sus propios sistemas de carrera administrativa horizontal. La reforma del empleo público local, una cuestión compleja y espinosa, sigue siendo una materia que no está marcada como prioritaria en las agendas de nuestros dirigentes políticos, que tienen la mirada puesta en otros asuntos mucho más fáciles de abordar, y con unas consecuencias más inmediatas en el tiempo que encajan mejor con la consecución de sus intereses a corto plazo. Encarar una reforma de la función pública local, incorporando la carrera administrativa horizontal como una de las modalidades de carrera profesional básica de los empleados públicos, supone afrontar un reto de

(53) El Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo Público, Grupo de trabajo de carrera administrativa, se pronuncia en este sentido. Disponible en: <http://femp.femp.es/files/566-1502-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Carrera%20Administrativa.pdf>



importantes dimensiones, con una visión estratégica a futuro, que a largo plazo supondrá grandes beneficios.

La aplicación de la carrera administrativa horizontal debe ser una prioridad en el ámbito local, donde la promoción profesional basada en el cambio de puesto de trabajo no siempre ha sido posible, y cuando lo ha sido, su motivación no ha obedecido exclusivamente a necesidades organizativas, sino a satisfacer las aspiraciones de ascenso profesional de los empleados. Además, permite también incorporar la evaluación del desempeño como mecanismo esencial en el funcionamiento de los sistemas de carrera horizontal, otro elemento imprescindible para la modernización de las administraciones públicas locales.

A pesar de que la mayor parte de la doctrina considera como un elemento positivo la introducción de esta nueva modalidad de carrera profesional, su aplicación puede generar disfunciones que cuestionen el mismo funcionamiento del sistema. Por este motivo, es necesario que las administraciones públicas y todos los sujetos implicados, sean especialmente cuidadosos y rigurosos en los procesos de evaluación y de toma de decisiones.

A nuestro juicio, el principal riesgo existente deriva del mismo proceso de evaluación. Para evitar situaciones conflictivas con los empleados, situaciones que además se prolongarán en el tiempo, puede existir una tendencia a efectuar evaluaciones positivas. Esta tendencia puede ser especialmente intensa en nuestras administraciones locales, donde el agente evaluador será normalmente el superior jerárquico, siendo la relación entre evaluador/evaluado todavía más intensa. Por este motivo, existe el riesgo que se facilite el progreso en los escalafones o niveles de cada puesto de trabajo mediante la ausencia de evaluaciones negativas, a modo de «*café para todos*». Sin evaluaciones negativas, no hay problemas ni conflictos, convirtiéndose la progresión del empleado en los distintos niveles de carrera horizontal en un mero trámite formal.

Pero una cosa es que el riesgo exista, y otra que se materialice. Es tarea esencial de cada entidad local minimizarlo, formando al personal de los departamentos de recursos humanos y a los evaluadores, para que tengan los conocimientos necesarios en el funcionamiento y aplicación de los sistemas, y sean plenamente conscientes de las consecuencias perversas que pueden producirse. Precisamente, la carrera horizontal y la evaluación del desempeño, tienen como finalidad discriminar al empleado que trabaja bien del que no lo hace, premiando al primero. Si el premio es para los dos, además de la profunda injusticia que supone esta equiparación de situaciones desiguales, la desmotivación está servida.



IX. Bibliografía

- ALDOMÀ BUIXADÉ, J., (2008). «La carrera profesional», en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas*, págs. 49-53, Barcelona, Cemical.
- ALMEIDA CERREDA, M., (2010). «La evaluación del desempeño de los empleados públicos. En particular, el establecimiento de sistemas de evaluación de desempeño en las Administraciones locales», en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 3, págs. 115-158.
- ARROYO YANES, L.M., (2012). «La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 45, págs. 94-128.
- ARROYO YANES, L.M., (1994). *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ARROYO YANES, L.M., (2012). «La evaluación del desempeño en la función pública. Ámbito de operatividad y contexto administrativo», en J.A. FUENTETAJA PASTOR y J. CANTERA MARTÍNEZ (Dir.), *Crisis económica y función pública*, págs. 219-259, Cizur Menor, Aranzadi.
- ARROYO YANES, L.M., (2012). «La evaluación del desempeño en la función pública local», en T. COBO OLVERA y R. VERA TORRECILLAS (Dir.), *Empleo público local: prontuario para la selección, organización y gestión de personal de entidades locales*, págs. 310-339, Madrid, La Ley.
- CANAL FERNÁNDEZ, L., (2018). «Temporalidad y equiparación de las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos a la luz del principio constitucional de igualdad y de la aplicación directa del derecho comunitario. El caso de la carrera horizontal regulada en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Revista de Actualidad administrativa*, núm. 9.
- CEA AYALA, A., (2012). «La carrera profesional de los funcionarios públicos», en *Revista de Actualidad administrativa*, núm. 13, pág. 1.
- CORTÉS CARRERES, J.V. y JIMÉNEZ HERNANDIS, J., (2009). «La Carrera Profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 13, págs. 1891-1914.
- CORTÉS CARRERES, J.V., (2009). «La Evaluación del Desempeño en el Estatuto Básico del Empleado Público», en *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 1, págs. 36-39.
- CORTÉS CARRERES, J.V., (2001). *Manual Práctico de Gestión de Recursos Humanos en la Administración Local*, Madrid, Dykinson.
- CUENCA CERVERA, J.J., (2010). *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales*, Madrid, INAP.
- DÍEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. (2009). «El Estatuto Básico del Empleado Público y sus posibilidades renovadoras del empleo público local», en V. ALMONACID LAMELAS (Dir.), *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*, págs. 445-502, Madrid, La Ley.



- DÍEZ QUESADA, A., (2011). «El Estatuto Básico del Empleado Público: proyección e incidencia en la Administración Local, cumplidos cinco años desde su aprobación», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA)*, núm. 315-316, págs. 235-268.
- FARIÑA GUILLÉN, J.F. y CABRERA DOMÍNGUEZ, J.M., (2012). «La carrera profesional de los empleados públicos», en I. ROSAT ACED (Dir.), *Los recursos humanos en la Administración Local*, págs. 239-270, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, M., (2006). *La carrera administrativa: nuevas perspectivas*, Barcelona, Cemical.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, M., (2007). «La función pública local (selección, provisión de puestos, carrera, situaciones administrativas)», en A. PALOMAR OLMEDA (Dir.), *El Estatuto Básico del empleado público y su incidencia en el ámbito local*, págs. 269-350, Granada, Cemci. .
- FÉREZ FERNÁNDEZ, M., (2009). «Conceptos generales de la gestión de recursos humanos en el empleo público», en F. CASTILLO BLANCO y J. QUESADA LUMBRERAS (Dir.), *Manual de empleo público*, págs. 53-88, Madrid, lustel.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., (2010). «Proposiciones para la carrera horizontal de los funcionarios», en *Justicia administrativa, Revista de derecho administrativo*, núm. 47, págs. 5-29.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., (2013). *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública*, Cizur Menor, Aranzadi.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., (2014). «Incidencia de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en la Función Pública Local», en J.A. FUENTETAJA PASTOR (Dir.), *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, págs. 25-58, Cizur Menor, Aranzadi.
- Instituto Nacional de Administración Pública (INAP, 2005). *Informe de la Comisión de expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, INAP.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., (2009). «Estatuto Básico del Empleado Público y configuración normativa del empleo público local», en R. JIMÉNEZ ASENSIO y F. CASTILLO BLANCO, *Informe sobre el empleo público local*, págs. 17-36, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno local.
- LINDE PANIAGUA, E., (2012). «La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público», en J.A. FUENTETAJA PASTOR y J. CANTERA MARTÍNEZ (Dir.), *Crisis económica y función pública*, págs. 193-218, Cizur Menor, Aranzadi.
- MÍGUEZ MACHO, L., (2014). «La carrera administrativa: la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional. La evaluación del desempeño de los empleados públicos», en S. RODRÍGUEZ-CAMPOS (Dir.), *El empleo público en tiempo de reformas*, págs. 85-111, Madrid, Marcial Pons.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., (2007). *Estatuto básico del empleado público*, Madrid, La Ley.
- PADILLA RUIZ, R., (2015). *La evaluación del desempeño en un contexto de mejora de la gestión del empleo público* [Tesis de doctorado, Universidad de Castilla La Mancha]. Repositorio RUIdeRA.



- PALOMAR OLMEDA, A., (2016). *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, Dykinson.
- PALOMAR OLMEDA, A., (2012). «Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 3, págs. 78-93.
- PARADA VÁZQUEZ, R. y FUENTETAJA PASTOR, J.A., (2017). *Derecho de la Función Pública*, Cizur Menor, Aranzadi.
- QUESADA LUMBRERAS, J., (2015). *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, Cizur Menor, Aranzadi.
- QUESADA LUMBRERAS, J., (2011). «El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿un nuevo modelo de carrera?», en S. BALLESTEROS ARRIBAS (Dir.), *Administración local estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, (págs. 893-936), Madrid, La Ley.
- REY GUANTER, S., (2008). *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., (2019). *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos.

Webigrafía

- Departament de Governació i Administracions Públiques. Escola d'Administració Pública de Catalunya (2005). Llibre blanc de la funció pública catalana. Recuperado de: http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/varia/20._llibre_blanc_de_la_funcio_publica_catalana/Llibre-Blanc-Complet.pdf
- Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas (2013). Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: carrera administrativa. Recuperado de: <http://femp.femp.es/files/566-1502-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Carrera%20Administrativa.pdf>
- Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas (2013). Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo público. Grupo de Trabajo: evaluación del desempeño. Conclusiones. Recuperado de: <http://femp.femp.es/files/566-1503-archivo/Conclusiones%20Grupo%20de%20Trabajo%20Evaluacion%20del%20desempe%C3%B1o.pdf>
- Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas (2013). Informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. Recuperado de: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b1c69477-9882-41a5-9f6d-5cbb46fa12b4/reforma-AAPP.PDF>
- Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas (2015). Modelo de Evaluación del Desempeño en el marco de la planificación de objetivos y estratégica en las administraciones públicas. Recuperado de: <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:1515e815-105a-4f52-9e5a-75d107366c8b/ModeloEvaluacion20072015-IEF.pdf>





Toki-erakundeen alde bakarreko administrazio-harremanak eta EAEko toki-erakundeen alde bakarreko administrazioen arteko harremanen berezitasuna

Unilateral administrative relations of Local Entities and distinctiveness of relations among the unilateral Administrations of the Local Entities from the Autonomous Community of the Basque Country

ORTZI DE LA QUINTANA IBÁÑEZ

Toki-administraziooko funtzionarioa
oquintana@protonmail.ch

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.08>

LABURPENA: Administrazioen arteko harremanen gaia askotan eztabaidatutako gaia izan da, nahiz eta bere benetako arauketa beti partziala eta zatikakoa izan. 2015ean SPAJLaren bitartez harremanak Administrazio maila ezberdinetarako arautu dira eta TAOL zaharrean agertzen ziren harremanak egokitu egin dira. Harreman horien oinarria leialtasun-printzipioan jartzen da. EKn agertzen ez den printzipio hori administrazioen arteko elkarlanerako betebeharretik ondorioztatzen da eta betebeharrak horretatik bi harreman mota bereiztu daitezke: gutxienez administrazio biren arteko borondatean oinarritzen diren harremanak eta administrazio bakar baten borondatean oinarritzen direnak. Azken hauek dira koordinazioa eta kontrola. Koordinazioa eta kontrola antzeko izaera daukate baina harreman mota ezberdina dira eta horien arteko bereizketa definitzen da. Azkenik, EAEko toki-erakundeen alde bakarreko administrazioen arteko harremanak duten berezitasuna aipatzen da, horietan EAEn dagoen toki-autonomiaren printzipioa dela eta harremanak alde bikotasunera egiten dutelako.

HITZ-GAKOAK: Autonomia-printzipioa. Administrazioen arteko harremanak. Koordinazioa. Kontrola. Toki-erakundea.

ABSTRACT: The subject of the relations between administrations is an often controversial topic although its real regulation is always partial and fragmentary. In 2015, the Act for the Legal Regime of the Public Sector regulated relations for the different levels of Administration and it adapted the old relations from the Act of Local Regime. The basis for these relations is placed on the principle of loyalty. This principle, which does not appear in the Constitution, derives from the duty to collaborate among administrations, distinguishing two types of relations: relations based at least on the determination between two administrations and those that are based on the determination of a single one. These latter are coordination



and control. Coordination and control are similar but they are a different type of relation and the difference in them is defined. Lastly, a reference is made to the distinctiveness of the unilateral relations among the local entities administrations from the Autonomous Community of the Basque Country where the existing principle of local autonomy makes the relations to be bilateral.

KEYWORDS: Principle of Autonomy. Interadministrative relations. Coordination. Control. Local entity.

RESUMEN: El tema de las relaciones entre administraciones es un tema muchas veces discutido, aunque su regulación real es siempre parcial y fragmentaria. En 2015 a través de la LRJSP se han regulado las relaciones para los distintos niveles de la Administración y se han adaptado las relaciones que figuraban en la antigua LBRL. La base de estas relaciones se pone en el principio de lealtad. Este principio, que no aparece en la CE, se deriva del deber de colaboración entre administraciones, del que se pueden diferenciar dos tipos de relaciones: las relaciones que se basan al menos en la voluntad entre dos administraciones y las que se basan en la voluntad de una sola. Estos últimos son la coordinación y el control. Coordinación y control tienen un carácter similar pero son un tipo de relaciones diferentes y se define la diferenciación entre ellas. Por último, se hace referencia a la singularidad de las relaciones unilaterales entre las administraciones de las entidades locales de la CAE, en las que el principio de autonomía local existente en la CAPV hace que las relaciones se mantengan de forma bilateral.

PALABRAS CLAVE: Principio de autonomía. Relaciones interadministrativas. Coordinación. Control. Entidad local.

Trabajo recibido el 24 de julio de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Aurkibidea: I. Sarrera.—II. Toki-erakundeen administrazio-harremanen sailkapena. 1. Alde biko harremanak: Elkarlana eta Koope-razioa. 2. Alde bakarreo administrazio-harremanak. 2.1. Koordina-zioa. 2.2. Kontrola.—III. Kontrolaren eta koordinazioaren artean bereizten. 1. Alde bakarreo administrazio-harremanetan autono-miak duen garrantzia. 2. Alde bakarreo administrazio-harreman-en eta hierarkia printzipioaren arteko ezberdintasuna. 3. Kontrolaren eta koordinazioaren arteko ezberdintasunak. 4. Kontrolaren eta koordinazioaren arteko loturak.—IV. Toki-erakundeen gaineko kontrola. 1. Nola aipatzen da kontrola TAOLan? 2. Kontrolaren es-ku-hartzeak. —V. Koordinazioa eta kontrola euskadiko toki-erakun-deen legean.—VI. Bibliografia.

I. Sarrera

Aspalditik eztabaidatu den gaia da administrazioen arteko harremana, batez ere EKak sortutako Estatu deszentralizatuan. Estatuak hiru administrazio-maila ezberdin ditu eta guztiak EKaren 2. Eta 137. Artiku-luaren arabera euren berezko interesak autonomiaz arautzeko aukera izango dute. Baina interes horiek interes orokorrean barneratu behar dira eta horrek administrazioen artean harremanetan jartzeko betebe-harra ekartzen du. Baina harremanak mota ezberdinekoak dira eta ad-ministratio-mailan autonomia-printzipioak duen eragina aztertuko dugu lan honetan.

Toki-erakundeen arauketa orokorra jasotzen duen Toki-Araubidearen Oinarriei buruzko apirilaren 2ko 7/1985 Legeak beren-beregi jasotzen ditu kapitulu batean toki-erakundeen «administrazioen arteko harremanak». Harreman horien gaineko arauketa beti zatikakoa izan da. Baina, harre-man horiek ere zuzeneko eragina dute administrazioaren jarduera eta es-parru guztietan. Horregatik, berandu izanda ere, gaiaren inguruan Sektore Publikoaren Araubide Juridikoari buruzko urriaren 1eko 40/2015 Legeak administrazio guztientzat oinarrizkoak diren harremanetarako irizpide eta tresna batzuk jaso ditu.

Administrazioen arteko harremanetarako SPAJLak erakunde-leialta-suna edo leialtasun-printzipioa erabiltzen du. Printzipio hori administra-zioen arteko harremanetan gidaria izango da eta administrazioen arteko fede onean eta fideltasunean oinarritzen da. Printzipio horretatik hasita ikusiko dugu lan honetan nola harremanetarako tresna ezberdinak erabil-tzen diren. Tresna guzti horiek administrazioen arteko elkarlanerako be-tebeharrean oinarritzen dira eta horien helburua administrazio jarduera sinkronizatzea eta koherentzia lortzea da.



Elkarlanerako betebeharra aurrera ateratzeko bide ezberdinak jorrazten dituzte legeek (SPAJLak eta TAOLak). Alde batetik, bi administrazio edo gehiagoko borondate autonomian oinarritzen diren harremanak ditugu eta horietan tresna nagusiak elkarlana eta kooperazioa dira. Bestetik, administrazio bakar baten borondatean oinarritzen diren harremanak ditugu, mendekotasunean edo inposizioan oinarritutakoak, eta horietan tresna nagusiak dira koordinazioa eta kontrola. Sailkapen hau TAOLan ikus daiteke argi eta garbi 56. artikulutik aurrera. Azken hauek dira artikulua honetan interesa dutenak.

Alde bakarreko administrazioen arteko harremanak, administrazio bakar baten borondatean oinarritu arren ez dute zerikusirik EKaren 103. artikulua aipatzen duen hierarkia printzipioarekin. Bi bide horiek ondo bereiztu behar dira. Lehenengoetan autonomia duten eta eskumen propioak dituzten administrazio-mailen arteko harremanak dira eta bigarrenetan antolaketarako printzipioen esparruan kokatzen gaitu, administrazio-maila bat antolatzeko printzipioan. Hierarkiak administrazio-organo baten jardura mugatu egiten du eta goian kokaturiko beste administrazio-organo baten mende jartzen du. Koordinazio eta kontrolaren esparruan administrazioen arteko harremanen esparruan kokatzen gaitu, koherentzia mantentzeko administrazio-maila ezberdinen artean, hau da, beharrezko osagarritasun-harremanen esparruan kokatzen gaitu.

Hau guztia garatu eta gero, eta TAOLak araubide erkideko toki-erakundeen administrazioen arteko harremanak aztertu eta gero, lan honetan EAEko toki-erakundeen alde bakarreko administrazioen arteko harremanak aztertu egiten ditugu. 2016an onartutako Euskadiko Toki-erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak EAEko konplexutasunarekin jabeturik administrazioen arteko harremanen gaineko hausnarketa eta arauketa egin behar izan du. Baina, lan horretan, TAOLaren 2013ko erreformarekin alderaturik, EAEko legegileak toki-autonomiaren printzipioa arauaren erdigune bihurtu du. Erdigune horrekin eta EAEko toki-erakundeen arauketa berritzailearekin, beldurrik gabe adieraz daiteke, alde bakarreko administrazioen arteko harremanak bigarren plano batean gelditu direla.

II. Toki-erakundeen administrazio-harremanen sailkapena

Toki-erakundeen gaineko administrazio-harremanak sailkatzerako orduan ezin dugu administrazio-erkidearen legeria ahaztu. Ildo horretatik, lege erkideaz gain errealitatea ere ezagutu behar da. Errealitate horretan toki-administrazioek beste administrazio publikoekin dituzten harremanak era ezberdinetakoak izan daitezke, administrazioek dituzten beharrezkoen



arabera. Esangura horretan CANALES ALIENDE eta PÉREZ GUERRERO horrela adierazten dute:

«Dena den, legez ezarrita geratu badira administrazio publikoen arteko elkarrekintza horien funtsezko ildoak, eguneroko errealitatea hainbat aukeraren arabera garatuko da. Batzuetan, elkarlanari jarraitzen zaio, bereziki arazo zehatzak konpontzeko; beste batzuetan, berriz, koordinazioa sustatzen da, baita kontrol zuzena ere (adibidez, diru-laguntzen eta transferentzien bidez)» (1).

Adierazitakoari jarraituz, toki-erakundeen (eta, orokorrean, administrazio publikoen) administrazio-harremanak bi motakoak izan daitezke: alde batetik, borondatean oinarritutako harremanak; eta bestetik, derrigortasunean oinarritutakoak. NICOLÁS LUCASEk gaia jorratzerakoan horrela adierazi zuen:

«Lankidetzak esan nahi du borondatezkoa dela administrazioek konpromisoak hartzea “ekintza komun baten mesedetan”, eta koordinazioak, berriz, nahitaezkoa. Koordinazioa printzipio gisa Ekan bertan jasotzen da, oro har 103.1 artikulua, bai eta Estatuari esleitzeko eskumen-titulu batzuetan ere (149.1. 13., 15. eta 16. artikulua) eta horrek esan nahi du “Administrazio publiko batek, eta, bereziki, Estatu Administrazio Orokorrak, gai beraren eraginpean dauden administrazio publikoen jarduketan koherentzia bermatu behar duela, emaitza komun bat lortzeko”, hori bai, alde aurretik Konstituzioan aurreikusita, adierazi dugun bezala» (2).

Toki-erakundeen administrazio-harremanak sailkatzeko honako bidea joratu da: harreman guztiek gutxienez bi subjektu behar dituzte, bi subjektu horien borondatea beharrezkoa denean alde biko administrazio-harremanak daudela adieraz daiteke. Bestetik, bi subjektu horien arteko harremanetan subjektuetariko bat bestearen gainean jartzen denean, orduan gainean dagoen subjektuak azpian dagoenari betebeharrak ezartzeko aukera izango du eta azpian dagoenak bere jarduera betebeharrak horiek errespetatuko ditu.

(1) CANALES ALIENDE, J. M. eta PÉREZ GUERRERO, P. L., *Introducción al Gobierno y a la Gestión Local*, ed. El Club Universitario, 2002, Alacant, 91. orr.

(2) NICOLÁS LUCAS, A., «Principios de actuación y funcionamiento del sector público. Las relaciones interadministrativas», *La Administración al día* aldizkarian, ed. INAP, 2016, Madril, honako webgunean: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506763#nota26>. Azkenengoz ikuskatua 2021/07/24n.



1. Alde biko administrazio-harremanak: Elkarlan- eta kooperazio-harremanak

Elkarlanerako betebeharrak administrazioen arteko harremanak inspiratu behar ditu. Administrazio-harreman guztiak, toki-erakundeek barne, elkarlanerako betebeharrak oinarritu behar dira eta elkarlanerako betebeharrak horiek erakundeen arteko leialtasun-printzipioa dute hizpide. Beraz, administrazioen arteko harremanak leialtasun-printzipioan oinarritzen dira (3). Baina, legeak ezartzen dituen elkarlanerako betebeharrak horiek, beren kabuz, elkarlan-harremanak ere sortzen ditu.

Horregatik, lehenengo eta behin, ez legoke txarto egongo elkarlan-betebeharraren eta kooperazioaren arteko ezberdintasuna zehaztea. Toki-administrazioentzat elkarlana betebeharra da eta erakundeen arteko leialtasun-printzipioan oinarrituta dago. Elkarlanerako betebeharraren ondorioz, antolamendu juridikoak administrazioei elkarlanerako betebeharrak ezartzen dizkie (4). TAOLaren 55. artikuluan adierazten den bezala, elkarlanerako betebeharrak honakoa dira: informazioa emateko betebeharra, toki-administrazioaren ez diren eskumenen egikaritzea legitimoa errespetatzea, etab... Kooperazioan, aldiz, administrazio-harremanak borondatezkoak dira. Zergatik orduan sartzen ditugu derrigorrezkoa den elkarlana eta kooperazioa alde biko harremanen barruan? TAOLaren 57. eta 58. aldebikotasunari erreferentzia egiten diote: lehenengo artikulua borondatezko izazari zuzeneko erreferentzia egiten dio eta bigarrenak organoen eraketa ekartzen duenez horietan parte-hartzea borondatean oinarritzen du.

TAOLaren 57. artikulua elkarlan funtzional bezala definitu daiteke. Doktrinak honi borondatezko kooperazioa deitu izan dio, besteak beste, izaera orokorra duelako (5). Artikuluaren arabera, toki-administrazioen eta beste administrazio publikoen arteko kooperazio ekonomikoa, teknikoa eta funtzionala edota administratiboa borondatezkoa izango da eta zerbitzu edota interes amankomunen ingurukoa izan behar da. Artikuluak bi

(3) CAMPOS ACUÑA, M^a. C., «Relaciones electrónicas entre las Administraciones», AA. BB., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público* liburuan, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 1. ed., 2016, Madrid, web edizioa: [\(4\) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y Autonomía en la Administración Pública*. Aranzadi, 2019, 75. orr.](https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAE2PwW7DIBBEvyZcIUmsZ32wMXJsaqq1O19gzc2KgGHXdz477u-JeyjSAwSjmdlrxjS3eGNj4TJGWOvPNq1wUZw2K5hDDfDfTyqgYtmSqujlt7B0tblStUAq1sBOehReh2IT3va4UWM7gD9Eafb-7CVs4mVLF1GFqZIMojz-iGS01oqG-PMGK-uBXQwNpCXedZ05tLWST-bktaq0mTCQC8-V6DIxqcP3wKvCiJ4Rkh3fo0TSZrhk7eAlabyrh2QWUtOzZJPRgxQVp7cQkQX-dxwREnCZ-AIA_fUvzj4bX4xhHTo5lZXo8PO-XoM8hkBP6_eCnRZGbrnZgsf8p6OO_AuAePofsb8Re-4t3EmigEAAA==WKE. Azkenengoz 2021/07/24an ikuskatua.</p>
</div>
<div data-bbox=)

(5) ALBERTÍ ROVIRA, E., «La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre administraciones», *MAP. Informe sobre el Gobierno Local* liburuan, ed. MAP, 1999, Madrid, 132. orr.



tresna jaso ditu: Partzuergoak eta administrazioen arteko hitzarmenak. Laguntza tresna horiek administrazio kudeaketa hobetu, eragingarritasuna handitu, bikoiztasun administratiboak ekiditu eta aurrekontu-egonkortasuna errespetatu beharko dute(6).

58. artikulua, aldiz, bestelako kooperazio organikoa aipatzen du, nahiz eta koordinazio hitza aipatu. Administrazioen arteko koordinazioa gauzatzeko, Estatuako edo autonomia-erkidegoetako legeek toki-administrazioekin batera lankidetzako organoak eratu ahal izango dituzte. Koordinazioa aipatu arren borondatezko parte-hartzea suposatzen du eta kooperazio-organak eratzeko bidea ezartzen da.

2. Alde bakarreko administrazio-harremanak

Alde bakarreko harremanetan, esan bezala, subjektu batek bestearen gainetik zuzentarau batzuk ezartzen ditu edo jarduteko modua ikuskatu egiten du. Kasu hauetan ere harremana derrigortasunean oinarritzen dela adierazi dugu. Harremanak derrigortasunean oinarriturik egon arren bi gauza kontuan izan behar ditugu:

- Administrazio-maila ezberdinen arteko harreman baten aurrean gaudela. Estatuaren deszentralizazioaren ondorioz administrazioa deszentralizaturik gelditzen da eta administrazioen arteko harremanetan horrek garrantzia dauka. Beraz, harremanen esparruan gaude eta ez antolaketaren esparruan.
- Administrazio parte-hartzaile horiek autonomia-printzipioaren mende daude. Horrek esan nahi du berezkoak dituzten interesak gartzeko eta kudeatzeko autonomia daukatela.

EKren bitartez sortutako sistemak administrazioaren jardueran koherentzia bilatzen du eta horretarako administrazioen arteko harremanen sistema leialtasunean oinarritzen du, baina harreman mota batzuetan administrazio batek beste bati koherentziaren izenean gauzak nola egin behar dituen esan ahal dio. Esparru horretan gabiltza. Alde bakarreko harremanak bi motakoak izan daitezke:

2.1. KOORDINAZIO-HARREMANAK

Lehen adierazi dugun bezala koordinazio-harremanetan, boluntarioak diren kooperazio-harremanetan ez bezala, Estatuak edo autonomia-erkidegoek

(6) AGko Administrazioarekiko auzibideen areatoaren 1989ko martxoaren 29ko 2249/1989 Epaia. CEDOJ webgunean ECLI: ES:TS:1989:2249 erreferentziarekin ikusia: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.



toki-erakundeei euren eskumenak egikaritzeko marko normatiboa zehaztuko diete, hau da, koordinazio-harremanak bakarrik egoera jakin batzuetan emango dira, eta beti ere betekizun jakin batzuen mende(7). Azken finean, koordinazioaren bitartez toki-erakundeek beraien jarduera edo jokabidea beste administrazio publiko batek definitutakoari egokituko diote(8).

Esangura horretan toki-erakundeek beste administrazioekin garatuko dituzten koordinazio-harremanak, TAOLaren 10.2. artikuluekin bat eginez, administrazioen arteko koherentzia mantentzeko erabiliko dira. Koordinazioa horren objektu izango den definizio zehatzaren bidez egingo da, eta jokoan dagoen interes orokor edo komunitarioen definizioa ere egin behar da. Ildo horretatik, zerbitzu edo eskumen jakin bati dagokion koordinazioa, dagokion arloan ekintza publikoaren helburuak eta lehentasunak finkatzeko plan sektorialaren teknika erabiliko da(9).

Beraz, koordinazioaren ezaugarrietariko bat ezarpena da (kooperazio edota elkarlanatik bereizten duena). Horrela aitortu zuen KAREN jurisprudentziak(10), besteak beste KAREN 1998ko maiatzaren 21eko 109/1998 Epaia 13. oinarri juridikoan:

«... ezarpena koordinazioa bereizten duen nota esanguratsuenetarikoa da, kooperazio-tekniketan borondatearen ezaugarriaren aurkari. Horiek horrela, argi dago ahal hori (koordinazio) egotzirik duenak legitimaturik dagoela (...) horretan sartuta dauden erakundeen jarduera eragingarria lortzeko egokien jotzen dituen harmonizazio neurriak alde bakarrean ezartzeko»(11).

Toki-erakundeen koordinazio-harremani buruzko arauketa TAOLaren 10. eta 59. artikuluetan dago eta horietatik ondorioztatzen denez administrazio eraginkorrago bat sortzeko asmoarekin administrazio publikoek koordinatzeko beharra dute. TAOLak aipatutako helburu hori zehazteaz

(7) GRIFO BENEDICTO, M. A., *Las entidades locales y las relaciones interadministrativas: La falsa idea de igualdad de las entidades locales*. Iustel, 1.edizioa, 2009, Madril, 177. orr.

(8) COVILLA MARTÍNEZ, J. C.; *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, 1.ed., Aranzadi argitaletxea, 2019, Zizur txikia. 71. orr.

(9) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. F., «El control de la actividad administrativa de las entidades locales» *El consultor de los ayuntamientos* aldizkarian, ed.Walters Kluwers, 2019ko maiatzean, Madril, 84. orr.

(10) Testu honetan aipatzen den epaiaz gain honako hauek ere aipagarriak dira: KAREN 214/1989 Epaia, 32/1983 Epaia, 80/1985 Epaia edota AGren 3. Aretoak 2003ko uztailearen 4an emandako Epaia.

(11) KAREN maiatzaren 21ko 109/1998 Epaia, EAOan 1998ko ekainaren 19an argitaratua. 13. Oinarri Juridikoaren jatorrizko testuan hórrela dio: «siendo la imposición una de las principales notas distintivas de la coordinación frente a la voluntariedad que caracterizan a las fórmulas cooperativas, es claro que el que ostenta atribuciones de aquella índole está legitimado, en línea de principio, para establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados».



gain, toki-erakundeak dignifikatzen dituen koordinazioaren muga ere ezartzen du 10.4. artikuluan: koordinazio-jarduerak ezin izango dute toki-erakundeen autonomia mugatu.

Honen inguruan oso deigarria egiten zaigu koordinazioari buruz TAEHK ezer ez esatea. Kontrolari buruz edota kooperazioari buruz hitzarmenaren 8. eta 10. artikuluek hitz egiten dute, ez ordea, koordinazioari buruz. Horren inguruko arrazoi zehatzik ez dago. COVILLA MARTÍNEZ-en iritziz, horren arrazoa honako hau da: TAEH sinatu duten beste Estatuetan koordinazioa ez dago aitorturik edo onarturik(12). Beste arrazoi bat ere egon daiteke: koordinazioaren eta kontrolaren arteko lotura estua.

Koordinazioa jokoan sartzen da jardueren edo sistemaren koherentzia ez badago borondatezko prozeduren bitartez lortzerik. Horrela adierazten du ere TAOLaren 10.2. artikulua, koordinazioa ezarri ahal izango da toki-jarduerak edo -zerbitzuek toki-erakundeen berezko interesa gainditzen dutenean, toki-erakundeek gaineko administrazioen eskumenak/jarduerak modu adierazgarrian baldintzatzen direnean edo eskumen horiekin osagarriak direnean. Beraz, KAren otsailaren 27ko 27/1987 Epaia jarraituz, koordinazioa toki-erakundeen berezko eskumenen egikaritzaren muga da(13). Horiek horrela, EKak bermatzen duen autonomia ukitzen duenez, bakarrik legeak zehazten dituen kasuetan eta baldintzekin eman daiteke koordinazioa.

Labur bilduz, TAOLaren 59. artikulua zehazten du koordinazioaren nondik norainokoa. Toki-administrazioek beraien artean eta, bereziki, beste administrazio publikoekin koordinatzeko betebeharra izango dute honako kasu hauetan:

- Toki-erakundeen jarduera eta zerbitzuek horien berezko interesak gainditzen dituztenean,
- Beste administrazioen jarduerak edo zerbitzuak baldintzatzen dituztenean,
- Eta administrazioen jarduerekin eta zerbitzuekin osagarriak direnean.

Koordinazioaren helburu nagusia administrazio-jardueraren koherentzia mantentzea izango da, baina Toki-Administrazioaren Arrazionalizaziorako eta Jasangarritasunerako 27/2013 Legeak (hemendik aurrera TAAJL) bigarren helburu bat ezarri zuen TAOLaren 10. artikulua aldatzean: aurrekontu-egonkortasunari eta finantza-jasangarritasunari buruzko arauketa beteko dela bermatzea.

Toki-administrazioen jarduera koordinatzeko ahala lege bidez eman beharko da eta Estatuko gobernuari edo autonomia-erkidegoaren gobernuari egotziko zaie. Lege horiek modu zehatzean gai, zerbitzu edo es-

(12) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía... Op. Cit.*104. orr.

(13) KAren otsailaren 27ko 27/1987 Epaia, EAOean 1987ko martxoaren 24an argitaratua. Horrekin batera honako epaiak ere kontuan hartu behar dira: KAren 214/1989 Epaia, 32/1983 Epaia eta 80/1985 Epaia.



kumen baten inguruko interes orokorrak edo erkideak zehaztuko dituzte eta sektore-planen bitartez jarduera publikoen lehentasunak ezarriko dira. Azken finean, GRIFO BENEDICTOK esaten duen bezala, koordinazioa zuzendaritza-ahala ere bada(14). Baina, koordinazioa zehazten duten legegik jarduera koherentea mantentzeko jarraibideak ezartzeaz gain, koordinazioaren mugak eta baldintzak ere zehaztu behar dituzte. Esangura horretan, koordinazioa gauzatzeko tresna legea izango da eta interes publiko orokorraren edo erkidearen izenean koordinatuko diren zerbitzu, gai eta eskumenak toki-erakundeek propioak direnak izango dira.

Koordinazioak tokiko eskumen propioa dakar, eta eskumen horren gainean koordinaziorako ahalmenak, espezifikoak izan behar duenak, nolabaiteko zuzendaritza-ahalmena edo aukera-kontrol malgua ahalbidetzen du. Hori horrela, oso saia da Estatuaren edo autonomia-erkidegoen intereskoak ez diren toki-erakundeek interesak aurkitzea. Horrek koordinazio ahalari jarduera eremu handia zabaltzen dio. Dena den, kontuan izan behar dugu toki-autonomiaren printzipioak toki-erakundeek berezko interesetan esku-hartzeko eskubidea ematen duela.

Delegatutako eskumen eta zerbitzuen esparruan beste administrazio baten eskumenak garatuko dira eta horietan delegazio-arauak zehaztuko ditu ikuskeraren zuzentzarauak eta bideak. Esangura horretan, COVILLA MARTÍNEZek hauxe adierazten du: «Eskuordetze-harreman baten esparruan, toki-erakundeek eskuordetutako eskumenak ezin dira administrazioen arteko koordinazio-harremanaren xede izan, horien gainean zuzendaritzako araubide juridiko espezifiko bat abiarazten baita eskuordetzaileraren eta eskuordetuaren artean» (15). Ildo horretatik hausnarketa jarraituz, eskumen propioen esparruan bagaude, toki-autonomiaren printzipioa ere kalteturik geratu daiteke. Horregatik koordinazioa gauzatzeko legeen aurka toki-autonomiaren defentsarako konstituzio errekurtoa aurkeztu daiteke.

2.2. KONTROLA

Kontrola da, GIL ROBLESen ustetan, jarduera edo ekintza jakin bat parametro edo eredu moduan hartzen den araua edo ideala. Jarduera edo ekintza gauzatu ez duen pertsona, erabakitzaile edota organo batek gauzatu beharko du kontrol hori. Organo horrek ahalmenak edukiko ditu kontrolpean jarritako jarduera eta ekintza horiek zuzentzeko eta aurretiaz ze-

(14) GRIFO BENEDICTO, M. A., *Las Entidades Locales...* Op. Cit. 182. orr.

(15) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía...* Op. Cit.171. orr.



haztutako eredu edo aruari egokitzeko(16). Antzeko moduan COVILLA MARTÍNEZ jaunak adierazten duenez kontrola da Administrazio publiko batek beste administrazio publiko bat gauzatutako jardueraren gainean egiten duen balorazioa(17).

EKak ez ditu inolako kontrol-araurik edo -tresnarik ezartzen eta legegile arruntaren eskuetan geratu da toki-administrazioaren esparruan kontrol-teknika horiek ezartzea. TAOLak toki-autonomia zehazterakoan horrekin bateragarriak diren eskumenen egikaritzaren gaineko legezko-tasun-kontrolerako teknika zehatzak sartu zituen. Teknika zehatz horiek toki-eskumenen egikaritzea Estatuaren edota autonomia-erkidegoen interes orokorrekirekin talka egiten dutenean martxan jartzen dira(18).

TAOLaren sistema eraikitzean ez dugu inondik inora ahaztu behar diseinuan KAREN 4/1981 Epaia izan zuen garrantzia. Epaia hori eskuan hartuta, TAOLaren sistema diseinatu egin zen eta, horren arabera, autonomiarekin bateragarria den kontrol bakarra legezko-tasun-kontrola da. Hori bakarrik ikusita eta zentzu horretan, TAOLaren zioen azalpenak adierazten duena administrazioen arteko harremanak aipatzerakoan: «gatazka-sistema osoa ebazten duen sistema batek administrazioen harreman teknika guztiak koadro batean lotu behar ditu, teknika horiek porrot egiten dutenerako». Hau da, kontrol-teknikak martxan jarri behar dira administrazioak jorratzen dituen administrazio-harremanen beste teknikak (elkar-lana, kooperazioa eta koordinazioa) porrot egiten dutenean.

III. Kontrolaren eta koordinazioaren artean bereizten

Kontrollean administrazio batek beste batek egindako jarduera edo ekintza baten gainean ikuskaritzea gauzatzen du eta hori zuzentzeko gaitasuna dauka. Kontrol funtzio horretan bi subjektu daude: kontrolatzailea eta kontrolatua. Kontrolatuak gauzatzen dituen ekintza edo jarduerak kontrolatzen ditu Kontrolatzaileak eta, kontrol horren ondorioz, bi erreakzio egon daitezke: isuna jartzea edo kontrolatutako organoak egindakoa bide-ratzea(19).

Koordinazioan gertatzen den bezala kontrolak administrazio publikoen sistema koherente bat izateko bermea izan daiteke, baina azkenengoaren helburua jarduera edo administrazio egintza deuseztea da eta ez jarduera

(16) GIL ROBLES, J. M., *Control y autonomía*, ed. Civitas, 1. Ed., 1986 Madril, 36. orr.

(17) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía... Op. Cit.*79. orr.

(18) SOSA WAGNER, F., «La autonomía local», AABBren *Estudio sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* liburuan, 4. Liburukian, ed. Civitas, 1991, Madril, 3320 orr.

(19) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía... Op. Cit.* 80. orr.



bateratu bat lortzea. Orduan, zein da bien arteko ezberdintasun nagusia? Kontrolean toki-erakundeak gauzatutako jarduera baten gaineko egiaztapena egiten da eta koordinazioan, aldiz, aurretik toki-erakundeak jarraitu beharreko baldintzak edo jarraibideak zehazten dira(20). Hau da, badirudi bi momentu argi bereiztu behar ditugula: toki-administrazioak erabakia hartu aurretik eta erabakia hartu eta gero. Lehenengoan koordinazioa gauzatuko litzateke eta bigarrean kontrola(21).

1. Alde bakarreo administrazio-harremanetan autonomiak duen garrantzia

Ez gara orain hasiko toki-autonomiaren inguruko printzipioa azaltzen eta GALÁN GALÁNek egindako definizioa gurea egingo dugu: «Toki-erakundeek beren interesen gainean erabakitzen dutela eta haien gaineko erantzukizuna dutela bermatzea» (22). Autonomia hori EKaren 137. eta 140. artikuluetan aitortzen da eta KAK erakunde-berme bezala egituratu du. Esangura horretan kontuan izan behar dugu toki-erakundeek beste lurralde-erakundeek gaingitu ezin dezaketean oinarritzko nukleoa dutela.

Bestetik, kontuan izan behar dugu alde bakarreo administrazio-harremanetan ez dagoela alderdien arteko orekarik ezta adostasunik ere. Ez dira borondateak kontuan hartzen. Esangura horretan CORRAL GARCÍAk argi adierazten du:

«Harreman horiek gerta daitezke administrazioen arteko berdintasun-araubidean (kooperazioa da adierazpenik bereizgarriena), edo desberdintasun-araubidean (administrazioen arteko elkarlana). Elkarlan hori hainbat teknikaren bidez egituratzen da: organoak sortzea, eginkizunak eskuordetzea eta nahitaezko kudeaketa edo organoa ematea» (23).

Administrazioen arteko koherentzia mantentzeko beharra koordinatzeke betebeharra dakar eta koordinatzerakoan harremanen alderdietariko bat besteari jarduteko modua inposatu behar dio.

(20) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía...* Op. Cit. 81. orr.

(21) SALAS HERNÁNDEZ, J., «El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial» MARTIN-RETORTILLO BEQUER, S.-ren *Descentralización administrativa y organización política* liburuan, alfaguara, 1973, Madril, 395. orr.

(22) GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa autonoma local*, ed. Atelier, 2001, Bartzelona, 82. orr.

(23) CORRAL GARCÍA, E., «Las relaciones interadministrativas» kapitulua *Procedimiento Administrativo Local* liburuan. Edt. El Consultor de los ayuntamientos. Madril, 2010.



Baina EKK ez du autonomiaren eta koordinazioaren arteko harremanik zehazten eta hori TAOLaren esku gelditu da. TAAJL baino lehen alde bakarreko administrazioen arteko harremanak (eta koordinazioa beziki) eta toki-autonomia bateraezinak ziren. TAAJLaren aurreko TAOLaren 10. artikulua adierazten zuenez «koordinazio funtzioek inolaz ere ez dute toki-erakundeen autonomia kaltetuko» eta erreforma eta gero 10. Artikuluak honako moduan gelditu da: «Koordinazio-funtzioak bateragarriak izango dira toki-erakundeen autonomiarekin». Horrek argi uzten du, TAAJL eta gero, lehen kalterik egiteko aukera ez zuenak gaur bateragarria dela. Kontrol-harremanen eta autonomia-printzipioaren arteko bateragarritasunaren inguruan luze hitz egin du KAK 4/1981 Epaiaz geroztik.

Alde bakarreko administrazioen arteko harremanak toki-erakundeen eskumen eta zerbitzu propioetan eman behar dira. Eskumen propio horiek toki-erakundeen interes propioak direnez toki-autonomiaren printzipioaren mende egongo dira, hau da, toki-erakundeek autonomia izango dute esparru horietan. Baina gaur egun ez dago beste lurralde-erakunde baten eskumenak ikutzen ez duen eskumenik. Hori horrela toki-erakundeen eskumen propioek beste lurralde-erakunde maila baten eskumenean eragina dutenean lurralde-erakundeak toki-erakundeen eskumen-egikaritzak koordinatzeko eta kontrolatzeko ahalmena izango du (24). Baina ahalmen hori toki-erakundearen funtsezko eta oinarrizko nukleoa ezin dezake gairatu, hau da, koordinatzeko eta kontrolatzeko ahalmenak ezin dezake toki-autonomiaren erakunde-bermea gairatu.

2. Alde-bakarreko administrazio-harremanen eta hierarkia printzipioaren arteko bereizketa

Hierarkia printzipioa EKaren 103. artikuluan agertzen da. Administrazioaren jardura gidatu beharreko printzipioen artean aipatzen lehenengo da eta horrek garrantzia izango du. NIETO GARCÍAren hitzetatik ondorioztatzen denez «Antolaketa hierarkizatu batean, elementuak gradutan edo mailaka egituratzen dira, eta, hala, beheragokoak edo mendekoak goragokoak aginduen, fiskalizazioaren eta diziplinaren mende daude» (25). Ildo berdinetik SÁNCHEZ MORÓNek honakoa adierazten zuen: «Hierarkia hau da: organo bat goragoko beste baten mende jartzea bere eskumenak gauzatzeko; beraz, organo horrek aurre-determinatu edo berrikusi egin dezake beheragoko organoaren jokabidea, antolamendu juridikoaren

(24) KAREN uztailaren 3ko 77/1984 Epaia zehaztutako doktrina.

(25) NIETO GARCÍA, A., «La jerarquía administrativa», *Documentación Administrativa* aldizkarian, ed. INAP, 1992, Madril, web argitalpena: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5273>, azkenengoz 2021/07/24an ikuskatua



mugen barruan» (26). Hierarkiak aukera ematen dio goragoko mailako administrazio-istantzia bati behegoko mailako administrazio-istantziak izan behar duen jokabide zehatza finkatzeko eta haren gaineko etengabeko kontrola izateko, eta horrek berekin dakar azken horren borondatea ordezea ere.

Emandako bi definizioak ikusirik eta aipagarriak izan daitezken beste batzuk ikusita (27) argi daukagu hierarkia printzipioa administrazioaren antolaketarako irizpidea edo printzipioa dela. BOUZZA ARIÑO²⁸ oso modu grafikoan honako moduan adierazten du: «Hierarkiak erakunde bat beste baten mende jartzea dakar, eskumen-ikuspegi batetik, eta, beraz, azken horrek erakunde horren jokabidea berrius dezake, ordenamendu juridikoak baimendutako mugen barruan. Beraz, hierarkiaren ideiak mendeko erakundearen autonomia baztertzen du» (28).

Illo horretatik, autonomia-printzipioa eta hierarkia-printzipioa administrazio maila berdinean eman daitezke, baina administrazio maila ezberdinetan deszentralizatutako Estatueta autonomiaren printzipioa eta hierarkiaren arteko harremana oso konplexua da (29). Hierarkiak mendekotasuna dakar eta koordinazioan ezin daiteke eman mendekotasun hori. Hierarkiaren bitartez mendeko organoaren borondatea adierazi edo aldatu daiteke, koordinazioan zuzentaruak ezartzen dira eta horiek jarraiturik koordinatutako organoak bere autonomiaren egikaritzan hartu beharreko erabakiak hartuko ditu.

Koordinazioa, hierarkia ez bezala, ez da bateraezina autonomiarekin, hura baliatzeko muga bat baizik. Horrek esan nahi du erakunde koordinatuak bere eskumenen titulartasunari eta gauzatzeari eusten diela, muga horrekin. Horregatik guztiagatik, beti aztertu beharko da koordinazioaren oinarriak betetzen diren, funtsean, administrazio batzuen eskumeneko jar-

(26) SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación Administrativa* aldizkarian, ed. INAP, 230-231 zkiak., 1992, Madril, 17. orr.

(27) BEATO ESPEJO, M., «Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos», *Documentación Administrativa* aldizkarian, ed. INAP, 229 zkia., 1992, Madril; MOREL OCAÑA, L., «El principio de jerarquía en la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la «fidelitas» personal» *Documentación Administrativa* aldizkarian, ed. INAP, 229 zkia., 1992, Madril; ÁLVAREZ RICO, M., *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 2009, Madril.

(28) BOUZZA ARIÑO, O., «Principio de coordinación», *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo* liburuan, Ed. La Ley, 2010, Madril, honako webgunean ikuskatua: https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAE2PTU_EIBCGf81y2cTQ7tKuBy61FxBN-jjFbvUzq2KIKFYd3-e6d2D07yDQG-eF_mjHHp8EL6AyPEOe-yIDjAftmbEOJgPRI71t4PXqTFB7986S-5mFAR90qqSu9qsFEzJHJgJuzE1c2JuGVWqNVdKgKEMrg1GF-vdnrGDxh8Fq2FsF0FBQL3jEIXJynSFH4e4WxHIBt8A3GTt8Og205yFKqsKynOGBMP6Dc7oicU4M0Uor5XYrLj9MDQtpkQoopmeYETd5DRnu0NpO-LcP6TXb38ta8i6dWzvwTuf3V7oMIELNeT33rCOD5blLwDh364Gv0Fgv7W1WEBAAA=WKE. Azkenengo ikuskatua 2021/07/24an.

(29) ÁLVAREZ RICO, M., *Estudios sobre la modernización de la Administración... Op. Cit.*



duerak egotea edo koordinatu beharreko organo bat baino gehiago egotea.

Alde bakarreko administrazioen arteko harremanak inposizioan oinarritu arren, inposizio hori toki-autonomiaren printzipioagatik mugatuta gelditzen da. BOUAZZA ARIÑOK horrela adierazten du:

«Bereizi egin behar dira hierarkia-printzipioan oinarrituta Gobernu berekoak diren organoen eta hierarkia-harremana edo beste mota bateko mendekotasun organikoa ez duten administrazio publikoen arteko koordinazioa» (30).

3. Kontrolaren eta koordinazioaren arteko ezberdintasunak

COVILLA MARTÍNEZI jarraituz, honako ezberdintasun zehatzak ezar daitezke koordinazioaren eta kontrolaren artean:

- Administrazio-harremanak martxan jartzeko orduan: kontrola dago toki-erakundearen jarduera jakin bat baloratu behar denean; koordinazioan, aldiz, koordinazio-neurri bat hartzeko koordinatzaileak ez du koordinatuaren egitate bat behar edo jarduera konkretu bat behar.
- Jarduera konkretatzeko edo gauzatzeko orduan, kontrolak bi motatakoak izan daitezke: aurretiazkoak edo gerokoak. (a priorikoak edo a posteriorikoak), baina oraindik gauzatuko den jarduera baten gainekoak edo jada gauzaturik dagoenean. Koordinazioan, aldiz, koordinatzaileak zehaztutako jarraibideak beti izango dira aurretiazkoak, gauzatu beharreko jarduera zehatza eman baino lehen.
- Legaltasun-kontrola edo aukera-kontrola (egokitasun-kontrola). KAREN 4/1981 Epaia jarraituz, kontrola beti legezketasunaren inguruan dihardu. Baina koordinazioan koordinatzaileak jarraibideak aurretiaz zehazten ditu egoera jakin baten aurrean koordinatutako toki-erakundeek norabide berdina jarraitu dezaten.
- Toki-autonomian duten eraginari begira, kontrolera arte heltzen garenan, hau da, behin jarduera gauzatuko dela ziurtatu arte egiten den kontrolean, toki-autonomian ez da hainbesterako eraginik egiten edo eragin txikiago dauka. Horren zergaitia legaltasunaren egokitasunean bertan bilatu behar delarik. Kontrolean toki-erakundeak toki-autonomian oinarritutako erabakia hartu du eta erabaki hori legeari egokitzen den ala ez kontrolatzen da, baina ez erabakiaren beraren egokitasuna. Kontrolean ez da gauza berdina gertatzen kon-

(30) BOUAZZA ARIÑO, O., «Principio de coordinación», *Los principios jurídicos... Op. Cit.*



trolatzaileak toki-erakundearen jarrera konkretua bilatzen duelako toki-erakundeak gauzatu beharreko jarduerak toki-administrazioez gaineko interes orokorra bilatzen duelako.

- Sortzen diren kalteei begira, kontrol-teknikak sortzen dituzten kalteak edo toki-erakundearen aurkako ondorioak handiagoak dira koordinazioan baino. Kontrolaren ondorioz, toki-administrazioek hartutako erabakiak bertan behera gera daitezke, eta toki-erakundearen organoak ordezkatzera edota disolbatzea ere gertatu daiteke. Koordinazioan, aldiz, derrigorrez bete beharreko jarraibideak direnez, erabakia berez horietara egokitu beharko da.

4. Kontrolaren eta koordinazioaren arteko loturak

Dena den, koordinazioak eta kontrolak helburu berdina daukate. COVILLAS MARTÍNEZ-k argi aipatzen duenez, lehen adierazi dugun bezala, bi sistemek (koordinazioarena eta kontrolarena) toki-administrazioen administrazio publikoen sistema koherente bat bilatzen dute. Horrela aitortzen du ere bai GRIFO BENEDICTO-k koordinazioaren inguruan hitz egitean(31). Bi tekniken arteko lotura hain estua da non azkeneko KAREN epai batzuk biak jorratzen dituzte toki-autonomiaren gainean hitz egitean. Horren harira, esate baterako, KAREN otsailaren 20ko 14/2018 Epaia. Horretan kontrol-teknikak eta koordinazio-teknikak aipatzen dira bai autonomia-erkidegoekiko baita toki-erakundeekiko eta trataera berdina ematen zaie. Toki-erakundeei dagokionez, bi harremanek (koordinazioa eta kontrola) toki-autonomiarekin lehian dabilta eta toki-erakundez gaineko interesen mende geratzen da. Koherentzia mantentzeko helburuan toki-erakundez gaineko interesen mende geratuko da(32).

Horrez aparte, KAREN 107/2017 Epaia(33) beste bi ezaugarri amankomunak aitortzen dizkie kontrol- eta koordinazio-harremani:

- Alde batetik, 3.c) oinarri juridikoan aipatzen denez administrazioko esku-hartzea behar bezala objetibizaturik egon behar da eta lege-lerruneko arau batean zehaztuta. Hori toki-autonomiaren konstituzio-bermearen muinean dago KAREN 4/1981 Epaia adierazi zuenez. Azken epai honek horrela zioen: «administrazio-kontrolak lege-arauetan zehazturik agertu behar dira; zehatzak, eta ez orokorrak eta zehaztugabeak».

(31) GRIFO BENEDICTO, M. A., *Las entidades Locales y las Relaciones...* Op. Cit. 200. orr.

(32) KAREN otsailaren 20ko 14/2018 Epaia, EAOn 2018ko martxoaren 23an argitaratua.

(33) KAREN irailaren 21eko 107/2017 Epaia, EAOn 2017ko urriaren 13an argitaratua



- Edozein kontrol-teknikak aurretiazko errekerimendua behar du eta legeak zehatz-mehatz zehaztu beharko ditu administrazio-harremanen gaineko prozedura.

IV. Toki-erakundeen gaineko kontrola

Gezurra dirudien arren, antolamendu juridikoak zaintza/kontrola eta toki-autonomia bateragarriak direla ulertu du. Atal honetan horren inguruko azterketa egingo dugu. Toki-autonomiaren kontzeptu teorikoa ikusita eta arauketa juridikoa ikusirik, argi dago autonomia eta subiranotasuna oso gauza ezberdinak direla. Autonomia subiranotasunaren emaitza dela esan daiteke, subiranoak beren deszentralizazioa egituratzean sortutako kontzeptua. Oso adierazgarriak dira honen inguruan BOCANEGRA SIERRA jaunak erabilitako hitzak: «Autonomia, Salasek adierazi duen moduan, autodeterminazioa da, antolamendu juridikoaren baitan jardura librea gauzatzeko determinazioa» (34), hau da, antolamendu juridikoa antolatzen duen estatu subiranoak «baimentzen» duen erabakitze gaitasuna. Horrela argi adierazi egin zuen KAREN 4/1981 Epaia ostean sortutako toki-autonomiaren kontzeptua.

Epigrafe honetan ez ditugu azalduko Konstituzio Auzitegiak kontrolaren eta autonomia-printzipioaren artean ezarritako bateragarritasun irizpideak, baina 1981etatik aurrera bateragarritasunak toki-erakundearen gaineko kontrol sistema ahalbideratu du. Kontrola, dio KAREN doktrinak, honako baldintzak bete behar ditu: ezin daiteke egin orokortasun kontrolik, baizik eta egintza konkretuen gaineko kontrola; eta kontrolak legeztatunaren inguruan hitz egin behar du, ez egokitasunari edo aukerari buruz, baizik eta legea betetzene duen ala ez.

1. Nola aipatzen da kontrola TAOLan?

EKak ez du kontrola aipatzen zuzuenean ezta TAOLEk ere ez. Baina kontrola zehazten duten adierazleak badaude. Alde batetik, TAOLEk kontrol hitza ez du erabiltzen baina udal jardueran esku-hartzeko sistema bat zehazten du; eta bestetik, kontrolaren objektua zehazteko toki-erakundeek Estatuari eta autonomia-erkidegoari informazioa emateko betebeharra ezartzen da. SÁNCHEZ GONZÁLEZek adierazten duen moduan: «To-

(34) BOCANEGRA SIERRA, R., «Nueva configuración de la tutela sobre las Corporaciones Locales», en *Revista de Estudios de Administración Local*, 1978, Madril, 376. or. Autorearen testu originalak horrela dio: «La autonomía, como ha señalado Salas, no es sino autodeterminación, determinación libre en cuanto a la actuación dentro del marco del ordenamiento jurídico».



ki-erakundeek etengabe egin dituzten jardueren berri izateko, Estatuko eta autonomia-erkidegoetako administrazioei bidali beharko dizkiete, erregelamenduz ezarritako epean eta moduan, haien egintzen eta erabakien kopia edo, hala badagokio, laburpen bat. Ildo horretan, azpimarratzen da korporazioetako presidenteak eta, berehala, idazkariak izango direla betebeharrak hori betetzearen erantzule. Nolanahi ere, Estatuko eta autonomia-erkidegoetako administrazioek ahalmena izango dute udal-jarduerari buruzko informazio zehatza biltzeko eta lortzeko, haien aplikazioan eta, hurrenez hurren, Estatuko eta autonomia-erkidegoetako legeetan eraginkortasuna egiaztatzeko, eta espedienteak erakusteko eta txostenak egiteko ere eskatu ahal izango dute» (35).

Administrazioen arteko harremanetan elkarlanerako oinarritzko printzipioa den erakunde-leialtasunaren printzipioak elkarrekiko informazio ematea dakar. Horrela jasotzen du SPAJLaren 140. artikulua eta horrela ondorioztatuta daiteke TAOLaren 55. artikulutik. Baina, administrazioen arteko harremanei buruzko TAOLaren tituluak informazio betebeharra norabide bakarrean adierazten du. Toki-erakundeek bakarrik izango dute informazioa bidaltzeko benetako betebeharra, betebeharrak ez betezea erantzukizuna ekartzen duelako. Informazioa eman behar da edo ez emateak ondorioak izango ditu. Beraz, kontrol sistemaren lehenengo urratsa informazioa emateko betebeharraren oinarritzen da. Betebeharra betetzen ez bada, orduan Alkateak edota udal Idazkariak erantzukizuna izango dute. Esangura horretan, informazioa emateko betebeharra berez kontrola da, kontrolaren hasiera. Horrez gain, informazioa emateko betebeharrak ahalbideratzen du toki-erakundeek gainean eman daitezkeen administrazio esku-hartzea.

2. Kontrolaren esku-hartzeak

TAOLak kontrol-teknika guztiak administrazioen arteko harremanak izenburuarekin batera arautu ditu V. Tituluko II. kapituluan, baina III. kapituluan TAOLak zuzenean aipatzen du noiz egikaritu daitezkeen akzioak, hau da, noiz aurkaratu daitezke toki-erakundeek ebazpenak eta egintzak. III. kapitulu honetan adierazten dena egituratuz, lehenengo eta behin kapituluak toki-erakundeek ebazpen eta akordioak aurkaratzeko legitimazio aktiboa aipatzen du. Jarraian, legeak informazio gehigarria aurkezteko aukera ematen dio toki-erakundeari, aurkaratzeko ahalmena egikaritzeko epea handituz, baina hautazko moduan. Gero legeak 65., 66 eta 67. artikuluetan aurkaratu daitezkeen akordio eta ebazpenak aipatzen ditu.

(35) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. F., «El control de la actividad administrativa de las Entidades Locales» *El Consultor de los Ayuntamientos* aldizkarian, ed. Wolter Kluwer, 2019 Madril, 84. or.



Estatuko Administrazioaren eta autonomia-erkidegoaren administrazioaren aurkaratzeko ahalmen hori toki-autonomiaren kontrakoa ez dela (bateragarria dela) aurreko epigrafeetan aipatu dugu, zentzu horretan azaroaren 12ko KAREN 331/1993 Epaia 4. oinarri juridikoan (36) adierazi zuen 65. artikuluari buruzko auzian: «... oinarrizko izaera duen araua da, toki-administrazioaren araubide juridikoaren funtsezko osagaia den aldetik...». BALLESTEROS FERNÁNDEZEN (37) hitzetan, aurkaratzea horrela laburtzen zuten:

- Antolamendu juridikoaren arau-haustea dakarten egintza eta akordioak. Hauek legearen 63. artikuluan adierazten diren subjektuak aurkaratu ahal dituzte.
- Antolamendu juridikoaren arau-haustea, bakoitza bere eskumenen esparruan, AFAREN 215. artikuluari jarraituz. Hauek Estatuko eta autonomia-erkidegoetako administrazioek aurkaratzeko aukera izango dute.
- Estatuaren edota autonomia-erkidegoen eskumenak kaltetu, urratu edo oztopatzen direnean.

Ez da egokia, nire ustez, egindako sailkapen hori eta TAOLAK berak egiten duen sailkapena egokiagoa ikusten dut. BALLESTEROS FERNÁNDEZEN sailkapen horretan AFAREN 215. artikulua aipatzen duen eskumenen esparrua eta TAOLAREN 66. artikulua guztiz bateragarri egiten dira eta aurkaratze arrazoi bakarra dela uler daiteke. Horrez gain, autoreak ez du aipatzen 67. artikuluan adierazten den aurkaratzeko arrazoa: Espainiako interes orokorra modu larrian kaltetzea. Hori izango da guk jarraituko dugun eskema edo egitura.

Egokia ikusten dugu COVILLAS MARTINEZEK egiten duen sailkapena (38). Autore honek sailkapen ezberdinak egiten ditu, kontrolaren irizpide ezberdinak erabiliz. Sailkapenerako irizpide bezala helburua hartzen bada, kontrola modu honetara sailka daiteke:

- Kontrol-helburuaren hedadurari begira, egintzen kontrola edo jardueren kontrola egin daiteke. Hau da egintza jakin eta zehatz bat edo jarduera konkretua.
- Kontrolaren momentuari begira, kontrola aurretiazkoa edo gerokoa izan daiteke.

Egokitasun- edo lege-kontrolen inguruko sailkapena ere egin daiteke konprobaziorako erreferentzia irizpide bezala hartzen dugunean, baina

(36) KAREN azaroaren 12ko 331/1993 epeia, EAOan 1993ko abenduaren 10ean argitaratua.

(37) BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Derecho Local*, ed. Walters Kluber, El Consultor de los Ayuntamientos, Madril, 2005, 5. edizioa 82. or.

(38) COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía... Op. Cit.* 80. or.



kasu honetan KAren doktrinak argi utzi du toki-erakundeen kontrol-tekni-
kek lege-kontrola egin behar dutela.

Irizpidea kontrolatzailearen jardueran jartzen badugu, kontrola aurre-
tiazko baimen edo geroko onarpenaren mende egon daiteke edo aurka-
ratzean oinarritu daiteke. Bi teknika hauek TAOLak jaso ditu, baina to-
ki-erakundeen sektorekako eskumenak jorratzen dituzten bestelako arauak
ere zehazten dute. Pentsa dezagun, esate baterako, EAEko Lurzoruari eta
hirigintzari buruzko Legeak udal planeamenduekin egiten duena 7.000 bi-
ztanle baino gutxiagoko udaletan, hauetan behin betiko onarpena lurralde
historikoen eskuetan uzten du, Foru Aldundien eskuetan.

TAOLaren V. Tituluko III. kapituluko 63. artikulua adierazten du nort-
zuk daukaten toki-erakundeen ebazpenak aurkaratzeko legitimazio akti-
boa (39):

- Administrazioarekiko auzibidean legitimazioa dutenek. Hau da, Ad-
ministratioarekiko Auzibideari buruzko uztailaren 13ko 29/1998 Le-
gearen 19. artikulua aipatzen dituen subjektuak.
- Ebazpenen eta adostasunen kontrako botoa eman duten zinego-
tziek (40). Administrazioarekiko Auzibideari buruzko uztailaren 13ko
29/1998 Legeak berak 20. artikuluan aipatzen dituenean, legitimazio-
rik ez dituzten organoek legeri bestelako arauak egiteko baimen-
tzen die. TAOLak beren-beregi adierazten du 63. artikuluan kontrako
botoa eman duten zinegotziek (udalbatza organo kolegiatua den
neurrian eta zinegotzia organo horren kide den neurrian) egintza,
ebazpen eta akordioak aurkaratzeko aukera izango dutela.
- Estatuaren administrazioak eta autonomia-erkidegoen administra-
zioek, III. kapitulu honetan adierazten diren kasuetan.

Bestetik, artikulua horrek ezarri bezala toki-erakundeek legitimazioa
dute horien autonomia kaltetzen duten ebazpenak aurkaratzeko, ebazpen
horiek Estatuaren administrazioak edo autonomia-erkidegoko administra-
zioek egiten dituztenean. Harrigarria da hori adierazi behar izatea, baina
horrela egiten du 63.2. artikulua. Ildo horretatik, aipatu behar dugu Esta-
tuaren edo autonomia-erkidegoaren legitimazioaren eta toki-erakunde-
aren legitimazioaren eraginak oso ezberdinak direla eta ezberdintasuna le-
gegintza-ahalean datza. Toki-erakundeek ez dute lege-lerruneko araurik
egiteko aukera eta erregelamendu-lerruneko arauak ematen dituztenean
horiek auzitegi arruntetan aurkaratzeko aukera dago. Kontrako bidean to-
ki-autonomia urratu edo toki-erakundeen eskumeneko jarduerak lege-le-

(39) LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Manual de Derecho Local*, ed. Iustel, 2015, Madril, 3. Edizioa, 391. or.

(40) Honen inguruan oso interesgarria da 2004ko urriaren 18ko KAren 173/2004 epaia, EAOn 2004ko azaroaren 19 argitaratua.



rrunaren bidez zehazten direnean, horiek bakarrik aurkaratu daitezke KAren aurrean, edo lege urratzaile horretan oinarritutako ebazpenaren birtatez konstituzio aurkako galdera-errekurtsoa eskatuz.

Horrez gain, lehen adierazi dugun bezala, toki-erakundeek hartzen dituzten akordio eta ebazpenen inguruko kopia bat edo horien laburpen bat autonomia-erkidegoaren administrazioari eta Estatuko administrazioari bidaltzeko betebeharra daukate (TAOLaren 56. artikulua). Estatuak eta autonomia-erkidegoek jasotzen duten informazio horren inguruko dokumentazio gehigarria eskatu dezakete. Dokumentazio gehigarri hori eskatzen dutenean, TAOLaren 64. artikuluari jarraituz, aurkaratzeko epeak eten egingo dira. Baina, zein epe? Egintza, ebazpen edo akordioa aurkaratzeko epea? Edo baita administrazioarekiko auzibidera jotzeko epea ere? Honen inguruan, oso adierazgarriak izan ziren 1999ko otsailaren 20ko, maiatzaren 17ko eta urriaren 19ko Auzitegi Gorenaren Epaiak (41). Azken horrek horrela adierazten du: «Areto honek, beste gauza batzuen artean, urte honetako otsailaren 20ko eta maiatzaren 17ko epaietan, informazio gehigarriaren errekerimenduak administrazioarekiko auzibidean errekurtsioa jartzeko epeak eten egiten zituela aitortu egin zuten». Beraz, argi dago epe biak eteten direla: toki-erakundearen egintza, ebazpena edo akordioaren deuseztasuna eskatzen duen errekerimendua egiteko epea eta administrazioarekiko auzibidean errekurtsioa jartzeko epea.

Ildo horretatik, eta aurkaratzeko kasu ezberdinak azaldu aurretik, hurrengo prozedura gauzatu daiteke (eta ohikoena izaten da) aurkaratzeko bidea egiteko:

- 1) Toki-erakunde batek TAOLaren 56. artikuluari jarraituz, Estatuari eta autonomia-erkidegoari hartutako erabaki guztien inguruko informazioa bidaliko diete. AFAn 214. artikuluan arabera, toki-erakundeak ebazpena edo akordioa hartu eta sei laneguneko epea dauka horren inguruko kopia edo laburpen bat bidaltzeko.
- 2) Informazio hori eskuetan dutela, Estatuko Administrazioak edota autonomia-erkidegoko administrazioak legezketasuna konprobatu dute. Aurkaratzeko moduko egintza, ebazpen edo akordio bat ikusten badute, hiru aukera izango dituzte: informazio gehigarria eskatu; toki-erakundeari egintza, ebazpen edo akordioaren deuseztasuna eskatzen duen errekerimendua egin; edo administrazioarekiko auzibidean errekurtsioa jarri.

(41) AGren otsailaren 20ko 1160/1999 Epaia, CENDOJ webgunean ikusita ECLI:ES:TS:1999:1160 erreferentziarekin, azkenengoz ikusita 2021/07/24an. AGren maiatzaren 17ko 3401/1999 Epaia, CENDOJ webgunean ikusita ECLI:ES:TS:1999:3401 erreferentziarekin, azkenengoz ikusita 2021/07/24an. AGren urriaren 19ko 6481/1999 Epaia, CENDOJ webgunean ikusita ECLI:ES:TS:1999:6481 erreferentziarekin, azkenengoz ikusita 2021/07/24an.



- 3) TAOLaren 64. artikuluari eta AFAREN 215. artikuluari jarraituz Estatuko administrazioak edota autonomia-erkidegoko administrazioak ebazpenaren edo akordioaren kopia jaso eta hamabost eguneko epean informazio gehigarria eskatu dezakete. Esan bezala, eskaera horrek deuseztasuna eskatzeko edo administrazioarekiko auzibidean errekurtsoa jartzeko epea eten egiten dute.
- 4) Toki-erakundeek errekerimendua jaso eta gero, bi aukera izango dituzte: informazio gehigarria bidali edo ez bidali. Informazio gehigarria bidaltzeko bi epe bereziten ditu TAOLak. Batetik, 65. edo 66. artikuluen aurkaratzeko kariatetan informazio gehigarria hogeita laneguneko epean bidali behar da eta, bestetik, 67. artikuluen aurkaratze karian bost laneguneko epean.
- 5). Informazio gehigarria bidalirik, Estatuko administrazioak edo autonomia-erkidegoaren administrazioak jaso eta aurkaratzeko epea edo deuseztasuna eskatzeko errekerimendua bidaltzeko epea aurrera jarraitzen du. Administrazioarekiko auzibidean errekurtsoa jartzeko epea bi hilabetekoa da, aurkaratzeko epea hilabete batekoa 65. eta 66. artikuluen kasuan eta hamar laneguneko epea 67. artikuluko kasuan.

Hori guztia kontuan harturik, gauza bakarra geratzen zaigu. Kontrol-jardueraren mamia. Zein kasutan egingo dute Estatuko administrazioak edo autonomia-erkidegoek kontrola? Noiz esku hartuko dute toki-erakundeen jarduera? TAOLak hiru kasu jaso ditu:

- 1) TAOLak 65. artikuluan hauxe dio: Estatuak edo autonomia-erkidegoek toki-administrazio batek emandako ebazpen bat edo hartutako akordio bat antolamendu juridikoaren kontra egiten duela uste duenean, toki-erakundeari egintza, ebazpen edo akordio hori bertan behera uzteko, deuseza dela adierazteko, eskatuko dio. Toki-erakundeak errekerimendua jaso eta hilabeteko epean deuseztasuna adierazi behar du eta ez bada deuseztasunik adierazten, orduan Estatuak edo autonomia-erkidegoak administrazioarekiko auzibideak auzi-errekurtsoa jartzeko epea izango du.

Deuseztasuna adierazten duen errekerimendua behar bezala arrazoiturik egin behar da eta beren-beregi urratu den legeria aipatu behar du. Eskaera egintza, ebazpena edota akordioa jaso eta hamabost eguneko epean egin behar da. Hemen dago 56. artikuluen kontrol-kutsua, ebazpen eta akordio guztien kopia edo laburpena Estatuko administrazioari eta autonomia-erkidegoko administrazioari bidali behar zaielako eta horien kontrolak dakar aurkaratzeko bidea.

Errekerimenduari epean ez bazaio erantzuten edo toki-erakundeak errekerimendua errefusatzeko badu, orduan Estatuko ad-



ministrazioak edo autonomia-erkidegoaren administrazioak bi hilabeteko epea izango dute administrazioarekiko auzibidean erre-kurtsoa jartzeko.

Artikulu honetatik hurrengoa ondoriozta daiteke: deuseztasuna adierazteko errekerimendua derrigorrezkoa ez dela eta zuzenean aurkaratu daitekeela ebazpena; eta aurkaratzea berez ez duela aurkaratu den egintza, ebazpena edo akordioaren eragingarritasuna eteten.

- 2) Bigarren kasua 66. artikuluan dator. Artikulu horren arabera, toki-jarduerak dakarren egintza, ebazpena edo akordioa Estatuko eskumenak edo autonomia-erkiديوaren eskumenak urratu, eskumen horien betetzea oztopatu edo eskumen bat gainditu egiten badute, orduan TAOLaren 65. artikuluko prozedurak erabiliz horien aurka egin daiteke. Kurioso da esangura horretan 66. artikulua eta 65. artikulua arteko lotura. 1999ko uztailaren 2ko Auzitegi Gorenaren Epaiari jarraituz (42), bi artikuluetan izatez antolamendu juridikoaren urraketaz hitz egiten ari da.
- 3) Azkenengo kasua antolamendu juridikoaren urraketa ere dakar, baina Espainiako interesen aurkako egintza, ebazpen edo akordioa izanik garrantzia ematen zaio. TAOLaren 67. artikulua zera dio: toki-erakunde baten ebazpenak Espainiako interes orokorra modu larrian kaltetzen duenean Gobernu Ordezkariek ebazpena jaso eta hamar laneguneko epean toki-erakundearen buruari (Alkateari) ebazpena deuseztatzea eskatuko dio. Errekerimenduari toki-erakundeak ez badio erantzuten edo ez badu kasurik egiten, Gobernu Ordezkariek ebazpena deuseztatuko du (esku-hartzea gauzatzeko ahalmena du) eta kaltetutako interesa babesteko behar dituen neurriak hartzeko aukera dauka. Arazoa betiko moduan Espainiako interes orokorraren definizioan datza. Zehaztu gabeko kontzeptu juridiko honen inguruan ez da asko idatzi eta auzitegien esku geldituko litzateke. Toki-autonomiaren aurkako esku-hartze baten aurrean gaude eta printzipio horren inguruko zehaztasuna malgutu dezakeena.

Kasu honetan Alkateari bost eguneko epea emango zaio errekerimenduari erantzuteko edo egintza deuseztatuz, edo errekerimenduren kontra agertuz edo errekerimenduari erantzunik ez emanez. Azkenengo bi kasu horietan, Gobernu Ordezkariek hamar eguneko epea izango du ebazpena deuseztatzeko.

(42) AGren uztailaren 2ko 4738/1999 Auzitegi Gorenaren epaia, CENDOJ webgunean ikusita ECLI:ES:TS:1999:4738 erreferentziarekin. Azkenengoz ikusita 2021/07/24an.



V. Koordinazioa eta kontrola euskadiko toki-erakundeen legean

Gaiaren inguruan hausnartu aurretik eta EAEn alde bakarreko administrazioen arteko harremanak aztertu aurretik, egoki ikusten dugu EAEn Euskadiko Toki-Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak jorratutako toki-autonomiaren printzipioa oso erroturik dagoela. Euskadiko Toki-Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legearen lau artikuluko jorratzen dute beren-beregi toki-autonomiaren printzipioa, nahiz eta printzipio hori ETELen zehar xedapen ugari inspiratu. Ildo horretatik, bat egiten dugu ATELA URIARTEk egindako baieztapenarekin:

«Alde horretatik, esan dezakegu legearen artikuluko autonomia-kontzeptu baten zerbitzura ematen direla, berme gisa eta modu aktiboan parte hartzeko eskubide gisa, bai euskal erakunde eskudunen gobernu-maila desberdinetako arauak egiteko prozesuetan, baldin eta beren eskumenetan zuzenean eragiten badute, bai euskal erakunde eskudunek abian jarriko dituzten eta autonomiari eragiten dioten edo eragin diezaioketen programa, proiektu, plan edo politika publiko guztietan. Automaila instituzional bakoitzak berezko ahalmenak izango ditu» (43).

Toki-erakundeen gainean egiten den planteamendua, eskemen banaketa, udalez gaineko lurralde-erakundeetan duten parte-hartzea, legearen zioen azalpenak aitortzen dien forutasuna, etab... EAEko toki-erakundea Estatuko lurralde erkideko beste toki-erakundetatik aldentzen du.

Abiapuntua zein den ikusirik eta toki-autonomiaren printzipioak duen esangurari eutsirik, Euskadiko Toki-Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak udalez gaineko administrazio-erakundeen kontrolen gainean ezer ez du esaten. Bai, ordea, udal-erakundeetan parte-hartzen duten subjektuek egin behar duten kontrolaren gainean: zinegotziek, edo publikitateak edota herritarrek. Legeak toki-autonomiaren printzipioa dauka zutabe garrantzitsu moduan eta kontrola harremanetarako teknika bezala ez du garatzen. Horregatik, zentzu horretan Estatuaren arauketa orokorrak zehazten duen kontrol-harremanetara jo beharko gara. Dena den, kon-tuan izan behar dugu udal finantza-jardueraren esparruan Ekonomia Itu-

(43) ATELA URIARTE, A., «La Ley de instituciones locales de Euskadi en tiempos de la LRSAL: Una autonomía local propia y diferenciada es posible», INAPren *la Administración al día* web-gunean: file:///Users/ortzidelaquintana/Documents/DOKTORETZA/6.-%20III%20BLOKEA.-%20FINANTZA%20ZAINNTZA%20EAEKO%20ITUN%20EKONOMIKOAREN%20SISTEMAN/III.%20ZATIAREN%20INFORMAZIOA/AIZPEA%20ATELA.-%20INAP_LAD_1506037.pdf. 5. orr. Azkenengoz ikusita 2021/07/24an.



nak 48.5 artikuluan udalaren finantza-jardueraren gaineko zaintza EAEko organo eskudunen gainean uzten duela eta ETELak organo horiek lurralde historikoak direla adierazten duela.

EAEk duen erakunde-egitura konplexuak koordinazioaren beharra bultzatzen du. Hiru lurralde-erakunde maila ezberdinak aurkitzen ditugu EAEn barnean eta toki-erakundeena arautua izan den azkenengoa da. Maila ezberdin horien egituraketa zuzena oreka sortzen dute eta gure kasuan planoa, erakunde-sistema, hiru mailetan egituratzen da: EAEko erakunde erkideak, lurralde historikoak eta toki-erakundeak (44). Euskadiko Toki-Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak (hemendik aurrera ETEL) erakunde-sistemak dakartzan konplexutasuna ezagutzen du eta horretaz jabeturik koherentziaren beharrizana ikusten du. Legearen zioen azalpenak horrela dio:

«Ereduak behar bezala funtziona dezan, koherentzia egon behar da hiru maila desberdinek bat egiten duten eta elkarrekin erlazionatzen diren euskal erakunde-sistema osatzen duten erakundeen jarduketan artean, azken helburua erakundeen arteko deskoordinaziorik eragin dezaketen egoerak saihestea izanik, horiek eredu hori oztopa baitezakete, betiere udalerrien autonomia babestuz» (45).

Hori horrela, ETELak, koordinazioaren beharrizana jabeturik, bere helburu eta xedeen artean udalek erakunde-sisteman duten lekua bermatu nahi du. Horretarako erakunde-sisteman lekua zehazteaz gain, beste erakunde-maila batzuekin koordinazio- eta elkarlan-sistema bat eratu nahi du, politika publikoak diseinatzeko, gauzatzeko eta ebaluatzeko.

Adierazitako lan hori gauzatu eta garatu ahal izateko ETELak Toki Politika Publikoen Euskal Kontseilua eratu egin du. Erakunde horren helburua erakundeen arteko kooperazioa sustatzea izango da, baina horretan koordinazio funtzioak ere integratuko dira. Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legearen 83., 84. eta 85. artikuluetan ezarritakoaren arabera, Tokiko Politika Publikoen Euskal Kontseiluak udalerrien eta autonomia- eta foru-erakundeen arteko elkarlan-harremanak gauzatu beharko

(44) Mailakatzeko honen inguruan modu adierazgarrian hiru mailak aipatzen dituzte besteak beste: BAZAKO ATUTXA, P., eta ETXANOBE LANDAJUELA, E., «Ley Municipal de Euskadi: ¿Esta vez sí?» *Pertsonak eta Erakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, HAAE-IVAP, 2015, Gasteiz, 67. orrialdean; LARRAZABAL BASAÑEZ, S., «Zume hauekin... ekin lanari. Reflexiones sobre la génesis, naturaleza e inserción de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi en el peculiar sistema de fuentes del Derecho Vasco», *RVAP aldizkarian*, HAAE-IVAP, 2017, Oñati, 23. orrialdean; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «La Ley de Instituciones Locales de Euskadi: visión general y encuadre del nivel institucional», *RVAP aldizkarian*, HAAE-IVAP, 2017, Oñati, 57. orrialdean.

(45) ETELren 4. Zioen azalpena.



ditu(46). Tokiko gobernu-eremuari eragiten dioten politika publikoak diseinatu, egin, gauzatu eta ebaluatzeko prozesu guztietan udalen interesak aintzat hartuko direla bermatzeko. Horregatik, besteak beste, eginkizun hauek ditu:

- a) Euskal Autonomia Erkidegoak sustatutako planak eta programak egiten parte hartzea, udalerrien berezko toki-eskumenei eragiten dietenean.
- b) Administrazioen arteko lankidetzeta eta informazio-trukea sustatzea Autonomia Erkidegoko Administrazioaren, foru-aldundien eta toki-administrazioen artean.
- c) Udal-eskumenei eragiten dieten politika publiko sektorialak eztabaibatzea eta bateratzea.
- d) Kooperazio- eta koordinazio-sistemak sustatzea, gobernu-maila guztiek politika publikoen kudeaketa integratua egin dezaten.
- e) Gobernu Kontseiluari konstituziokontrakotasun-errekurtsoa jartzeko eskatzea, Estatuko lege batek toki-autonomia urratzen duela uste duenean.

Funtzio horietatik guztietatik d) letran aipatutakoari erreparatu behar diogu. Horrek koordinazioaren zuzeneko aipamena egiten du. Gobernu-maila ezberdinen politika publikoek koherentzia izateko eta horien kudeaketa integratua gauzatu ahal izateko Toki-erakundeen Politika Publikoen Euskal Kontseiluak koordinatzeko zuzentarauak ezarri ditzake. Baina, koordinazio lan horrek, eta orokorrean Kontseiluak egiten dituen lan guztiak, toki-erakundeen toki-autonomiaren printzipioa errespetatu behar dute. Horrela aitortzen du ETELren 84. artikulua: «Erakunde horiek toki-autonomia erabat errespetatzen dutela bermatzea da haren eginkizuna».

Organo koordinatzaile horrez gain, ETELak, TAAJLak egiten zuen bezala, lurralde historikoen Foru Aldundiei toki-erakundeen koordinaziorako aukera zabaltzen die. Baina, hausnarketa horrekin jarraitu aurretik kon-tuan izan behar dugu ETELaren toki-erakundea eta Estatuko lurralde erkideko toki-erakundea ezberdinak direla. EAEko toki-erakundearen toki-autonomia «handiagoa» dela esan daiteke lurralde erkideko toki-erakundea baino eskumen gehiago dituelako. ETELak egiten duen toki-erakundearen arauaketa toki-autonomiaren printzipioarekin errespetu handia mantendu du eta horren babesean eskumen sistema zehatzago eta handiago bat ezartzen du.

(46) Horrela definitzen du Eusko Jaurlaritzak bere webgunean: <https://www.euskadi.eus/gobierno-vasco/-/noticia/2017/nace-el-consejo-vasco-de-politicas-publicas-locales-foro-de-encuentro-y-trabajo-de-los-tres-niveles-institucionales-de-euskadi/>



Hori guztia kontuan izanik, eta berriro hasierako hausnarketaren bidean, ETELak 20.000 biztanle baino gutxiagoko udalen gutxieneko zerbitzuak emateko Foru Aldundiek horiek koordinatu ahal izango dituzte. Horretarako, egokitzat jotzen dituzten kudeaketa-proposamenak egin ahal izango dituzte, ukitutako udalerriekin ados jarri ondoren, zerbitzu horiek ematean kostu eraginkorrak eta kalitate-estandar optimoak lortze aldera. Hori bai, ETELak toki-autonomiaren printzipioari dion errespetuan nahitaezko gutxieneko zerbitzuen kudeaketarako lehentasuna izango dute partekatuko formulen proposamenek. Kudeaketarako partekatutako formulen proposamen bat egiten bada, dagokion Foru Aldundiak berariaz arrazoitu beharko du zer abantaila dituen kudeaketa partekatuaren modalitateen aldean. Arrazoi horiek kontuan hartuta, udalerrriak ados dagoen ala ez erabakiko du. Egindako proposamenari ezezkoa ematen bazaio, udalerrriak berak kudeatuko du zerbitzua, lege honetan eta aurrekontu-egonkortasunari eta finantza-jasangarritasunari buruzko arauen esparrua.

Ildo horretatik ETELak zerbitzu publikoen kudekaterako lehentasun sistema bat ezarri du. Lehenengo eta behi toki-erakundeek gutxieneko zerbitzu horiek beren kabuz eman behar dituzte. Ezin badute bere kabuz zerbitzua eman, orduan, toki-erakundeek beste partekatutako formula bat bilatu beharko du (partzuergoren bat edota elkarte izaerako formularen bat). Bakarrik, bestelako formula erabili ezin daitekenean jo dezake toki-erakundea Foru Aldundiaren koordinaziora. DEL GUAYO CASTIELLAK modu horretan adierazten du:

«Udalerriek, nahitaezko gutxieneko zerbitzuak emateko zuzeneko arduradunak diren aldetik, askatasunez erabaki dezakete zerbitzu horiek emateko modurik egokiena zein den (ETELaren 93. artikulura jotzen du 2. atalak). ETELaren 97. artikulua 3. paragrafoaren lehen lerroarekin bat etorritik, foru-aldundiek nahitaezko gutxieneko zerbitzuak koordinatu ahal izango dituzte, eta, horretarako, egokitzat jotzen dituzten kudeaketa-proposamenak egin ahal izango dituzte, eragindako udalerriei adostasuna eman ondoren, zerbitzu horiek ematean kostu eraginkorrak eta kalitate-estandar optimoak lortze aldera. Nolanahi ere, ETELaren bertan aurreikusitakoaren arabera, lehentasuna dute nahitaezko gutxieneko zerbitzuen kudeaketa partekatuko formulen proposamenek» (47).

(47) DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Fórmulas de Gestión de Servicios Locales en la Ley 2/2016 de 7 de abril de Instituciones Locales de Euskadi», *RVAP* aldizkarian, 107. zkia., apirilak 2017, Oñati, 333. or.



Hori horrela, ATELA URIARTEK dioenarekin bat eginez:

«ETELaren arabera, partzuergoak lehenasunezko formulak dira udalaren nahitaezko gutxieneko zerbitzuak modu partekatuan kudeatzeko, eragindako udalerrriak benetako kostuak edo zerbitzuaren kalitate-estandarrak hobetzeko irtenbide instituzional bat eskaini behar duenean, hau da, Foru Aldundiak bere koordinazio-ahalmenak erabiliz jardun behar duenean» (48).

Esangura horretan ETELa Partzuergoa elkarlanerako teknika organiko bat bezala egituratzen du eta ez oinarrizko legeak egiten duen bezala. Esangura horretan ETELaren 99.2 artikulua partzuergo partekatutako sistemen artean lehenasuna duela adierazten da. Estatuko oinarrizko arauketan pisu gehiago eduki du alderdi instrumentala partzuergoaren administrazioen arteko kooperazio-teknikaren alderdia baino. TAOLaren 26.2 artikulua (49), partzuergo eratzeko aukera ezartzen du baina probintzia-koordinaziopean. TAOLaren artikulua, aipatutako autorearen arabera, «aldaketa maltzur eta paradoxikoa eragiten duelako: Administrazioen arteko kooperazio-teknikatik udal-zerbitzuen kudeaketa integratutako koordinazio-teknikora» (50).

Aipatutako koordinazio guztia udalak dituen berezko eskumen propioen ingurukoan eman behar dira edota horietan kontuan izan behar da. Eskuordetutako eskumenen esparruan eta transferitutako eskumenen esparruan ETELak beren-beregi ematen die eskuordetzailari eta transferentzia egiten duenari koordinazio orokorra gauzatzeko aukera (51).

Udaletako finantza-jardueraren esparruan koordinazioak garrantzi handia dauka. EAEk Ekonomia Itunaren ondorioz finantzatzeko sistema berezia dauka eta sistema berezi horretan toki-erakundeek ere parte hartzen dute. Toki-autonomia finantzazio barik ez dauka biderik eta horretaz jabetuz toki-autonomia bermatzeko asmoarekin finantzazio sistemen koordinaziorako organo ezberdinetan parte hartzeko aukera ematen du. Ildo horretatik ETELak toki-erakundeak Euskadiko Finantza Publikoen Kontseiluan eta Tributu Koordinaziorako Organoan parte hartzeko aukera zabaldu du. Horrela dio JIMÉNEZ ASENSIOK: «Era berean, ez da garaia erakunde horiek aztertzeko; izan ere, ETELaren asmoa da EAEko

(48) ATELA URIARTE, A., «Los consorcios en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público» *RVAP* aldizkarian, 110. zkian, 2018ko apirilak, Oñati, 306. or.

(49) TAAJL-k egindako aldaketa eta gero.

(50) ATELA URIARTE, A., «Los consorcios en la Ley 2/2016... *Op. Cit.* 299. or.

(51) ETELren 21., 22. eta 24. artikulua.



erakunde-sistema osoa modu eraginkorrean zeharkatzea, udal-sentsibiltatearen presentziarekin, baita finantza- eta zerga-esparruetan ere. Toki-erakundeak jada ez dira politika publikoen hartzaile hutsak, baizik eta eratze-prozesuetan eragile aktiboak ere bai, eta hori ere esparru ekonomiko-finantzarioari aplikatzen zaio» (52).

Azkenik, ETELak zehazten duen erakundeen arteko koordinazio-sistemari dagokionez, JIMÉNEZ ASENSIOk adierazten duena kontuan izan behar dugu: «ETELaren helburua, beraz, bikoitza da: batetik, toki-autonomia babesten du, helburu gisa; baina, bestetik, garrantzi txikiagokoa ez den arren, maila anitzeko gobernuen euskal sistema batean erakunde arteko harreman-eredu bat birdiseinatu eta integratzen du» (53). ETELak zehazten duen bezala, administrazioen arteko harreman guztiak toki-autonomiaren printzipioa errespetatu behar dute eta hori legea irakurtzean ikusten da. Koordinazioa derrigorrezkoa da sistemaren koherentzia mantendu ahal izateko eta lurralde-erakundeen maila ezberdinak ondo engranatu-tako makina bat bezala funtzionatu dezan, baina koordinazioak ezin du inolaz ere toki-autonomia gainditu.

Horren adierazgarri handia Euskadiko Tokiko Gobernuen Batzordea. ETELak sortzen duen organo horrek toki-autonomiaren defentzarako alarma goiztiar sistema bezala egituratu da. Modu horretara, koordinaziorako egiten diren lege guztiak sistema honetatik pasatu behar dira. Euskadiko Tokiko Gobernuen Batzordearen helburuetariko bat da EAEko eta lurralde historikoetako organo arau egileek egiten dituzten legeak toki-autonomiaren printzipioa errespetatzen dutela bermatzea. Beraz, koordinazioa bai, baina beti toki-erakundearen autonomia errespetatuz.

Amaitzeko, eta EAeri dagokionez, Euskadiko legegileak bere lurraldearen barruko egitura zehazterakoan eta bertan dauden administrazio-maila ezberdinak harremanetan jartzean, mendekotasuna alde batera utzi eta elkarlanera jotzen du. Administrazioen arteko harremanen oinarria elkarlanean oinarritu du ETELak eta koordinazioa beharrezkoa den kasuetan koherentzia mantentzeko erabiltzen da. Euskadiko legegileak administrazio-maila ezberdinen autonomian jarrita dauka ikuspegia eta elkarlanerako tresnak eratzen ditu, koordinazioa eta alde bakarreko administrazio-harremanen beharra bigarren maila batean jarriz.

(52) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales», *Anuario Aragonés de Derecho Local 2016* liburuan, 2017, Zaragoza, 260. or.

(53) JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La «Ley Municipal» de Euskadi: ¿Y ahora qué? (Naturaleza y retos de la Ley 2/2016 de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi)», *RVAP* aldizkarian, 107. zkian, 2017ko apirilak, Oñati, 674. or.



VI. Bibliografía

- ALBERTÍ ROVIRA, E., «La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre administraciones», *MAP. Informe sobre el Gobierno Local*, Ed. MAP, 1999, Madril, 132. or.
- ÁLVAREZ RICO, M., *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 2009, Madril.
- ATELA URIARTE, A., «La Ley de instituciones locales de Euskadi en tiempos de la LRSAL: Una autonomía local propia y diferenciada es posible», *INAP, La Administración al día*, 2016-04-21.
- ATELA URIARTE, A., «Los consorcios en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi tras la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público», *RVAP*, 110. zkia., 2016, 285-313 or.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de Derecho Local*, Ed. Walters Klubber, El Consultor de los Ayuntamientos, Madril, 2005, 5. edizioa .
- BAZAKO ATUTXA, P. eta ETXANOBE LANDAJUELA, E., «Ley Municipal de Euskadi: ¿Esta vez sí?» *Pertsonak eta Erakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, 8. zkia., 2015, 66-85 or.
- BEATO ESPEJO, M., «Criterios jurisprudenciales sobre el principio de jerarquía administrativa: reforzamiento y debilitamiento en su aplicación y efectos jurídicos», *Documentación Administrativa*, 229 zkia., 1992, 266-306 or.
- BOCANEGRA SIERRA, R., «Nueva configuración de la tutela sobre las Corporaciones Locales», *Revista de Estudios de Administración Local*, 1978, Madril, 376. or.
- BOUAZZA ARIÑO, O., «Principio de coordinación», *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Ed. La Ley, 2010, Madril.
- CANALES ALIENDE, J. M. eta PÉREZ GUERRERO, P. L., *Introducción al Gobierno y a la Gestión Local*, Ed. El Club Universitario, 2002, Alacant.
- CAMPOS ACUÑA, M^a. C., «Relaciones electrónicas entre las Administraciones», AA. BB., *Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 1. ed., 2016, Madril.
- COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, 1. ed., Aranzadi argitaletxea, 2019, Zizur Txikia.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Fórmulas de Gestión de Servicios Locales en la Ley 2/2016 de 7 de abril de Instituciones Locales de Euskadi», *RVAP*, 107 (II) zkia., 2017, 301-347 or.
- GALÁN GALÁN, A., *La potestad normativa autónoma local*, Ed. Atelier, 2001, Bartzelona.
- GIL ROBLES, J. M., *Control y autonomía*, Ed. Civitas, 1. ed., 1986, Madril.
- GRIFO BENEDICTO, M. A., *Las entidades locales y las relaciones interadministrativas: La falsa idea de igualdad de las entidades locales*. Iustel, 1. edizioa, 2009, Madril.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La «Ley Municipal» de Euskadi: ¿Y ahora qué? Naturaleza y retos de la Ley 2/2016 de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi», *RVAP*, 107(II) zkia., 647-687 or.



- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales», *Anuario Aragonés de Derecho Local 2016*, 2017, Zaragoza, 260. or. eta hurrengoak.
- LARRAZABAL BASAÑEZ, S., «Zume hauekin ekin lanari. Reflexiones sobre la génesis, naturaleza e inserción de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi en el peculiar sistema de fuentes del Derecho Vasco», *RVAP*, 107(II) zkia., 21-51 or.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Manual de Derecho Local*, Ed. Iustel, 2015, Madrid, 3. edizioa.
- MOREL OCAÑA, L., «El principio de jerarquía en la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la «fidelitas» personal» *Documentación Administrativa* aldizkarian, 229 zkia., 1992, 65-138 or.
- NICOLÁS LUCAS, A., «Principios de actuación y funcionamiento del sector público. Las relaciones interadministrativas», *La Administración al día*, Ed. INAP, 2016, 2021/07/24n.
- NIETO GARCÍA, A., «La jerarquía administrativa», *Documentación Administrativa*, 229 zkia., 1992, 11-64 or.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «La Ley de Instituciones Locales de Euskadi: visión general y encuadre del nivel institucional», *RVAP*, 107 (II) zkia., 2017, 57-78 or.
- SALAS HERNÁNDEZ, J., «El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial», MARTIN-RETORTILLO BEQUER, S., *Descentralización administrativa y organización política* liburuan, Alfguara, 1973, Madrid, 395. or. eta hurrengoak.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. F., «El control de la actividad administrativa de las entidades locales», *El Consultor de los Ayuntamientos*, Ed. Walters Kluwers, 2019ko maiatzean, Madrid, 84. or. eta hurrengoak.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación Administrativa*, Ed. INAP, 230-231 zkiak., 1992, 11-30 or.
- SOSA WAGNER, F., «La autonomía local», AA.BB., *Estudio sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, 4. liburukian, Ed. Civitas, 1991, Madrid, 3320 or. eta hurrengoak.





Inteligentzia artifizialaren erronkak Administrazio publikoan

Challenges of artificial intelligence in the Public administration

JONE PEÑAGARICANO URRUZOLA

Graduada en Derecho
jonepe18@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.09>

LABURPENA: Lan honen xedea administrazio publikoan inteligentzia artifizialaren erabilera aztertzea da, eta ordenamendu juridikoak honen erabilera arautzerakoan kontuan hartu beharreko oinarriak aztertzea. Horretarako, hainbat autorek egindako ikerketak eta hainbat erakunde publikok egindako ebazpen zein txostenak erabili dira. Azken ondorioak agerian uzten du sektore publikoan adimen artifiziala arautu egin behar dela teknologia hau diseinatzen denetik exekututzen deneraino, ikuskapenak egin direla bermatu, eskumena duen arduradunaren bidez.

HITZ- GAKOAK: Adimen artifiziala. Administrazio publikoa. Ordenamendu juridikoa. Arriskua. Ikuskapena.

ABSTRACT: The objective of this work is to analyse both the use of artificial intelligence in Public administration and the premises on which the legal system should build the regulation of its use. To this end, information has been collected from different authors, as well as opinions and reports from different areas and public entities. The final conclusion shows the need for its regulation in the public sector, guaranteeing that from its design to its enforcement the competent authorities carry out a due inspection.

KEYWORDS: Artificial intelligence. Public administration. Legal system. Risk. Inspection.

RESUMEN: El objetivo de este trabajo, es analizar el uso de la inteligencia artificial en la administración pública y las premisas en las que debe basarse el ordenamiento jurídico para regular su utilización. Para ello, se ha recopilado información de distintos autores, así como de dictámenes e informes de diferentes ámbitos y entidades públicas. La conclusión final, evidencia la necesidad de su regulación en el sector público, garantizando que desde su diseño y hasta su ejecución se realice la inspección debida, mediante los responsables competentes.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial. Administración pública. Ordenamiento jurídico. Riesgo. Inspección.

Trabajo recibido el 18 de agosto de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Aurkibidea: I. Sarrera.—II. Inteligentzia artifiziala. 1. Kontzeptua. 2. Algoritmo eta IAren arteko harremana.—III. Administrazio elektronikoa eta inteligentzia artifiziala. 1. Administrazio automatizatua. 2. Administrazio elektronikoa datu pertsonalen tratamendua. 3. Adimen artifiziala administrazioan aplikatzerakoan zer? 4. Datu Pertsonalen tratamendua administrazioak IA erabiltzen duenean. 5. Inteligentzia artifiziala aplikatzearen ondorioak. 5.1. Alderdi positiboak. 5.2. Alderdi negatiboak.—IV. Adimen artifiziala administrazioaren ahalmen arautuetan.—V. Ondorioak.

Laburdurak

DBEO:	Datu Babesen Erregelamendu Orokorra
DBLOEDB:	Datu Babesen eta Eskubide Digitalen Bermearen Lege Organikoa
IA:	Inteligentzia artifiziala
I+D+I:	investigacion, desarrollo, innovación
IKT:	Informazio eta komunikazio Teknologia
SEPD:	Supervisor Europeo de Protección de Datos

I. Sarrera

Gizarte digitalizatuan geroz eta baliabide teknologiko gehiago erabiltzen dira zerbitzuak eskaintzeko, eta gizakien esku- hartzea murrizten da. Zenbaitetan, makinak dira erabakiak hartzen dituztenak eta etorkizun hurbilean prozedura hau areagotuko dela aurreikusten da. Hortaz, gizakiak teknologiaren menpe bizitzea onartu behar al du? Ukaezina da teknologia berrien bilakaera azkarrak gizartearengan duen eragina. Zentzu horretan, beharrezkoa da sortu diren hutsune legalak osatzea, hauen aplikazioen arriskuak aurreikustea eta dituen abantailak pertsonen ongizatera bideratzea.

Teknologia hauek datu erabileran oinarritzen dira eta batzuetan datu pertsonalen arabera hartzen dituzte erabakiak. Beraz, garrantzia du administrazio publikoan inteligentzia artifiziala aplikatzeak izan ditzaken ondorioak azaltzea eta ordenamendu juridikoak aurreikusi behar dituen irizpideen oinarriak aztertzea.



II. Inteligentzia artifiziala

Gizartea trantsizioan dago, informazioaren erabilera eta helarazteko moduak aldatu dira. Beharrezkoa da efizientea izateko era askotako informazioa jaso eta ematea, edozein delarik ere formatua, hots, testu, grafiko, irudi edo soinu bidez... Lan egiteko modu hau, orain gutxi arte eremu zientifikora mugatzen bazen ere, egun, garrantzi handia hartu du komunikazio eta informazio teknologien erabileraren ondorioz. Hauen artean adimen artifiziala aipatu beharra dago, bere hedadura abiadura ikaragarrian zabaltzen ari baita eta gizartearen esparru guztietan aldaketak eragiten: administrazioan, industrian, osasungintzan, sistema finantzieroan... Hor-taz, gizartean bere aplikazioak sortzen dituen eraginak ezagutu eta duten garrantzia aintzat hartu behar dira.

Zuzenbidearen ikuspuntutik, garrantzitsua da inteligentzia artifiziala zer den ulertzea eta honi buruzko definizioa ezagutzea, hain zuzen, teknologia berri honen erabilerari ordenamendu juridiko zehatz bat aplikatu behar zaio eta.

1. Kontzeptua

Ordenamendu juridikoa aztertuta, egun ez dago araudian gai honen aipamenik. IAk sistema kodifikatu baten erregelak jarraitu behar ditu, datuen prozesamenduen azterketaren ondorioz patrioiak osatzen ditu eta, horien arabera, sistemari planteatzen zaizkion erronkak era automatizatuan erantzuten ditu. Bide honetan, beharrezkoa da errealitate honi buruzko kontzeptuak zehaztasunez definitzea: algoritmoen sistema izaera definitzea, zuzenbideko iturri moduan aztertzea... (1)

Orain arteko jurisprudentzia aztertuta, adimen artifizialaren erabilerak arazo batzuk sortu ditu eta, ondorioz, auzitegiek erantzuteko premia ikusi dute, baina jurisprudentzian ez da definizio zehatz bat aurkitzen eta horrek ere hainbat arazo sortzen ditu ebazpenak ematerakoan. Izan ere, inolako definizio zein xedapenik ezean epaile bakoitzak bere interpretazioak egiteko aukera du, ondorioz, ez da segurtasun juridikoa bermatzen. Auzitegi Konstituzionalak 2019.urtean IAren inguruan lehen adierazpenak egin zituen, eta adierazi zuen pertsonen borondatea eraldatzeko gaitasuna duen teknologia dela. Instrumentu arriskutsu dela esan zuen (2).

(1) ESTEBAN J., (2019) «La inteligencia artificial (IA) : aplicación jurídica y regulación en los servicios de salud», *Derecho y salud*, 2019. 1. zkia., 265-277 or. Berreskuratua: file:///C:/Users/jone/Downloads/Dialnet-LaInteligenciaArtificialIA-7097136.pdf

(2) SAK 2019/05/22 REC. 2019-1455



Hala ere, IAren inguruko definizio zehatzik egon ez arren, autore asko dira gai honi buruz idatzi dutenak. Lehenengo definizioa 1956.urtean egin zuen Stanford John McCarthyk. Berak gizakiaren inteligentziarekin lotua dagoen sistema moduan ulertzen zuen, Inteligentzia artifiziala irizpide biologikoetara mugatu gabe(3).

Geroztik, ikuspuntuak ugaritu dira eta batzuen iritziz adimen artifiziala softwarean oinarritutako sistema da, gizakiak diseinaturikoa, dimentsio fisiko nahiz digitalean jarduten duena eta, datuak eskuratuz, interpreta-tuz eta ezagutzaren arabera arrazoituz erantzuten duena. IA sistemak arau sinboliko edo modelo numeriko bat ikasi dezake eta bere portaera ego-kitu, inguruetatik jasotzen dituen erantzunak aztertu ondoren(4). Agerian geratzen da adimen artifizialaren kontzeptua dinamikoa dela, teknolo-giaren garapenari lotua eta ikuspuntu desberdinetatik aztertu beharre-koa. Ildo horretatik, garrantzia du Estatuko zein Estatutik kanpo dauden erakunde publikoek inteligentzia artifizialaren inguruan diotena aztertzea. Hain zuzen, erakunde hauetatik eratorriko da IAK gizartean izango duen aplikazioaren oinarria eta ordenamendu juridikoa.

IA gizakiak diseinaturiko sistema da, erronka baten aurrean dimentsio fisiko edo digitalean jarduten du eta arau sinboliko edo modelo numeri-koak ikasteko gaitasuna du (5).

Espainiako Datu Babesen Agentziak IA analisiak eta inferentziak egiteko gaitasuna duen makina moduan ulertzen du(6). Aldiz, Espainiako I+D+Ik, inteli-gentzia artifizialaren estrategia diseinatzerakoan, aipatzen du IA zientzia eta ingeniari-tza mota bat dela, makinak era inteligentean erantzuteko pro-gramatzen dituen(7). Eremu askotan aplikatzen da eta modu espezifikoan, besteak beste: hizkuntza naturala prozesatzerakoan edo ikusmen artifizialean. Izaera interdisziplinaria du eta Agenda 2030erako garapen jasangarriaren helburuak lortzeko bitarteko tresna garrantzitsua dela kontsideratzen da. IA-ren erabilerak garapen politiketan eragina izango du genero arrakalan, arra-zakeria saihestean, laguntza humanitarioen banaketan, osasun unibertsala-ren eremuan... Baina baditu bere arriskuak, eta horretarako lortu beharrekoa da algoritmoen eta ereduaren gardentasuna, pertsonen portaeren manipula-

(3) FERNÁNDEZ C. eta BOULAT P., (2015), «Inteligencia Artificial y Derecho», *Problemas y perspectivas Noticias jurídicas*. Berreskuratua: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/9441-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/>

(4) CORTINA A., (2019), «Ética de la Inteligencia Artificial», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* Berreskuratua: file:///C:/Users/jone/Desktop/EHU%20Master/TFM/etica_IA.pdf

(5) ENIA (2020) *Estrategia Nacional Inteligencia Artificial*. Berreskuratua: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIAResumen2B.pdf>

(6) Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción. (2020) *AEPD* <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

(7) Ikerketa, garapena eta berrikuntza.



zioa saihesteko. Hortaz, beharrezkoa da lanaren automatizazioarekiko neurriak aztertzea eta teknologiaren erabilera zuzena sustatzea(8).

29.artikuluko Lan Taldeak IA erabaki automatizatu moduan ulertu behar dela dio, erabakiak gizakiaren partaidetzarik gabe hartzen direlako eta edozein datutan oinarritu daitezkeelako, hala nola, kaltea jasan duen pertsonak zuzenean emandako datuetan, pertsonengan egin den behaketa oinarritutakoetan edo eratorritakoetan.

Europako Datu Babesen Batzordeak dio, beharrezkoa dela IA definitzea etorkizunean aplikatzeko eta aipatzen du kontzeptu zabala izan behar duela errealitate juridikoetara egokitzeko(9).

Europako Ikuskariaren (SEPD) iritziz, beharrezkoa sortu ditzaken arriskuak ezagutzea, araudi zehatza aplikatu ahal izateko(10). Era berean, beharrezkoa ikusten dute egiten den araudi normatiboa Europar Batasuneko estatu kide guztietan aplikatzea, baita erakundeetan ere, egoera negatiboan aurrean irtenbideak emateko baliagarria izatea, inpaktu ebaluazioa egiteko aukera egotea eta kooperazio mekanismoak aurreikustea erakundeen artean(11).

Beraz, egun, ez dago inteligentzia artifizialaren definizio bakarra eta horrek segurtasun juridiko eza sortzen da. Estatu demokratikoan, gardenetasuna eta publikitatea bermatzea ezinbestekoa da, are gehiago administrazio publikoa erabakiak hartzeko algoritmoen erabilera oinarritu bada. Errealitatea hau konplexua da eta aztertutakoaren arabera, esan daiteke IA sistema informatiko bat dela, aldeaz aurretik aztertutako egoera batzuei erantzuteko erabiltzen dena. Baina zer da IA?

2. Algoritmo eta IAren arteko harremana

Garrantzitsua da adimen artifizialaren funtzionamenduan algoritmoek duten funtzioa ulertzea.

Hein horretatik, algoritmoak inteligentzia artifiziala definitzen du, sistemak datuen sarrera aunitz biltzen ditu eta sortzen dituen modeloak beha-

(8) Estrategia Española de I+ D+ I en inteligencia artificial. (2019) *Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades*. Berreskuratua : https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf

(9) COM (2020) 65 final.

(10) Supervisor Europeo de Protección de Datos.

(11) Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza C392/03 (2020). *GT29* Berreskuratua : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XX1117\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XX1117(01)&from=EN); Opinion 4/2020: EDPS Opinion on the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence- A European approach to excellence and trust. (2020). *SEPD*. Berreskuratua: https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/20-06-19_opinion_ai_white_paper_en.pdf



rretara hobekien egokitzen den konponbidea bilatzen du. Algoritmoaren diseinuak pertsona kualifikatuen beharra eskatzen du eta diseinatu den algoritmoa hizkuntza konputazionalera itzuli behar da, errealitatean aplikagarria izateko (12).

Adimen artifiziala algoritmoen ikasketa automatikoan oinarritzen da, hots, Machine Learning. Izan ere, ordenagailuak datuen eta esperientzien araberako erabakiak hartzeko gaitasuna du. Kasu hauetan, hartzen diren erabakiak ez daude era definitibo batean zehazturik, algoritmoak berak sortzen baititu. Eskura dituen datuen patroiak identifikatu eta korrelazioa burutzen du, ondoren baloragarria izango den kalitatezko datuak zein diren ezagutzeko eta erabiltzeko, eta aplikazioaren bitartez sortzen diren datu berriak berriz ere erabiltzen ditu.

Beraz, tentuz jardun behar da sistema hau aplikatu eta erabilerak sortuko duen errealitate juridikoa alde aurretik ezagutu eta aztertzean. IAren erabilek arriskuak edo ahulguneak ondorioztatu ditzake herritarren eskubide eta jarduera eraginkorretan. Horren aurrean, beharrezkoa da algoritmoen gardentasuna eta ulermena bermatzea eta adimen artifizialaren zuzentasuna eta erantzukizuna zehaztea, eskubide urraketarik gerta ez dadin.

Inteligentzia artifiziala gure sistema ekonomiko eta sozialean txertatuta dago eta gizartean eragin handia du. Hortaz, garrantzitsua da iruditzen zait IAk administrazio publikoan izango duen aplikazioa aztertzea eta izan ditzaken ondorioak aurreikustea.

III. Administrazio elektronikoa eta inteligentzia artifiziala

Gizartean eredu sozial berria sortzen ari da eta administrazioaren erantzukizuna da erronka horri erantzutea. 2025. urterako aurreikusten den Agenda Digitalean, digitalizazio prozesuen garapenak ondorio ekonomiko positiboak eragingo omen ditu. Helburu horiek lortze aldera, honako abiapuntuak zehaztu dira: IKT sektorearen garapena eta trebakuntza, zerbitzu publiko digitalak eskaintzea, azpiegitura egokiak.... Baina bide horretan, erakunde publikoek administrazio eraginkorraren eta administrazio onaren printzipioa bete behar dute. Ildo horretan, Europar Batasuneko Oinarritzko Eskubideen Gutunean administrazio ona herritarren eskubidea dela aitortzen da, hots, herritarrek eskubidea dute erakunde publikoengandik, beraien jarduerak era inpartzialean, berdintasunez eta iraupen egoki batean jasotzeko.

(12) BONMATÍ J., (2018). «Protección legal de los algoritmos», *Economist&Jurist*. Berreskuratua: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/proteccion-legal-de-los-algoritmos/>; PA-DILLA P., (2019). «Inteligencia artificial y administración pública. Posibilidades y aplicación de modelos básicos en el procedimiento administrativo», *Innovación y e- Administración*. Berreskuratua <https://pedropadillarui.es/docs/Inteligencia-artificial-aplicacion-modelos%20basicos.pdf>



Gainera, administrazioak komunikazio erraza, eraginkorra, inklusiboa, pertsonalizatua, proaktiboa eta kalitatezkoa bermatu behar du jarduera guztietan, baita ekintza automatizatueta ere. Beraz, hauek zeintzuk diren azalduko da jarraian.

1. Administrazio automatizatuak

Azken urteetan teknologien erabilerak hainbat aldaketa sortu ditu eta eboluzio horretan administrazioaren jarduera batzuk automatizatu egin dira, kasu horietan, erabiltzen den softwarea egoera jakin batzuetan erantzun zehatza emateko diseinatu baita. Ezagutu behar da ordenamendu juridikoan gertatu den eboluzioa eta, egun, prozesu automatizatuak arautzen dituzten xedapenak (13).

Administrazioan jarduera automatizatuak arautzen zuen lehen legea 11/2007 izan zen, eta era zabal batean definitzen zuen jarduera automatizatu bidez egin zitezkeen ekintzak. Egun, indargabetua dago eta geroztik legeen erregulazioa mantsoa eta mailakatua izaten ari da.

39/2015 Legean, tramiteen azkartasuna eta segurtasun juridikoa indartzeko hainbat ekintza era automatizatuan egiteko aukerak onartzen dira: ordainagiri erregistro elektronikoen espedizioak, eskaera datuen frogagiriak, dokumentuen digitalizazioa, prozedura sustapena eta argitaratzen diren jakinarazpen eta anuntzioen publikazioa... Ordenamenduak adierazten ez dituen beste ekintza batzuk sistema automatizatu bidez egiten dira dagoeneko: espedientearen kontaketa, dokumentu elektronikoen migrazioa, herritarrei komunikazio igorpena...

40/2015 Legean, berri, 41. artikularen arabera, langile publiko baten zuzeneko parte-hartzea ez dagoen kasuetan, automatizatuak jarduerak dela ulertzen da eta ekintza horiek alde aurretik zehaztu behar dira, batez ere, programazioa, mantentze lanak, ikuskatzea, kalitatezko kontrola, eta baita zenbaitetan sistema informatikoaren auditoria ere. Legearen 45. artikulua aipatzen du, interes publikoa dela medio, eskumena duen organoak jakinarazi behar duela zein jarduerak administrazioan erabiliko duen sistema automatizatuak, baina era murriztuan dago arautua (14).

Espainiako Gobernuak administrazio elektronikoen inguruan argitaraturiko informeak zera dio: administrazioa, automatizatuak, transakzio-nala, orokortua eta ez-pertsonala da eta egoera honek zaildu egiten du

(13) *La diferencia entre inteligencia artificial y automatización*. (2017) Observatorio IA. Berreskurtua: <https://observatorio-ia.com/diferencia-entre-ia-y-automatizacion>

(14) ALAMILLO, I. eta URIOS, X., (2011). *L'actuació administrativa automatizada en l'àmbit de les administracions públiques. Anàlisi jurídica i metodològica per a la construcció i explotació de tràmits automàtics*. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona 2011.



politika publikoen kudeaketa, laguntza eta zerbitzu publikoetarako sarbi-dea, batez ere, zaurgarrienak diren kolektiboetan. Zehazten da administrazioen artean interoperabilitatea lortu behar dela eta, zentzu honetan, argitaratu berria den 203/2021 Errege Dekretua aplikatuko da. Bertan, Estatuko administrazioari egiten zaio erreferentzia soilik, aintzat hartu gabe beste erkidego eta botere publikoen errealitatea. Administrazioa errezentralitzatzeko joera antzematen da (15).

Azkenik, Europako legegileek adierazten dute, erabakiak era automatizatuan hartzen direnean, pertsonengan sortu ditzaken egoera larriak kontuan izan behar direla, makinak izango baitira erabakiak hartzeaz arduratuko direnak, eta ohartarazten dute ziurgabetasuna sortzen dela arlo honetan. Beraz, teknologiaren garapena araudia baino azkarragoa izan arren, botere publikoen erantzukizuna da arau edo xedapenak egitea eta berme juridikoa indartzea.

Beraz, administrazioan sistema berriak aplikatzeak hobekuntzak sortu ditu, automatizazio prozesuak, esaterako. Horiei esker arreta zerbitzuak eta hainbat jarduera azkarrago burutzen dira, baina erabakiak era automatizatuan hartzen direnean ziurtasun eza sortzen da araudia osatzear da-goelako. Bestalde, teknologien eboluzioan datu pertsonalen erabilerak zer esana ematen du eta, ildo horretan, administrazioak datu pertsonalak eskuratzeko duen legitimazioa ezagutu behar da.

2. Administrazio elektronikoan datu pertsonalen tratamendua

Administrazioak herritarren datu pertsonal ugari jaso eta tratatzen ditu, betiere, pribatutasuna eta konfidentzialtasuna bermatuz. Hala ere, erakunde publikoak interesdunen adostasuna behar al du datu pertsonalak eskuratzeko? Zalantza horren aurrean, azpimarratzekoa da botere publikoek datu pertsonalen tratamendua egiterakoan Datu Pertsonalen Erregelamendu Orokorrak eta Datu Babesen Lege Organikoak bete behar dituzte.

Hala ere, zenbaitetan, administrazioak interesdunaren adostasuna behar du bere datu pertsonalak eskuratzeko. Interesdunaren baieztapenak askea, informatua, zalantzarik gabea eta zehatza behar du izan, hau da, baiezkoak ekintza tinkoa izan behar du.

Zenbaitetan, ordea, administrazioak datu pertsonalak tratatzeko baimena du interesdunaren adostasunik gabe, DBEOk eta DBLOEDBk baimentzen baitute honelako kasuetan:

(15) Plan de Digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025. Estrategias en materia de administración digital y servicios públicos digitales. Berreskuratua: file:///C:/Users/jone/Downloads/20210127_Plan_Digitalización_AP_2021-2025.pdf



- Betebehar legal bat dagoenean, erantzule denari aplikatuko zaio
- Interes publikoaren xedea betetzeko edo botere publikoaren jardueraren bete behar denean

Erakunde publiko bakoitzak zehaztu behar du datuen tratamendua burutzeko duen legitimazioa eta zein helburutarako tratatuko dituen; horrez gain, datuen gaineko interesa eta oinarri legala dagoela adierazi behar dio interesdunari. Gainera, administrazioak, datuen tratamendua burutzen duenean, ez du soilik onarpen legala behar, segurtasun juridiko egokia bermatu behar du Lege Organikoaren 8.artikuluak eta Erregelamenduko 5.1.f, 24 eta 32. artikuluek aipatzen duten moduan (16).

Ondorioz, ulertzen da administrazioak legitimazioa duela datuak eskuratzeko, betiere minimizazio printzipioa bermatuz, eta Estatuko Datu Babesen Agentziak berresten du administrazioak legearen eta zuzenbidearen arabera jarduten duenez, ez duela adostasunaren oinarri juridikorik behar (17). Gainera, erregelamenduaren 43. kotsiderandoan aipatzen da, botere publikoa denean datuen tratamendua egiten duena, desoreka sortzen dela interesduna eta administrazioaren artean, interesdunak adostasuna ezeztatzeke aukerarik ez duelako. 29. Lan Taldeak gehitzen du beste oinarri juridiko batzuk daudela agintari publikoek datuak tratatzerakoan (18).

Zentzu berean, erregelamenduko 9 eta 10.artikuluetan eta lege organikoaren 9.2 eta 10. artikuluetan datu pertsonal bereziak biltzen dira. Erakunde publikoak, interes publikoa dagoenean, datu pertsonal bereziak tratatzeko legitimazioa du, lege izaera duen xedapena dagoenean. Horrez gain, Datu Babes Erregelamendu Orokorrak onartzen du egun bizi dugun testuinguru digitala eta horien erabilera, baldin eta diseinua eta azterketa egokiak aplikatzen badira (19).

(16) FONDEVILA J., (2020). «La organización de la Administración digital», lustel. Isaac MARTÍN DELGADO (Director): *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. Edt. lustel, IVAP, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez. 2020, 424-426 or.; CAMPOS C., (2018). *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local. Novedades tras el Reglamento Europeo. Finalidades y bases jurídicas de los tratamientos de datos por parte de las entidades locales*. Wolters Kluwer.104-111 or.

(17) AEPD, Protección de datos y administración local. (2019). AEPD Berreskuratua: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-proteccion-datos-administracion-local.pdf>; Tecnologías y Protección de Datos en las AA.PP (2020) AEPD ; 181577/2018 txostena eta 200012/2018 txostena AEPD.

(18) Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. GT29. Berreskuratua: https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/20161118/es_def/adjuntos/wp259rev01_es20180709.pdf

(19) MARTÍNEZ R., (2019). «Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos». *Dilemata*, 2017, 24. zkia., 151-164 or.; VALERO, J., (2019). «Las Garantías jurídicas de la Inteligencia Artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración». *Revista catalana de dret públic*. Berreskuratua: www.rcdp.cat; SEMINARIO M., (2019). *La administración pública y protección de datos de carácter personal*. Atico34. Berreskuratua:https://protecciondatos-lopdp.com/empresas/administracion-publica-proteccion-datos/#5_Realizacion_de_un_analisis_de_riesgos_sobre_los_derechos_y_libertades_



Bestalde, 39/2015 Legearen 28.2 artikulua adierazten duena aztertu behar da. Xedapen horren arabera, interesdunak dokumentuak edo datu pertsonalak ematen ez dituztenean eta horiek administrazioaren esku daudenean, administrazioak datuak kontsultatu eta tratatzeko legitimazioa du, interesdunak kontrarik adierazten ez badu (20).

Administrazioak datu pertsonalak tratatzeko duen eskumena aztertuta, teknologia berriak aplikatzeak, eskumenari dagokionez, izan dezaken eragina ezagutu behar da batik bat inteligentzia artifiziala erabiltzen duenean.

3. Adimen artifiziala administrazioan aplikatzerakoan, zer?

Aurrez esandakoa ekarrita, inteligentzia artifiziala administrazio elektronikoaren barne eremuan kokatu behar da. Prozesuen automatizazioan oinarritzen da algoritmoak erabiliz, eta erabakiak hartzeko prozesuetan aplikatzen da.

Aditu asko bat datoz IAren noranzkoa zehazteko beharrarekin, eta gobernuen esku- hartze zuzena behar dela ikusten dute. Adibide gisa aipagarria da honakoa: Garapen Banku Interamerikarrak «fair LAC» ekimena sortu duela, gobernuak eta enpresek IA aplikatzerakoan herritarren datuen erabilera printzipio etikoetan oinarritu daitezela (21).

Administrazioak zein teknologia mota erabiliko duen azaldu behar du eta IA aplikatzen duenean algoritmoen erabilera arrazoitu eta zehaztu beharra dauka, horiek publikatu eta gardentasunez adierazi. Zentzu horretan, Europako Batzordeak argitaratutako Liburu Zurian algoritmoak hainbat modelotan desberdinetan eragiteko sortzen direla aipatzen da. Bertan adierazten da datuak zehatz adierazi behar direla eta helburu zehatz bat lortzera bideratuko dira (22).

Bestalde, Europako Batzordeak argitaratu du inteligentzia artifizialaren marko legala, non segurtasuna eta adimen artifizialaren aldeko inbertsioak ezartzen dituen estatu kideentzat. Araudi honen xede nagusietako bat barne merkatuan aplikazio teknologietarako funtzionamendu egokia bermatzea da, arau harmonizatuak ezarrita. Lege proposamenean, segurtasunari dagokionez, lau arrisku- maila desberdintzen dira, eta etorkizu-

de los ciudadanos en cuanto al tratamiento de sus datos personales por parte de la Administración

(20) Orientación para la aplicación de la disposición adicional octava y la disposición final duodécima de la LOPDGDD. (2020) AEPD. Berreskuratua: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/orientaciones-aplicacion-disposicion-a8-f12.pdf>

(21) BUENADICHA C. et al. (2019). *La gestión ética de los datos*. BID.

(22) STEELS L. eta LÓPEZ DE MANTARAS R., (2018). The Barcelona declaration for the proper development and usage of artificial intelligence in Europe. *AI communications* 31, 485-494 or.; COM (2020) 65 final.



nean burutzen diren legetan kontuan hartu beharko dira: arrisku gorena dutenak dira gizarteko segurtasunarentzat mehatxu diren datuak eta kasu hauetan IAren erabilera debekatzen da. Bigarren mailan, osasun arloan, hezkuntzan edo operazio kirurgikoetan... eragin dezaketenak aipatzen dira. Kasu hauetan, IA sistema aplikatuko da oso neurri zorrotzekin, beharrezkoa izanik arrisku azterketa, dokumentazio zehatzak, gizakien ikus- kapena, kontrolak eta gardentasuna egotea. Hirugarren arrisku mailan kokatzen dira pertsonak elkarri eragiten diotenak, emozioak detektatzeko erabiltzen direnak, chatbots sistemak... Kasu hauetan, beharrezkoa da gardentasuna bermatzea eta gizakiak makinekin ari direla harremanetan ezagutzea. Azken arrisku blokean, gainerako erabilerak daude, hala nola bideo jokoak, irudiaren inguruko aplikazioak... Hortaz, proposamen berrian adierazten da berrikuntza sustatzeko zenbait neurri aplikatzea, IA sistema diseinatu eta onartzeko. Horrez gain, estatu kide guztien ordezkari- tza duen Inteligentzia Artifizialaren Batzordea sortzea aurreikusten da (23).

Hala ere, Europako Batzordea IAren alde negatiboak aztertzen hasi da eta ondorioen artean azpimarratzen du, teknologia berriak existitu arren, ez direla zertan erabili beti. Zentzu honetan, Margrethe Vestagerrek dio adimen artifizialaren legediak oinarritzko eskubideak jokoan daudenerako arautuko dela, eta berrikuntza teknologikoei tarte utziko zaiela (24).

Erronka teknologikoen aipamenekin jarraituz, *algoritmoen nagusitasunaz* hitz egiten da, gizakiaren sormenaren kalerako, gizakia mugatuko baita intel-igentzia artifizialak hartutako erabakietan oinarrituko delako. Bide horretan, administrazioa prestatu egin behar da informazio eta terminologia berrieta- rako, baita eragin kultural zein antolakuntza buruzagitzarako (25).

Bestalde, adimen artifiziala erabakietan aplikatzen bada, egoera anit- zak sortu daitezke, ondorioz, agintari publikoek teknologia honen bidez erabakiak hartzen dituztenean, kasuan- kasuko egoera aztertu eta zuzen- tasunez ematen direla bermatu behar dute. Hau da, administrazioak IAren erabileran oinarritutako erabakiak indibidualki eman beharko ditu (26).

(23) ASENSIO, P., (2021). «Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial». *Wolters Kluwer*, 92. zkia.; COM (2021) 206 final.

(24) PÉREZ E., (2021). Europa crea la primera regulación sobre Inteligencia Artificial y robots: se prohíbe el reconocimiento facial en zonas públicas, con algunas excepciones. *Xataka* Berreskuratua: <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/europa-crea-primera-legislacion-inteligencia-artificial-robots-asi-nueva-normativa-como-queda-regulado-reconocimiento-facial> *La Comisión Europea ante el reto de regular correctamente la inteligencia artificial*. (2021). Expansión. Berreskuratua: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2021/04/21/60804784e5fdeae2238b4629.html>

(25) HERNÁNDEZ S., PALAFOX G. eta AGUADO C., (2020). «Administración Pensamiento, procesos estratégicos y administrativos para la era de la inteligencia artificial». *Teoría general de siste- mas (TGG) y sistemas de información SIAG. De los algoritmos sistemáticos a la inteligencia artifi- cial*. McGrawHill. 124 or.

(26) BARBARÀ, M. A., «Inteligencia Artificial: decisiones automatizadas en Cataluña» (ACPD). Berresku- ratua: <https://apdcat.gencat.cat/web/.content/04-actualitat/noticies/documents/Informe-IA-Castellano.pdf>



Hortaz, administrazioaren digitalizazio prozesuan eta inteligentzia artifiziala txertatzen denean, etekinezko azpiegitura eta datuak prozesatzeko gaitasunaz gain, kudeaketa eraginkorra, segurtasuna, egitura fidagarria, prozesu egonkorra eta kalitatezkoak ziurtatu behar dira, eta, herritarren eskubideak eta pribatutasuna bermatu. Gainera, teknologia honen oinarrian datu pertsonalak daude eta erabakiak hartzeko prozesuetan IA aplikatzen duenean, datu pertsonalekiko egiten duen kudeaketa azaldu behar du.

4. Datu Pertsonalen tratamendua administrazioak IA erabiltzen duenean

Etorkizun hurbilean Europako estatu kide guztietan digitalizazio prozesuak ezarriko dira, eta datuen ekonomian eta horien aplikazioen berrikuntzetan egun duen lidergoa mantentzeko, kalitatezko azpiegituraz gain, balioetan eta oinarritzko eskubideen errespetuan oinarrituko den marko arautzaile bat eraiki behar da. Ildo horretan, Europako Liburu Zuria hainbat neurri politiko finkatu ditu, eta automatizazio prozesuak eta teknologia berriak aplikatzeko inbertsio publiko nahiz pribatuak zehazten ditu. Beraz, etorkizunean neurri horiek administrazioarengan izango dute eragina (27).

Alegia, Datu Babesen Erregelamendu Orokorreko 71. kontsiderandoak automatizazio prozesuetarako irizpideak finkatzen ditu. Araudi berdineko 4.4. artikulua dio perfilen elaborazioa jarduera automatizatua dela eta horiek osatzeko prozesuan pertsonen datuak erabili eta efektu juridikoak sortzen dituztela. Baina 22. artikulua, berriz, adierazten du pertsonen eskubidea dutela prozesu automatizatueta soilik oinarritzen diren erabakien objektu ez izateko, perfilen osaketa barne, baldin eta eragin juridikoak izan baditzake (28).

Xedapen horri jarraiki, erregelamenduak salbuespen egoera batzuk aipatzen ditu, non erabaki individual automatizatuak burutzeko ez den adostasunik behar. Kasu horiek honako hauek dira:

- Europar Batasuneko arau edo estatu partaideen arauen batek onartzen duen egoeretan eta hein berean eskubide eta askatasunak babesteko neurri egokiak daudenean.
- Kontratua edo hori exekutatzeko beharra dagoenean.
- Interesdunaren aldetik onarpen zehatza dagoenean.

(27) COM (2020) 66 final

(28) PALMA, A., (2019). «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50. zkia. INAP. Berreskurtua: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509629>



Aipaturiko azken bi kasuetan tratamenduaren erantzule denari dagokio neurri egokiak ezartzea, eskubideak eta askatasuna behar bezala bermatzeko (29).

Hala eta guztiz, norbanakoak aukera izan behar du erabakiak era ez automatizatuan hartzeko, eta Europako estatutu juridikoaren erregulazioak onartu du instrumentuak ezartzea erabaki automatizatuetan. Kasu hauetarako bi eskubide bereizten dira: pertsonai aitortzen zaie erabakiak era automatizatuan ez hartzea eta informazioa izatea. Izan ere, era automatizatuan hartutako erabakiek eragin juridikoak sortzen dituzte eta, horri buruz, doktrinaren alderdi bat irizpide subjektiboak aztertzearen alde agertzen da, hau da, erabakiak norbanakoarengan eragina sortzen ote duen edo ez alde aurretik ezagutzearen aldekoa da. Aldiz, beste batzuek diote tratamenduaren erantzuleek irizpide objektiboen arabera azterketa hori egiteko aukera izango dutela (30).

Azaldutakoaren arabera, automatizaziotik inteligentzia artifizialera urrats bat dago. Hau dela eta, zalantzak sortzen dira aplikatu beharreko irizpideen inguruan, hots, erakunde publikoek IA erabiltzen dutenean automatizazio prozesuetarako arautua dagoena baliagarria ote den ala ez ikertu behar da.

Europako Batzordeak aholkatzen du administrazioak adimen artifiziala aplikatzerakoan bizitza pribatuaren zaintza, babesa eta gardentasuna bermatu behar dituela, eta aitortzen du erregelamendu orokorrak eta lege organikoak adierazten dituzten printzipioak aplikatu behar direla (31).

Ondorioz, administrazioak herritarren datu pertsonalen tratamenduan pribatutasun eskubidea bermatzeko erantzukizuna du eta ulertzen da adimen artifiziala erabiltzen duenean, ordenamendu juridikoan aurreikusten diren minimizazio, konfidentzialtasun, anonimizazio, gardentasun... printzipioak bete behar dituela. Hala ere, adimen artifizialaren arabera erabakiak hartzeak herritarren aukera izan behar du, hots, herritarrak horretarako baimena eman behar du. Era horretan, administrazioak ezingo du interes orokorrean oinarritu teknologia honen erabilera, eta datu pertsonalen erabilera zuzena bermatu beharko du. Ildo horretatik, aztertu beharra dago IAren erabilerak sortuko dituen ondorioak.

(29) CAMPOS, C., (2018). *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local. Novedades tras el Reglamento Europeo. Configuración de los derechos de las personas tras la reforma. Su ejercicio en el ámbito local.* Wolters Kluwer. 154-155 or; 679/2016 Ebazpena GT29. Berreskuratua: file:///C:/Users/jone/Downloads/wp251rev01-es.pdf

(30) PALMA, A., (2019). «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50. zkia. INAP. Berreskuratua: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509629#nota19>

(31) COM (2020) 65 final.



5. Inteligentzia artifiziala aplikatzearen ondorioak

Inteligentzia artifiziala hainbat erakunde publikotan aplikatzen denean, honako onurak sortuko dituela aurreikusten da.

5.1. ALDERDI POSITIBOAK

Adimen artifizialaren erabilerak eragin nabarmena izango du administrazioaren barne kudeaketan, informazio sistemaren euskarrian eta politika publikoen artikulatuetan, betiere gardentasun printzipioa bermatzen bada. Gainera, IAk ahalbidetzen du datuak biltzeko mekanismoak azkartasunez egitea, jardueren erritmoa bizkortzea, akatsak edo huts egiteak sahiestea, makinak erabakiak zehaztasunez hartzeko gai dira eta (32).

Ilido beretik, tramitazioak egiterakoan adimen artifiziala aplikatzeak hainbat abantaila sortu ditzake erabiltzaileentzat, adibidez, alerta goiztiarrek automatikoki finkatuz erabiltzaile bakoitzak duen interesera egokitu ditzake.

Beste eremu batzuetan bere aplikazioak onurak sortu ditu. Esate baterako, ogasunean hainbat prozesu era azkar, masibo eta seguruan egin daitezke, hutsegiteak murrizteko (33). Era berean, kontratazio publikoaren prozesuan, prestakuntzan, kontabilizazioaren kontrolean, exekuzioan... lagungarria da, prozesuak bizkortu eta era seguruan gauzatu daitezkeelako (34). Honen guztiaren, administrazioa produktiboagoa eta eraginkorragoa izatea lortzen da.

Aditu batzuen ikuspuntutik, teknologia honen onuradun nagusiak herritarrak izango dira, administrazioaren hainbat jarduera monitorizatzeko aukera egongo baita eta, ondorioz, administrazioak zerbitzu pertsonalatuagoak eskaini eta herritarren eskaerei erantzun zuzena eta azkarragoa ematea lortuko da baita, baldin eta eskaintza pertsonalizatua ez bada mugatzen datu babesean dituen datuetara (35).

(32) *Inteligencia artificial: ventajas y desventajas. Kaizen networks*. Berreskuratua : <http://kaizennetworks.es/inteligencia-artificial-ventajas-y-desventajas/>

(33) GONZÁLEZ, Ubaldo, (2020). «Inteligencia artificial y administración tributaria». Fernando SERRANO ANTÓN, *Fiscalidad e inteligencia artificial: administración tributaria y contribuyentes en la era digital*. Aranzadi. 148. or.

(34) VALERO, J., (2020). «Inteligencia artificial y contratación del sector público». *Observatorio de contratación pública*. Berreskuratua: <http://www.obep.es/opiniones/inteligencia-artificial-y-contratacion-del-sector-publico>

(35) CERRILLO, A., (2019). «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?» *Revista General de Derecho Administrativo*; ALAMILLO, I. eta URIOS, X., (2011). *L'actuació administrativa automatitzada en l'àmbit de les administracions públiques. Anàlisi jurídica i metodològica per a la construcció i explotació de tràmits automàtics*. Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona 2011.



Honek guztiak administrazioaren kostua murrizten lagunduko du, lan batzuk sistema automatizatuen bidez egingo baitira nahiz eta horretarako hasieran egin behar diren inbertsioen kostua altua izan.

Administrazioak, bestalde, badu ardura arrisku eta iruzurrak ekiditen, eta tresna hau baliagarria gerta daiteke inspektzioak burutzeko, hots, eremu zehatz batzuetan egin beharreko datuen gaineko kontrola era automatizatuan gauzatu daiteke (36).

Hortaz, IAren erabilerak administrazioan eragin positiboak sortu dituzake, barne funtzionamenduan efizienteagoa izaten, ikuskatzeak egite-rakoan... eta, kanpo eremuan lehiakorragoa izaten herritarren eskaerei erantzun azkarra eta pertsonalizatuagoak ematerakoan... Baina beharrezkoa da herritarren konfiantza eskuratzea eta, horretarako, adimen artifizialaren aplikazioa era ziurrean erabiliko dela bermatu behar da, hau da, Europar Batasunak aipatu dituen hiru irizpide hauek bete behar dira: printzipio etikoak, legearen baitakoak eta solidoak izatea. Horrela, inteligentzia artifizialaren erabilera tresna lagungarria izan daiteke, betiere diseinatzen den aplikazioa egokia bada (37).

5.2. ALDERDI NEGATIBOAK

Bestalde, IAren erabilerak abantaila batzuk eskaintzen dituen arren, zein arazo edo alderdi negatibo izan ditzaken aztertzea ezinbestekoa da.

Lehenik eta behin, administrazio publikoak administrazio onaren printzipioa bete behar du, hau da, herritarren zerbitzuetara jardun eta beraien interesen aldeko ekintzak burutu behar ditu, baina gizartean egoera anitzak ematen dira eta pertsona guztiek ez dituzte teknologien ezagutza eta baliabideak. Hortaz, erakunde publikoek adimen artifiziala aplikatzen dutenean, herritarren ezjakintasunak sistema honekiko konfiantza eza sortu dezake eta, gainera, diskriminazio egoerak gerta daitezke gizartean da- goen arrakala digitalarengatik.

Arazo honi gehitu behar zaio administrazioak erabakiak hartzeko erabiliko duen prozeduren inguruko informazioa bermatu behar duela, sistema opakoak alboratuz eta gardentasun printzipioan oinarrituz. Beraz,

(36) RODRÍGUEZ, P., (2019). «Casos de uso de la Inteligencia artificial y del Blockchain en la administración local». *Estrategia administración electrónica*. Berreskuratua : <https://www.consiliaria.es/casos-de-uso-de-la-inteligencia-artificial-y-del-blockchain-en-la-administracion-local/>; BERRYHILL J., KOK HEANG, K., CLOGHER, R. eta McBRIDE, K., (2020). «Hola, mundo: la inteligencia artificial y su uso en el sector público». *Documentos de trabajo de la OCDE sobre gobernanza pública* 36. zkia. <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2020/11/OPSI-AI-Primer-Spanish.pdf>

(37) COM (2019) 168 final; Directrices éticas para una IA fiable (2019). *Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre Inteligencia Artificial*. Berreskuratua: file:///C:/Users/jone/Downloads/ethics_guidelines_for_trustworthy_ai-es_87FCE0E1-BB31-C0EB-A9F549AE2D3AC1F9_60423.pdf



herritarrak informatu behar dira inteligentzia artifiziala soilik aplikatzerakoan edo eta pertsonen esku hartzea egon den erabakiak hartzerakoan. Gainera, adimen artifizialean erabiltzen diren algoritmoak ez dira beti gardenak, eta araudi ezak oztopatzen du herritarrak erabili den teknologiaren inguruko informazioa eskuratzea (38).

Bestalde, garrantzitsua da azpimarratzea algoritmoak oinarrian neutroak direla, baina sartzan diren datuen arabera perfilak sortzen dira, eta horrek hartzen dituen erabakietan ondorioak sortuko ditu. Hau da, algoritmo batzuk pertsonak dituzten portaerak aztertu, pilatu eta prozesatzen dituzte, eta etorkizunean izango duten portaera eta funtzioak aurreratzen ditu. Honen ondorioz, kasu batzuetan, diskriminazio egoerak gerta daitezke, norbanakoak iraganean izandako erabaki eta portaeren baitako perfiletan oinarritzeko arriskua baitago (39).

Halaber, erakunde publikoek inteligentzia artifiziala aplikatzeko beharrezkoa den teknologia azpiegituraz gain, langileen formazioa bermatu behar dute bere jardunerako. Horrez gain, jarduera administratibo batzuk IAren bidez egiten badira, ekintza horien ikuskatzea bermatu behar da eta langileak teknologia berri honetan trebatu behar dira (40).

Araudi faltak arazo nabarmenak sortzen ditu segurtasun juridikoari dagokionez, izan ere, edozein arazo teknikoren aurrean herritarrak babesgabe geratu daitezke eta, prozesuen ikuskapenik ez bada ziurtatzen, herritarrak erantzukizunak eskatzeko zailtasuna areagotzen da (41).

Alderdi negatiboak aztertuta, antzematen da erakunde publikoek gardentasun printzipioa bermatzeko zailtasunak gerta dituztela, IA erabiltzen diren algoritmoen informazioa opakoa delako, eta desaban-

(38) FONDEVILA, J., (2020). «La organización de la Administración digital», Isaac MARTÍN DELGADO (Director): Iustel. *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*. Edt. Iustel, IVAP, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez. 2020, 424-426 or.; DE LA NUEZ SÁNCHEZ -CASCADO, E., «Inteligencia artificial y transparencia. Especial referencia a su utilización en el ámbito de las administraciones públicas». *El Notario*, 93 zkia., 74-78 or. Berreskuratua: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10160-inteligencia-artificial-y-transparencia-especial-referencia-a-su-utilizacion-en-el-ambito-de-las-administraciones-publicas>

(39) BARBARÀ, M.A., «Inteligencia Artificial: decisiones automatizadas en Cataluña»; GOLOBARDES, E., «Se están resolviendo problemas que no sabemos cómo se han resuelto» APDCAT. Berreskuratua <https://apdc.gencat.cat/web/.content/04-actualitat/noticies/documents/Informe-IA-Castellano.pdf>; CAMPOS, C., (2021). «Administración digital e inteligencia artificial: ¿Un nuevo paradigma en el derecho público?», C. RAMÍO MATAS (Coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública*, 114 or., Instituto Nacional de Administración Pública. INAP. RAMÍO C. «Privacidad de grupo». (2020). AEPD. Berreskuratua: <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/privacidad-de-grupo>

(40) RIGO, R.E., (2019). «Inteligencia Artificial y Administración pública: robots y humanos comparando el servicio público», *GAPP*, 22 zkia., 140-144 or.

(41) CORTÉS, O., (2019). «Algoritmos y algunos retos jurídico- institucionales para su aplicación en la administración pública». *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria / Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18 zkia., 54-63 or, https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/es_def/Cortes_54_63.pdf



tailak edo eta egoera diskriminatzaileak saihesteko neurriak hartzea garrantzitsua da. Bide horretan, eredugarria izan daiteke Estatu Batuetan egin den lege proposamena. Bertan, segurtasun juridiko egoia bermatzen ez duten edo eta diskriminazio egoerak sortzen dituzten algoritmoen erabilera debeketzen baita. Horrez gain, administrazioak barne funtzionamenduan hainbat mekanismo ezarri behar ditu huts egiteak ekiditeko. Neurrien artean aipatu daitezke algoritmoek emandako erantzunen erregistroa izatea eta IAren ikuskatzea burutuko duen lan talde bat sortzea. Beraz, arazoak saihesteko araudiak sortu behar dira eta errealitate juridikora egokitzen diren mekanismoak aplikatu behar dira (42).

IV. Adimen artifiziala administrazioen ahalmen arautuetan

Administrazioan inteligentzia artifizialaren aplikazioaren erabilerak erronka berriak sortzen ditu. Batetik, IAk duen konplexutasun teknikoa eta bere izaera dinamiko eta ebolutiboari erantzun beharra. Bestetik, egun dagoen araudi falta. Ildo horretan, eremu juridikoak aukera du, gauzak arautu, ez aratu edo interesdunen arabera arautzeko (autoerregulazio edo sandboxes moduan ezagutzen dena), azken honen xedea izanik enpresa zein interesdunen nahien araberako xedapenak sortzea.

Garaiotan, adimen artifizialak behar duen araudiaren inguruan eztabaida sortzen ari da, ekintza arautuetara mugatu behar ote den edo eta ahalmen diskrezionalean jarduteko aukeretara zabaldu behar ote den. Aditu batzuen ikuspuntutik, teknologia hau ekintza arautu moduan ulertu behar da, IA ezin baita erabili balorazio subjektibo eskatzen den prozesuetan eta, horregatik, kudeaketa publikoan zuzenbide malguaren arabera arautu beharra aurreikusten dute (43).

Bide berean, autore batzuek diote botere publikoek era zabal batean arautu behar dutela inteligentzia artifiziala eta, kasu bakoitzean, autoerregulazio bermatu behar dela, eta estatu demokratiko eta aske batean dauden balore eta printzipioak aplikatu (44). Horrez gain, kasu bako-

(42) EEUU: propuesta de Ley para combatir los algoritmos perjudiciales utilizados por la plataforma en línea e imponer un nuevo régimen de transparencia. (2021) *Diario la Ley*. Berreskuratua: <https://www.worldcomplianceassociation.com/2336/noticia-se-presenta-en-los-estados-unidos-un-proyecto-de-ley-de-responsabilidad-algoritmica-algorithmic-accountability-act.html>

(43) ALAMILLO, I. eta URIOS, X., (2011). *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las administraciones públicas: Análisis jurídico y metodológico para construcción y la explotación de trámites automáticos*, 26-27 or., Escola d'Administració Pública de Catalunya.

(44) CAMPOS, C., (2021). «Administración digital e inteligencia artificial: ¿Un nuevo paradigma en el derecho público?», C. RAMIÓ MATAS (Coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública*, 114 or., Instituto Nacional de Administración Pública. 112-113 or.



tzean eragin dezaketen aldagarriek ere arautuak egon behar dutela defendatzen dute (45).

Doktrinaren beste alderdi batek, ordea, dio inteligentzia artifizialak ekintza administratibo formalizatu edo arautua izan behar duela, hau da, hobe dela zuzenbide zurruna (hard law) ezartzea, zuzenbide malgua (soft law) aplikatzea baino. Hortaz, teknikoki burutu daiteken arren, beraien iritziz, teknologia hau ez da erabili behar egoera diskrezionaletan (46). Beste autore batzuk bat datoz ideia horrekin, eta adierazten dute adimen artifizialaren erabilera laguntza tresna moduan kontsideratu behar dela, azken erabakia gizakien esku behar duelako izan; horrela, pertsonen eskubideak bermatu eta arriskuak eta zailtasunak aurreikusi eta saihestuko direlako (47).

2016ko abenduaren 5ean Auzitegi Gorenak ebatzitako sententzia batek adierazten du erabaki diskrezionalek pertsonen eskumena behar dutela izan, eta azpimarratzen du administrazio onaren printzipioaren betebeharrak. Hortaz, egoerak enpatiaz baloratzeko gaitasuna, eskubideak eta interesak bermatu behar dio (48).

Administrazioak inteligentzia artifiziala erabiltzen duenean arau orokor batzuk bete behar ditu, eta herritarrei teknologia berri hauen erabileraren berme batzuk eman behar dizkio. Ildo beretik, ekintza administratibo guztiek ezin dute izan IAren baitakoak, hots, langileen ikuskatzea gauzatzen dela bermatu behar da.

Inteligentzia artifiziala arautzeko beharra nabarmendu ondoren, azpimarratu behar da oinarrian datu pertsonalak daudela eta, adimen artifiziala eraginkorra izateko, beharrezkoa da hauek kalitatezkoak eta zuzenak izatea. Administrazioak zehaztu behar du zein datu eta ebidentzia mota behar duen, haien denboragarritasuna eta indarraldia finkatuz, IA erabilteko.

(45) COTINO, L., (2019). «Riesgo e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho». *Revista General de Derecho Administrativo*, 50. zkia.

(46) BERRYHILL, J., (2021). «Call for innovations on Cross-Border Collaboration» *Asociación Mexicana de internet*. Berreskuratua: <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2020/11/OPSI-AI-Primer-Spanish.pdf> 40or.; PONCE, J., (2019). «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50 zkia. INAP. Berreskuratua: <http://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1509505>

(47) CAMPOS, C., (2021). «Administración digital e inteligencia artificial: ¿Un nuevo paradigma en el derecho público?», C. RAMIÓ MATAS (Coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública*, 114 or. Instituto Nacional de Administración Pública.

(48) MARTÍN, I., (2009). «La gestión electrónica del procedimiento administrativo», *QDL*, 21 zkia., 99 or., STS 2016/12/05 REC. 378/2013



V. Ondorioak

Inteligentzia artifizialaren kontzeptua zehaztu behar da. Etorkizun hurbilean administrazioan erabilera ugari izatea aurreikusten da, hortaz, berme juridikoa behar da. Bere funtzionamendua algoritmoetan oinarritzen da eta hauen diseinuek adimen artifizialaren aplikazioan eragina dute. Beraz, administrazioak IA n erabiltzen dituen algoritmoak gardentasunez azaldu behar ditu.

Administrazio elektronikoaren kontzeptua zabala eta multidisziplinarra da eta bilakaera bat izan du. Administrazio erreaktibotik proaktibora urrats bat eman da, IKT erabileraren ondorioz. Administrazio digitala errealitate bat izango da erakunde publikoetan, eta honekin bat eginez, administrazio onaren printzipioa betetzen dela ziurtatu behar da eta bere zerbitzuak herritarren beharretara egokitu behar ditu.

Egun, administrazioan ekintza automatizatu batzuk burutzen dira makinak izanik erantzunak emateaz arduratzen direnak. Ordenamendu juridikoak horien erabilera era orokorrean arautzen ditu eta zenbaitetan zailtasunak sortzen dira, beraz, teknologia berriak aplikatu aurretik hauek arautzea garrantzitsua da.

Bestalde, administrazioak datu pertsonalak tratatzeko legitimazioa du interes publikoan oinarrituta, xede jakin bat dagoenean eta interesduna informatuz. Baina kasu batzuetan interesdunak adierazten duen adostasuna ez da askea, administrazioarekin duen harreman bertikalaren ondorioz, eta egoera horietan ezin da interpretatu oinarri juridikoa adostasuna denik. Ildo horretan, administrazioak herritarren datu ugari eta era askotakoak ditu eta, hauek teknologia berrietan aplikatzen direnez, egiten duen datuen erabilerak arauetan oinarritu behar du. Hala ere, ordenamendu juridikoa osatzea falta da eta zentzu horretan, Europako Batzordeak arau proposamena egin du.

Era berean, IAren aplikazioa arautua ez dagoenez, ordenamendu juridikoan, datuen konfidentziasunean eta pribatutasunean berme juridikoa falta da. Eta Espainiako Datu Babesen Agentziak adierazi du administrazioak IA erabiltzen duenean datuen kontrol zehatza burutu behar duela prozesuaren hasieratik amaieraraino.

Aipatutakoaren ildotik, inteligentzia artifizialaren erabilerak hainbat ekintza administratibo erraztuko dituen arren, bere aplikazioak diskriminazio egoerak ekiditeko, Datu Babesen Erregelamendu Orokorrak adimen artifizialaren aplikazioaren diseinuan eta exekuzioan ikuskatze prozesuak eta probak egitea arautu behar du, printzipio etikoetan oinarrituz eta perfil diskriminatzaileak ekidinez. Zentzu berean, inteligentzia artifizialaren erabilerak sortu ditzaken hutsegite edo kalte egoerarako erantzukizunak aurreikusi behar dira, herritarrei babes juridikoa emateko.



Bide horretan, administrazioan IAren araudia era zabalean arautzea egokiagoa izan daiteke kasuan kasu bere aplikazioa baloraturaz eta egokituz. Hala ere, agintari publikoek erabakiak adimen artifizialaren arabera hartzen dituztenean, ikuskatzeak, aplikazioaren mugak, erantzukizunak... arautu behar dituzte.

Teknologia berrien aplikazioak administrazioan aldaketak eragin ditu. Tramiteen azkartasunean eta eraginkortasunean onurak ekarri baiditu ere, hutsuneak eta erronka berriak sortu ditu, esaterako, herritarrek administrazioarekin duen harremana sistema automatizatuen bidez egiten da, eta zenbaitetan zailtasunak sortzen dira, gizarteko kideak ez baitaude formatuak eta informatuak erabilera honetan eta horrela, arrakala digitala areagotzen da eta administrazioarengan konfiantza eza sortzen da.

Administrazioan inteligentzia artifizialaren erabilera ezarriko dela aurreikusten da. Sistema honen oinarrian algoritmoak daude, biltzen dituzten datuen arabera eta definitu den diseinuaren arabera erantzun bat edo beste emango dute. Gainera, erabakiak hartzeko prozesuetan aplikatuko dela aurreikusten da eta batzuetan herritarren datu pertsonalak erabiliko dira. Ondorioz, herritarrek datuak nola eta zertarako erabiliko diren eza-gutu behar dute. Beraz, administrazioak gardentasun printzipioa bermatu behar du eta datuen konfidentzialtasuna eta pribatutasuna zaindu behar ditu. Erronketako bat da segurtasun juridikoa bermatuko duen ordenamendu juridikoa osatzea, administrazioak adimen artifiziala erabiltzen duenerako.

Illo horretatik, IAren diseinua zehazterakoan zein exekuzioan, pertsona fisikoek izan behar dute ikuskatze prozesuak egiteko arduradunak eta, horren arabera, adimen artifizialaren bitartez hartu diren erabakiak arrazoitzeko bermea egongo da. Bestalde, teknologia berrien erabilera baimentzen bada ere, ez da beti zertan aplikatu, herritarrek eskubidea izan behar dute zerbitzuak ez era inteligentean jasotzeko. Beraz, administrazioak zehaztu behar du adimen artifizialaren erabilera zertan aplikatu dezaken eta izango duen eraginkortasuna. Ondorioz, teknologia berrien erabilerak ez du soilik prozesu zein tramiteen azkartasuna bilatu behar, herritarren ongizatea lortzera bideratu behar da eta laguntza tresna moduan ulertu behar da.

Bibliografia

ALAMILLO, Ignacio eta URIOS, Xavier (2011). *L'actuació administrativa automatizada en l'àmbit de les administracions públiques. Anàlisi jurídica i metològica per a la construcció i explotació de tràmits automàtics. Escola d'Administració Pública de Catalunya.*



- ASENSIO, Pedro (2021). «Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial». *Wolters Kluwer*, 92 zkia.
- BARBARÀ, María Ángeles. «Inteligencia Artificial: decisiones automatizadas en Cataluña» APDCAT.
- BERRYHILL, J., KOK HEANG, K., CLOGHER R. eta McBRIDE, K., (2020). «Hola, mundo: la inteligencia artificial y su uso en el sector público». *Documentos de trabajo de la OCDE sobre gobernanza pública*, 36 zkia.
- BERRYHILL, Jaime (2021). «Call for innovations on Cross- Border Collaboration» *Asociación Mexicana de internet*.
- BONMATÍ, José (2018). «Protección legal de los algoritmos». *Economist&Jurist*.
- BUENADICHA, César; GALDÓN, Gemma; HERMOSILLA, Mari Paz; LOEWE, Daniel eta POMBO, Cristina. (2019). *La gestión ética de los datos*. BID.
- CAMPOS, Concepción (2018). *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local. Novedades tras el Reglamento Europeo. Configuración de los derechos de las personas tras la reforma. Su ejercicio en el ámbito local*. Wolters Kluwer.
- CAMPOS, Concepción (2021). «Administración digital e inteligencia artificial: ¿Un nuevo paradigma en el derecho público?», C. RAMIÓ MATAS (Coord.), *Repensando la Administración digital y la innovación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública.
- CERRILLO, A. (2019). «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?» *Revista General de Derecho Administrativo*.
- CORTÉS, Óscar (2020). «Algoritmos y algunos retos jurídico- institucionales para su aplicación en la administración pública». *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria/Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18 zkia., 54-63 or.
- COTINO, Lorenzo (2019). «Riesgo e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho». *Revista General de Derecho Administrativo*, 50. zkia.
- CORTINA, Adela (2019). *Ética de la Inteligencia Artificial*.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ -CASCADO, Elisa. «Inteligencia artificial y transparencia. Especial referencia a su utilización en el ámbito de las administraciones públicas». *El Notario*, 93. zkia., 74-78 or.
- ESTEBAN, Jesús (2019). «La inteligencia artificial (IA) : aplicación jurídica y regulación en los servicios de salud», *Derecho y salud*, 2019, 1. zkia., 265-277 or.
- FERNÁNDEZ, Carlos eta BOULAT, Pierre (2015). «Inteligencia Artificial y Derecho». *Problemas y perspectivas Noticias jurídicas*.
- FONDEVILA, Javier (2020). «La organización de la Administración digital», I. MARTÍN DELGADO (Coord.), *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la administración pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, Iustel.
- GONZÁLEZ, Ubaldo (2020). «Inteligencia artificial y administración tributaria», F. SERRANO ANTÓN (Dir.), *Fiscalidad e inteligencia artificial: administración tributaria y contribuyentes en la era digital*. Aranzadi.



- HERNÁNDEZ, Sergio; PALAFOX, Gustavo eta AGUADO, César (2020). «Administración Pensamiento, procesos estratégicos y administrativos para la era de la inteligencia artificial». *Teoría general de sistemas (TGG) y sistemas de información SIAG. De los algoritmos sistemáticos a la inteligencia artificial*. McGrawHill.
- *Inteligencia artificial: ventajas y desventajas. Kaizen networks*.
 - *La diferencia entre inteligencia artificial y automatización*. (2017) Observatorio IA. Kratts: Servicio de Inteligencia Artificial; “50 soluciones de inteligencia artificial estarán en uso en Estonia a finales de 2020.”
- MARTÍN, Isaac (2009). «La gestión electrónica del procedimiento administrativo», QDL, 21 zkia.
- MARTÍNEZ, Ricardo (2019). «Cuestiones de ética jurídica al abordar proyectos de Big Data. El contexto del Reglamento general de protección de datos». *Dilemata*, 2017, 24. zkia., 151-164 or.
- PADILLA, Pedro (2019). «Algoritmos y transparencia administrativa». *Novagob*
- PADILLA, Pedro (2019). «Inteligencia artificial y administración pública. Posibilidades y aplicación de modelos básicos en el procedimiento administrativo». *Innovación y e- Administración*.
- PALMA, Adrián (2019). «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50. zkia.
- PÉREZ, Enrique (2021). «Europa crea la primera regulación sobre Inteligencia Artificial y robots: se prohíbe el reconocimiento facial en zonas públicas, con algunas excepciones». *Xataka*
- PONCE, Juli (2019). «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». *Revista General de Derecho Administrativo*, 50 zkia.
- RAMIÓ, Carles (2021). *Repensando la administración digital y la innovación pública*. INAP.
- RIGO, Raúl Enrique (2019). «Inteligencia Artificial y Administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público», *GAPP*, 22. zkia.
- RODRÍGUEZ, Paula (2019). «Casos de uso de la Inteligencia artificial y del Blockchain en la administración local». *Estrategia administración electrónica*.
- SEMINARIO, Marta (2019). «La administración pública y protección de datos de carácter personal». *Atico34*.
- STEELS, Luc eta LÓPEZ DE MANTARAS, Ramón (2018). «The Barcelona declaration for the proper development and usage of artificial intelligence in Europe». *Al communications* 31.
- VALERO, Julián (2019). «Las garantías jurídicas de la Inteligencia Artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración». *Revista Catalana de Dret Public*.
- VALERO, Julián (2020). «Inteligencia artificial y contratación del sector público». *Observatorio de contratación pública*.



Ebazpenak

Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial.

Una introducción. (2020) *AEPD*

COM (2019) 168 final

COM (2020) 65 final

COM (2020) 66 final

COM (2021) 206 final

Directrices éticas para una IA fiable (2019). *Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre Inteligencia Artificial.*

Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 *GT.29.*

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza C392/03 (2020). *GT29*

Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679. *GT29.*

EEUU: propuesta de Ley para combatir los algoritmos perjudiciales utilizados por la plataforma en línea e imponer un nuevo régimen de transparencia. (2021) *Diariolaley.*

ENIA (2020) *Estrategia Nacional Inteligencia Artificial.*

Estrategia Española de I+ D+ I en inteligencia artificial. (2019) *Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.*

La Comisión Europea ante el reto de regular correctamente la inteligencia artificial. (2021). *Expansión.*

Opinión 4/2020: EDPS Opinion on the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence- A European approach to excellence and trust. (2020). *SEPD.*

Orientación para la aplicación de la disposición adicional octava y la disposición final duodécima de la LOPDGDD. (2020) *AEPD.*

Plan de Digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025. Estrategias en materia de administración digital y servicios públicos digitales.

Plan estratégico de la Agencia Tributaria 2020-2023. *Agencia Tributaria.*

Privacidad de grupo. (2020) *AEPD.*

Protección de datos y administración local. (2019). *AEPD*

Tecnologías y Protección de Datos en las AA.PP (2020) *AEPD*

181577/2018 Txostena *AEPD*

200012/2018 Txostena *AEPD.*

679/2016 Ebazpena *GT29.*

Sententziak

SAK 2019/05/22 REC. 2019-1455

STS 2016/12/05 REC. 378/201





La política de vivienda en el País Vasco norte

The Housing Policy in Northern Basque Country

EGUZKI URTEAGA

Universidad del País Vasco
eguzki.urteaga@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.10>

LABURPENA: Frantses estatuaren marko arauemaile eta erregela-menduzkoaren baitan, Ipar Euskal Herriko eragile instituzional zein sozioekonomikoak ohartu dira, 1990. hamarkadaz geroztik, lurraldeko etxebizitzaren problematikaren berezitasunaz eta, batik bat, etxebizitza politika propio bat osatzearen eta gauzatzearen premia. Zentzu horretan, Euskal Herria 2010 Prospektiba-lana inflexio puntu bat izan da, zeren, egoeraren diagnosi zehatz bat egin izanak, bertako eragileen kontzientzia-hartze bat eragin du. Análisi sakon horretan oinarrituta, Iparraldeko eragileek bi lurralde-egitasmo osatu dituzte, 1997 eta 2007an hurrenez-hurren, zeintzuk, negoziaketa luze batzuen ostean, adostuak izan diren Euskal Herriko Lurralde-Kontratuen baitan. Etxebizitza politika propio horren gauzapenak, tresna bereziak edukitzea suposatzen du, hala nola, Atlantiko eta Pirinioetako Hiri-gintza Agentzia eta Euskal Herriko Tokiko Lurzoruaren Erakunde Publikoa.

HITZ GAKOAK: Ipar Euskal Herria. Politika publikoa. Etxebizitza.

ABSTRACT: In the legal and regulatory framework of France, institutional and socioeconomic actors from Northern Basque Country have been made aware from the beginning of the nineties about the specificities regarding the problems related to housing, in a context with a large increase of population and lack of housing within the territory, and of the need to envisage and later enforce an own housing policy. In this regard, the 2010 Basque Country Prospective has meant a turning point in as much as the realization of comprehensive diagnosis has led to the local actors awakening. On the basis of that thorough examination, the concerned acts have elaborated some territory projects in 1997 and 2007 respectively, that after long periods of negotiation have resulted in their contractualisations under the wig of successive territorial contracts of the Northern Basque Country. The implementation of this peculiar housing policy has implied to have appropriate instruments among which we find the Atlantic and Pyrenees Agency for Urbanism and the Local Territory Public Establishment of the Basque Country.

KEYWORDS: Northern Basque Country. Public policy. Housing.



RESUMEN: En el marco normativo y reglamentario del Estado francés, los actores institucionales y socioeconómicos del País Vasco norte se han concienciado, a partir de inicios de los años noventa, sobre las especificidades de la problemática de la vivienda en el territorio, en un contexto de fuerte incremento de la población y de escasez de vivienda, y sobre la necesidad de concebir y posteriormente implementar una política de vivienda propia. En ese sentido, la Prospectiva País Vasco 2010 ha supuesto un punto de inflexión, en la medida en que la realización de un diagnóstico pormenorizado de la situación ha propiciado una toma de conciencia de los actores locales. Sobre la base de ese examen exhaustivo, los actores concernidos han elaborado sendos proyectos de territorio, en 1997 y en 2007 respectivamente, que, tras largos periodos de negociación, han desembocado en sus contractualizaciones, en el seno de los Contratos Territoriales del País Vasco norte sucesivos. La implementación de esta política de vivienda peculiar ha implicado disponer de instrumentos apropiados, entre los cuales figuran la Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos y el Establecimiento Público Terrenal Local del País Vasco.

PALABRAS CLAVE: País Vasco norte. Política pública. Vivienda.

Trabajo recibido el 7 de junio de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 24 de septiembre de 2021



Sumario: I. Introducción.—II. Fundamentos de la política de vivienda en Francia. 1. Las características de la política de vivienda. 2. Las especificidades de esta política pública.—III. Una concienciación progresiva de los actores locales. 1. La vivienda como fenómeno multidimensional. 2. Unas diferencias territoriales. 3. Debilidades, retos y desafíos del territorio.—IV. La vivienda en los proyectos de territorio. 1. La vivienda en el Esquema de Ordenación y Desarrollo. 2. El hábitat en País Vasco 2020.—V. La vivienda en los Contratos Territoriales. 1. La vivienda en el Contrato Territorial 2007-2013. 2. El hábitat en el Contrato Territorial 2015-2020.—VI. Los instrumentos de la política de vivienda. 1. La Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos. 2. El Establecimiento Público Terrenal Local del País Vasco.—VII. Conclusión.—VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Últimamente la vivienda se está convirtiendo en una problemática central en el País Vasco norte, tanto para la ciudadanía como para las administraciones públicas. De hecho, al ser un territorio atractivo, por su identidad propia, su calidad de vida y su dinamismo económico, la población de Iparralde ha crecido un 9,6% en la última década (INSEE, 2021). Y esta progresión continúa, dado que 3.062 habitantes adicionales residen en el territorio respecto al año anterior, para alcanzar 312.754 habitantes hoy en día (Irastorza, 2021). No en vano, esta población se concentra en el litoral vasco y, en menor medida, en el interior de Lapurdi, mientras que Zuberoa continúa perdiendo habitantes (-4,7% entre 2010 y 2020), conformándose con 12.509 residentes (Irastorza, 2021).

Esto se traduce por una fuerte tensión inmobiliaria en la costa vasca, donde se concentra la mayoría de la población del territorio, en la cual se instala preferentemente la población recién llegada y donde el suelo edificable es escaso, lo que provoca una insuficiencia de viviendas disponibles y un fuerte incremento de los precios. Al contrario, con la desertificación rural y el traslado de la población desde el interior hacia el litoral, numerosos municipios rurales pierden habitantes y se encuentran con una cantidad no desdeñable de viviendas vacías. En otros términos, el País Vasco norte compagina unos problemas de escasez de vivienda, de dificultad de acceso al hábitat, tanto en alquiler como en propiedad, y de desequilibrio territorial.

Para enfrentarse a esta situación poco halagüeña, los actores locales disponen de instrumentos normativos y reglamentarios elaborados a nivel estatal, a los que se añaden las políticas de vivienda desarrolladas por las distintas administraciones públicas, que gozan de notables pre-



supuestos, para regular el mercado de la vivienda (Urteaga, 2010; 2012). A nivel local, la toma de conciencia de los actores sobre la necesidad de desarrollar una política de vivienda propia para el territorio es relativamente reciente, dado que empieza en 1993 con la Prospectiva País Vasco 2010 (Club de Prospective Pays Basque, 1993).

Se produce un salto cualitativo con los primeros proyectos de territorio, elaborados respectivamente en 1997 y en 2007, con el Esquema de Ordenación y Desarrollo y País Vasco 2020 (Conseil de Développement du Pays Basque, 1997; 2007). El primero, que asocia hábitat y vida cotidiana, incide en la escasez de vivienda y en los desequilibrios, tanto económicos (con el peso del hábitat estacional) como espaciales (con la especialización de los territorios), lo que provoca un problema global de escasa fluidez del mercado inmobiliario (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 64). El segundo, que se interesa por el urbanismo, el hábitat y lo terrenal, formula una serie de propuestas, tales como la creación de una Agencia de Urbanismo Local, la puesta en marcha de instrumentos de planificación, la implementación de programas de mejora del hábitat, la constitución de un Observatorio Terrenal, la construcción de viviendas sociales o la creación de un Establecimiento Público Terrenal Local (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 13).

Esto desemboca en la implementación de una política de vivienda propia plasmada en los Contratos Territoriales sucesivos. Así, el segundo apartado del Contrato Territorial 2007-2013, dedicado a la construcción de un País Vasco norte equilibrado, armonioso y solidario, consagra un programa al fortalecimiento de las políticas de vivienda, y, en concreto, al lanzamiento de una conferencia territorial del hábitat, al refuerzo de la ingeniería para apoyar las políticas de producción y acceso a la vivienda, o a la creación de alojamientos de urgencias (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 22-23). Por su parte, el octavo apartado del Contrato Territorial 2015-2020 se centra en reforzar la producción de viviendas ajustadas a las necesidades del territorio (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53-54).

Pero, la implementación de esta política de vivienda específica implica, tal como lo sugieren los proyectos de territorio, disponer de instrumentos apropiados susceptibles de responder, de manera adecuada, a las particularidades de la demografía, del hábitat y del tejido productivo del País Vasco norte, así como de la sociedad civil organizada y de las instituciones que han elaborado, de manera conjunta, estos proyectos de territorio que han desembocado en proyectos de territorios sucesivos. Entre estas estructuras figuran la Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos (AUDAP) y el Establecimiento Público Terrenal Local del País Vasco (EPFL).



II. Fundamentos de la política de vivienda en Francia

Antes de adentrarse en la política de vivienda específica al territorio, es preciso indicar el marco normativo, competencial y presupuestario en la cual se sitúa.

1. Las características de la política de vivienda

Más allá de la complejidad administrativa y de la abundante producción legislativa, la política de vivienda gala mantiene ciertas constantes desde finales de los años setenta (Vie Publique, 2021). De hecho, «después de las tres décadas [posteriores a la guerra], marcadas por una construcción masiva, la producción de grandes complejos residenciales y las primeras urbanizaciones (...) en las periferias de las ciudades, el Estado [francés] se ha progresivamente retirado de la intervención directa» (Vie Publique, 2021). No en vano, ha conservado unos instrumentos de regulación y de incitación que le permiten orientar la actividad del sector y «proseguir el [agrandamiento] del parque social, al tiempo que promueve el acceso a la propiedad de los hogares y favorece la inversión locativa privada» (Vie Publique, 2021).

Entre los instrumentos existentes, las normas jurídicas desempeñan un papel central. Así, las normas relativas a la construcción se fijan a nivel estatal y, especialmente, aquellas vinculadas con «el rendimiento térmico y acústico, la accesibilidad para los discapacitados y (...) las condiciones de decencia y de salubridad» (Vie Publique, 2021). Si estas normas incrementan los costes de construcción para los promotores y los particulares, mejoran la calidad del parque de viviendas (Vie Publique, 2021).

Sucede algo parecido con la legislación relativa al alquiler en el sector privado que, después de virulentos debates durante los años ochenta (caracterizados por tres leyes: la ley Quilliot del 22 de junio de 1982; la ley Méhaignerie del 23 de diciembre de 1983; y, la ley del 6 de julio de 1989, todavía en vigor), ha encontrado un punto de equilibrio desde finales de los años ochenta (Vie Publique, 2021).

Paralelamente al Estado, las administraciones locales juegan un rol creciente en la política de vivienda. Dado que la vivienda se sitúa en un territorio determinado, «la oferta y la demanda se encuentran en un lugar dado que constituye el mercado local de la vivienda» (Vie Publique, 2021). Además, los retos urbanísticos que plantea implican privilegiar un enfoque local que inscribe la cuestión de la vivienda en «unas lógicas transversales necesariamente contextualizadas, [de modo que,] paralelamente a las políticas [estatales], existan unas políticas locales de la vi-



vienda», a pesar de que las grandes etapas de la descentralización no han concernido especialmente el sector (Vie Publique, 2021).

De hecho, «una sola competencia ha sido transferida en 2004, los Fondos de Solidaridad para la Vivienda(1), que dependen totalmente de los Consejos Departamentales, en coherencia con sus responsabilidades en materia de acción social» (Vie Publique, 2021). Para el resto, el Estado ha conservado la mayor parte de sus prerrogativas en materia de «marco jurídico, definición del sistema de ayudas, programación de créditos, promoción de la diversidad social, garantía de implementación del derecho a la vivienda, etc.» (Vie Publique, 2021).

Bien es cierto que, la descentralización de 1983 (Légifrance, 2021e) ha «concedido a los Ayuntamientos importantes competencias conexas, tales como la elaboración del derecho del suelo (los Planes Locales de Urbanismo(2) o PLU) y la concesión de los permisos de construcción. El reparto competencial que ha resultado de ello ha adquirido una dimensión [superior] cuando, a partir de los años 2000, se ha constituido un nuevo marco de cooperación intermunicipal que ha progresivamente asumido la elaboración de los Programas Locales del Hábitat(3) (PLH) y, cada vez

(1) El Fondo de Solidaridad para la Vivienda (FSL) «concede unas ayudas financieras a las personas que [tienen] dificultades para pagar los gastos vinculados a sus viviendas (facturas, alquiler, etc.). Existe un fondo por Departamento. El FSL concede dos formas de ayudas: [prestaciones y préstamos]. Estas ayudas deben servir para [sufragar] los gastos asociados al ingreso en la vivienda (depósito de garantía, primer alquiler, gastos de agencia, gastos de traslado, seguro del hogar, compra de mobiliario de primera necesidad, etc.), al mantenimiento de la vivienda (deudas de alquileres y cargas, facturas de electricidad, gas, agua y teléfono, gastos de agente judicial, etc.). (...) El FSL tiene en cuenta el conjunto de los recursos de todas las personas que [residen] en la vivienda, excepto los siguientes recursos: ayuda a la vivienda, ayuda al inicio del curso escolar, ayuda a la educación del niño discapacitado. (...) Cada FSL tiene su propio reglamento interior y, por lo tanto, sus propios criterios de atribución» (Service Public, 2021a).

(2) El Plan Local de Urbanismo (PLU) «es un documento urbanístico que construye un proyecto de ordenación a escala de un municipio o de una agrupación de municipios (PLUi). [El] decreto, entrado en vigor el 1 de enero de 2016, moderniza el PLU. Su objetivo [es] pasar de un urbanismo reglamentario a un urbanismo de proyecto» (Ministère de la Cohésion des Territoires et des Relations avec les Collectivités Territoriales, 2020a). En efecto, «el Plan Local de Urbanismo favorece la emergencia de un proyecto de territorio compartido. Tiene en cuenta las políticas [estatales] y territoriales de ordenación y las especificidades del territorio (...). Determina las condiciones de una ordenación del territorio respetuosa de los principios del desarrollo sostenible, en particular a través de una gestión económica del espacio, y la respuesta a las necesidades de desarrollo local» (Ministère de la Cohésion des Territoires et des Relations avec les Collectivités Territoriales, 2020a). El decreto mencionado aspira a «responder a una necesidad de clarificación y de puesta en coherencia de las reglas urbanísticas, para facilitar su uso» (Ministère de la Cohésion des Territoires et des Relations avec les Collectivités Territoriales, 2020a).

(3) El Programa Local del Hábitat (PLH) es «un documento estratégico de orientación, programación, implementación y seguimiento de la política del hábitat a escala intermunicipal» (Cereza, 2021). El PLH es «la estrategia llevada a cabo por los actores del territorio para satisfacer las necesidades de las personas en vivienda y en plazas de alojamiento. Se trata de un programa [ajustado] al municipio, cuya dimensión estratégica es reforzada por el carácter operativo de las acciones previstas. El PLH es portado por el Establecimiento Público de Coopera-



más, los Planes Locales de Urbanismo» (Vie Publique, 2021). Estos instrumentos de política local se repercuten en las estrategias de las Mancomunidades en esta materia y «sirven de soporte a la delegación optativa por el Estado del reparto de las ayudas a la piedra en el territorio comunitario» (Vie Publique, 2021). E, incluso si no gozan de la competencia de elaboración de los Programas Locales del Hábitat, los Departamentos pueden, a título subsidiario, beneficiarse igualmente de esta delegación (Vie Publique, 2021).

2. Las especificidades de esta política pública

La política de vivienda francesa se distingue, a la vez, por su fomento de la vivienda social, su reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho subjetivo y su coste para las arcas públicas.

Por una parte, su modelo de vivienda locativa social se apoya en tres pilares: su organización, su financiación y sus objetivos en cuanto a los públicos destinatarios se refiere (Vie Publique, 2021). De hecho, el sistema francés «se basa principalmente en dos [tipos] de organismos de Habitación a Alquiler Moderado (HLM), a los que se añaden algunas empresas de sociedad mixta, a la vez, obradoras (construyen o adquieren edificios) y gestoras (las gestionan alquilándolas en el marco de la normativa del sector). Las primeras, las Oficinas Públicas del Hábitat (OPH) (4), de derecho público, (...) emanan de [administraciones locales, es decir de] Ayuntamientos, Mancomunidades y Departamentos. Las segundas, las Empresas Sociales para el Hábi-

ción Intermunicipal (EPCI) [o Mancomunidad] desde su elaboración hasta su implementación; pero muchos actores están asociados y pueden contribuir a su elaboración e implementación: servicios estatales, municipios miembros del EPCI, portadores del Esquema de Coherencia Territorial, arrendadores sociales, etc. El PLH consta de un diagnóstico sobre el funcionamiento del mercado local de la vivienda y sobre las condiciones de hábitat y de alojamiento de los habitantes del territorio al que se aplica; de unas orientaciones estratégicas; [y], de un programa de acciones, detallado y operativo. El PLH debe ser objeto de un seguimiento regular y de unos balances que [indican] la realización de las acciones previstas y que permiten averiguar su eficacia. En ese marco, el EPCI debe, vía el PLH, poner en marcha un Observatorio del Hábitat y un dispositivo de observación terrenal» (Cerema, 2021).

(4) Las Oficinas Públicas del Hábitat (OPH) son «unos establecimientos públicos locales de carácter industrial y comercial, asociados a unas administraciones territoriales (Ayuntamientos o Departamentos) o a sus agrupaciones (EPCI). A ese título, dependen de la ley del 2 de marzo de 1982 relativa a los derechos y libertades de los Ayuntamientos, de los Departamentos y de las Regiones. Las Oficinas son creadas por decreto a la demanda de un EPCI competente en materia de hábitat, de un Departamento o de un Ayuntamiento, [siempre y cuando no sea] ya miembro de un EPCI competente en materia de hábitat. Las Oficinas construyen y rehabilitan unas viviendas locativas destinadas a las personas con rentas modestas, cuya locación, gestión y mantenimiento asumen. Construyen, igualmente, para la accesión social a la propiedad. Realizan, por último, unas operaciones de urbanismo y de ordenación» (Fédération OPH, 2021).



tat (ESH) (5), son de derecho privado. Construyen y gestionan unas viviendas sociales para la cuenta de sus accionistas, que pueden ser grandes empresas que [deben] alojar a sus asalariados (...), grandes grupos financieros públicos o privados (...) o filiales de la Acción Vivienda, organismo gestor de la participación de los empleadores al esfuerzo de construcción» (Vie Publique, 2021).

Tras conocer periodos delicados, especialmente a lo largo de los años noventa, «el sector de la vivienda social se ha modernizado (...) y su situación financiera es [relativamente] sana, lo que le permite garantizar una real permanencia en materia de inversiones, tanto en la mejora del parque como en su [ampliación]. Esto genera también [unos intentos] de captación de estos medios para aligerar la carga del Estado que financia cerca del 85% de las ayudas personales de vivienda» (Vie Publique, 2021).

Además de esta capacidad inversora, «la vivienda social francesa se beneficia de un circuito de financiación inédito y (...) eficaz que le permite proseguir su crecimiento apoyándose en un endeudamiento a largo plazo y a coste reducido. Estos préstamos concedidos por la Caja de Depósitos y Consignaciones (CDC) (6) se [basan] en el extraordinario saldo pendiente de más de 270 mil millones de euros presentes en los 65 millones de Libretas A detenidas por los [ciudadanos] franceses» (Vie Publique, 2021). Independientemente de los establecimientos bancarios en los que se suscriben estas libretas, «los dos tercios de la recaudación están centralizados por la Caja de Depósitos que la presta con una tasa preferencial a organismos de vivienda social. Este circuito de financiación es el fun-

(5) Las Empresas Sociales para el Hábitat (ESH) son «unas sociedades anónimas [dotadas] de una misión de interés general. Alojan a personas y a familias [beneficiarias potenciales de viviendas sociales]. En colaboración con los poderes públicos y los actores sociales, velan por la calidad de su entorno. (...) Las ESH gestionan más de 2,2 millones de viviendas, es decir cerca de la mitad del parque HLM, y construyen cada año [el 50%] de las viviendas locativas sociales. Interviniendo tanto en el alquiler como en la adquisición, son unos actores de la ordenación [urbana y territorial]. Están [reconocidas] por la autoridad administrativa y sus estatutos contienen unas cláusulas (...) que les imponen un modo de organización específico en relación con su misión de interés general. [Administraciones] territoriales e inquilinos están representados en su Consejo de Administración o de Vigilancia» (Fédération ESH, 2021).

(6) La Caja de Depósitos y Consignaciones (CDC) ha sido creada por la ley del 28 de abril de 1816. Este establecimiento público nacional cuyo estatus es singular, al estar al servicio del Estado y de las administraciones locales y encontrarse bajo el control del Parlamento, ejerce varias funciones, «además de su función original de banquero de las administraciones locales. Varias de sus filiales practican unas actividades mercantiles. Por lo tanto, la CDC está dotada de una fuerte identidad público-privada. Grupo descentralizado, la CDC está especializada en seis ámbitos que dependen, según su naturaleza, de mandatos públicos o [privados]: la gestión del ahorro reglamentado de los [ciudadanos] y su transformación, de cara a financiar unas prioridades públicas, entre las cuales se encuentra (...) la vivienda social; la gestión bajo el mandato de importantes regímenes de pensiones de jubilación y de solidaridad públicas y semipúblicas; unas actividades bancarias del servicio público de la Justicia y de la Seguridad Social; la contribución al desarrollo de los territorios; la inversión a largo plazo en la economía; la participación al desarrollo económico a través de sus filiales y su red de direcciones regionales» (Universalis, 2021).



damento del modelo económico sólido de la vivienda social y permite un ritmo de construcción sostenido» (Vie Publique, 2021).

En cuando a su modelo social, se apoya en «la articulación entre unos alquileres reglamentados moderados, [especialmente en] el caso de las metrópolis donde los alquileres del sector privado son muy elevados (...), y unos recursos máximos que [seleccionan] unas categorías de hogares, que van [desde las clases populares] hasta las clases medias» (Vie Publique, 2021). En ese sentido, históricamente, Francia ha privilegiado un modelo generalista en materia de vivienda social, aunque priorice las categorías desfavorecidas, sin por ello estar centrado en los más pobres y excluidos (Vie Publique, 2021). «Es la herencia de una concepción de la vivienda social inicialmente centrada en el asalariado y el hábitat [obrero]» (Vie Publique, 2021). Hoy en día, se mantiene esta filosofía en nombre de su voluntad de preservar la diversidad social de los barrios en los que se concentran los HLM (Vie Publique, 2021).

Por otra parte, se halla el derecho a la vivienda. «La vivienda social es el principal instrumento que puede hacer efectivo el derecho a la vivienda. Instaurado en 1989, ese derecho fundamental ha dado lugar, a partir de 1990, a la instauración de todo un conjunto de procedimientos y de mecanismos destinados a su puesta en marcha», a la imagen de la ley Besson del 31 de mayo de 1990 (Légifrance, 2021f) destinada a la concretización del derecho a la vivienda, y ha concedido «un rol creciente al acompañamiento social de los hogares más [vulnerables] y a la intervención de estructuras asociativas en todos los entornos profesionales del hábitat de las personas desfavorecidas» (Vie Publique, 2021).

A partir de 2007, la ley Dalo (Service Public, 2020) instaura el derecho a la vivienda como derecho subjetivo del cual el Estado es garante. No en vano, «este mecanismo, que obliga al Estado a conceder una vivienda a cualquier solicitante considerado como prioritario tras el examen de su situación por una comisión departamental de mediación, se enfrenta a la insuficiencia de la oferta y a la pusilanimidad de los actores de la vivienda social, especialmente en [la región parisina]» (Vie Publique, 2021). En efecto, en esta región en la que se registran «entre 40.000 y 50.000 [solicitudes] anuales, solamente [del] 30 al 35% de los demandantes reciben una respuesta favorable de las comisiones departamentales y, a día de hoy, menos del 60% de aquellos que son prioritarios han sido efectivamente realojados» (Vie Publique, 2021). En ese sentido, la ley Dalo se enfrenta a serias dificultades para hacer efectiva el derecho a la vivienda en las zonas más tensionadas (Vie Publique, 2021).

Por último, esta política se singulariza por su coste para las administraciones públicas (Driant, 2015). De hecho, «el gasto de la colectividad pública en materia de vivienda es mencionado a menudo [por su cuantía]. En 2016, la suma de las ayudas a la vivienda es valorada (...) en 41,7



mil millones de euros, es decir en un poco menos del 1,9% del PIB» (Vie Publique, 2021). Esta cifra es elevada, incluso si se incluyen las ayudas directas concedidas a los beneficiarios, las pérdidas fiscales y las tasas ventajosas de los prestatarios, etc. (Vie Publique, 2021).

III. Una concienciación progresiva de los actores locales

Dentro de ese marco, surge progresivamente la conciencia de la necesidad de elaborar una política de vivienda propia para Iparralde basándose en el diagnóstico elaborado por la Prospectiva País Vasco 2010 a inicios de los años noventa. En efecto, dicha Prospectiva dedica un apartado completo y pormenorizado al tema del urbanismo y de la vivienda.

1. La vivienda como fenómeno multidimensional

La vivienda del territorio es contemplada como un fenómeno multidimensional, a la vez, demográfico, antropológico e histórico.

Así, la Prospectiva parte de una constatación demográfica, dado que las proyecciones del INSEE a inicios de los años noventa indican un incremento de la población del País Vasco norte del 1,7% al horizonte 2000, lo que supone 4.300 habitantes adicionales (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 349). Ese incremento corresponde esencialmente a la llegada de personas de entre 60 y 74 años, provenientes de diferentes regiones francesas, deseosas de pasar su jubilación en Iparralde y, más concretamente, en la zona litoral, lo que provoca un tensionamiento del mercado inmobiliario y, por lo tanto, un aumento de los precios de la vivienda. Esto conduce la franja de edad de los 20-59 años a desplazarse a las zonas periurbanas donde el precio de la vivienda es menor. Y las zonas del interior, esencialmente rurales, se despueblan.

Además, el envejecimiento de la población, la extensión del empleo femenino, la reducción del número de hijos, el incremento de las familias monoparentales, la precarización del empleo y el aumento de la movilidad, modifican las necesidades de la población en materia de vivienda. Mientras que las personas mayores, que se concentran en los núcleos urbanos de la costa, necesitan viviendas más pequeñas situadas a proximidad de los servicios y de los centros sanitarios, los jóvenes activos, que se desplazan a las zonas periurbanas, están a la búsqueda de viviendas más grandes y, preferentemente, de casas individuales. En cuanto a las zonas rurales de Baja Navarra y Zuberoa, se despueblan como consecuencia del desplazamiento de las nuevas generaciones a Lapurdi en búsqueda de trabajo.



Los autores del diagnóstico constatan una inadecuación de la oferta con respecto a la demanda de vivienda, dado que la propuesta inmobiliaria no coincide con la trayectoria vital de los hogares (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 352). Por lo cual, «la oferta de vivienda en las etapas del ciclo vital de los hogares constituye ciertamente el reto más importante para el sector del hábitat» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 352).

A la constatación demográfica, le añaden un análisis antropológico centrado en el apego ancestral a la tierra-madre (*ama-lur*) y a la casa (*etxe*). Así, la casa, donde pueden convivir varias generaciones, es un refugio, un espacio de trabajo y de reunión, una capilla y una tumba (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 353). «Esta casa, así como las tierras y los bienes que le están asociados, mantiene fuertemente unidos (...) a la casa y a [sus residentes]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 353). En ese sentido, la casa vasca es «una institución con carácter económico, social y religioso, integrada en una familia» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 353). Todo ello ha configurado el modelo de la casa y las representaciones que le están vinculadas y que perviven hoy en día.

A todo ello se suma la práctica del mayorazgo en virtud del derecho consuetudinario. Estipula que el hijo mayor hereda de la totalidad de la casa así como de las tierras y de los bienes asociados para evitar una división de los mismos. Ese uso se impone en Lapurdi en 1514, en Zuberoa en 1520 y en Baja Navarra en 1611 (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 353). Se trata de un derecho comunitario que se aleja de la propiedad individual y absoluta del derecho romano y de la autoridad del jefe de familia. El individuo desaparece en beneficio del grupo. La familia, simbolizada por el nombre de la casa, ocupa, de generación en generación, el hogar del que es propietaria ancestral (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 353).

Así, todo el sistema jurídico vasco se ha elaborado «a partir de la casa, verdadera entidad sin inicio ni término, piedra angular de todo edificio político y social» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 355). De hecho, solamente los propietarios de casas «participan en la administración y la vida política del País [Vasco norte]», en el seno de asambleas parroquiales y, luego, de los *Biltzar*. Reúnen a los diputados de las asambleas locales que gozan de un mandato imperativo (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 355). La Revolución francesa de 1789 pone fin a ese modelo en beneficio del derecho común, en nombre de la unidad nacional francesa (Urteaga, 2017). El nuevo derecho permite dividir las propiedades. «El Código Civil [autoriza] la acumulación de bienes, la dispersión de las tierras, su concentración en ciertos propietarios» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 355).



A pesar de ello, el derecho consuetudinario se ha perpetuado en la práctica, aunque no sea de manera sistemática, hasta la Primera Guerra mundial y, sobre todo, el auge del turismo en la costa vasca, lo que modifica las reglas del mercado inmobiliario (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 355). Esta tendencia se ha prolongado en los últimos cincuenta años con los cambios socioeconómicos y la modificación de la práctica notarial, con la utilización de las donaciones repartidas o repartos anticipados (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 356). Por lo cual, tanto la casa como las tierras han adquirido una dimensión cada vez más mercantil, propiciada por la especulación alimentada por el turismo (Bidart, 1975).

Por último, los autores de la Prospectiva incorporan una visión histórica al fenómeno del hábitat. «Si las *Années Folles* del turismo en la costa vasca se sitúan entre 1920 y 1935 (sobre todo de 1920 a 1929), el interés por [el País Vasco norte] es muy anterior» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 357). De hecho, los flujos migratorios provenientes de la península ibérica se amplifican durante la primera guerra carlista, con los inicios del turismo veraniego. Esto resulta de la proximidad de San Sebastián, donde veranea la corte real, y de Bilbao, donde se concentra la burguesía vasca (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 357).

Las menciones a la costa vasca en la obra de Víctor Hugo y, sobre todo, la implantación de la residencia veraniega de la familia imperial francesa en Biarritz contribuyen a la difusión de una imagen prestigiosa del litoral vasco. «La llegada del ferrocarril entre 1860 y 1880 ha sido el elemento tecnológico que ha permitido la aparición del turismo como realidad económica y su desarrollo en el conjunto del litoral» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 357). Los años 1870 coinciden con la aparición de los primeros proyectos de ordenación del litoral cuya ejecución se realiza entre 1880 y 1914 (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 357). Pero, el turismo de masas se desarrolla, sobre todo, después de la Primera Guerra mundial.

2. Unas diferencias territoriales

Tras realizar esta contextualización demográfica, antropológica e histórica, la Prospectiva País Vasco 2010 analiza las tensiones inmobiliarias en la costa vasca y sus consecuencias a inicios de los años noventa (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 360). Parte de la constatación de que «el País Vasco litoral es un territorio exiguo que ha llegado progresivamente a un estado de tensión inmobiliaria que resulta de [varios factores]. Esta situación se ha convertido en dual entre, [por una parte], un sistema inmobiliario exterior [donde] la oferta está [gestionada] por unos



operarios exteriores para una demanda externa cuya solvencia es independiente de la actividad económica local; [y, por otra parte,] un sistema inmobiliario local influido por el sistema precedente, pero sobre todo por una demanda cuyo acceso a la vivienda se apoya en el único potencial económico local en términos de rentas distribuidas» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 360).

Entre estos dos sistemas «interfieren actores locales, decisores, propietarios inmobiliarios, pero también profesionales de la producción y de la transacción inmobiliaria» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 360). Influyen, igualmente, «los comportamientos de los decisores marcados por el espíritu de los tiempos, bien [atraídos] por una zona turística atractiva, bien [motivados] por la protección del medio ambiente o la calidad urbana» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 360). Lo cierto es que el modo de urbanización y su intensidad en la costa vasca, a lo largo de los 25 años anteriores, «ha tenido consecuencias sobre el funcionamiento del mercado inmobiliario» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 360).

La costa vasca «no es una entidad geográfica, económica, social homogénea» y se distingue del litoral vasco (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 360). En esta zona se propagan «las radiaciones de mercados terrenales e inmobiliarios» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 361). La concentración del parque de residencias principales se ha efectuado sobre todo en Baiona-Angelu-Biarritz (BAB), Donibane Lohizun y Hendaia, así como en la periferia de la aglomeración de la capital laboritana, especialmente en Hiriburu, Uztaritze y Bidarte (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 361). A ello se añade la importancia de la casa individual, «que representa el 34% de las residencias principales del BAB, y del 50% al 93% en (...) las zonas periféricas. Esta forma urbana heredada de la cultura de la [casa vasca] ha tenido un fuerte impacto en términos de consumo terrenal [en el] mercado litoral» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 364).

La fuerte presión urbana e inmobiliaria, nos dicen los autores de la Prospectiva, genera un proceso de exclusión que se declina de dos maneras diferentes.

- Por una parte, la exclusión socio-familiar, que se traduce «en función del perfil y de los recursos del demandante. Se trata de personas y familias que tienen una fragilidad socio-familiar y que no están alojadas en [viviendas sociales en alquiler]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 379). Cuando se produce una tensión urbana, con una repercusión sobre el mercado locativo privado, esta categoría social de la demanda es «la primera en padecer las consecuencias de esta tensión» (Club de Prospective Pays Basque



2010, 1993: 379). Los Planes de Acciones Departamentales para la vivienda efectúan una graduación a la hora de clasificar a los más desfavorecidos: los hogares que «presentan una situación de exclusión y de ruptura residencial, como consecuencia de su condición económica y familiar propia», y los hogares que gozan de una «relativa estabilidad familiar y económica, pero para los cuales el menor fenómeno externo, que conlleva unos problemas en cuanto a sus condiciones de alojamiento, provoca su exclusión» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 379). Este colectivo, que está alojado en el parque locativo privado, se expone al riesgo representado por el incremento de los alquileres. Por lo cual, «estas poblaciones están cautivas en un mercado que tiende a tensionarse» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 379).

- Por otra parte, la exclusión residencial patrimonial es más frecuente en las aglomeraciones. «Se trata de hogares de activos, a veces con dos sueldos, de origen local, que tienen una fuerte propensión a acceder a la propiedad, pero que ya no pueden [hacerlo] en las condiciones actuales del mercado y teniendo en cuenta su proyecto residencial» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 381). Esto resulta del fuerte incremento de los precios inmobiliarios locales. Estos «hogares se han concienciado de que ya no podrán acceder a la propiedad (...) sobre [la base de] su potencial socioeconómico, cuando habrían podido hacerlo hace algunos años» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 381). Ese tipo de exclusión residencial patrimonial genera dos tipos de reacciones. Por una parte, una «frustración en cuanto a la identificación sociológica asociada al acceso a la propiedad», sabiendo que «la posición social pasa todavía por el acceso a la propiedad, percibido como [la] adquisición de un bien inmobiliario [y la] constitución de un patrimonio familiar» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 381). Por otra parte, una «confiscación sociocultural. (...) El acceso a la propiedad es vivido como la consecuencia de un mercado inmobiliario externo, es decir activado por una demanda cuyo flujo de origen exterior y el perfil socioeconómico no están relacionados con el contexto económico local, especialmente en cuanto a la solvencia. El bloqueo de los flujos de demandas locales de acceso a la propiedad tiene un impacto sobre el mercado locativo permanente» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 381).

La Prospectiva estudia igualmente las dificultades específicas al espacio rural en materia de vivienda que abarca a Lapurdi interior, Baja Navarra y Zuberoa. Reúne, a inicios de los años noventa, a 84.411 habitantes, es decir a un tercio de la población total de Iparralde, cuando represen-



taba las tres cuartas partes a finales del siglo XIX, con 105.282 habitantes en 1872 (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 384). Se divide en tres tipos de espacios: el espacio periurbano, el espacio intermedio y el espacio marginado. En efecto, la situación es diferente según el hecho de que uno se encuentre en Lapurdi interior, situado a proximidad del litoral, en la capital de Baja Navarra o en los pequeños municipios de Zuberoa (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 384).

De manera general, el entorno rural sufre de dos males principales: una falta de viviendas en alquiler, ya que solo representan el 15% del parque inmobiliario; y un escaso nivel de confort del mismo (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 384). No obstante, «si el parque de viviendas locativas, insuficiente en cantidad y en calidad, no es apropiado para las necesidades de movilidad de las poblaciones y el proceso de desarrollo de los municipios [próximos] a las zonas litorales atractivas, no es del todo similar [a] los municipios [del interior], donde se constata, en general, un retroceso de la población, un envejecimiento del parque, un ligero aumento de [las viviendas vacías], lo que se acompaña de un aumento sensible del número de residencias secundarias, vinculado esencialmente al retorno de los hijos de familias vascas deseosos de pasar su jubilación en [el País Vasco norte]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 384).

De hecho, se observa una disminución de la población en las zonas rurales industrializadas, a la imagen de Maule, como consecuencia de la desaparición de las empresas locales, especialmente en el sector del calzado (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 384). Por lo cual, los activos rurales abandonan sus pueblos para desplazarse a la costa en búsqueda de empleo. Esto provoca un aumento del número de viviendas vacías, generando en las familias que continúan residiendo en los municipios rurales y principalmente en los jubilados, una fuerte sensación de aislamiento (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 385). «Esto favorece la ocupación del parque del centro del pueblo, para el cual se constata un relativo equilibrio entre la oferta y la demanda de vivienda, en un mercado inmobiliario [poco dinámico]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 385). Además, «el parque de viviendas de propietarios ocupantes, mayoritarios, de un confort a menudo mediocre, no favorece (...) el mantenimiento a domicilio de estos rurales, generalmente de cierta edad» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 385).

A su vez, se produce una transformación del mercado terrenal, especialmente en las zonas próximas al litoral, donde los precios son elevados. Mientras que la demanda proveniente del mundo agrícola conoce una bajada significativa, vinculada a las dificultades del sector ovino y bovino, la demanda no-agrícola crece rápidamente (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 385). «Ese mercado progresa del 35% en super-



ficie y del 75% en valor, lo que representa cinco veces más que la compra total de los agricultores» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 386). La demanda agrícola es más selectiva, «en función de la calidad del suelo» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 386). En cambio, en montaña, «zona de ganadería tradicional, la demanda se mantiene en razón de la necesidad de disminuir [la presencia] de animales por hectárea» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 386).

En definitiva, «el mercado inmobiliario rural es débil. En ciertas zonas, se constata la transformación del parque en residencias secundarias, de alojamiento turístico. Existen dificultades reales para tratar los problemas del hábitat en entorno rural, que ponen en evidencia el carácter inapropiado del dispositivo de ayudas y de los instrumentos [existentes]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 385). Estos están concebidos, en mayor medida, para solucionar problemas urbanos, como por ejemplo el carácter inoperante del umbral de los municipios y centros urbanos de menos de 2.000 habitantes (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 386). Existe un vínculo estrecho entre «la ocupación del hábitat rural y [la ruptura del aislamiento] del territorio en el cual se encuentra ubicado» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 385). Sucede algo parecido con «el empleo y las actividades que fijan las poblaciones en unos lugares de ocupación que contribuyen a mejorar y a [dinamizar]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 386).

3. Debilidades, retos y desafíos del territorio

Según los autores de la Prospectiva País Vasco 2010, Iparralde «conoce en las zonas costeras unas formas de presión múltiples, que resultan de fenómenos cíclicos, móviles geográficamente, que han aparecido [inicialmente] en [el sur de] la costa y se han propagado y amplificado posteriormente en el norte [del litoral]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 387). Así, la zona urbana tiende progresivamente a saturarse y provoca «un fenómeno de desbordamiento o de difusión hacia [el interior], con un traslado de las tensiones patentes en la costa y, cada vez más [presentes], en el interior» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 386).

Así, la aglomeración del BAB se distingue por cuatro rasgos esenciales: la relativa debilidad de su parque locativo, la importancia de las casas individuales, la relevancia del parque inmobiliario de residencias secundarias y de ocio, y, una urbanización reciente de las más notables (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 387). «Un continuo urbano de 165.000 habitantes teje una aglomeración en anillos concéntricos», todo ello en «un territorio, donde se ejerce principalmente la presión, muy exi-



guo de 266 km² (...), en el cual la densidad alcanza 620 habitantes por km²» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 387). Resulta de todo ello «un carácter atractivo muy específico, muy localizado, que ha conocido una amplificación continua con unos periodos fastos y otros menos [positivos], desde mediados del siglo XIX, especialmente en su parte costera» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 387).

Estas tensiones se repercuten en la ordenación del territorio, puesto que la capacidad de influencia en la formación de los precios inmobiliarios en el territorio urbano litoral es mínima y se repercute en los territorios periurbanos. Y, el porvenir de las zonas intermedias rurales y de aquellas en vía de abandono está vinculado a la suerte de la primera zona (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 391). Ante semejante panorama, nos dicen los autores del diagnóstico, la preservación del patrimonio medio ambiental e inmobiliario, la gestión de las tierras y la elaboración de una política coherente en materia de ordenación del territorio representan unos retos fundamentales (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 394).

Así, la franja litoral y las zonas colindantes están dotadas de un Plan de Ocupación del Suelo (POS) oponible, mientras que los Ayuntamientos de Lapurdi interior disponen de mapas municipales. «En el interior, solo Maule y Baigorri están dotados de un POS. En el resto [del territorio], la gestión de las construcciones se opera por mediación del reglamento nacional de urbanismo» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 394). Conviene subrayar que un POS no resuelve todos los problemas vinculados con la gestión del espacio. «La urbanización organizada por operaciones de conjuntos [residenciales] no es siempre suficiente, puesto que la construcción se hace, en mayor medida, de manera individual, con los efectos de competencia con las tierras agrícolas» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 394). En ese sentido, dispositivos como el Plan de Ocupación del Suelo, la Zona de Ordenación Diferida (7), el Derecho Preferencial de Compra Urbana (8) o la Zona de Ordenación Concer-

(7) La Zona de Ordenación Diferida es «un procedimiento que permite a las [administraciones] locales, vía la utilización del derecho preferencial de compra, [conseguir] progresivamente el control de los terrenos donde está prevista, a término, una operación de ordenación y, así, evitar que el anuncio de ese proyecto provoque un [fuerte incremento] de los precios. (...) Concebido para las operaciones de ordenación a largo plazo, [es un] instrumento preferencial de compra que puede ser útil en numerosas operaciones de ordenación. Puede ser movilizado (...) sobre todo o parte del perímetro de la operación de interés nacional; para constituir unas reservas terrenales a fin de realizar la operación proyectada; para las grandes operaciones [urbanísticas]; para la realización de un proyecto de gran interés que consta de la realización de acciones o de operaciones de ordenación, y, en su caso, de proyectos de infraestructura» (Cerema, 2021b).

(8) El Derecho Preferencial de Compra Urbana significa que «el propietario de un bien situado en una zona definida por una [administración local] de cara a la realización de operaciones de ordenación urbana, debe, [de forma prioritaria], proponer la venta del bien a esta [administración local]» (Service Public, 2021c).



tada(9) «responden a las necesidades de una política municipal, pero no pueden influir en la demanda global» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 394).

Además, «el perímetro sensible, con la recaudación de un impuesto específico [que pesa sobre las edificaciones] en los municipios de la parte oeste, permite al Departamento ejercer su derecho preferencial de compra [en ciertas zonas]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 394). A su vez, los municipios costeros entran en el ámbito de la ley litoral del 3 de enero de 1986 (Légifrance, 2021g). Por último, la ley montaña del 9 de enero de 1985 (Légifrance, 2021h) «ha introducido unas directivas que aspiran a reforzar las medidas [contra una expansión descontrolada], pero el hábitat disperso antiguo no favorece la aplicación de estas reglas» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 394).

Esto conduce las administraciones públicas a recurrir a los Esquemas Directores, integrando la realidad del mercado inmobiliario. Los autores de la Prospectiva estiman que sería preferible partir de la realidad de los mercados y de las similitudes funcionales, en lugar de basarse en los territorios institucionales, lo que implicaría elaborar un Esquema Director del litoral y un Esquema Director del interior (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 395). Llevar a cabo estas acciones de planificación con éxito «necesita una gestión coherente del Plan de Ocupación del Suelo, lo que implica una [identificación] de los disfuncionamientos de naturaleza jurídica» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 395).

Esta constatación conduce los promotores de la Prospectiva a tener en cuenta, de cara a elaborar una política local del hábitat en la costa vasca, los siguientes puntos: «1) la estrategia terrenal de cada municipio y la necesidad de una coherencia global; 2) las incoherencias y los disfuncionamientos que pueden resultar de la agregación de los Planes Locales del Suelo municipales en el interior de las zonas de mercado; 3) las posibilidades de acceso litoral-interior; 4) [la extensión progresiva] para el alquiler y el acceso social [a la propiedad] a unos municipios rurales contiguos a las zonas de aglomeración, [aunque solo sea para] poner en adecua-

(9) La Zona de Ordenación Concertada (ZOC) es «una operación de urbanismo público que tiene como fin realizar o hacer realizar la ordenación y el equipamiento en terrenos edificables de cara a cederlos o concederlos posteriormente a utilizadores públicos o privados» (Cerema, 2021c). Estas zonas pueden corresponder a un único terreno o a varios. «Según los casos, la iniciativa de esta creación puede venir del Estado, de una administración territorial (Ayuntamiento, Departamento, etc.), de un establecimiento público que tiene vocación (...) a realizar o a hacer realizar [dichas construcciones]. La creación de la ZOC puede producirse en el marco de la elaboración o la evolución del Plan Local de Urbanismo (PLU, PLUi), o en el marco de un procedimiento distinto. La ZOC constituye un procedimiento de iniciativa y de interés público, incluso si su creación es susceptible de ser confiada a [una entidad] privada. Es igualmente utilizada para operaciones de cierta envergadura. Permite, especialmente, la discusión entre los actores concernidos sobre los elementos del programa (...) y de su financiación» (Cerema, 2021c).



ción los precios constatados con [estas] zonas de aglomeración» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 395).

En ese sentido, la acción sobre el hábitat supone una estrategia plural de programación que sea convergente con el objetivo de «resolver los problemas de exclusión socio-residencial en un mercado tenso; razonar [en términos de] simultaneidad y espacialización en las acciones de programación; actuar a través de los *stocks*, la localización, lo urbano (...) en la zona periurbana, que [ilustra] los retos de la regulación residencial, teniendo en cuenta el efecto litoral que caracteriza los mecanismos del mercado inmobiliario; introducir una mayor flexibilidad en los diferentes segmentos de mercado (...), en una óptica de diversificación de los productos y para un reequilibrio del hábitat locativo social» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 396). Es preciso, según los autores del diagnóstico, llevar a cabo unas acciones voluntaristas y concertadas sobre el mercado del hábitat (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 397).

En cuanto a las acciones sobre las tierras, requieren, «además de la puesta en forma de una política coherente de los Planes de Ocupación del Suelo de los municipios, la puesta en marcha de (...) instrumentos comunes capaces de intervenir y de regular el mercado, [como pueden ser] la utilización de las estructuras intermunicipales [de] tipo Distrito o Mancomunidad; [la creación de] instrumentos específicos, tales como la Agencia Terrenal o el Establecimiento Público Terrenal; [la reflexión y la experimentación] de nuevos métodos de intervención, [como pueden ser] el arrendamiento del suelo durante un largo periodo con el uso de contratos de construcción» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 397).

Esto va de la mano de «una nueva definición que integra las zonas de municipios rurales [adosadas a la zona litoral, que integre, por lo tanto], lo urbano denso y las zonas más rurales (...). Esta extensión, contemplable por etapas, permitiría una acción [sobre el] hábitat de lógica reguladora residencial y espacial, porque lo que debe prevalecer en la política del hábitat es aumentar la fluidez entre el mercado (...) centrado en los polos urbanos y litorales, y el mercado de viviendas peri-urbano (...) que adquiere una importancia creciente, con unos movimientos de transferencias residenciales antiguos y continuos desde 1975 para ciertos sectores, y recientes y más profundos hacia el interior para otros» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 399).

En definitiva, según los autores de la Prospectiva, para mantener bajo control las tensiones existentes, es preciso implementar «una política terrenal y de ordenación del territorio coherente, voluntarista y concertada, [teniendo en cuenta] todos los [actores concernidos]» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1993: 399). Esta reflexión precisa sobre la situa-



ción del urbanismo y del hábitat en el territorio, genera una toma de conciencia de los actores locales, tanto institucionales, empresariales como sociales, sobre la necesidad de elaborar y posteriormente llevar a la práctica una política de vivienda específica para el País Vasco norte.

IV. La vivienda en los proyectos de territorio

De hecho, los proyectos de territorio elaborados a partir de mediados de los años noventa, primero con el Esquema de Ordenación y Desarrollo del País Vasco y luego con País Vasco 2020 (Urteaga, 2020), integran la problemática de la vivienda proponiendo medidas concretas susceptibles de ser implementadas.

1. La vivienda en el Esquema de Ordenación y Desarrollo

En las orientaciones generales del Esquema de Ordenación y Desarrollo publicadas en 1996, tras ser aprobadas por la Asamblea general del Consejo de Desarrollo del País Vasco el 26 de octubre, una de las declinaciones temáticas concierne el hábitat. Los autores de dicho Esquema estiman que «el rasgo dominante que parece marcar la problemática [del] hábitat en el País Vasco [norte] es la tendencia generalizada a la urbanización que afecta a ese territorio. Esta tendencia a la urbanización casi-indiferenciada [de Iparralde] induce dos riesgos de desequilibrio [fundamentales]» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 64).

El primer riesgo atañe a los desequilibrios espaciales resultantes de la especialización de los territorios y de la cuestión terrenal. Por una parte, «se asiste a un agravamiento de la especialización de los territorios en el seno del País Vasco [norte], en términos de oferta de vivienda (zonas a dominante residencias secundarias, zonas a dominante hábitat individual, zonas a dominante viviendas locativas, etc.), [y] en términos de categoría de público, [dado que existe] una fuerte jerarquización social en función del tipo de vivienda» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 64). Por otra parte, se asiste a un proceso de amplificación de la penuria terrenal. Este proceso se explica, en gran parte, por la prevalencia del hábitat individual, y es reforzado por el fenómeno de especialización» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 64). Se trata de un proceso de peri-urbanización, «que no afecta solamente a la franjas de la zona litoral, sino que [concierne igualmente a] la mayoría de los espacios [de Iparralde]. Traduce una tendencia generalizada a la urbanización del País Vasco [norte], fenómeno que desborda ampliamente la orilla del río [Aturri]» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 64).



El segundo riesgo concierne la escasa fluidez de los mercados y la incoherencia de las intervenciones públicas. «La conjunción de estos dos tipos de desequilibrios produce una situación de cristalización de los mercados de la vivienda y una falta global de fluidez. Intentar [transformar] esta situación [implica], por lo tanto, proponer ante todo como eje director del Esquema de Ordenación, sobre el tema del hábitat, la cuestión de la puesta en coherencia de las intervenciones públicas» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 64-65).

Para poner en coherencia y desarrollar una política del hábitat propia, los autores del Esquema proponen una serie de medidas:

- *Organizar la coherencia y la complementariedad de las políticas de hábitat y los servicios al público a escala de la conurbación y, en prioridad, en las orillas de Aturri y de la Bidasoa.* «El objetivo global de constitución de una verdadera conurbación litoral pasa por la puesta en coherencia de las intervenciones en materia de hábitat y de servicios al público a fin de estructurar, de manera global, la identidad urbana de estos territorios. Esta orientación debería ser llevada a cabo prioritariamente en las franjas norte y sur de la conurbación» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 66).
- *Favorecer el desarrollo de la oferta locativa fuera del litoral.* «Esta orientación subraya que el reforzamiento de los centros urbanos pasa por el desarrollo en su seno de una oferta locativa significativa. Esto [implica crear] las condiciones de gestión que respondan a esta diseminación de las implantaciones» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 66).
- *Asegurar una información global, a escala del País Vasco norte, sobre la oferta y la demanda de vivienda.* «El objetivo perseguido de una gran fluidez de las trayectorias residenciales en el seno [de Iparralde] pasa por el desarrollo de una información en dirección del público, poniendo en relación la oferta y la demanda a nivel del [territorio] en su conjunto y más localmente» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 66).
- *Garantizar la posibilidad de trayectorias residenciales, en el seno del País Vasco norte, para los jóvenes, las personas mayores y los excluidos.* «Las mayores dificultades de acceso a la vivienda, las trombosis masivas en las trayectorias residenciales afectan, en primer lugar, a los jóvenes y a las personas mayores. Unas medidas específicas deberán ser tomadas a favor de estos [colectivos]» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 66).
- *Asegurar la accesibilidad de todos los públicos a la vivienda, articulando viviendas permanentes y viviendas estacionales.* «Esta orientación alude a [un] hecho [característico] de la situación



vasca: la prevalencia del hábitat estacional. Sugiere considerar la búsqueda de una mejor articulación entre funciones estacionales y permanentes como hilo conductor de la acción pública. En ese sentido, invita a poner en coherencia los instrumentos de la acción pública (parrillas de financiación/reglamentaciones diversas) en torno a esta cuestión» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 66).

- *Favorecer la diversidad del hábitat en el seno y entre las ciudades de la aglomeración del BAB.* «Frente a la tendencia observada a la especialización social creciente de los territorios, la búsqueda de la diversidad se impone cada vez más. Esta orientación invita a poner en marcha unos instrumentos de planificación y de programación a escala de las Aglomeraciones y a suscitar la concertación entre actores de los mercados del hábitat» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 67).
- *Garantizar el control y la coherencia de la oferta terrenal en materia de hábitat, a escala del País Vasco norte y en función de las zonas de hábitat.* «La cuestión terrenal constituye una palanca [esencial] para regular los mercados del hábitat, sobre el conjunto del [territorio]. Tratar esta cuestión necesita dos tipos de intervenciones: una acción vigorosa de planificación espacial y la puesta en marcha de un eventual instrumento de [gestión] terrenal [de] tipo Establecimiento Público Terrenal» (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996: 67).

2. El hábitat en País Vasco 2020

Una década después, tras la implementación del Convenio Específico del País Vasco 2001-2006 que no dedica ningún apartado propio a la vivienda (Convention Spécifique Pays Basque, 2000), el Consejo de Desarrollo aprueba un nuevo proyecto de territorio denominado País Vasco 2020. Este proyecto de territorio, que tiene como ambición principal promover el desarrollo sostenible, concretar la reciprocidad territorial y desarrollar una cooperación transfronteriza ambiciosa, tiene en cuenta los avances realizados en materia de urbanismo y de hábitat. En concreto, menciona la puesta en marcha de instrumentos de planificación, tales como el Esquema de Coherencia Territorial (10) (SCOT), el Plan de Des-

(10) El Esquema de Coherencia Territorial (SCOT) es el «instrumento de concepción e implementación de una planificación estratégica intermunicipal, a escala de un cuenca de vida o de una área urbana, en el marco de un proyecto de ordenación y desarrollo sostenibles» (Ministère de la Cohésion des Territoires et des Relations avec les Collectivités Territoriales, 2020b). Dichos Esquemas «son unos documentos de planificación estratégica a largo plazo (alrededor de



plazamientos Urbanos (PDU) o el Plan Local del Hábitat; la implementación de operaciones programadas para la mejora del hábitat sobre el conjunto del País Vasco norte; las delegaciones a la ayuda a la piedra al Consejo General de los Pirineos-Atlánticos y a la Comunidad de Aglomeración del BAB; o, la puesta en marcha del Plan Urgencia Vivienda (PUV) que supone la construcción de 2.000 viviendas sociales (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 13).

País Vasco 2020 actualiza el diagnóstico realizado por la Prospectiva País Vasco 2010, teniendo en cuenta los cambios acontecidos en una década, aunque numerosos problemas persistan. En concreto, se incide en tres aspectos esenciales.

Por una parte, los autores subrayan la persistencia de fuertes tensiones en el mercado terrenal e inmobiliario. En efecto, «paralelamente al fenómeno del crecimiento urbano (...), el sobreconsumo terrenal en [Iparralde] se ha incrementado a lo largo de la década. [Así, la mitad de las] casas individuales ocupa (...) más de 1.700 m²» cada una (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51). En ese sentido, la crisis de la vivienda afecta especialmente a este territorio. Resulta de causas, a la vez, numerosas y complejas, entre las cuales figuran «una oferta inadecuada a las necesidades, [con la] disminución del tamaño de los hogares, [el] celibato prolongado, [el] aumento del divorcio, [los] fenómenos de cohabitación, [la] mono-parentalidad, [el] alargamiento de la [esperanza] de vida», etc. (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51). A todo ello se añade «un retraso en la producción de vivienda social, un acceso a la propiedad difícil y unas trayectorias residenciales [obstaculizadas], una movilidad profesional superior [y] unas inversiones especulativas» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51). Ese fuerte incremento de los precios afecta asimismo al País Vasco interior y representa «un freno económico para la mayoría de la población, en particular para los jóvenes y los más desfavorecidos» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51).

Por otra parte, se ponen de manifiesto las consecuencias del urbanismo extensivo sobre el saneamiento y los residuos. «El desarrollo del saneamiento individual está directamente vinculado a la dispersión del hábitat. No obstante, la toma en consideración de los impactos medioambientales (...) invita a limitar fuertemente ese modelo, tanto

20 años) creados por la ley Solidaridad y Renovación Urbana (SRU) en diciembre de 2000, cuyo perímetro y contenido han sido revisados por la ordenanza del 17 de junio de 2020, a fin de adecuarlos a los retos contemporáneos. [El Esquema] está destinado a servir de marco de referencia a las diferentes políticas sectoriales, especialmente aquellas centradas en las cuestiones de organización del espacio y de urbanismo, de hábitat, de movilidad, de ordenación comercial, de medio ambiente» (Ministère de la Cohésion des Territoires et des Relations avec les Collectivités Territoriales, 2020b).



en la elección de los terrenos [destinados] a la construcción como en el tipo de inversiones realizadas. La producción de residuos domésticos [en] el País Vasco [norte] era de 140 toneladas en 2002 [y] podría alcanzar 170 toneladas en 2025. La gestión de los residuos necesita disponer de infraestructuras eficientes, cuya localización puede suscitar unos fenómenos de rechazo. Los esfuerzos colectivos deben ser continuados en ese ámbito así como en el de la prevención y de la recogida selectiva, para actuar lo antes posible» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51).

Por último, los autores inciden en el impacto del crecimiento urbano sobre la saturación vial. De hecho, «el tráfico automovilístico se ha desarrollado considerablemente [durante los quince años precedentes]. Las entradas y el paso por la aglomeración del BAB [generan] saturaciones cada vez más largas y [frecuentes], que se acentúan en periodo estival. [La autopista] A63, que juega históricamente un rol de circunvalación, acoge tanto a los flujos de tránsito como a los desplazamientos locales (...). Además, las migraciones domicilio-trabajo han progresado fuertemente, como lo atestiguan los 20.000 vehículos [computados] cada día entre Kanbo/Uztaritze y Baiona» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51). Estas evoluciones se explican también por «las lógicas de urbanización dispersa, las dinámicas económicas y sociales, (...) y el escaso uso del transporte público, cuya oferta aparece inadecuada» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 51).

Sobre la base de ese diagnóstico, los promotores de País Vasco 2020 proponen la implementación de un programa relativo al hábitat. Así, el programa nº14 pretende reforzar la política de vivienda. En efecto, «los trabajos de País Vasco 2020 han hecho aparecer cuatro prioridades: la producción de vivienda, la accesibilidad a la vivienda de [carácter] social, la revisión de los dispositivos de alojamiento de urgencias y de inserción social, (...) y el hábitat social» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 69). En concreto, es cuestión de «anticipar las necesidades y de proseguir una dinámica de producción de vivienda; poner en coherencia las políticas de hábitat; facilitar el acceso de los jóvenes a la vivienda a través de unos dispositivos adecuados; [revalorizar] las ayudas a las personas y a los operarios sociales, para tener en cuenta la evolución de los precios; reforzar los medios a favor del alojamiento de urgencias, de las acciones de realojo de los más desfavorecidos [y] del acceso a la vivienda autónoma; [y], apoyar las iniciativas sobre el hábitat a promover [en el futuro en Iparralde, tales como las] nuevas formas de hábitat y de modos de vida, [la] reducción del gasto energético, [la] eco-concepción/construcción, etc.» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007: 69).



V. La vivienda en los Contratos Territoriales

Sobre la base de estos proyectos de territorio, los actores políticos proceden a sendas negociaciones que desembocan en la contractualización(11) y posterior implementación de la mayoría de las medidas propuestas en los Contratos Territoriales sucesivos.

1. La vivienda en el Contrato Territorial 2007-2013

El 8 de septiembre de 2008 se ratifica el Contrato Territorial del País Vasco para el periodo 2007-2013. Reconocido Agenda 21 desde 2007, consta de 71 operaciones, elaboradas a partir de los 34 programas de País Vasco 2020, para un coste total de 340 millones de euros. El segundo eje, titulado «Construir un País Vasco [norte] equilibrado, armonioso y solidario», aspira, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, su carácter atractivo y su modo de urbanización, a «controlar y gestionar sus espacios, [así como a] poner en coherencia el desarrollo urbano, el reparto de las zonas de actividad y de hábitat, la oferta de vivienda», etc. (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 5). Uno de sus objetivos consiste en «anticipar y controlar el urbanismo y la ordenación del territorio» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 5).

Efectivamente, «el aumento de la población, especialmente en la zona retro-litoral, hace pesar sobre los municipios [muchas] responsabilidades. La función residencial entra en conflicto con la función agrícola y, más ampliamente, con la función económica. La expansión urbana y la dispersión del hábitat prosiguen, mientras que todo invita a densificar de nuevo el urbanismo para controlar el dominio terrenal y la movilidad. La oferta de vivienda todavía no responde a la demanda social ni a las exigencias de un hábitat más ecológico» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 5). Es cuestión de llevar a cabo una ordenación «dura, controlada y solidaria» del territorio. El objetivo consiste en «organizar las relaciones entre los diferentes territorios, determinar unos modos de urbanización coherentes, preservar los espacios agrícolas y naturales, construir un territorio en red que tenga en cuenta los nuevos modos de vida de sus habitantes. Se trata de pensar el País Vasco [norte del futuro] y de generalizar los enfoques de planificación concertada» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 5).

(11) La contractualización alude al acuerdo alcanzado entre varias instituciones para la implementación de medidas concretas en materia de vivienda. Para cada acción, se precisan los obradores públicos, las direcciones de obras, las entidades financiadoras y los plazos de ejecución.



Así, el programa nº14 pretende reforzar la política de vivienda a través de tres acciones.

- En primer lugar, *poniendo en marcha una conferencia territorial del hábitat*. En efecto, «la capacidad de [las administraciones públicas] para declinar una oferta de viviendas [y] de terrenos condiciona en parte el desarrollo armonioso y duradero del territorio. No existe [hasta entonces] una política territorial del hábitat o, al menos, una visión suficientemente concertada tanto de los actores [de la sociedad civil organizada] como de los electos, abarcando escalas diferentes» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 22). Es la razón por la cual, parece necesario, no solamente mejorar la anticipación de las necesidades venideras en materia de vivienda, sino también determinar unas acciones públicas concertadas a favor del hábitat. Por lo cual, el objetivo consiste en «estructurar la colaboración para definir las políticas de hábitat a escala del País Vasco norte, a través de una Conferencia Territorial del Hábitat que funcione a dos niveles: un nivel de concertación y de estudio para anticipar las necesidades y apoyar la decisión pública en estas políticas, y un nivel político, con una Conferencia de los decisores (...) para diseñar una estrategia territorial, poner en coherencia las políticas de hábitat y optimizar las inversiones públicas» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23). La dirección está asumida por todas las administraciones públicas a las que se añade el Consejo de Electos del País Vasco, mientras que la ejecución de obra es realizada por la Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23).
- En segundo lugar, *reforzando la ingeniería para apoyar las políticas de producción y de acceso a la vivienda*. «Frente a la crisis terrenal e inmobiliaria en el País Vasco [norte] y la penuria de viviendas sociales, la ingeniería del Plan Urgencia Vivienda, desarrollada [entre] 2005 y 2008, como apoyo a los proyectos de las [administraciones] locales y de los operarios, ha resultado benéfica» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23). Pero, queda mucho camino por recorrer. «Se trata de hacer evolucionar el dispositivo (...) hacia una estructuración colaborativa reforzada, sobre un perímetro ampliado a [todo Iparralde], para actuar a varios niveles: [por una parte], proseguir el esfuerzo de producción de viviendas locativas a vocación social, a un ritmo al menos igual al del [Plan anterior; y, por otra parte], favorecer el acceso de los jóvenes a la vivienda» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23). Concretamente, es cuestión de «ayudar al montaje de los proyectos de producción de viviendas (...) y facilitar el acceso



de los jóvenes y de los más desfavorecidos a la vivienda» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23). La dirección de obra es asumida por el Plan Urgencia Vivienda ampliado con un presupuesto de 710.000 euros (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23).

- En tercer lugar, *creando unas estructuras de alojamiento de urgencias de tipo hotel social*. «Primer eslabón de la cadena, el alojamiento de urgencias permite garantizar una acogida incondicional, es decir sin selectividad y de corta duración. El colectivo de asociaciones que obra en el ámbito de la precariedad en el País Vasco [norte] estima las necesidades en unas cincuenta plazas, [es decir el equivalente a] tres estructuras de alojamiento de urgencias. Un primer proyecto de hotel social está identificado en la aglomeración del BAB, para el cual un plan de financiación ha sido elaborado» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23). El objetivo de la acción consiste en «reforzar y dar seguridad a la capacidad de acogida y responder a la necesidad de alojamiento de urgencias» (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23). La dirección de obra es asumida por la Comunidad de Aglomeración del BAB para un coste estimado en 1.816.000 euros en lo relativo a la inversión (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2008: 23).

2. El hábitat en el Contrato Territorial 2015-2020

El 7 de noviembre de 2015, después de un largo periodo de elaboración y de negociación, las instituciones aprueban el Contrato Territorial del País Vasco 2015-2020 cuya financiación alcanza 300.636.055 euros (Conseil de Développement du Pays Basque, 2014). El octavo eje se refiere específicamente al hábitat, puesto que aspira a «reforzar la producción de viviendas adecuadas a las necesidades del territorio» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53).

Sus promotores parten de la constatación de que el País Vasco norte es un territorio atractivo, dado que no cesa de acoger nuevos habitantes. De media, 10.000 personas adicionales deciden residir en Iparralde cada tres años. Como consecuencia de ello, «las necesidades de vivienda no dejan de crecer, en un contexto de crisis terrenal e inmobiliaria, y deberían continuar progresando con arreglo a las (...) proyecciones demográficas y a las evoluciones societales» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53). Las administraciones locales parecen haberse concienciado de la «necesidad de [dar] unas respuestas adecuadas a las necesidades y a las problemáticas específicas del territorio» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53).



Las Aglomeraciones y el Departamento «han fuertemente contribuido a la producción de viviendas sociales vía, especialmente, el Plan Urgencia Vivienda, y han aportado un inicio de respuesta a la problemática específica del alojamiento de urgencias. El Estado ha contribuido igualmente, tanto a través de la financiación que le consagra como por mediación de la puesta en marcha de medidas incitativas o coactivas en dirección de las [administraciones territoriales], sometidas a unos objetivos cifrados» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53).

A pesar de los esfuerzos consentidos y de los avances realizados, los firmantes del Contrato Territorial estiman indispensable «proseguir los esfuerzos iniciados para permitir a todos los habitantes del territorio encontrar una vivienda adecuada a su situación. Así, se trata de llegar a definir una política del hábitat que responda, a la vez, a unos objetivos cuantitativos, pero también cualitativos: dinamizar de nuevo la producción de vivienda social; definir una estrategia terrenal; reinvertir el parque de viviendas existentes de manera voluntarista; reforzar los medios a favor del alojamiento de los más desfavorecidos» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53).

Con estos fines, la primera operación consiste en elaborar e implementar el tercer Plan Urgencia Vivienda durante el periodo 2015-2020. Es cuestión de «reforzar la ingeniería para apoyar las políticas de producción y de acceso a la vivienda, a través de la coordinación y la acción de los actores, y la elaboración de una estrategia terrenal» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53). De hecho, si el balance del segundo PUV, llevado a la práctica en 2005-2008 y en 2009-2013, es globalmente positivo, «la puesta en marcha del tercer Plan en un perímetro ampliado debe permitir acompañar las [administraciones locales], teniendo en cuenta la evolución de la problemática» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53). Así, tanto el Estado galo como el Departamento de los Pirineos-Atlánticos participan en la financiación, de un importe global de 660.000 euros, vía «la ayuda a la producción de viviendas; la coordinación de las políticas de las diferentes Mancomunidades; [y] la elaboración de una estrategia terrenal en [zonas bajo tensión]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2014: 53).

La segunda operación radica en la producción de viviendas locativas sociales bajo la dirección de obra de arrendadores sociales y de Ayuntamientos. En efecto, el Departamento les presta su ayuda «para la construcción de viviendas sociales en el marco de los Contratos Territoriales. La totalidad de las ayudas financieras y de los dispositivos de incitación a favor de la vivienda social aportados por el Estado, la Región, el Departamento y la Comunidad de Aglomeración del BAB», representan un importe consecuente. De hecho, la contribución del Departamento de los Pirineos-Atlánticos para la duración del Contrato Territorial es de 18.957.000 de euros.



VI. Los instrumentos de la política de vivienda

La implementación de estos Contratos Territoriales implica disponer de instrumentos adecuados, tales como la Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos y el Establecimiento Público Terrenal local del País Vasco.

1. La Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos

La Agencia de Urbanismo Atlántico y Pirineos, conocida bajo el acrónimo AUDAP, es una asociación reconocida por la ley del 1 de julio de 1901 (Légifrance, 2021i) y creada en 1998 bajo el impulso del Estado francés, del Departamento de los Pirineos-Atlánticos y de la Comunidad de Aglomeración Costa Vasca-Aturri. «Acompaña a las administraciones locales en la definición y la implementación de sus proyectos y de sus políticas públicas. La Agencia [lleva a cabo] unas reflexiones prospectivas, realiza unos diagnósticos y unos estudios temáticos, (...) y participa en la elaboración de los documentos de urbanismo y de planificación» (Audap, 2021a). Desde el 19 de octubre de 2020, la AUDAP está presidida por Jean-René Etchegaray, alcalde de Baiona y presidente de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco, y está dirigida, desde el mes de noviembre de 2018, por Denis Caniaux, urbanista (Audap, 2021a).

La Agencia tiene cinco misiones principales:

1. Seguir las evoluciones urbanas y llevar a cabo una observación territorial.
2. Participar en la definición de las políticas de ordenación y desarrollo, y en la elaboración de los documentos de urbanismo y de planificación asociados.
3. Preparar los proyectos de aglomeración metropolitanos y territoriales, con una preocupación por un enfoque integrado y de armonización de las políticas públicas.
4. Contribuir a difundir la innovación, las perspectivas y los instrumentos del desarrollo territorial sostenible y de la calidad paisajística y urbana.
5. Acompañar las cooperaciones transfronterizas y las cooperaciones descentralizadas vinculadas a las estrategias urbanas (Audap, 2021a).

A fin de contribuir a la elaboración de una política de vivienda conforme a las realidades y a las expectativas del territorio, en primer lugar, la AUDAP «identifica los retos futuros, a través de la recogida y el análisis de datos. Lleva a cabo una observación constante en su territorio de intervención para revelar sus dinámicas, alimentar los trabajos de la Agen-



cia e informar, de la mejor manera posible, los decisores y sus servicios» (Audap, 2021a). En segundo lugar, esta Agencia de Urbanismo ofrece una expertise multidisciplinar, puesto que «aporta un punto de vista pluritemático, sobre lo que son o serán los territorios y las prácticas de los habitantes, para ayudar a las administraciones [locales] a construir unas estrategias territoriales y unas políticas públicas pertinentes» (Audap, 2021a). En tercer lugar, la AUDAP «explora unos temas de futuro, busca unas experiencias significativas y propone unas conferencias, situando el concepto de urbanismo sostenible y los retos medioambientales, climáticos y energéticas en el corazón de sus reflexiones» (Audap, 2021a). Y, en cuarto lugar, recurre a «métodos de cooperación, puesta en común y animación innovadores inspirados en el *design*» (Audap, 2021a).

Lejos de ser una Agencia aislada, la AUDAP forma parte de «la Federación Nacional de las Agencias de Urbanismo (FNAU) que agrupa a 50 agencias y reúne a 1.500 profesionales del urbanismo» (Audap, 2021a). Trabaja en red y en buena inteligencia con las demás agencias de urbanismo, entre las cuales figuran la del Gran Suroeste y la del Macizo Central, para «capitalizar sus saberes, compartir sus experiencias y movilizarse sobre proyectos colectivos» (Audap, 2021a).

En cuanto a su territorio de intervención, este no ha parado de evolucionar a lo largo del tiempo. Cubre, hoy en día, «el conjunto del Departamento de los Pirineos-Atlánticos, [del que forma parte el País Vasco norte], y una parte del Sur de las Landas» (Audap, 2021a).

Entre sus miembros de derecho se encuentran las instituciones de los diferentes niveles político-administrativos, tales como el Estado representado por la Dirección Departamental de los Territorios y del Mar de los Pirineos-Atlánticos, la Región Nueva Aquitania, el Consejo Departamental de los Pirineos-Atlánticos, la Comunidad de Aglomeración del País Vasco y la Comunidad de Aglomeración de Pau-Bearn-Pirineos (Audap, 2021b). Se le añaden unos miembros activos constituidos por las diferentes comunidades de municipios, la comunidad de aglomeración restante y los sindicatos mixtos. Por último, las diversas agencias, entre las cuales las del hábitat, del equipamiento y del empleo, son igualmente miembros; sin olvidar los demás socios, tales como las agencias del agua y del medio ambiente, y los establecimientos públicos terrenales (Audap, 2021b).

La AUDAP se ha dotado de un programa de actividad que constituye su marco de intervención en torno a unas interrogaciones convergentes de sus miembros y a sus proyectos compartidos (Audap, 2021c). «Aprobado cada año por la Asamblea General, constituye la expresión de la voluntad de los miembros de la Agencia de Urbanismo de trabajar juntos sobre ciertos temas» (Audap, 2021c). Así, el 21 de junio de 2020, «en la Asamblea General Extraordinaria, los miembros de la AUDAP han aprobado su Contrato-Proyecto 2020/2025. Así, la Agencia se ha dotado de



una hoja de ruta para los próximos seis años, para participar en la construcción del porvenir [del territorio], en el diálogo y el intercambio» (Audap, 2021c).

2. El EPTL País Vasco

El Establecimiento Público Terrenal Local, o EPTL País Vasco, es un Establecimiento Público de Carácter Industrial y Comercial creado en diciembre de 2005 por orden prefectoral en conformidad con los artículos L.324-1 y L.324-2 del Código de Urbanismo (Légifrance, 2021i). No en vano, solo se convierte en operativo a partir de junio de 2006. Se trata de una «estructura autónoma que tiene como misión aportar a sus afiliados una ayuda jurídica, técnica y financiera para cualquier problema terrenal vinculado con la ordenación [del] territorio» (EPFL Pays Basque, 2021a). Cubriendo la integralidad del País Vasco norte desde 2012, el EPTL es un instrumento al servicio de las administraciones territoriales y de sus políticas públicas (EPFL Pays Basque, 2021a).

A fin de «anticipar las mutaciones terrenales a las cuales [se enfrenta Iparralde], el EPTL acompaña el conjunto de las administraciones [locales] que lo desean en la definición y la puesta en marcha de sus estrategias terrenales» (EPFL Pays Basque, 2021a). No obstante, «el EPTL País Vasco no es ni un proveedor de servicios, ni un banco, y sus misiones cubren los ámbitos de la asesoría operativa, la negociación terrenal, la adquisición y [la gestión] de los bienes (...), y, por último, la gestión dinámica de los bienes por la cuenta de las administraciones locales» (EPFL Pays Basque, 2021a).

De hecho, el EPTL se constituye a mediados de los años 2000 para responder a los desafíos que representa la situación terrenal del territorio que es susceptible, a término, de «cuestionar los equilibrios sociales, económicos y culturales del País Vasco [norte]» (EPFL Pays Basque, 2021a). Efectivamente, «en un contexto de consumo de los espacios naturales y agrícolas anárquico y creciente, de penuria de terrenos para la construcción de programas de viviendas asequibles y de codicia exacerbada por parte de ciertos actores privados, el EPTL País Vasco [tiene] la misión de regular los mercados terrenales e inmobiliarios a fin de permitir al conjunto de las administraciones locales implementar sus proyectos de territorio [respectivos]» (EPFL Pays Basque, 2021a).

Para llevar a cabo su tarea, «las intervenciones terrenales del EPTL se inscriben en el marco del Programa Plurianual de Intervención (PPI), documento estratégico que define las temáticas prioritarias, las orientaciones a seguir durante los periodos quinquenales así como los medios a movilizar» (EPFL Pays Basque, 2021a). Por lo cual, «el respeto de los prin-



cipios planteados por el PPI y por el reglamento de intervención del EPTL es (...) esencial para garantizar al territorio los equilibrios sociales y espaciales esperados» (EPFL Pays Basque, 2021a). Por consiguiente, las administraciones territoriales de Iparralde solicitan el EPTL «para unas intervenciones que privilegian el interés general y que contribuyen a aportar una verdadera plusvalía a sus proyectos de desarrollo» (EPFL Pays Basque, 2021a). A través del EPTL, los poderes públicos locales intentan elaborar y, luego, poner en marcha «una política terrenal ecónoma, racional y sostenible» (EPFL Pays Basque, 2021a).

Esta política terrenal se articula en torno a dos ejes.

- Por una parte, la integración de los diferentes tiempos de la acción terrenal. Esto significa que «la acción terrenal debe contemplarse, a la vez, a corto plazo para favorecer la [realización] de los proyectos de las administraciones, pero también a medio y largo plazo para sanear, corregir y reequilibrar los mercados terrenales» (EPFL Pays Basque, 2021a). Por lo tanto, la acción terrenal debe integrar «estas diferentes temporalidades contemplando, especialmente, la constitución de reservas terrenales a largo plazo [susceptibles] de garantizar la perennidad de las políticas públicas» (EPFL Pays Basque, 2021a).
- Por otra parte, la reciprocidad territorial. De hecho, «si la presión terrenal se ejerce en mayor medida en el litoral vasco en comparación con el interior, todas las administraciones locales se enfrentan a unas dificultades a las cuales el EPTL debe responder» (EPFL Pays Basque, 2021a). En efecto, «los retos vinculados al acceso a la vivienda del mayor número de personas, a la preservación de las tierras agrícolas, al desarrollo de una oferta económica y de servicios, o al envejecimiento de la población están presentes en todo el territorio y el EPTL debe aportar unas soluciones adecuadas a los diferentes contextos en los cuales se plantean» (EPFL Pays Basque, 2021a).

Sobre la base de estos principios, «el EPTL País Vasco articula el conjunto de sus intervenciones en torno a tres polos operativos y un polo administrativo y financiero que declinan el ejercicio de sus misiones, [de la fase previa a la fase posterior], de la animación territorial y de la difusión de una cultura terrenal pública, a la preparación y al inicio de las adquisiciones, a la gestión dinámica y a la retrocesión de bienes gestionados» (EPFL Pays Basque, 2021b). El principio operativo que el EPTL desea institucionalizar es el de la firma de convenios «con las administraciones [territoriales], tanto a nivel de los objetivos y de los medios a movilizar como al de las condiciones de gestión y de retrocesión de los bienes adquiridos» (EPFL Pays Basque, 2021b). Simultáneamente, el Estableci-



miento Público busca, cuando es posible, «favorecer unas colaboraciones operativas con los actores del territorio que obran igualmente en la búsqueda de los equilibrios socio-económicos y medioambientales que hacen la identidad del País Vasco» (EPFL Pays Basque, 2021b).

El polo asesoramiento, estudios y desarrollo, propone acompañar los poderes públicos locales «en sus reflexiones relativas a la planificación, en la puesta en marcha de los instrumentos terrenales específicos (...), o ayuda aquellas que lo desean a definir su proyecto, a precisar los elementos de programación, a [fijar] un perímetro de intervención, una duración operativa para la dimensión terrenal así como un análisis financiero» (EPFL Pays Basque, 2021b). Además, ese polo lleva a cabo «las reflexiones y los estudios que permiten al EPTL País Vasco aportar las innovaciones o las mejoras indispensables a las políticas terrenales públicas» (EPFL Pays Basque, 2021b).

Por su parte, el polo negociaciones y adquisiciones terrenales «lleva a cabo un conjunto de acciones y de procedimientos que permiten adquirir [los terrenos] necesarios a la concretización de los proyectos [impulsados] por las administraciones locales. Es el garante del control de los precios de los terrenos y su acción debe permitir regular duraderamente los mercados en beneficio del mayor número de personas» (EPFL Pays Basque, 2021b). A corto y medio plazo, su misión resulta determinante para el territorio, «non solamente por su eficacia, sino también por su alcance pedagógico ante los electos» (EPFL Pays Basque, 2021b).

Por último, el polo gestión del patrimonio realiza «el seguimiento del conjunto de los bienes de los que el EPTL País Vasco es propietario durante el periodo de gestión», en el marco de los convenios firmados con las administraciones territoriales (EPFL Pays Basque, 2021b). Más allá «de las actividades de gestión clásicas y de mantenimiento de los bienes gestionados, el polo desarrolla una acción dinámica procurando, especialmente, favorecer la ocupación temporal de los terrenos, de las viviendas y de los locales adquiridos, o realojar a sus ocupantes en las mejores condiciones» (EPFL Pays Basque, 2021b). Para optimizar la eficacia de sus intervenciones y para mejorar su respuesta a su rol de actor público, el EPTL País Vasco firma convenios puntuales con los diferentes organismos, entre los cuales se encuentra la SAFER (EPFL Pays Basque, 2021b). Asimismo, ese polo asume «la dirección de obra de las obras de los bienes adquiridos así como de ciertas obras de adecuación a las normas de habitabilidad cuando las viviendas pueden ser arrendadas en unas condiciones decentes» (EPFL Pays Basque, 2021b). Por último, dicho polo «puede ser llevado a proceder a la demolición de ciertos bienes en el marco de las operaciones de renovación urbana, e incluso a su descontaminación [si fuera necesario]» (EPFL Pays Basque, 2021b). El principio de gestión consiste en «preparar la futura intervención de la administración



local antes de la retrocesión final de los bienes concernidos» (EPFL Pays Basque, 2021b).

A nivel financiero, «más allá de una ayuda inicial concedida por el Consejo General de los Pirineos-Atlánticos (tres millones de euros en 2006) y por el Consejo Regional de Aquitania (tres millones de euros entre 2007 y 2012), el EPTL País Vasco se beneficia de los recursos financieros siguientes. Por una parte, el impuesto especial de equipamiento (EPFL Pays Basque, 2021c). «Se trata de un impuesto adicional a las cuatro contribuciones directas locales (...). Su importe es fijado cada año por la Asamblea General del EPTL a propuesta del Consejo de Administración» (EPFL Pays Basque, 2021c). Por otra parte, el préstamo. «Constituye la parte mayoritaria de la financiación del EPTL en fase de crecimiento. Su parte se reducirá mecánicamente con el aumento del producto de las retrocesiones anuales, que alimenta los fondos propios del establecimiento» (EPFL Pays Basque, 2021c).

VII. Conclusión

En definitiva, en el marco normativo y reglamentario del Estado francés, los actores institucionales y socioeconómicos del País Vasco norte se han concienciado a partir de inicios de los años noventa sobre las especificidades de la problemática de la vivienda en el territorio (en un contexto de fuerte incremento de la población y de escasez de viviendas) y sobre la necesidad de concebir y posteriormente implementar una política de vivienda propia. En ese sentido, la Prospectiva País Vasco 2010 ha supuesto un punto de inflexión, en la medida en que la realización del diagnóstico pormenorizado de la situación ha supuesto una toma de conciencia de los actores locales. Sobre la base de ese examen exhaustivo, los actores concernidos han elaborado sendos proyectos de territorio, en 1997 y en 2007 respectivamente, que, tras largos periodos de negociaciones, han desembocado en contractualizaciones, en el seno de los Contratos Territoriales del País Vasco sucesivos. Se han dotado, para ello, de instrumentos adecuados.

No obstante, a pesar de los avances realizados, los actores implicados son conscientes de que queda mucho camino por recorrer, lo que ha llevado el Consejo de Desarrollo del País Vasco norte a lanzar un llamamiento a la movilización colectiva para salir de la crisis de la vivienda en el territorio (Conseil de Développement du Pays Basque, 2021). El organismo consultivo recuerda que 130 actores de la sociedad civil, todos miembros de dicho Consejo, se han reunido para debatir «sobre el hábitat en [Iparralde. Ese] debate ha permitido [analizar] la situación de la vivienda y las dificultades encontradas por miles de habitantes en [ese]



territorio. El conjunto de los participantes ha [subrayado] la magnitud de la crisis cuya resorción necesitará mucho tiempo y mucha ambición» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2021). Se han extraído varias conclusiones de ese debate:

- «la demanda de vivienda proviene mayoritariamente de aquellos que ya viven en el País Vasco norte (ampliación de las familias, jóvenes que abandonan el hogar familiar, abandono del hogar conyugal, etc.);
- la mayoría de los habitantes en búsqueda de vivienda se enfrenta, bien a una oferta insuficiente de viviendas sociales (...), bien a un mercado de la vivienda cuyos precios son cada vez más inaccesibles;
- los promotores privados, que producen más de la mitad de las viviendas sociales, compran unos terrenos a un precio elevado y repercuten ese coste en las demás viviendas (...);
- la construcción nueva no tiene [un impacto relevante] sobre el nivel de especulación actual (...), dado que el hábitat ya existente constituye la mayor parte del mercado;
- por lo tanto, es toda la cadena de la vivienda que conviene, a la vez, acompañar y regular, [de modo que] la potencia pública deba acompañar la acción de los operarios HLM para producir [una mayor cantidad] de viviendas sociales [y] deba también velar por la condiciones de producción en el sector mercantil;
- las [administraciones territoriales] deben favorecer una diversidad de ofertas gracias a una diversidad de inversores: de [las viviendas] muy sociales a las viviendas asequibles para las rentas medias, [pasando por] las viviendas adecuadas a unos colectivos muy específicos (jóvenes, personas mayores, discapacitados, etc.);
- producir no significa necesariamente construir, [puesto que es], cada vez más, renovar, agrandar, compartir viviendas (...);
- el conjunto de las administraciones públicas debe concentrar sus esfuerzos en el control terrenal, [lo que implica] comprar terrenos, guardarlos, ordenarlos para facilitar la producción de viviendas a precios asequibles, etc.; [siendo consciente de que] el País Vasco [norte] tiene un retraso histórico en esta práctica de la ordenación pública, principal solución para salir, a término, de la saturación y de la especulación actuales;
- la situación de la vivienda conduce el [territorio] a repensar su manera de habitar, de compartir [y] de transmitir su patrimonio; [así como] a superar la lógica clásica de la propiedad disociando, por ejemplo, la propiedad del terreno de aquella de la vivienda (...);
- esta revolución cultural debe también integrar sistemáticamente la necesidad de diversidad social y de cohesión territorial, de cohe-



rencia con el patrimonio cultural del territorio, y, por último, de adecuación al cambio climático; [sabiendo que una mutación de ese tipo implica] reducir la artificialización del suelo, devolver su lugar a la naturaleza (...), repensar la casa vasca y el hábitat colectivo, vincular cualquier oferta de vivienda con una oferta de transporte [público], etc.» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2021).

Sobre la base de ese diagnóstico, el Consejo de Desarrollo del País Vasco norte «invita electos y actores de la sociedad civil [organizada] a movilizarse colectivamente para encontrar conjuntamente unas soluciones a las dificultades que se han incrementado en los últimos meses [marcados por la pandemia del coronavirus] en el mercado de la vivienda» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2021). De cara a aportar su contribución a ese debate, el CDPV formula una serie de consideraciones y de propuestas:

- «el perímetro de los 158 municipios [de Iparralde] es la buena escala para repensar el hábitat e inventar una nueva política de la vivienda en el País Vasco [norte];
- los programas de construcción de vivienda social deben ser acelerados y amplificados a fin de responder a las necesidades urgentes;
- los equilibrios deben ser encontrados en la vivienda abordable, entre el alquiler y el acceso a la propiedad;
- la disociación del terreno y de la vivienda debe ser fomentada (...);
- fijar unos objetivos de producción de vivienda (...) no es suficiente para la elaboración de una política global del hábitat;
- una política del hábitat debe concretarse en los documentos de urbanismo por unas reglas claras y coactivas;
- los próximos Planos Locales de Urbanismo y el futuro Esquema de Coherencia Territorial serán los instrumentos fundamentales de esta concretización;
- se espera de las [administraciones locales] una política pública fuerte para constituir unas reservas terrenales y realizar unas zonas de ordenación pública;
- una política global del hábitat debe estar adosada a un proyecto de desarrollo y de ordenación del territorio (...) que alíe vivienda, actividad económica y movilidad, en una [visión] coordinada que tenga en cuenta el conjunto del territorio;
- un reequilibrio es necesario entre los diferentes territorios, entre unas zonas demasiado tensionadas (...) y otras que podrían contemplar un nuevo desarrollo (...) de empresas y de empleo, de equipamientos y de servicios, y de acogida de nuevos habitantes» (Conseil de Développement du Pays Basque, 2021).



Estas propuestas, que emanan de la sociedad civil organizada, son de naturaleza a enriquecer el debate y a mejorar la política de vivienda propia del territorio.

VIII. Bibliografía

- AUDAP (2021a): *Présentation de l'AUDAP*. https://www.audap.org/?L_Agence-Presentation
- AUDAP (2021b): *Territoire(s) d'intervention*. https://www.audap.org/?L_Agence-Territoire_-_s_-_d_intervention
- AUDAP (2021c): *Programme Partenarial d'Activité*. https://www.audap.org/?L_Agence-Programme_Partenarial_d_activites
- BIDART, P. (1975): «La question foncière et tourisme dans un village», *Bulletin du Musée Basque*, nº69.
- CEREMA (2021a): *Le programme local de l'habitat (PLH)*. <http://outil2amenagement.cerema.fr/le-programme-local-de-l-habitat-plh-r664.html>
- CEREMA (2021b): *La zone d'aménagement différé (ZAD)*. <http://outil2amenagement.cerema.fr/la-zone-d-amenagement-differe-zad-r339.html>
- CEREMA (2021c): *La zone d'aménagement concerté (ZAC)*. <http://outil2amenagement.cerema.fr/la-zone-d-amenagement-concerte-zac-r311.html>
- CLUB DE PROSPECTIVE PAYS BASQUE 2010 (1993): *Diagnostic*. Baiona, diciembre de 1993. http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/1993_PB2010_1_Diagnos.pdf
- CLUB DE PROSPECTIVE PAYS BASQUE 2010 (1994): *Le Pays Basque en perspective*. Baiona, junio de 1994. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/synthese2010.pdf>
- CONSEIL DE DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (1996): *Schéma d'Aménagement et de Développement du Pays Basque*. Baiona, octubre de 1996. <http://www.lurraldea.net/uploads/media/schema.pdf>
- CONSEIL DE DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2007): *Pays Basque 2020*. <http://www.lurraldea.net/fr/pays-basque-territoire-de-projet/telecharger-le-rapport-pays-basque-2020-euskal-herria-2020-txostena-jeisteko.html>
- CONSEIL DE DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2021): *Appel à une mobilisation collective pour sortir de la crise du logement au Pays Basque*. Comunicado del 5 de abril de 2021. https://societecivile-paysbasque.com/wp-content/uploads/2021/04/CDPB_communique_habitat_050421.pdf
- CONTRAT TERRITORIAL PAYS BASQUE 2007-2013. Baiona, 8 de septiembre de 2008. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/documents/Contrat%20territorial-fr.pdf>
- CONTRAT TERRITORIAL PAYS BASQUE 2015-2020. Baiona, 7 de noviembre de 2014. http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/avis_cdpb/CTPB%202015-2020DVavecTABLEAU%20.pdf



- CONVENTION SPECIFIQUE PAYS BASQUE 2001-2006. Baiona, diciembre de 2000. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/conv-spedec01.pdf>
- COUR DES COMPTES (2016): *Les aides de l'État à l'accession à la propriété*, noviembre de 2016.
- COUR DES COMPTES (2017): *Le logement social face au défi de l'accueil des publics modestes et défavorisés*, febrero de 2017.
- DRIAN, J-C. (2015): *Les politiques du logement en France*. Paris: La Documentation française, 2015.
- ETABLISSEMENT PUBLIC FONCIER LOCAL (2021a): *EPFL Pays Basque*. <https://www.epfl-pb.fr/etablissement/lepfl-coup-doeil/>
- ETABLISSEMENT PUBLIC FONCIER LOCAL (2021b): *Que faisons-nous?* <https://www.epfl-pb.fr/etablissement/organisation-epfl/que-faisons-nous/>
- ETABLISSEMENT PUBLIC FONCIER LOCAL (2021c): *Pour aller plus loin*. <https://www.epfl-pb.fr/etablissement/pour-aller-plus-loin/>
- FEDERATION EHS (2021): *Entreprises Sociales pour l'Habitat*. <https://www.esh.fr/les-esh/>
- FEDERATION OPH (2021): *Offices Publics de l'Habitat*. <https://www.foph.fr/oph/Les-Offices-Documents/>
- INSEE (2018): «Le parc de logements en France au 1er janvier 2018», *Insee Focus*, octubre de 2018.
- INSEE (2021): «Intercommunalité-Métropole de la Communauté du Pays Basque», *Insee*, 21 de abril de 2021. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2011101?geo=EPCI-200067106>
- IRASTORZA, M. (2021): «Le Pays Basque compte 22.622 habitants de plus que l'an dernier», *Mediabask*, 1 de febrero de 2021. https://www.mediabask.eus/es/info_mbsk/20210201/le-pays-basque-compte-22-622-habitants-de-plus-que-l-an-dernier
- LEGIFRANCE (2021a): *Loi n.º 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000691739/>
- LEGIFRANCE (2021b): *Loi n.º 83-1119 du 23 décembre 1983 relative aux mesures pouvant être prises en cas d'atteinte aux intérêts maritimes et commerciaux de la France*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000319976/>
- LEGIFRANCE (2021c): *Loi n.º 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n.º 86-1290 du 23 décembre 1986*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000509310/>
- LEGIFRANCE (2021e): *Loi n.º 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000320197/>
- LEGIFRANCE (2021f): *Loi n.º 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000159413/>



- LEGIFRANCE (2021g): *Loi n.º 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000317531/>
- LEGIFRANCE (2021h): *Loi n.º 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne*. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000317293/>
- MINISTERE DE LA COHESION DES TERRITOIRES ET DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITES TERRITORIALES (2020a): *Démarche et outils pour élaborer un Plan Local d'Urbanisme (PLU) et un PLUi*. <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/demarche-et-outils-pour-elaborer-un-plan-local-durbanisme-plu-et-un-plui>
- MINISTERE DE LA COHESION DES TERRITOIRES ET DES RELATIONS AVEC LES COLLECTIVITES TERRITORIALES (2020b): *SCOT*. <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/le-scot-un-projet-strategique-partage-pour-lamenagement-dun-territoire>
- SERVICE PUBLIC (2020): *Droit au logement opposable (Dalo): faire valoir son droit à un logement*. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F18005>
- SERVICE PUBLIC (2021a): *Quelle aide apporte le fonds de solidarité pour le logement (FSL)?* <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1334>
- SERVICE PUBLIC (2021b): *Droit de préemption urbain (DPU)*. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N21886#:~:text=Le%20propri%C3%A9taire%20d'un%20bien,du%20bien%20%C3%A0%20cette%20collectivit%C3%A9.>
- UNIVERSALIS (2021b): *Caisse des Dépôts et Consignations*. <https://www.universalis.fr/encyclopedie/caisse-des-depots-et-consignations/>
- URTEAGA, E. (2010): «La política de vivienda en Francia», *Servicios Sociales y Política Social*, núm. 89, pp.131-146.
- URTEAGA, E. (2012): «Intervención pública y crisis de la vivienda: la política de vivienda en Francia», *Documentación Social*, nº164.
- URTEAGA, E. (2017): *La Communauté Pays Basque: institutionnalisation du territoire*. Paris: L'Harmattan.
- URTEAGA, E. (2020): *La politique d'aménagement et de développement du Pays Basque*. Paris: L'Harmattan.
- VIE PUBLIQUE (2021): *Les politiques du logement et de l'habitat*. <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/269906-les-politiques-du-logement-et-de-lhabitat>

Bibliografía

BOUAZZA ARIÑO, Omar; *La casación en el contencioso-administrativo*. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020, ISBN: 978-84-1346-122-9, 264 págs.

Omar Bouazza Ariño, Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, ha dado a la imprenta una monografía imprescindible para entender la nueva regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. El lector que desee comprobar la veracidad de tal aserto solo tiene que acercarse a sus páginas, una obra bien documentada y mejor consagrada, además de muy bien escrita, llamada a ocupar un lugar importante en la bibliografía del mejor Derecho Público de nuestro país.

El profesor Bouazza comienza su «Introducción» dejando claro el objeto de investigación que aborda en la monografía: el recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, más concretamente, del que se interpone por infracción de la normativa estatal y/o comunitaria ante el Tribunal Supremo (y no, por ende, el llamado contencioso-administrativo autonómico; pág. 19). Después de realizar un repaso por las principales fuentes doctrinales que han estudiado este tipo de recursos, el autor nos ofrece una síntesis de la regulación normativa del instituto procesal referido, a la par que uno de los auténticos quid de la cuestión: el cambio que ha operado en la concepción y regulación del recurso la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

manos, destacando el relieve que tomaba el problema: se hacía necesaria una reforma porque se daba la situación, tan kafkiana si se permite la expresión, que hacía posible que el recurso se pudiera admitir e inadmitir por las mismas causas (pág. 21 y ss). La opinión del autor, honesta, ampliamente documentada y muy bien fundamentada, también aparece en esta parte: la nueva regulación mejora el sistema y a demostrarlo dedica los esfuerzos subsiguientes.

En el capítulo primero, titulado «Origen, caracteres generales, concepto y fundamento constitucional», Omar Bouazza repasa con pulso firme y una redacción más que cuidada (nota general de toda la obra, para solaz del lector que se acerca a sus páginas) los orígenes de la acción procesal, situados, como es sabido, en la Revolución Francesa, especialmente en ese postulado de la igualdad jurídica de todos los miembros de la sociedad y la consiguiente igualdad de los ciudadanos ante la ley (pág. 23 y ss). Teóricos como Rousseau y Montesquieu sentaron las bases, así, de este instituto, como la forma de garantizar que la Ley se aplique a todos por igual mediante una jurisprudencia que goce de cierta uniformidad. Ya se sabe: el juez es aquel que pronuncia las palabras de la Ley (pág. 25). Omar Bouazza destaca cómo el Tribunal de casación se concibe no tanto como un tribunal que deba resolver sobre el objeto de litigio sino exclusivamente como el tribunal que se pronuncia sobre la sentencia que sí lo hace. Con sus propias palabras: «El Tribunal de casación no tendrá



la función de un parangón entre el derecho nacido en la realidad y el derecho afirmado por la sentencia, es decir, de controlar si la sentencia es justa, lo que implicaría un examen de la controversia en cuanto al fondo» (pág. 25).

Nuestro autor continúa analizando la regulación legal del instituto procesal que ofrece el ordenamiento español. Después del exhaustivo repaso que realiza, nos indica que la reforma de mayor calado llegó con la que se operó en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1998, con los matices que hubo de hacerse mediante un expreso cambio legal en 2015 que modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Será en este marco cuando el profesor Bouazza aborde los caracteres generales y el concepto de este instituto. Destaca, así, las siguientes notas: estamos ante un recurso extraordinario, no una segunda o tercera instancia, cuya función es doble: proteger la norma legal y uniformar la jurisprudencia en la interpretación jurídica (pág. 28 y ss). Por otro lado, el recurso es y debe ser formal, en el sentido de que ese juicio sobre la sentencia de instancia no empece que el recurrente quede exento de cumplir las formalidades pertinentes establecidas por ley. La cita jurisprudencial donde se establecen estos criterios es —nota singular de toda la obra, el repaso exhaustivo de las fuentes jurisprudenciales— abundante y certera, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional. Omar Bouazza resalta el resto de caracteres (de-

volutivo, suspensivo, anulatorio), para centrarse posteriormente en dos cuestiones clave: el respeto por los hechos fijados en la sentencia de instancia y en las peculiaridades procedimentales que requiere la tramitación. Realizado el repaso al fundamento constitucional del recurso (pág. 44 y ss), el autor recuerda la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha sido capital en la interpretación del artículo 24 CE (pág. 46).

El capítulo segundo, intitulado «Objeto: resoluciones recurribles en casación» se dedica, como bien reza dicha rúbrica, a las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación de lo contencioso. Porque ese será el hilo conductor de la exposición: una de las principales novedades de la nueva regulación, tal y como arguye el autor, es que la casación puede plantearse contra sentencias dictadas en instancia única y/o en apelación, ya lo sean por órganos unipersonales o colegiados (con algunas excepciones, como constata nuestro administrativista). El análisis de esta parte se divide en apartados consecutivos que desgranar, de nuevo con una minuciosidad y cuidado dignos de encomio, el régimen de cada una de ellas. Primero aborda las sentencias dictadas en instancia única por los juzgados de lo contencioso, para posteriormente hacerlo respecto a órganos jurisdiccionales colegiados como la Audiencia Nacional y/o los Tribunales Superiores de Justicia, destacando la sección dedicada a estudiar los requisitos exigidos por la ley (que la



casación se funde en normas de derecho estatal o comunitario europeo que resulten determinantes del fallo recurrido). Posteriormente dedica algunas páginas a estudiar ciertas excepciones conocidas —sentencias para proteger el derecho de reunión, sentencias contencioso-electorales, y sentencias que no contengan doctrina que pueda ser gravosa para los intereses generales— para finalizar abordando el porqué de que no se pueda recurrir las propias sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (pág. 60 y ss). La siguiente parte la dedica a analizar el recurso de casación contra Autos, posibilidad anclada en una correcta garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de casación son también varias (Autos que inadmiten recurso contencioso o que hagan imposible su continuación; Autos que finalizan la pieza de suspensión o de otras medidas cautelares; etc.) resaltando el autor la importancia de acudir previamente en reposición ante el Tribunal que dictó la resolución *a quo* (pág. 73). Finaliza esta parte con un epígrafe dedicado a estudiar la casación respecto de resoluciones judiciales dictadas contra actos o disposiciones de los Consejos y Cabildos insulares, de las Islas Baleares e Islas Canarias, respectivamente, así como de los Territorios Históricos Vascos.

El capítulo tercero lleva como lema «La invocación de una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia y su interés casacional objetivo referida al asunto». El autor comienza su aná-

lisis estudiando la exigencia de invocar una infracción concreta del ordenamiento jurídico (procesal o sustantiva) incluyendo la jurisprudencia. El análisis se desdobra con paciencia y esmero en ambos apartados: por un lado, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico (infracción de la Constitución, infracción de normas estatales o comunitarias, o infracción de principios generales del Derecho); por otro, la infracción de la jurisprudencia. En ambos casos se desbroza el análisis con apoyatura constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El capítulo continúa con el análisis del llamado «interés casacional objetivo», eso que fue llamado por algunos autores «cerrar la casación» al modo que la jurisdicción constitucional «cerró el acceso al amparo» mediante la reforma del recurso de amparo en 2007 al exigir para su admisión a trámite la justificación de la especial trascendencia constitucional. De nuevo, Omar Bouazza aborda el estudio con lúcida brillantez, desde los antecedentes históricos hasta los aspectos de Derecho comparado, pasando por el estudio de los diferentes órdenes procesales, incluyendo la reflexión de fondo sobre la idea de que estamos ante un instituto jurídico que vela por proteger derechos e intereses concretos, así como instrumento para sentar jurisprudencia (pág. 112 y ss), sometido a una serie de exigencias que son el auténtico *quid* de la cuestión: qué circunstancias entiende el Tribunal Supremo que se dan para apreciar que existe interés casacional. El



autor sintetiza una ya abundante jurisprudencia, extractando los principales motivos que cumplen tales requisitos. En primer lugar, que la sentencia recurrida haya fijado, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo que sea contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido; que la sentencia dicte doctrina sobre dichas normas que dañe gravemente el interés general; que la sentencia afecte a un gran número de situaciones, en sí misma o porque trascienda el caso del propio proceso; también si la sentencia *a quo* resuelve un debate que verse sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley (sin que proceda plantear la cuestión de inconstitucionalidad); o, por poner otro ejemplo, si la sentencia interpreta y aplica aparentemente con error una doctrina constitucional (pág. 133 y ss).

Esto son algunos ejemplos, dado que el autor trata otros adicionales, análisis que da paso al estudio de esas circunstancias bajo las cuales «se presumirá» que existe ese interés casacional objetivo. Tal extremo se dará, o podrá darse, mejor dicho, debido a una serie de factores que el profesor Bouazza vuelve a desgranar con laboriosidad. Por ejemplo, que la resolución impugnada aplique normas y/o razones sobre las que no existe jurisprudencia. O si la resolución impugnada se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente por errónea. O si la resolución que se pretende ca-

sar resuelve recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. También procedería si la resolución recurrida resuelve un recurso contra un acto o disposición del Gobierno nacional o autonómico de turno. Finalmente, el autor analiza como posible causa que la resolución recurrida resuelva un recurso sobre una sanción de naturaleza penal, pues es sabido y así lo atestigua nuestro escritor, que «en los últimos años se ha producido un proceso progresivo de integración de infracciones y sanciones en el derecho administrativo sancionador procedentes del derecho penal» (pág. 162), lo cual deja su impronta en este tipo de procesos y, en ocasiones, no queda del todo claro si de forma positiva, a la luz de la condena que dictó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Saquetti Iglesias c. España*, el 30 de junio de 2020.

En el capítulo cuarto, titulado «Procedimiento», Omar Bouazza procede con un esquema bien desarrollado en torno a los vicuetos formales que la nueva regulación de la casación establece para que el recurso pueda prosperar, o al menos ser tenido en cuenta. Lo primero que nuestro autor aborda es, en la mejor tradición de los trabajos jurídicos y las enseñanzas académicas del Derecho, la legitimación. Quiénes pueden interponer este recurso son quienes hayan sido parte en el proceso de instancia (o debieran haberlo sido).



El análisis jurisprudencial que realiza el jurista demuestra cómo el concepto se ha entendido de forma abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, extendiendo la legitimidad, por poner un ejemplo, a quienes pudiendo ser parte no fueron emplazados en su día para comparecer en el proceso (pág. 166), o a los afectados por una anulación de una disposición de carácter general cuyos derechos surgieron *ex post* (pág. 167). Omar Bouazza analiza las posibilidades de la acción pública y de terceras partes intervinientes, especialmente la del Ministerio Fiscal, así como algunas especialidades relativas a la casación respecto de las sentencias de los juzgados dictadas en única instancia. Continúa nuestro autor explicando el iter procedimental, deteniéndose en el lugar de presentación y los plazos pertinentes, para luego abordar el escrito de preparación y sus peculiaridades, puesto que al fin y al cabo «el Tribunal analizará si se cumplen los requisitos formales exigidos por la ley tal y como ha interpretado el Tribunal Supremo, para decidir su admisión o inadmisión» (pág. 177). Luego de dedicar amplios esfuerzos a analizar las diferentes exigencias procesales con la característica minuciosidad que permea el trabajo, el profesor Bouazza llama la atención sobre la importancia de tener en cuenta en todas las fases procesales la jurisprudencia de Estrasburgo, que sanciona el hecho de que no se conceda plazo de subsanación por errores formales cuando el justiciable acude en amparo internacional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (pág. 210).

Después de plantearse las aristas y las complejidades que implican la ejecución provisional de la sentencia recurrida (págs. 230 y ss), y la interposición del recurso (tanto desde el punto de vista formal como material, págs. 233 y ss), Omar Bouazza estudia la posibilidad de que se celebre una vista pública para ventilar el recurso, al menos en determinados casos excepcionales, procesos todos que finalizan en sentencia, como no puede ser de otro modo, explicada por el jurista tanto en sus contenidos objetivos (criterios interpretativos) como subjetivos (estimación o desestimación del *petitum*), así como lo que proceda respecto de las costas del procedimiento o de situaciones como la pérdida sobrevenida del objeto (pág. 251).

El capítulo final hace gala de su buen nombre, «Conclusiones», y nos ofrece una reflexión final que pone un broche magnífico a las páginas precedentes. El profesor Bouazza entiende que el cambio del recurso de casación en el ámbito de lo contencioso-administrativo ha sido «cualitativo», aunque eso no le impide hacer una crítica reposada y argumentada del mismo. Por resaltar algunas, nuestro jurista recuerda que ahora el recurrente debe hacer un esfuerzo denodado para intentar convencer al Tribunal que existe «interés casacional objetivo», alejando tentaciones de escritos abstractos o poco fundamentados (pág. 253). Además, entiende que el legislador debería haber aprovechado mejor sus bazas, al objeto de «favorecer la eficiencia en el funcionamiento del recurso y, en general, en el derecho a



una buena administración de justicia» (pág. 253). Omar Bouazza llama la atención, de nuevo de la mano de la jurisprudencia convencional dictada en Estrasburgo, sobre el hecho de que si nuestro Tribunal Supremo es especialmente rigorista en la aplicación e interpretación de este instituto procesal es probable que condenas como la recaída en el *asunto Gil Sanjuan* (2020), sigan sucediéndose. En ese sentido, nuestro autor tiene claro que el nuevo régimen jurídico casacional «mejora el instituto de la casación en cuanto a la articulación de los trámites procesales, aunque se siguen observando disposiciones no bien resueltas, por lo que el Tribunal Supremo deberá evitar las interpretaciones rigoristas que pueden comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva y favorecer, en la medida de lo posible, la aplicación de los principios *pro actione* y *iura novit curia*, como ha hecho en ocasiones» (pág. 253).

Después del brevísimo repaso que hemos hecho de la monografía del profesor Bouazza, no es ninguna osadía afirmar que estamos ante una obra de referencia para nuestro Derecho Público en general, y en particular para quienes siguen cultivando las peculiaridades de nuestro sistema de recursos, especialmente desde el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. Es lugar común afirmar que la obra es de indispensable consulta. Respecto de la que se ha recensionado en estas líneas estamos ante una verdad palmaria e indiscutible. Quien desee comprobar lo atinado o errado de este aserto sólo tiene que abrir las páginas de la obra de Omar Bouazza

y juzgar bajo la luz de su propio criterio. No saldrá defraudado.

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesor de Derecho Constitucional
(UCM).

ialvarez1@ucm.es

ORCID: 0000-0001-6873-7269.

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.11>

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel
(2021): *La caracterización jurídico-pública de la Corona*. Iustel: Madrid (248 págs.)

1. Que la monarquía no goza de buena salud en España es un hecho. No lo es, ni mucho menos, porque no cuente en el momento presente con un amplio apoyo entre los españoles. Al contrario. La monarquía hoy no está en duda. Digo que no goza de buena salud porque lo que se está viendo afectado son los cimientos mismos de su continuidad. No son recientes encuestas sino auténticas tendencias de unos años a esta parte las que manifiestan un decreciente apoyo a la Corona —y, en general, a la monarquía como forma de gobierno— entre las personas más jóvenes, aquellas con una autoubicación ideológica más a la izquierda o entre los nacionalistas periféricos. Que la Corona vuelva a ser percibida por todos los españoles como propia es una tarea que esta institución y el Estado mismo deben emprender si se desea su mantenimiento en las décadas venideras.



En este contexto, el doctor GARCÉS SANAGUSTÍN, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, nos ofrece esta vez una monografía dedicada a la institución monárquica española, desde una perspectiva eminentemente jurídica, y centrada en su vigente regulación constitucional. Sigue la estela de su anterior libro, *El Derecho de la Historia: memoria democrática y derechos históricos* (ed. Iustel, 2020) y analiza con detenimiento, desde ese punto de vista propio de quien es amante de la Historia, la jefatura del Estado español en sus múltiples aristas. Pero no lo hace solo desde la cómoda perspectiva de quien describe la realidad, sino desde la valiente —y hasta arriesgada— posición de quien pretende ofrecer algunas soluciones —algunas de las cuales se comentarán en seguida, y que no siempre se comparten— para el cambio y, en definitiva, la supervivencia de esta secular institución.

2. La monografía se estructura en 15 capítulos, algunos más prolivos que otros, y cuenta con un apéndice bibliográfico digno de mención —pues el autor ha optado por evitar las notas a pie de página, algo poco común, pero ciertamente recomendable, en las obras de carácter jurídico—. En él, la persona que se acerque a este libro encontrará una apabullante referencia a las mejores obras que sobre la Corona y la jefatura del Estado se han escrito, así como sobre otros temas conexos que van desgranándose a lo largo del libro. La lectura se torna así mucho más ligera, pero a la par, no priva

a quien pueda interesar del conocimiento de lo mejor de la doctrina.

Podrían, de alguna manera, agruparse los distintos temas tratados en esta obra en las siguientes partes: la primera, sobre el origen y fundamento de la institución monárquica (capítulos I a IV); la segunda, sobre algunas de las funciones más importantes y/o controvertidas que ejerce el jefe del Estado, muy en particular la sanción real (capítulos V a XI); y una tercera, con no pocas propuestas de *lege ferenda*, con especial mención de la sucesión a la Corona y la Ley reguladora de esta institución (capítulos XII a XV).

3. Todo el libro gira en torno a una idea: «promover una «tercera restauración»» (pág. 26). Una ordenada renovación de la monarquía actual, configurada en los estertores del franquismo, y que pueda desplegar sus efectos y ofrecer todo su potencial en el futuro. Esa es la preocupación no disimulada del autor que llega a calificar a la Corona como la última institución del Estado no colonizada por la partidocracia. El clima de opinión contra la política convencional —o contra la actual política española— se vislumbra a través de no pocas de las ideas plasmadas en estas páginas, recordando las clásicas críticas de BURKE contra las facciones. Para él, sin embargo, la monarquía parlamentaria sería «la forma política más útil para la sociedad y para la resolución de sus problemas» (pág. 30).

No hay en ninguna parte del libro una contraposición de estos axiomas



con los propios del republicanismo democrático. Tampoco encontrará el lector un manifiesto a favor de la monarquía y contra la República. Esta ausencia está justificada porque el objetivo que se ha propuesto es otro: no parece tanto que quiera convencer —pues seguramente todo aquel que se acerque a esta materia ya está más que convencido en un sentido u otro— como analizar los problemas actuales de la institución y ofrecer mejoras para su supervivencia, desde la máxima —claramente manifestada— a favor de la monarquía (pero ojo, no de *cualquier* monarquía).

Sin embargo, no puedo sino compartir la opinión que expresa cuando dice que «por una de esas paradojas de la historia, la paulatina pérdida de protagonismo de la Corona no es un fracaso de la monarquía, sino una manifestación de su éxito» (pág. 37). Hace algunos años, antes del cambio de paradigma que supuso el 15M, el hispanista GIBSON solía decir que la política española era aburrida, y ello era una buena señal. Y no cabe duda de que la consolidación democrática en la que la jefatura del Estado tuvo un importante papel fue, durante algún tiempo, la causa de ese aburrimiento.

Propone GARCÉS que la defensa de la monarquía sea apartidista. Y, desde luego, esa será la única forma de que sobreviva, que no se haga de parte. Sin embargo, es precisamente la emergencia de un descontento que se antojaba no representado hace ya una década el que está, de algún modo, haciendo tambalear

los cimientos de esta institución (y de otras). Una pérdida de confianza que no se centra tanto en la monarquía como en el propio régimen de la Constitución de 1978 (pág. 236) y que, por consiguiente, no tiene fácil solución.

Por eso la reforma es necesaria, hasta imprescindible. Máxime si se tiene en cuenta que existe una prevalencia del varón sobre la mujer en la sucesión monárquica. El problema reside, como es sabido, en que la revisión constitucional del Título II —que regula la Corona— está, por virtud del art. 168 de la Constitución, sometida a un procedimiento agravado, que requiere de un amplio consenso y varias apelaciones al pueblo. Este «lastre», en palabras del autor, que podría dar lugar a un «rigor mortis» de la institución, según su opinión, se solventaría con una reforma ordinaria del propio precepto constitucional regulador de la reforma agravada (pág. 41). Si bien es cierto que del tenor literal de la Constitución esta posibilidad parecería factible, manifiesto mis serias dudas de que el espíritu del constituyente o, incluso, una interpretación teleológica de la Carta Magna permitan este atajo. Reformar el propio procedimiento de reforma para evitarlo podría incluso calificarse como fraude de Ley. Entiendo las reticencias a proceder a la reforma, pues ello desencadenaría, seguramente, en un inexistente (al menos socialmente) debate en torno a la monarquía o la república. Pero esta clase de atajos no me parecen los más oportunos. No obstante, hay margen para la duda y el debate.



Es cierto, en cualquier caso y como él dice, que «la Corona no se legitima periódicamente en las urnas, pero ha de hacerlo diariamente a través de sus acciones y de su conducta» (pág. 47). Y, por ello —en mi opinión— hechos como que el Centro de Investigaciones Sociológicas no pregunte habitualmente sobre la institución monárquica en una serie fija son objetables, teniendo en cuenta que se trata de un centro demoscópico de naturaleza pública y esta prospección versa(ría) sobre la única institución no sometida al juicio democrático de manera habitual. A veces, y comparto aquí plenamente la opinión del autor, quienes más pretenden defender la institución son quienes más daño pueden hacerle.

Aborda también el profesor GARCÉS el difícil encaje de los conocidos como discursos del rey. Tacha de «discutibles» los mensajes de Navidad del monarca, y cree que habría que cuidar más su fondo y forma (págs. 59 y 61). Pero si es especialmente crítico con alguna actuación —y ello demuestra que, si de verdad se pretende conservar una institución, bien habrán de resaltarse sus eventuales errores— lo es con el discurso del año 2017 posterior a la ilegal (e irreal) declaración de independencia de algunos políticos catalanes en ese año. Es cierto, en definitiva, que podrían ser regulados más profusamente estos mensajes. Pero no es menos cierto que la propia costumbre, como fuente del Derecho, también sirve para ello. Lo que importa, en definitiva, es un adecuado cumplimiento de la función de cada cual.

De cualquier modo, y ello no ha sido estudiado hasta la fecha, sería interesante comparar el contenido de los mensajes del jefe del Estado con las preocupaciones de los españoles. ¿Están relacionados? ¿Refleja adecuadamente lo que piensa la ciudadanía? Como señala este autor, estos mensajes están llenos de expresiones huecas y de lugares comunes (pág. 61), por otra parte difícilmente rebatibles. Podría decirse, en términos politológicos, que el jefe del Estado, en sus mensajes, suele centrarse en *valence issues* (o sea, en cuestiones poco controvertidas, sobre las que hay consenso) y evita aquellos *salient issues* (literalmente, problemas destacados) en los que puede haber disenso partidista legítimo. El problema, a mi juicio, radica en el hecho de que esos *valence issues* sobre los que la monarquía se ha venido asentando, y muy en particular el consenso constitucional de 1978, han sido recientemente puestos en tela de juicio por un sector no mayoritario, pero sí sustancial de la sociedad española. Y ahí es donde empiezan los problemas de la Corona con este tipo de discursos.

4. Comienza esta segunda parte en que he agrupado sus capítulos con algunas propuestas de calado. Aboga, en primer lugar, por una reforma de la propuesta de candidato a presidente del Gobierno, a la que se refiere el art. 99 CE, en la línea de atribuir a la presidencia del Congreso esta función, al modo de los parlamentos autonómicos (pág. 70). Nada que objetar. Al revés, en un momento de tribulación como este, liberar al rey de aquellas



funciones no estrictamente tasadas y, en concreto, la de una propuesta que cuando no existen mayorías absolutas claras no es tan evidente, solo puede redundar en beneficio de la Corona (ello sin perjuicio de que pueda argumentarse que, al final, se está vaciando de todo contenido a esta institución).

Y cree también conveniente regular y desarrollar las previsiones del art. 59.2 CE, sobre la inhabilitación del rey, pues podría utilizarse como una suerte de *impeachment* en una lectura torticera del precepto, apostando por un régimen que denomina de «suplencia» (pág. 71). Nuevamente, sin ser necesaria dicha concreción (pues para ello existen ejemplos de tradiciones en la materia, incluso en centenarias monarquías como la inglesa) en tiempos que él mismo denomina de falta de lealtad institucional (pág. 187), dotar de algunas reglas a esos momentos en que el monarca no puede ejercer su alta función tampoco resultaría problemático ni inconveniente. El problema, a mi juicio, reside en el *cómo*. Y sobre esto volveré a hablar en seguida, al tratar uno de los últimos capítulos, sobre la eventual Ley de la Corona.

Tras el sucinto capítulo sobre las Fuerzas Armadas, se abre paso un análisis más que sugerente sobre la sanción regia de las leyes. Con el propósito de «alejar lo máximo posible la Corona del funcionamiento cotidiano de los diferentes poderes del Estado» (pág. 82) propone la supresión de la sanción regia de las leyes, reduciéndola a su promulga-

ción —lo que creo que no ofrecería demasiados problemas— pero también de la expedición de decretos por parte del rey, a la que denomina «arcaica función» (pág. 85), sugiriendo una «mera autenticación de la formalidad del acto», o sea, una especie de sustitución del tal firma regia por una especie de «acreditación» de tipo «notarial» —en palabras suyas—, como «actividad esencialmente neutra, consistente en la mera constatación de la existencia de un acuerdo del Consejo de Ministros» (pág. 89), lo cual sería también aplicable para los indultos.

Pues bien, esta segunda propuesta, a mi humilde entender, plantea más problemas. Y comenzaré negando la mayor. En mi opinión, y sin perjuicio de que una supresión de cualquier intervención del rey en la sanción y promulgación de las leyes o en la expedición de decretos acordados por el Consejo de Ministros —¿nuevamente vaciando de contenido su figura?— es perfectamente plausible, creo que no es necesaria en absoluto, porque el propósito de alejar del desarrollo cotidiano del ejercicio de los poderes del Estado es vacío, por cuanto la firma real no implica —creo que en la cabeza de nadie— el asentimiento o el acuerdo sobre lo que se firma. Y para muestra un botón: las recientes apelaciones al monarca contra la firma de los indultos concedidos a los políticos catalanes causaron sorpresa y extrañeza, y más procediendo de partidos manifiestamente monárquicos, pues todo el mundo sabe que el rey nada tiene que ver con ello. Sin em-



bargo, la propuesta de tornar la sanción o expedición de decretos en una suerte de acreditación de naturaleza notarial me genera serias dudas por cuanto notarios (y registradores) sí deben entrar, las más de las veces, en un control formal de la adopción del acto de que se trate. Y ello colocaría al jefe del Estado en una suerte de fiscalizador de que los acuerdos hubieran sido adoptados de manera adecuada. En fin, la supresión de cualquier intervención del rey en estas funciones me parece factible. Su cambio por cualquier otra figura resultaría, al fin, de (prácticamente) idéntica naturaleza que la actual: *tertium non datur*.

Los siguientes capítulos abordan algunas cuestiones de interés, como: las *declamaciones simbólicas* contra la Corona proferidas por entidades públicas y autoridades —lo cual fue objeto de amplia explicación ya en su anterior libro, que he mencionado arriba— y cuya crítica no puede sino compartirse; la gestión administrativa de la Casa Real, con especial énfasis en la transparencia, que califica de más que adecuada, sin perjuicio de algunas mejoras de índole menor que propone acometer; el papel del jefe del Estado como más alto diplomático; o una sucinta referencia al Alto Patronazgo de las Reales Academias.

Es precisamente en ese capítulo sobre la gestión administrativa de la monarquía en el que se hace otra de las propuestas que, aunque algo más difusas que el resto, presenta gran interés. Dice GARCÉS que «el rey ni gobierna ni adminis-

tra» (pág. 125), y por ello, para que *reine*, «es necesario proclamar y defender un ámbito de intangibilidad en el reducido ámbito de las funciones que la Corona tiene reservadas» (pág. 130). Tiene razón.

5. Cierran la obra una serie de capítulos que tratan algunas cuestiones capitales que están intrínsecamente relacionadas con la naturaleza misma de la institución y sobre las cuales propone algunas reformas de calado.

En cuanto a la sucesión a la Corona, es más que evidente que la anacrónica discriminación de la mujer y prevalencia del hermano varón en el mismo grado debe ser reformada. Sin embargo, y ante la constatación de la dificultad para acometer tal modificación, propone una alternativa sobre la que, personalmente, albergo algunas dudas. En resumen, lo que sugiere el autor es una reinterpretación de este precepto constitucional, pues, «aflore un “juicio de razonabilidad” que puede realizar el Tribunal Constitucional en su búsqueda de alternativas posibles y, así, a su parecer, no cabe ninguna duda de que un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional admitiría en la actualidad que ha decaído la cláusula “semisálica”» (pág. 150). Me parece una interpretación arriesgada y problemática.

Es bastante aceptada la opinión de que la Constitución es un texto vivo, que admite actualizaciones por la vía interpretativa, sin alterar, en última instancia, el tenor de sus preceptos. Lo que en un tiempo significa una



cosa, en otro puede significar otra. Y es indudable que hoy no resulta admisible la discriminación existente. Pero plantear una reinterpretación de un precepto constitucional tan sumamente claro no creo que sea la mejor opción. El sentido propio de las palabras (en los términos metajurídicos del Código Civil) sigue siendo el mismo. Lo propio, lo conveniente sería, pues, su reforma sin paliativos. Porque es que, además, lo que propone el autor es una reinterpretación avalada, de alguna manera, por el Tribunal Constitucional. Pero, para ello, y según las actuales normas reguladoras de esta institución, sería necesario un juicio contencioso, o sea, un conflicto que debiera ser resuelto. Imagínese una ley orgánica que *resuelva la duda* de si el hermano varón menor debe ser, o no, el heredero. El Tribunal Constitucional se pronunciaría si y solo si alguien recurriese dicha Ley (y si hay recurso es porque hay un conflicto). Pues, en caso de que simplemente se manifestase en este sentido *obiter dicta*, los problemas estarían también servidos. En conclusión, creo que lo mejor es —aun con todos los riesgos de apertura de un debate sobre la forma de gobierno— proceder a la reforma como mandata el texto constitucional.

Propone, por otro lado, una posible reforma en la línea de una especie de «libre designación» (pág. 155), de «monarquía testamentaria» (pág. 159), para favorecer —afirma— «una sana competencia entre hermanos», en la que el rey pudiera elegir entre todos sus hijos quién habría de sucederle (*ceteris paribus*). Al hablar de la *elección* y de la *mejor prepara-*

ción creo que sitúa, casi inconscientemente, la institución monárquica frente a las principales críticas republicanas. Pero, en todo caso, es una propuesta nuevamente interesante.

También analiza la posibilidad de aprobar una Ley de la Corona, cuestión que ha salido al debate público recientemente. Sin embargo, aunque él apuesta (págs. 164-165) por una Ley orgánica para los aspectos fundamentales de la institución (sin perjuicio de que crea que algunas partes debiesen tener naturaleza ordinaria), nuevamente creo que esta interpretación, aunque aquí sí posible por no contravenir directamente los preceptos constitucionales, implicaría una reformulación de la doctrina sobre el art. 81 CE y el alcance de las leyes orgánicas. No es descabellado, pero se situaría, nuevamente, a la Corona ante el problema de un eventual recurso contra esta Ley. De todos modos, ya advierte GARCÉS de que, en la actualidad, una tal ley podría «terminar en un engendro normativo» (pág. 167).

En fin, concluye con otras propuestas menores, pero no en importancia, como el replanteamiento del ámbito de inmunidad del rey (pág. 170), la necesidad de configurar un estatuto propio del heredero/a (pág. 173), o la importancia de desarrollar el régimen de abdicaciones y renunciaciones (pág. 178). En este último caso, tampoco creo que la Constitución permita, como plantea un informe que cita, el desarrollo genérico de tales circunstancias de abdicaciones y renunciaciones con carácter general, sino que debe materializarse caso a caso.



6. Esta obra, en definitiva, plantea sugerentes y atrevidas propuestas para una monarquía renovada o para el «siglo XXII», cómo él indica. Debe ser leída y analizada muy especialmente por aquellos que desean garantizar la supervivencia de esta secular institución. Pues a ellos se dirigen no pocos toques de atención: dice el autor que «cualquier intento de reflotar la monarquía deberá tener en cuenta que su carácter simbólico en nada se parece a la veneración coyuntural» (pág. 244). En fin, creo que no pasará nada si algún día España vuelve a ser republicana. Pero, mientras no lo sea, y siendo perfectamente legítimas las opciones que pretendan la república, el rey como jefe del Estado merece el máximo de los respetos institucionales y personales. Y esto, últimamente, no siempre sucede. Lectura oportuna y recomendable.

DARÍO BADULES IGLESIAS

Universidad de Zaragoza

dbadules@unizar.es

ORCID 0000-0003-4907-5911

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.12>

Andrés Manuel GONZÁLEZ SANFIEL (Director): *Nuevo derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación*. Editorial Aranzadi, 2020. 742 págs.

El director es el autor del Estudio preliminar y la obra se estructura en cuatro grandes apartados: I Funda-

mentos (capítulos 1, 2, 3 y 4), II Planificación (capítulos 5, 6, 7, 8 y 9), III Gestión (capítulos 10, 11, 12 y 13), IV Intervención (capítulos 14, 15, 16 y 17) y V, Vivienda (capítulos 18 y 19).

La metodología utilizada resulta un acierto y ayuda a su comprensión y lectura, haciendo que sea una obra bastante didáctica, a pesar de su extensión, por colaborar en ella varios autores, cada uno de los cuales aborda aspectos diferentes relacionados con la amplia temática del libro, lo que permite analizar la materia desde distintas perspectivas. Ello enriquece y complementa los diversos aspectos del tema objeto de análisis a la vez que favorece su comprensión, dada su referida amplitud y su complejidad. A pesar de ello, trataremos de trazar una síntesis.

Los autores nos presentan una panorámica completa y clara del Derecho Urbanístico y su complejidad, que deriva de la multitud de intereses contrapuestos que confluyen en su ámbito de regulación y que está llamado a conciliar. En palabras del director de la obra, se ha tratado de encontrar nuevos planteamientos con el ánimo de favorecer un Derecho Urbanístico más simplificado, más sostenible, que ayude a realizar la labor de rehabilitación del espacio transformado y, de camino, a rehabilitarse a sí mismo.

En el Estudio Preliminar, titulado «Nuevo Derecho Urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación», el Profesor Andrés Manuel GONZÁLEZ SANFIEL, director del trabajo que analizamos, comienza



con un análisis sobre el Derecho Urbanístico como sistema dual y afirma que el Derecho Urbanístico podría entenderse como el conjunto de normas que regulan la protección, utilización y transformación del recurso natural suelo combinando las perspectivas ambiental, territorial y urbanística con fundamento en el desarrollo sostenible, con el fin de crear ciudad. Tal Derecho aparece como una necesidad social para articular el equilibrio entre las necesidades sociales y la condición de recurso limitado propia del suelo.

A continuación, analiza la simplificación y afirma que, si se observa el Derecho Administrativo en perspectiva, puede decirse que su historia, junto con la satisfacción del interés general, está caracterizada por la búsqueda recurrente de una mayor simplificación, casi siempre frustrada.

Seguidamente estudia la sostenibilidad, que se ha convertido en el fundamento del entero sistema urbanístico, adquiriendo cada vez más nuevas manifestaciones. Este principio se encuentra enunciado en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y de Rehabilitación Urbana (TRLRU) de 2015. A continuación, aborda otro elemento esencial del nuevo Derecho Urbanístico, la rehabilitación, que consiste en la rehabilitación y la regeneración de las edificaciones y de los espacios y existentes –la ciudad consolidada–, incluyendo medidas sociales y económicas de apoyo a las clases más desfavorecidas, entre ellas aquellas que eviten su expulsión de las zonas en las que están arraigadas.

Por último, analiza la finalidad y función del Derecho Urbanístico: afrontar el problema de la «sobrelegalidad» urbanística. Así, el Derecho Urbanístico cumple una función esencial para permitir la convivencia, toda vez que ordena el recurso limitado suelo estableciendo aquello que puede o no hacerse sobre el mismo. Ello genera un conjunto de normas y principios que permiten regular la preservación, uso y transformación de dicho recurso. Cuando estas reglas se transgreden, el Derecho aplica la consecuente reacción o sanción jurídica, muy amplia y variada.

Mientras tanto, la sociedad sigue demandando soluciones apremiantes para los múltiples problemas que está planteando el urbanismo y que no tienen una respuesta sencilla dentro del modelo o en la práctica más estandarizada.

I. Fundamentos

En el Capítulo 1, el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid Ángel MENÉNDEZ REXACH analiza «El desarrollo territorial y urbano sostenible como principio político y jurídico global». Introduce la cuestión afirmando que la realización efectiva del principio de desarrollo sostenible tiene unos objetivos genéricos comunes (erradicar el hambre y la pobreza, garantizar una vivienda digna, etc.) y otros mucho más concretos (ciudad compacta, rehabilitación, eficiencia energética de los edificios, etc.).



Comienza con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 25 de setiembre de 2015: un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia.

La Agenda formula 17 objetivos de desarrollo sostenible que reflejan la extraordinaria amplitud del concepto. En el marco de la Agenda 2030 y para contribuir a su aplicación, la Asamblea General hizo suya el 23 de diciembre de 2016 la «Nueva Agenda Urbana», aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible.

Concluye el autor el capítulo afirmando que los 17 objetivos del desarrollo sostenible de la Agenda 2030 se identifican prácticamente con la calidad de vida a que todas las personas tienen derecho y que los poderes públicos deben procurar. Por ello no tendría sentido implementar el principio a través de una iniciativa legislativa única, sino que debería inspirar a todas las leyes que se adopten en ese marco, ya que la realización efectiva de dichos objetivos de desarrollo sostenible es tarea de todos.

En el Capítulo 2, la Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva María del Carmen NÚÑEZ LOZANO, estudia «el cambio climático y su repercusión en el cambio del derecho urbanístico». En la introducción constata que el fenó-

meno del cambio climático y el conocimiento de sus efectos adversos ha impulsado la acción de los poderes públicos encaminada a reducir el impacto que la actividad humana tiene sobre la alteración del sistema climático global y a reducir la vulnerabilidad con respecto a los efectos del cambio climático. Mitigación y adaptación son los dos objetivos sustanciales perseguidos respecto a la amenaza climática.

Analiza el cambio del Derecho Urbanístico y las claves y conexión con el fenómeno del cambio climático. Afirma que ambos elementos, junto con el principio de desarrollo sostenible, condicionan la planificación urbanística y la ordenación de la ciudad. Sostiene que la nueva regulación sobre el cambio climático evidencia la estrecha conexión entre los sectores del urbanismo, la energía y la movilidad y que la lucha contra los efectos adversos del cambio climático se revela como un elemento complejo que habrá de ser tenido en cuenta en el debate sobre la configuración y naturaleza de los planes urbanísticos y la eventual reconsideración de los procedimientos de elaboración.

Finaliza destacando que la omisión del seguimiento y reevaluación de los planes urbanísticos desde la perspectiva de la adaptación a los efectos adversos del cambio climático supone una carencia significativa, afirmación que, personalmente, comparto, ya que sería de gran ayuda para la coordinación urbana en el adverso proceso del cambio climático.



En el Capítulo 3, la Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo María Del Rosario ALONSO IBAÑEZ, se refiere a «Un territorio para un derecho urbanístico sostenible». Lo introduce con el escenario de la renovación del ordenamiento urbanístico y afirma que lo que se pretende en su trabajo es aprovechar la capacidad de actuación de las entidades locales para dar un auténtico cambio cualitativo a las políticas de ciudad, con un enfoque de cambio de ciclo.

Tras reflejar el análisis de la protocolización europea del nuevo paradigma urbano y la reconstrucción jurídico-administrativa del territorio urbano, concluye que no es posible implementar el nuevo paradigma urbano aplicando estructuras jurídico-administrativas con lógicas del pasado. La ordenación de ciudades sostenibles precisa una visión estratégica, adoptar desde el Derecho Urbanístico una ordenación con visión espacial continua, de un único territorio común. A tal efecto considera que las entidades locales cuentan con el reconocimiento jurídico de ser la autoridad urbana en el nuevo escenario de la sostenibilidad de las ciudades en la agenda de la Unión Europea.

En el Capítulo 4 el Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara GIANLUCA GARDINI bajo el sugestivo título «Hacia la "ciudad justa"». Planificación y regeneración urbana: la experiencia italiana», comienza analizando la insostenibilidad del modelo expansionista

que ha producido un efecto salvaje en los grandes centros urbanos borrando el límite entre ciudad, campo, centros habitados, pueblos y áreas verdes circundantes. Recuerda que en el Derecho Internacional ocupa un puesto de primer interés la Carta Europea del Suelo, aprobada por el Consejo de Europa en junio de 1972. La Unión Europea, en la Comisión 571/2011, ha indicado como objetivo a medio-largo plazo aquel de llevar el consumo de suelo «a nivel cero en el año 2050», recomendando a los Estados miembros la elaboración de medidas para reducir la constante pérdida de suelo e incentivar la regeneración del existente.

Considera que el «derecho a la ciudad», codificado por la *New Urban Agenda*, suministra un modelo alternativo válido para las políticas del territorio, sobre la base del cual es posible repensar las ciudades y las urbanizaciones.

Finaliza afirmando que una de las cuestiones es la «renta urbana»: es necesario abandonar la idea de que los procesos de regeneración urbana dependan necesariamente del beneficio que, en la lógica individual, forma parte del contenido mínimo del derecho de propiedad. La esperanza de construir la ciudad futura, de todos y para todos, es un camino largo pero necesario hacia la «ciudad justa».

II. Planificación

En el Capítulo 5, el Catedrático de Derecho Administrativo de la Univer-



sidad de La Laguna Francisco José VILLAR ROJAS bajo la rúbrica «Sobre el dogma de la planificación (urbanística) previa», comienza afirmando que las decisiones sobre el territorio es razonable que se planifiquen con anterioridad, ponderando todos los impactos y buscando un equilibrio con los recursos naturales y con otros usos y actividades. Esta es la misión que la legislación tradicional encomendó a los Planes Generales.

Analiza el equilibrio entre la planificación previa y los otros medios de ordenación, subrayando la primacía de lo ambiental: los planes de ordenación de los recursos naturales. También examina la tensión entre lo territorial y lo sectorial, refiriéndose al fracaso de los planes hidrológicos como planes territoriales y la prevalencia de lo sectorial sobre lo territorial. Apuesta por la existencia de una ordenación cuya esencia consiste en la participación ciudadana; la evaluación de impactos sociales, económicos y ambientales; la motivación y justificación de las decisiones; y, en el plano material, la no regresión del índice de calidad de vida consolidado (definido básicamente por la existencia y cantidad de los suelos protegidos y el espacio libre).

En el Capítulo 6, el Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ nos acerca a «La conflictiva delimitación de los instrumentos sometidos a evaluación ambiental: el concepto de “plan y programa”». Comienza afirmando que estamos

asistiendo a un proceso de cambio del Derecho Administrativo, en el que lo ambiental impregna toda la esfera de la actividad administrativa. En este nuevo escenario, la evaluación ambiental estratégica (EAE) constituye una técnica de protección ambiental de indudable relevancia que contribuye a un desarrollo racional y sostenible del territorio. Ello se traduce en el mandato legal de sujeción a evaluación ambiental de los «planes y programas» que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, entre los que se incluyen proyectos de infraestructuras y de urbanización, así como las zonas especiales de conservación.

Concluye afirmando que, al margen de los criterios legales y jurisprudenciales, se hace necesario postular una aplicación proporcionada de la normativa, que atienda al objetivo principal de protección ambiental con criterios razonables, como sostiene el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y que no se convierta en una excusa para bloquear toda iniciativa que suponga un desarrollo económico y social.

En el Capítulo 7, el Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna y director de la obra que comentamos, Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL, analiza «Los convenios “de gestión” con “efecto” de plan». Considera que el convenio opera más como un instrumento de «adaptación» que como un instrumento de ordenación. Se trata de una técnica cuyo ámbito natural



de desenvolvimiento se encuentra en el proceso de ejecución del planeamiento y su gestión. Lo que se hace a través del convenio es ajustar las alteraciones que aparecen durante el proceso por razones ajenas (obra pública) o propias (desviaciones o ajustes significativos).

Un uso profesional y responsable de esta medida puede dar una solución adecuada a algunos de los problemas que plantea la ejecución del planeamiento, sin necesidad de recurrir al procedimiento de modificación del plan y de todos y cada uno de los instrumentos de gestión afectados.

Considera que las garantías y límites de su configuración legal y un uso profesional y ponderado de esta técnica pueden ser un soplo de aire fresco para canalizar y poner orden en algunos procesos de ejecución, ofreciendo herramientas jurídicas adecuadas y proporcionando la cobertura legal correspondiente a todas las personas que intervienen en el complejo y difícil ámbito del urbanismo.

En el Capítulo 8, el Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna Ángel LOBO RODRIGO estudia «La ordenación del espacio marítimo: el plan se extiende hacia el mar». Introduce el capítulo con una cita de C. Clark sobre la inmensidad azul de nuestro Planeta. Los océanos no han sido gestionados y planificados como el territorio, pero hoy en día hay razones para señalar que esta estrategia debe cambiar. De ahí que la mayoría de autores estén de acuerdo en que la ordenación es-

pacial marítima es una tarea mucho más complicada que la planificación de la tierra.

Establece que los principios relacionados con la ordenación del espacio marítimo son: el principio de integridad del ecosistema, el principio de ajuste entre sistemas biofísicos, actividades socioeconómicas y prácticas de gobierno y el principio de integración de usos y ocupaciones. Por su parte, los principios relacionados con la tramitación de los Planes de Ordenación del Espacio Marítimo serían: el principio de participación, el principio de transparencia, el principio de cooperación y el principio de incorporación del seguimiento y la evaluación en el proceso de planificación.

En el Capítulo 9, el investigador del Departamento de Derecho Administrativo de Ciencias Políticas y sociales de la Universidad de Calabria GIOVANNI MARIA CARUSO analiza «Las funciones urbanísticas: entre lo público y lo privado (dinámicas organizativas y negociales en la composición de los conflictos)». Afirma que el urbanismo sufre de serios problemas de sostenibilidad organizativa que derivan de un evidente sobrepoblamiento institucional del sector y de decisiones que asignan competencias no siempre de forma coherente. Las soluciones están condicionadas, sobretudo en el actual contexto económico, por la disponibilidad de recursos financieros, que representan no solo un presupuesto de hecho con el cual hacer cuentas, sino que están dotadas de una suerte de juridicidad condicional



hasta el punto de ser preeminente en las decisiones.

III. Gestión

En el Capítulo 10, la docente investigadora del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna Alicia ESPEJO CAMPOS estudia «Las actuaciones de dotación como técnica emergente en la gestión del suelo urbano». En la actualidad las actuaciones de dotación se encuentran reguladas en el art. 7.1 b) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRU). Según el mismo las actuaciones de dotación son aquellas «que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación de la urbanización de éste».

Concluye manifestando que las actuaciones de dotación son un mecanismo imprescindible en la gestión del suelo urbano. También resulta crucial una correcta regulación de la monetización de las cesiones, su destino, transparencia y control. Si todo esto se realiza, las actuaciones de dotación serán el mecanismo que incentive la mejora de la ciudad en beneficio de toda la colectividad.

En el Capítulo 11, el profesor ayudante de Derecho Administrativo de

la Universidad de La Laguna Juan José GUIMERÁ RICO estudia «Los complejos inmobiliarios, privados y urbanísticos: su importancia como técnica de gestión del nuevo urbanismo». Introduce el tema con la necesidad de utilizar eficientemente el espacio urbano. El nuevo modelo de desarrollo urbano, que apuesta por la ciudad compacta y eficiente, exige utilizar técnicas que permitan compaginar usos distintos en la superficie y en el subsuelo. El TRSLRU habilita esta posibilidad en el artículo 26.1 al definir los conceptos de finca y parcela, y reconoce que ambas pueden situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. La planificación tridimensional es poco menos que un mandato al planificador, que multiplica las dificultades propias de la planificación superficiaria.

A ello se le añade la dificultad del aspecto jurídico-privado, en cuanto a la forma de articular la relación de lo edificado con la propiedad del suelo. El complejo inmobiliario es una figura que cobra importancia porque es la técnica que permite desdoblarse la propiedad del suelo en superficie, vuelo y subsuelo, de modo que las construcciones sobre y bajo rasante funcionen con independencia y atiendan a los diversos usos que la ciudad requiere. La solución pasa por la segregación vertical del dominio.

Estudia el régimen urbanístico de los complejos inmobiliarios, las discutidas autorizaciones previas del artículo 26.6 TRSLRU que, a su juicio, obedecen al doble propósito de impedir reparcelaciones ilegales y la generación de fincas al margen de lo



establecido en el planeamiento. Finaliza resaltando su papel como instrumento de legitimación de actuaciones urbanísticas al servicio de las necesidades de la ciudad. La legislación estatal vigente trata de superar viejos apriorismos y acoge técnicas novedosas con las que pueden satisfacerse esas necesidades. Corresponde a los operadores jurídicos interpretarlas y aplicarlas con esa finalidad, sin merma de las garantías que rigen la actuación de las Administraciones públicas o de los derechos de los propietarios.

En el Capítulo 12, el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la Laguna Luis Fernando PRIETO GONZÁLEZ se refiere a «Las expropiaciones *ope legis*»: el derecho a ser indemnizado como mecanismo redistributivo». Comienza destacando la función social de la propiedad con la regulación obrante en la Ley de 12 de mayo de 1956, que atiende al núcleo primario del derecho de la propiedad como un derecho subjetivo, con un contenido garantizado por el Código Civil y cuya reducción, en el caso de la expropiación forzosa, solo puede justificarse por razones de utilidad pública o interés social que no pueden ni deben extenderse más allá de lo estrictamente razonable.

Concluye el autor afirmando que la denominada expropiación *ope legis* no es otra cosa que una válvula de seguridad diseñada para garantizar el derecho de los propietarios a hacer efectivo, en cualquier momento, el contenido esencial de un derecho frente a la reiterada y des-

esperante pasividad de la Administración, lo que garantiza no tanto el cuestionable derecho a ser expropiado, como el incuestionable a ser resarcido del sacrificio singular a que tanto el planificador como el gestor urbanístico le abocan.

En el Capítulo 13, la profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna Claudia HERNÁNDEZ LÓPEZ aborda «Fondos, bancos y patrimonios públicos para contribuir a la sostenibilidad». Comienza analizando el problema de financiar la sostenibilidad, ya que su integración exige inversión pública y privada, pero los presupuestos públicos son limitados y la Administración no cuenta con capacidad financiera para realizar transformaciones de gran calado. Para reducir el CO₂, producir energía no contaminante, evitar la degradación de la biodiversidad, mantener la calidad del agua, lograr un desarrollo social adecuado o garantizar el acceso a la vivienda, es necesario contar con recursos económicos suficientes en un espacio corto de tiempo.

Una forma de solucionarlo es afectando y captando fondos para destinarlos directamente a los fines perseguidos. Un instrumento para ello son los patrimonios públicos de suelo (PPS) y los fondos para las actuaciones de dotación. Los PPS son bienes, recursos y derechos adscritos a un fin que tienen naturaleza de patrimonios separados de la Administración.

Concluye la autora afirmando que no hay un único modo de financiar acciones públicas y estos instrumen-



tos pueden contribuir a lograr una actuación eficaz de la Administración. Con todo, su éxito y su correcto funcionamiento requieren, en primer lugar, que se apueste decididamente por fórmulas complementarias para la obtención de recursos; y, en segundo lugar, que se describan y definan de forma clara y precisa todos los aspectos relativos a su configuración-funcionamiento, origen y destino de los recursos, afectación a esos fines, etc.

IV. Intervención

En el Capítulo 14, la profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna Susana Eva FRANCO ESCOBAR estudia la «Flexibilidad en los títulos habilitantes urbanísticos: de las licencias a las actuaciones exentas». Introduce la cuestión afirmando que los usos y actividades que se pueden ejercer sobre el suelo (vuelo y/o subsuelo), ya sea público o privado, pueden estar sometidos a alguna intervención administrativa, pero también pueden estar exentos de licencia, según así lo haya decidido el legislador que tiene competencia para pronunciarse sobre este control público.

La ordenación del territorio y el urbanismo son competencias autonómicas que encajan en un esquema básico marcado por la legislación estatal. Lo razonable sería dejar de someter a previa licencia aquellas actuaciones de menor transcendencia y aquellas que no ponen a las personas o la seguridad o al medioambiente en algún peligro potencial. Es

evidente que en el nuevo Derecho Urbanístico hay un proceso de cambio y evolución, con una línea que incluye flexibilización y simplificación de cargas y trámites que ha de soportar el ciudadano.

En el Capítulo 15, el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna Fernando J. BETANCORT REYES trata de «La evolución del silencio administrativo en las licencias urbanísticas: del efecto estimatorio al desestimatorio». Introduce el tema abordando el silencio administrativo en las licencias urbanísticas: *status quaestionis*. El silencio administrativo es una técnica establecida desde el siglo XIX que intercede entre la inactividad de la Administración y la desprotección del particular, otorgándole a éste una respuesta que dé salida a sus pretensiones de modo positivo o estimatorio (acto administrativo), o de forma negativa y desestimatoria (ficción jurídica a efectos procedimentales y/o, en su caso, procesales).

En efecto, así ha venido sucediendo hasta que, a comienzos de la década pasada, el legislador estatal (amparándose en los títulos contenidos en los artículos 149.1. 1.^a y 18.^a CE) introdujo —por Decreto-Ley— otros criterios del silencio (todos ellos de alcance negativo o desestimatorio) aplicables expresamente a un conjunto definido de actuaciones urbanísticas. Regla que, invocando la seguridad jurídica, se mantiene en la actualidad.

En el Capítulo 16, el profesor asociado de Derecho Administra-



tivo de la Universidad de La Laguna Eduardo RISUEÑO DÍAZ analiza «La consolidación del uso: ruptura de la viabilidad de restablecer en cualquier momento la situación originaria frente a un uso ilegal». Comienza con el concepto de uso que define como la «acción de usar» o la «capacidad o posibilidad de usar algo», y usar es «hacer servir una cosa para algo». Un cariz distinto tiene el término «actividad», que se define como la «facultad de obrar», y obrar es «hacer algo, trabajar en ello». El uso se intuye, la actividad se ve.

Llevando esta cuestión al campo del urbanismo, el uso es el presupuesto de la actividad, pues no puede desarrollarse una actividad que no es conforme con el uso previsto para la parcela o construcción donde se ejerce la misma.

Cuando se trata de restablecer la realidad física vulnerada por un uso ilegal, hay que tener en cuenta que el acceso al Registro de la Propiedad del uso ilegal no impide el ejercicio por la Administración de la acción de restablecimiento respecto del mismo, en cuanto que no hay *dies a quo* del plazo de caducidad de tal acción, pues el uso se desarrolla de forma continua.

En el Capítulo 17, el profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna José Miguel GONZÁLEZ REYES nos acerca a «El preocupante aumento de la imprescriptibilidad en el restablecimiento de la legalidad urbanística». Comienza con un breve apunte sobre la disciplina urbanística, que define

como el ejercicio de funciones por parte de las Administraciones Públicas implicadas para garantizar la correcta zonificación, uso y edificación conforme al planeamiento urbanístico aplicable. La protección de la legalidad urbanística es independiente y coexiste con la actuación sancionadora de las Administraciones competentes e implica como presupuesto una previa actuación inspectora.

En la restitución de la legalidad urbanística cobra especial relevancia el transcurso del tiempo y los efectos jurídicos que ello provoca. En este sentido el autor apuesta porque el ejercicio de una acción no deje de prescribir nunca y debería reintegrarse en el debate doctrinal si la materia prescripción de las infracciones constituye o no legislación básica para el conjunto del Estado a fin de evitar sutilezas sobre las legislaciones autonómicas a menudo acentuadas por las opiniones de los Tribunales Superiores de Justicia respectivos.

V. Vivienda

En el Capítulo 18, el profesor asociado de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva José ZAMORANO WISNES aborda «El artículo 149.1.13 de la Constitución, límites a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda». Comienza abordando el tema, que será el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, a través de ella, la incidencia del Estado en la regulación de una materia, la vivienda, que según



los estatutos de las distintas CCAA es competencia exclusiva de estas.

La interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 149.1.13 CE ha venido siendo tradicionalmente extensiva, limitando la capacidad de las CCAA para establecer una política propia en materia de vivienda. En concreto, la STC 93/2015 supone, no solo una interpretación expansiva del artículo 149.1.1.^a., sino que lleva la interpretación del concepto «bases» a límites no alcanzados hasta ahora. La doctrina iniciada en la sentencia mencionada está siendo matizada en la más reciente jurisprudencia, de la que son reflejo las sentencias 5/2019 y 21/2019.

En este sentido, destaca el autor el voto particular realizado a la sentencia 93/2015 del alto Tribunal por la Magistrada ASUA BATARRITA, en el que afirma que *las posibles implicaciones de la fundamentación de la presente Sentencia para nuestra futura jurisprudencia son preocupantes. Se da por bueno que el Estado, en virtud del título competencial contemplado en el art. 149.1.13 CE, pueda asumir e imponer de modo excluyente la solución de un problema social o económico como expresión de las bases de la planificación económica, cerrando el paso a que las Comunidades Autónomas puedan establecer sus propias medidas al respecto, incluso en el ámbito de las materias de su competencia exclusiva, como es la vivienda.*

Concluye el autor afirmando que la interpretación del artículo 149.1.13 se mueve entre dos polos: por un

lado, garantizar una cierta unidad dentro de la diversidad normativa característica de la descentralización política propia del Estado autonómico; y, por otro, garantizar la unidad en las decisiones sobre la política económica.

En el Capítulo 19, el profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ analiza «El futuro de las viviendas protegidas. De la vivienda protegida a la vivienda asequible». Introduce el tema con la afirmación del Defensor del Pueblo de que «la vivienda protegida está en peligro». En paralelo los últimos programas estatales evitan la utilización de la expresión vivienda protegida, utilizando en su lugar la de vivienda asequible; por ejemplo, en el denominado Plan 20.000 presentado recientemente por el Ministerio de Fomento, donde no existe ninguna referencia a la vivienda protegida.

Hay que tener en cuenta que la posibilidad de vincular un suelo a la construcción de viviendas protegidas trae causa del concepto función social del derecho de propiedad, dado que, como es sabido, el derecho de propiedad no cumple únicamente funciones privadas, sino también, y al mismo tiempo, una función social, que como advirtió el Tribunal Constitucional, se configura como parte inescindible del derecho de propiedad.

Concluye afirmando que el desig- nio final de cualquier política de vivienda, no es otro que el de facilitar viviendas asequibles (en régimen de



propiedad o en arrendamiento) a los ciudadanos. Esta misión le compete al Estado, quien a través de una Ley de Vivienda tiene una magnífica ocasión para cambiar el rumbo de las cuestiones apuntadas.

VI. Recapitulación

Para terminar, y a modo de recapitulación, dado que, como se ha mencionado, se trata de una extensísima obra en la que han participado, además del director, 19 reconocidos autores, trataré de reseñar lo más destacable de todos los apartados. Así, podemos afirmar que la obra recensionada, en palabras de su director, tiene como objetivo formular un análisis crítico de los principios de simplificación, sostenibilidad y rehabilitación que deben inspirar el Derecho urbanístico de nuestro tiempo.

- a) Puede decirse que el Derecho Administrativo en su historia, junto con la satisfacción del interés general, está caracterizada por la búsqueda recurrente de una mayor simplificación, casi siempre frustrada. El sistema en su conjunto demanda una mayor racionalidad y mesura.
- b) Los 17 objetivos del desarrollo sostenible de la Agenda 2030 se identifican prácticamente con la calidad de vida a que todas las personas tienen derecho y que los poderes públicos deben procurar, ya que la realización efectiva de dichos objetivos de desarrollo sostenible es tarea de todos.
- c) Las legislaciones autonómicas urbanísticas han omitido cualquier

referencia al seguimiento de planes, en lo que se refiere a las medidas de adaptación a los efectos del cambio climático y, por tanto, no prevén la reevaluación de los planes a la luz de la incidencia en ellos de los efectos lesivos del cambio climático. Esto supone una carencia significativa en el adverso proceso del cambio climático.

- d) El «derecho a la ciudad», codificado por la *New Urban Agenda*, suministra un modelo alternativo válido para las políticas del territorio, sobre la base del cual es posible repensar las ciudades y las urbanizaciones. Se afirma que la esperanza de construir la ciudad futura, de todos y para todos, es un camino largo pero necesario hacia la «ciudad justa».
- e) Estamos asistiendo a un proceso de cambio del Derecho Administrativo, en el que lo ambiental impregna toda la esfera de la actividad administrativa, de la misma manera que las reglas presupuestarias y contables lo hacen en la organización de la Administración y la tecnología en su funcionamiento.
- f) Los convenios «de gestión» constituyen una técnica cuyo ámbito natural de desenvolvimiento se encuentra en el proceso de ejecución del planeamiento y su gestión, sin necesidad de recurrir al procedimiento de modificación del plan y de todos y cada uno de los instrumentos de gestión afectados.
- g) Se afirma que los principios relacionados con la tramitación de los planes de Ordenación del Es-



- pacio Marítimo serían: el principio de participación, el principio de transparencia, el principio de cooperación y el principio de incorporación del seguimiento y la evaluación en el proceso de planificación.
- h) Las actuaciones de dotación son un mecanismo imprescindible en la gestión del suelo urbano. También resulta crucial una correcta regulación de la monetización de las cesiones, su destino, transparencia y control. Si todo esto se realiza, las actuaciones de dotación serán el mecanismo que incentive la mejora de la ciudad en beneficio de toda la colectividad.
- i) Los complejos inmobiliarios son un instrumento de legitimación de actuaciones urbanísticas al servicio de las necesidades de la ciudad. La legislación estatal vigente trata de superar viejos apriorismos y acoge técnicas novedosas con las que pueden satisfacerse esas necesidades.
- j) La denominada expropiación *ope legis* no es otra cosa que una válvula de seguridad diseñada para garantizar el derecho de los propietarios a hacer efectivo, en cualquier momento, el contenido esencial de un derecho frente a la reiterada y desesperante pasividad de la Administración.
- k) Los patrimonios públicos de suelo (PPS) son bienes, recursos y derechos adscritos a un fin que tienen naturaleza de patrimonios separados de la Administración. Su objetivo es intervenir en el mercado de suelo para evitar la especulación, favorecer la ejecución del planeamiento y satisfacer las necesidades de vivienda protegida.
- l) Lo razonable sería dejar de someter a previa licencia aquellas actuaciones de menor trascendencia y aquellas que no ponen a las personas o la seguridad o al medioambiente en algún peligro potencial. En este nuevo Derecho urbanístico hay un proceso de cambio y evolución, con una línea que incluye flexibilización y simplificación de cargas y trámites que ha de soportar el ciudadano.
- m) Sobre el restablecimiento de la realidad física vulnerada por un uso ilegal, existe un variado abanico de situaciones. En todo caso se afirma que la antes denominada Dirección General de los Registros y del Notariado admite el acceso del uso ilegal al Registro si el plazo para ejercer la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística sobre la construcción o edificación en la que dicho uso se desarrolla ha caducado.
- n) Sobre el restablecimiento de la legalidad urbanística cobra especial relevancia el transcurso del tiempo y se apuesta porque el ejercicio de una acción no deje de prescribirse nunca y, debería reintroducirse en el debate doctrinal si la materia prescripción de las infracciones constituye o no legislación básica para el conjunto del Estado a fin de evitar sutilezas sobre las legislaciones autonómicas a menudo acentuadas por las opiniones de los Tribunales Superiores de Justicia.
- o) La interpretación del Tribunal Constitucional del art. 149.1.13



CE ha venido siendo tradicionalmente extensiva, limitando la capacidad de las CCAA para establecer una política propia en materia de vivienda. Al respecto se destaca y comparte el voto particular formulado a la sentencia 93/2015 del alto Tribunal por la Magistrada ASUA BATARRITA, en el que aboga por que las Comunidades Autónomas puedan establecer sus propias medidas, incluso en el ámbito de las materias de su competencia exclusiva, como es la vivienda.

- p) Hay que tener en cuenta que la posibilidad de vincular un suelo a la construcción de viviendas protegidas trae causa del concepto función social del derecho de propiedad, dado que, como es sabido, el derecho de propiedad no cumple únicamente funciones privadas, sino también, y al mismo tiempo, una función social que, como advirtió el Tribunal Constitucional, se configura como parte inescindible del derecho de propiedad. Pero desde una perspectiva urbanística, la asignación de usos concretos debe entenderse siempre en el marco del principio de equidistribución, por lo que cuando no haya posibilidad de equidistribución de beneficios y cargas, no será posible imponer la construcción de viviendas protegidas.

Para finalizar, nos encontramos ante una obra de referencia y básica para poder estudiar y entender el nuevo Derecho urbanístico, los principios de simplificación, sostenibilidad y rehabilitación, y para aproxi-

marnos a los nuevos planteamientos para su desarrollo.

BEGOÑA CRESPO HIDALGO

Licenciada en Derecho

begotxucrespo@gmail.com

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.13>

VELASCO CABALLERO, Francisco (dir.): *Tratado de Derecho Local*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, 1.ª edic., 767 págs.

Fruto del ingente trabajo desarrollado por un excelente plantel de 16 autores y autoras expertos en la materia, entre los cuales se encuentra Francisco VELASCO CABALLERO como director; a finales del pasado mes de abril tuvo entrada en el panorama editorial el Tratado de Derecho Local objeto de la presente reseña, que ya adelantamos, debiera formar parte del catálogo de referencias bibliográficas de todas aquellas personas dedicadas al Derecho Local.

Tal y como tendremos ocasión de exponer en las próximas líneas, este Tratado nos ofrece una amplia y detallada visión acerca de las materias más relevantes que conforman el régimen local. Esto no es casualidad. Comenzando por el propio título de la obra, en palabras del propio Francisco VELASCO CABALLERO, un tratado debe exponer el Derecho vigente con el mayor nivel de precisión posible, pero no puede limitarse a esto. Debe, además, identificar dónde están los debates doctrinales



y judiciales no resueltos, cuáles son las tendencias de cambio o dónde el Derecho positivo muestra insuficiencias. En efecto, pronto comenzamos a darnos cuenta de que a lo largo de los 21 capítulos que componen el Tratado, se ha cumplido con la pretensión expresada por el director, sumergiéndolo al lector en un recorrido por los principales temas del Derecho Local. A ello se añaden las reflexiones propiciadas sobre aquellas cuestiones que a día de la fecha continúan sin resultar pacíficas para la jurisprudencia y para la doctrina.

Como se decía en líneas anteriores, el Tratado de Derecho Local consta de 21 capítulos en cuya selección debemos detenernos, porque el carácter innovador de la misma merece ser puesto en valor. Y es que, si bien en el Tratado encontraremos capítulos dedicados a las materias que forman parte de lo que podríamos denominar Derecho Local tradicional, tales como el régimen constitucional local, las competencias y potestades municipales, la contratación pública etc. también ha habido lugar para introducir capítulos relativos a materias menos convencionales, pero que van cobrando mayor importancia en el actual contexto socioeconómico e histórico en el que nos encontramos. Así, por ejemplo, el capítulo V. aborda la participación ciudadana, y el capítulo VI. la transparencia y la protección de datos.

Lo cierto es que, en el momento en que nos encontramos, no podemos permanecer ajenos a la desafección que la ciudadanía siente respecto a las instituciones políticas y a

las Administraciones Públicas. Esta realidad exige elevar los estándares democráticos, para lo cual dichas instituciones deben hacer uso de herramientas como la participación ciudadana. De la misma manera, deberían comenzar una transición desde el sistema basado en la opacidad y en la privacidad más restrictiva, hacia un sistema que ponga en valor la transparencia, de modo y manera que coadyuve a los fines de del sistema democrático constitucional.

Del mismo modo, debemos destacar la coherencia que se mantiene desde el principio hasta final del Tratado. Lograr un reto de estas características en una obra escrita por 16 autores y autoras, solo es posible con un gran esfuerzo por transmitir esa claridad expositiva. Dicho esfuerzo trasciende de las páginas del libro, y llega al lector no solo a través de la claridad con la que se transmiten los conceptos, sino también gracias a la utilización de técnicas como las numerosas remisiones internas entre los distintos capítulos, que evitan duplicidades en los contenidos. A mayor abundamiento, se ha confeccionado un único catálogo de abreviaturas empleadas por todos los autores y autoras que junto con un único listado de bibliografía contribuyen a una lectura fácil y ágil.

Entrando en el contenido del Tratado, este comienza con un primer capítulo dedicado a la configuración constitucional del régimen local. Ante ese escenario, y como no podía ser de otra manera, además de exponer los preceptos sobre los que se fundamenta el régimen lo-



cal (artículos 137, 140, 141 y 142 de la Constitución Española) se dedica gran parte del capítulo al análisis del pilar fundamental sobre la que descansa el Derecho Local: la autonomía local.

Este capítulo, conduce al lector a través de un recorrido por la jurisprudencia constitucional más relevante dictada desde principios de los años 80 hasta la fecha. Durante este viaje, se nos muestra el devenir de la configuración de la autonomía local, identificando las distintas fases por las que ha ido atravesando. Así, podemos hablar de una primera fase en la que la autonomía local se configuraba como garantía institucional, concepción a la que el TC se mantuvo fiel hasta el 2016. VELASCO CABALLERO, autor de este primer capítulo, nos explica como a partir de esa fecha nos adentramos en una segunda fase, que coincide con el enjuiciamiento de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Es en este momento cuando la jurisprudencia constitucional cambia de rumbo, pasando a identificar la autonomía local como un principio constitucional, en lugar de como una garantía institucional y sustituyendo el juicio de reconocibilidad por la ponderación como método de enjuiciamiento.

Sin embargo, la transición a la concepción de la autonomía local como principio, puede entrañar ciertos peligros cuya consecuencia consista en la debilitación de la autonomía local. Es por eso que el autor

propone el acompañamiento de la autonomía local con ciertas garantías o estándares no susceptibles de ponderación que garanticen ciertos límites.

Ligado con la reforma operada por la LRSAL, el capítulo II aborda el impacto que la misma tuvo en cuanto al régimen de creación y fusión de municipios y en la sustancial modificación que sufrieron las Entidades Locales de Ámbito Territorial Inferior al Municipio. De este modo, se ofrece una visión panorámica del escenario que dejó dicha Ley en lo referente a la Planta Local.

Por otro lado, el capítulo pone de manifiesto la gran complejidad de la Planta Local española, así como la escasa atención que esta situación ha recibido desde las instituciones políticas, y que ha desembocado, hasta la fecha, en la inexistencia de soluciones para acometer la reforma de la planta local. No obstante, en el presente capítulo se exponen algunas teorías doctrinales que tratan la reforma de la planta local desde diferentes concepciones.

Llegados a este punto, el Tratado aborda el tratamiento de las fuentes del derecho local en su tercer capítulo. Hemos de tener en cuenta que, además de las fuentes comunes, en el ámbito local resultan de aplicación las normas locales, que en una primera y básica aproximación podrían definirse como normas dictadas por las Entidades Locales. Ambas categorías de fuentes se relacionan entre sí conforme al principio de autonomía local.



A propósito de la naturaleza jurídica de las normas locales y su asimilación a los reglamentos administrativos, resulta muy interesante el planteamiento del autor acerca de la insuficiencia de dicha asimilación, puesto que las primeras no encajan en las categorías reglamentarias del Derecho estatal.

Como hemos tenido ocasión de apreciar, a lo largo de los tres primeros capítulos queda patente la importancia del principio democrático consagrado por el artículo 1.1 CE, pero es en el capítulo IV donde tendremos ocasión de comprender el alcance y funcionamiento de dicho principio, gracias al análisis del régimen electoral local.

Tras exponer cuáles son las fuentes de las elecciones locales y las instituciones que confluyen en el proceso electoral, se define y caracteriza el régimen de electores y elegidos, para culminar con un recorrido por el proceso electoral completo. Comenzando por la convocatoria de elecciones hasta llegar a la constitución de ayuntamientos y elección de alcaldes.

Mención especial merece el apartado específico dedicado a los Territorios Históricos Vascos. No encontraremos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), mención expresa al régimen jurídico relativo a las elecciones a las Juntas Generales de los tres territorios históricos. En virtud del artículo 10.3 del Estatuto Vasco, dicha regulación se encuentra en la Ley vasca 1/1987, de 27 de marzo, de Elecciones para

las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa.

Cambiando de tercio, de acuerdo con el art. 11.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), uno de los elementos del municipio es la población, y es precisamente este el tema que se aborda en el capítulo VII. Este comienza analizando la población como elemento constitutivo del municipio poniendo de manifiesto el influyente papel que este elemento desempeña a la hora de regular el régimen jurídico del municipio. Pensemos, por ejemplo, en la organización del propio ente local y en su régimen de organización; en tal caso resultará determinante que se trate de un municipio de régimen común o de gran población, en cuya configuración debe atenderse, entre otros, al criterio de la población. A mayor abundamiento, también incidirá en la determinación de los servicios públicos de prestación obligatoria o en aspectos relativos a la hacienda local, por ejemplo, en relación con la participación en los tributos del estado.

Resulta de gran importancia la precisión que realiza la autora en lo referente a la naturaleza jurídica del Padrón. El padrón municipal de habitantes es un registro administrativo que, pese a las apariencias, constituye un registro de naturaleza estatal. Esta característica tiene una gran trascendencia, planteando la siguiente dicotomía: por una parte, estamos ante una responsabilidad y una tramitación municipal; por otra



parte, la regulación es competencia estatal.

En otro orden de cosas, se ha introducido un apartado específico para tratar la relación entre el padrón y las personas extranjeras, así como uno que expone los derechos y deberes que otorga la condición de vecino.

El capítulo VIII vuelve a situarnos, una vez más, frente al reconocimiento de la autonomía local consagrado constitucionalmente. No obstante, hemos de ser conscientes de que la constitución no asigna competencias directamente a las entidades locales. Por el contrario, en virtud del principio de legalidad ligado al de autonomía local, el artículo 25.3 LRBR establece la exigencia de atribución de competencias por ley. Partiendo de esa base, la autora emprende un análisis por la tipología de las competencias municipales desde el modelo establecido por la LRBR que completa con la jurisprudencia más relevante dictada por el Tribunal Constitucional.

La Provincia, la comarca y el Área Metropolitana son objeto de tratamiento en el capítulo X.

La organización, clave de bóveda del régimen local, es uno de los elementos que junto con la población y el territorio conforman el municipio. El capítulo IX comienza explicando los antecedentes legislativos de los que emana la actual regulación de la organización municipal. Entre esos antecedentes desta-

can las modificaciones operadas por la LOREG y especialmente por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, por la que se introdujo el régimen de los Municipios de Gran Población. Destaca la visión global que nos ofrece el contenido del capítulo, toda vez que define y analiza tanto el régimen de los municipios de régimen común, como el régimen de los municipios de gran población.

Tras un capítulo XI dedicado al sector público local, los capítulos XII y XIII están dedicados a los ingresos locales y al gasto público local respectivamente, de modo y manera que nos brinda la oportunidad de conocer las dos caras de una misma moneda. En lo referente a los ingresos locales, comienza con el precepto sobre el que se sustenta todo el régimen de la hacienda local: el artículo 142 de la CE, el cual dispone que *las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas*. Siguiendo el hilo conductor que ofrece la autonomía local, este precepto debe ser interpretado a la luz de los artículos 137 y 140 CE, resultando fundamental la conexión entre ingresos y competencias municipales, conceptos profundamente ligados.

Sentadas las bases sobre las que se erige la potestad financiera local,



el capítulo tiene por objeto exponer el régimen jurídico de los recursos locales, ofreciéndonos, además, datos estadísticos sobre la relevancia de dichos recursos. A mayor abundamiento, el capítulo guarda un apartado específico para tratar las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias creadas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y cuya regulación se encuentra en la disposición adicional primera de la Ley General Tributaria. Tal y como pone de manifiesto el autor, aun es escaso el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de esta nueva categoría jurídica para valorar los datos. Sin embargo, es una cuestión sobre la que habremos de estar atentos y atentas.

El capítulo cierra con un apartado dedicado a las contribuciones especiales. Sin ánimo de desglosar dicho apartado, esta reseña debe destacar lo interesante de las reflexiones propuestas por el autor en relación con las dificultades para implementar este recurso debido a las características que configuran su régimen jurídico.

El capítulo relativo al gasto público local comienza poniendo el foco sobre el sistema de fuentes que rige el gasto público local, y cuál es la prelación entre ellas. Igualmente, se aborda el régimen jurídico del presupuesto (contenido, aprobación y modificación), una vez más, ligado al principio democrático puesto que el presupuesto está en el origen mismo de la democracia parlamentaria.

El Tratado continua con un capítulo XIV dedicado al empleo público local, en cuyo comienzo se analiza cuáles son las clases de personal al servicio de la Administración (el personal funcionario de carrera y el personal laboral permanente; el personal eventual; el personal directivo profesional; el personal interino o temporal funcionario y laboral) así como sus características principales.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor introduce una nueva categoría de personal temporal al servicio de la Administración, que es fruto de la actividad jurisprudencial, y que vuelve a recordarnos lo afortunada que ha sido la sección del contenido del Tratado objeto de esta reseña, a saber: el personal indefinido no fijo; los funcionarios interinos de larga duración y los contratos de duración inusualmente larga. Esta categorización se acompaña de sendas referencias jurisprudenciales que facilitan la comprensión de la situación en la que se encuentra el empleo público en la actualidad.

Prosigue con una exégesis de los instrumentos para la ordenación y planificación de los recursos humanos, así como de las situaciones administrativas y de la extinción de la condición de empleado público.

El capítulo XV tiene como punto de partida la clasificación de las formas de actuación postulada por JORDANA DE POZAS, para acometer el tratamiento de los servicios públicos locales como actividad diferenciada de las de intervención y de fo-



mento. Han sido varios los intentos de la doctrina administrativa por establecer una definición de «servicio público», ya que el Derecho positivo no ofrece tal definición. Desde esta base, el capítulo aborda un análisis de dicho concepto con una perspectiva local, así como su categorización diferenciada de la iniciativa pública económica. Junto a ello, se tratan las distintas formas de gestión de los servicios públicos.

El capítulo XVI trae a colación la importancia y relevancia de la potestad sancionadora local con una exposición cronológica que se remonta al siglo XIX donde debido a que gran parte de la actividad administrativa era desarrollada en el ámbito local, predominaba la actividad sancionadora de los municipios. En una fase posterior, coincidente con las primeras décadas del siglo XX, las leyes se limitaban a reconocer la potestad sancionadora de los municipios. Es en este punto donde se enfatiza el fundamental papel que han desempeñado las ordenanzas municipales en el desarrollo de la potestad sancionadora de los municipios a la hora de establecer infracciones y sanciones.

Por otra parte, tras constatar la amplísima extensión del derecho administrativo sancionador en nuestro ordenamiento jurídico, la autora explica que dicha amplitud ha tratado de compensarse mediante el sometimiento de la potestad sancionadora de la Administración a las garantías materiales y procedimentales que rigen en el Derecho penal. Esta exposición nos brinda la

oportunidad de adquirir una visión contrapuesta entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal.

También son objeto de análisis en el presente capítulo, los principios que informan la potestad sancionadora, que se completa con la exposición de la regulación de los procedimientos sancionadores del ámbito local y con el esquema de las fases que conforman el procedimiento sancionador.

Partiendo, una vez más, de la clasificación clásica de las formas de actividad administrativa, el capítulo XVII explica la relación entre actividad de fomento y subvenciones, toda vez que no todas las subvenciones constituyen instrumentos de fomento, ni todos los instrumentos de fomento revisiten forma de subvención. Tomando como referencia la regulación contenida en el artículo 25.1 y 25.2 de la LRBR y la jurisprudencia constitucional, el capítulo analiza el régimen jurídico al que están sujetas las acciones de fomento que pueden promover las entidades locales en el ámbito de sus competencias. En ese sentido, se ha incluido un apartado específico que nos sirve de fundamento para comprender la base jurídica sobre la que descansa la actividad de fomento.

Los capítulos XVIII, XIX y XX tratan los temas relativos a la contratación pública, a los bienes de las entidades locales y la expropiación y responsabilidad patrimonial respectivamente. En lo referente al



primero de los temas, la autora introduce una serie de apartados relacionados específicamente con la administración local que, junto con las explicaciones sobre régimen general de contratación pública, proporciona una visión global del régimen jurídico al que debe someterse cualquier Entidad Local en materia de contratación pública. Esa misma línea es la que sigue el capítulo XIX, de modo y manera que conjuga el régimen legal de los bienes públicos, con el régimen específico de los bienes locales.

Con respecto al contenido del capítulo XX, este aborda conjuntamente las instituciones de expropiación forzosa y de responsabilidad patrimonial por cuanto suponen «modalidades de un mismo género: la garantía patrimonial del ciudadano» en palabras del Tribunal Constitucional en STC 112/2018.

Como colofón, el Tratado dedica su último capítulo a los controles sobre la actuación de los entes locales. Este capítulo comienza con una brillante introducción que nos adelanta, no solo el contenido del capítulo, sino la estructura del mismo, sirviéndonos de contextualización ante la temática que se abordará a lo largo del capítulo.

Tal y como expone la autora, en el Derecho positivo no existe una definición del concepto de control, por lo que se proporcionan varias definiciones elaboradas por la doctrina, así como un análisis de los rasgos básicos del instituto jurídico que representa el control.

Tras realizar una minuciosa exposición de los tipos de control, el capítulo se adentra en las bases constitucionales del mismo. En ese sentido, hemos de tener en cuenta que si bien no existe una regulación constitucional expresa de los controles aplicables a la actividad local, recordando lo expuesto en el primer capítulo del Tratado, no debemos perder de vista el impacto que dichos controles pudieran causar en el principio constitucional de autonomía local. Para darnos muestra de esta situación y de la mano de la jurisprudencia constitucional, se exponen los límites que se han ido perfilando entre la garantía constitucional de la autonomía local y los controles sobre la actividad de los entes locales.

Por último, el capítulo dedica un apartado específico al régimen de los controles económico-financieros, tanto internos (la función interventora, la función de control financiero, el control de eficacia y otros mecanismos de control) como externos (el control del Estado sobre los controles internos de los entes locales, la autorización previa de operaciones de crédito, los planes económico-financieros, los planes de ajuste, el control por el Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas).

Como hemos visto, si bien es cierto que varios temas han quedado fuera de esta magnífica obra, ya en la presentación del Tratado, su director advierte esta circunstancia, explicándonos que el motivo de este hecho consiste en razones organizativas. Lo cual no significa que sea un



Tratado cerrado, puesto que aquellos temas que han quedado fuera de esta primera edición, bien podrían ser incluidos en una futurible segunda edición.

En definitiva, el Tratado de Derecho Local constituye una herramienta indispensable en el día a día de todas aquellas personas dedicadas a la materia. En primer lugar, porque nos ofrece un punto de referencia al que acudir en busca de las soluciones que puedan resolver las cuestiones que se nos planteen. En segundo lugar, porque supone una fuente de conocimiento excepcional.

GOIZARGI HERNANDO ALONSO
goizargih@gmail.com

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.14>

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, colección «Derecho Administrativo», Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, 78 págs.

El coloquialmente denominado *céntimo sanitario* permanece aún en la palestra judicial. Ha transcurrido ya un lapso de tiempo considerable desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictara su Sentencia *Transportes Jordi Besora* (asunto C-82/12), de 27 de febrero de 2014, que declaraba contraria a la normativa europea la regulación legislativa

del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos. No obstante, lejos de haber quedado zanjado de inmediato, el tema ha dado de sí en este período (no hay que olvidar la magnitud de las cantidades a indemnizar) y, al igual que en años precedentes, también a lo largo del presente han ido sucediéndose, hasta superar la decena, resoluciones del Tribunal Supremo que analizan la adecuación a Derecho de Acuerdos del Consejo de Ministros (incluso algún caso de silencio administrativo) desestimatorios de reclamaciones de indemnización, en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por daños causados en aplicación del citado impuesto.

No resulta, pues, extraño que la colección titulada «Derecho Administrativo», editada por el *Boletín Oficial del Estado* bajo la dirección del Prof. Santiago MUÑOZ MACHADO, se haya interesado por el tema y haya optado por integrar una nueva publicación (en su doble versión, digital y en papel), a cargo del Prof. Edorta COBREROS MENDAZONA, experto en la materia y autor, además de su estudio *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, publicado en 2015, de diversos trabajos posteriores relacionados (sirvan, entre otros y como botón de muestra, «La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial», publicada, en memoria del Prof. Jesús LEGUINA VILLA, en 2016 por la *Revista de Administración Pública*, y «El diálogo judicial para la construcción de la



responsabilidad patrimonial del Estado por leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea», publicado en 2018 por el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*).

I. En la publicación recensionada, el catedrático de la UPV/EHU precisa las características y requisitos básicos de la responsabilidad patrimonial por vulneración del Derecho de la Unión Europea, para lo cual efectúa un difícil ejercicio de condensación y de simultánea actualización del análisis de doctrina jurisprudencial que desarrollara en anteriores trabajos, y, finalmente, procede a su contraste con la regulación introducida por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. El autor redacta su trabajo «con la perspectiva que nos da el momento actual de evolución del Derecho de la Unión Europea».

Tras una breve presentación, en la que el administrativista explica su pretensión de proporcionar una perspectiva escueta, a la par que rigurosa, del principio que consagra la obligación de los Estados miembros de resarcir los perjuicios causados por inobservancia de las obligaciones que les hayan sido impuestas por el Derecho de la Unión Europea, la obra objeto de recensión entra de lleno en el análisis de la construcción y aplicación del principio en el Derecho de la Unión Europea, a lo largo de cinco apartados, y finaliza con la incorporación adicional de un nutrido apartado de referencias jurisprudenciales, la mayoría de las cuales han sido adoptadas por el Tri-

bunal de Justicia, pero también se enumeran sentencias del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal General, todas ellas ordenadas alfabéticamente, así como de una amplia selección bibliográfica publicada en idioma español.

II. La introducción que contiene el apartado I de la obra nos advierte de que el principio y sus concreciones ulteriores han sido y siguen siendo un «producto exclusivamente jurisprudencial», y puntualiza que el trabajo se va a centrar únicamente en la responsabilidad de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea ante las personas perjudicadas por tal eventualidad (y no ante las instituciones de la propia Unión). Subraya que este principio se erige en «cláusula de cierre de la aplicación del Derecho de la Unión», cuando otros principios (fundamentalmente, los de interpretación conforme y de primacía), no consiguen su objetivo.

Pues bien, en los tres apartados siguientes, en que el profesor analiza el devenir del principio protagonista en el Derecho de la Unión Europea, se completan y confirman los resultados de su anterior estudio con la aportación de catorce Sentencias que ha adoptado posteriormente, y hasta el momento de cierre del trabajo, el Tribunal de Justicia (desde la *Sentencia Ferreira*, de 9 de septiembre de 2015, hasta la *Sentencia Bundesrepublik Deutschland*, de 28 de octubre de 2020) y de otra serie de Sentencias adoptadas por el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal General, comenzando por las *Sen-*



tencias Accorinti c. Banco Central Europeo y European Dynamics Luxembourg y otros c. OAMI, ambas de 7 de octubre de 2015) y siguiendo por otras que mencionamos más adelante.

III. La monografía dedica su apartado segundo a efectuar un recorrido por su elaboración jurisprudencial. Explica así su surgimiento como un principio «inherente al sistema del Tratado», su revelación *ex novo* («a partir de un auténtico «agujero negro» del Derecho de la Unión Europea») en 1991, con la *Sentencia Francovich y Bonifaci*, las puntualizaciones que la misma efectúa del nuevo principio y, en fin, los aspectos que conviene retener de esta resolución judicial.

Pasa seguidamente a desentrañar la responsable de la arquitectura del principio, la trascendental *Sentencia Brasserie du Pêcheur* de 1996, cuya significación y alcance se condensan en una síntesis de la misma que plasma su especial relevancia.

En tercer y último lugar, se recoge el posterior paso dado por el Tribunal de Justicia en 2003, con la *Sentencia Köbler*, esto es, la extensión de la responsabilidad estatal al supuesto de incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea. Tras un *excursus* relativo a la evolución de la política de la Comisión ante el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea protagonizado por órganos judiciales internos, se llega a la citada resolución judicial, que admite expresamente el principio resarcitorio en este caso. El au-

tor admite el riesgo de una interpretación excesivamente restrictiva del requisito de la violación suficientemente caracterizada en el caso de la actividad jurisdiccional, pero apunta que podría darse una evolución en su interpretación y aplicación con base en los mismos conceptos, e, incluso, una corrección por parte del propio Tribunal de Justicia. Continúa el estudio con el problema que origina el que no se plantee una cuestión prejudicial en el incumplimiento judicial del Derecho de la Unión, en relación con lo cual menciona la *Sentencia Ferreira* de 2015, de cuyo texto llega a deducir que la omisión de planteamiento de cuestión prejudicial —habiendo debido hacerlo— puede significar una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea. Finaliza el apartado con un didáctico resumen de los aspectos a retener de la aportación jurisprudencial iniciada con la *Sentencia Köbler* y que se mantiene hasta la actualidad.

IV. El apartado tercero se centra, precisamente, en el requisito de que el incumplimiento del Derecho de la Unión constituya una «violación suficientemente caracterizada», un concepto privativo y característico de la responsabilidad extracontractual del ordenamiento de la Unión Europea. Analiza cómo se ha incorporado a la responsabilidad patrimonial de los Estados a partir de la *Sentencia Brasserie du Pêcheur*.

Sigue siendo grande la dificultad de determinar su contenido, aunque a las anteriores *Sentencias*



*British Telecommunications, Denka-
vit, Brinkmann y Robins*, en 2016
se haya sumado la *Sentencia To-
mášová*, que entiende que no inte-
gra ese concepto jurídico indeterminado aquella interpretación judicial
incorrecta del Derecho de la Unión
Europea, efectuada antes de que el
Tribunal de Justicia haya definido
la interpretación adecuada. Por otra
parte, la *Sentencia HTTS C. Consejo
de la Unión Europea* reitera, en 2017,
que entraría en el concepto toda ir-
regularidad que, encontrándose en las
mismas circunstancias, «no habría
cometido una administración nor-
malmente prudente y diligente» y
la *Sentencia Fruits de Ponent c. Co-
misión*, adoptada en 2018 por el Tri-
bunal General, exige un incumplimiento total del deber de diligencia.
Sin embargo, de acuerdo con la *Sen-
tencia Kantarev*, dictada por el Tri-
bunal de Justicia en 2018, no debe
añadirse, en ningún caso, requisito
alguno relativo a la intencionalidad o
a la culpa.

Como avanzaba el autor en 2015,
la finalidad de este concepto jurídico
indeterminado no es otra que la res-
tricción de los supuestos indemniza-
torios, mediante la admisión o re-
conocimiento de cierto «margen de
tolerancia» frente a la ilegalidad. De
acuerdo con la ya mencionada *Sen-
tencia HTTS C. Consejo de la Unión
Europea* tal requisito derivaría de
una necesaria ponderación entre la
protección de las personas perjudi-
cadas y el margen de maniobra que
necesitan las instituciones para que
su acción no se paralice. En cual-
quier caso, estima el catedrático que,
si el ordenamiento interno posibili-

tase el resarcimiento sin un requisito
así, debería aplicarse ese sistema,
dado que resultaría más favorable
para la persona perjudicada.

Finaliza el apartado con una refe-
rencia a la responsabilidad por acto
lícito en la Unión Europea. El ad-
ministrativista observa que el asen-
tado requisito de la «violación sufi-
cientemente caracterizada» impide
actualmente admitir la hipótesis de
ese tipo de responsabilidad, y que lo
permitiría exclusivamente una evo-
lución interpretativa. Por tanto, en la
actualidad únicamente sería viable si
lo posibilitase el propio sistema esta-
tal interno.

V. En su apartado cuarto trata la
obra otros temas de importancia en
relación con la responsabilidad esta-
tal por incumplimiento. En primer lu-
gar, subraya la autonomía recíproca,
tanto conceptual como procedimen-
tal, que se establece entre el incum-
plimiento estatal de las obligaciones
frente a la Unión y el incumplimiento
estatal del ordenamiento de la Unión
que produce un daño a una persona
concreta. Ello significa que, para que
la persona perjudicada pueda solici-
tar y obtener el correspondiente re-
sarcimiento, no resulta exigible que
el Tribunal de Justicia haya decla-
rado previamente el incumplimiento,
ni que éste último se deduzca de
una sentencia interpretativa del De-
recho de la Unión. De cara al estudio
posterior de la situación actual en el
Derecho interno español, se recalca
que, si ocurre alguna de las anterio-
res circunstancias, el incumplimiento
será manifiesto, pero que no es algo
imprescindible.



Pasa seguidamente a analizar determinados aspectos de la indemnización. Cabe señalar, al respecto, que el Tribunal General, en sus *Sentencias European Dynamics Luxembourg y otros c. OAMI y Zafeiropoulos c. Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional* (de 2015 y 2016, respectivamente) ha llegado a resarcir la pérdida de oportunidad ocasionada por Instituciones de la Unión y que, en 2019, la *Sentencia Hochtief Solutions* del Tribunal de Justicia tampoco excluye el pago de los gastos ocasionados por la resolución judicial lesiva del Derecho de la Unión. Por otra parte, el iuspublicista insiste en que la responsabilidad ha de tener como único objetivo la reparación de los daños sufridos por las personas perjudicadas y no la disuasión ni la imposición de una sanción. En cuanto a las posibilidades de obtener tal reparación, la jurisprudencia se remite al correspondiente ordenamiento interno. En relación con este punto, y también con vistas al posterior estudio del ordenamiento español actual, el profesor recuerda que el Tribunal de Justicia descartó totalmente en su *Sentencia Traghetti Mediterraneo*, de 2006, que pudiese haber ámbitos exentos de responsabilidad o cupiera establecer exigencias más estrictas que las que supone el concepto de «violación suficientemente caracterizada».

En tercer lugar, afronta el aspecto de la relación de causalidad directa entre incumplimiento y daño. En este sentido, remarca como referente la importante labor de esclarecimiento efectuada por el Tribunal

General en su *Sentencia Missir Mamachi c. Comisión*, de 2017, en un caso de resarcimiento de daños sufridos por el asesinato de un funcionario de la Unión Europea.

En cualquier caso, los cauces procedimentales van a ser definidos por la normativa interna de cada Estado, pero habrán de hacerlo siempre con respeto a los principios de equivalencia y efectividad, lo cual ha llegado a controlar el Tribunal de Justicia en resoluciones recientes (las *Sentencias Madalina* y *Land Sachsen-Anhalt*, adoptadas en 2019 y 2020, respectivamente, deciden, sin embargo, que el establecimiento de plazos más o menos breves o de caducidad está en manos de los Estados, siempre que se tome en consideración la importancia que las decisiones que se vayan a adoptar tengan para las personas interesadas, la complejidad de los procedimientos y de la legislación aplicable, el número de personas afectadas, e, incluso, otros intereses públicos y privados).

Acaba el apartado con el tratamiento de la responsabilidad «en» los propios Estados, a los que, como es sabido, el Derecho de la Unión se remite, sin entrometerse en el reparto interno de competencias y responsabilidades existente entre las distintas entidades públicas y sin oponerse, tampoco, a la existencia de una posible acción de repetición, como la que existe en nuestro ordenamiento interno.

Como se ha dicho con anterioridad, cabe observar que las nuevas



resoluciones judiciales confirman la línea mantenida con anterioridad por el Tribunal de Justicia en relación con el principio que nos ocupa.

VI. El quinto y último apartado se centra en la aplicación en el ordenamiento interno de ese principio que, como se comprueba en los apartados anteriores, puede afirmarse que encuentra un lugar propio en el núcleo del ordenamiento de la Unión Europea. Es la efectividad de su aplicación interna la que presenta mayores dificultades, siendo la misma apremiante, y no sólo en interés exclusivo de las personas perjudicadas, sino asimismo en interés del propio sistema jurídico de la Unión. Ocurre, no obstante, que el principio de efectividad obliga forzosamente a asumir adaptaciones en el ordenamiento interno.

En concreto, en cuanto al supuesto español, constata el administrativista que, aunque el principio de responsabilidad haya sido aplicado de manera temprana por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, el requisito de la «violación suficientemente caracterizada» ha constituido el principal escollo para su efectiva plasmación. Y ello porque, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal luxemburgués haya expresado siempre su cautela en orden a evitar que los ordenamientos estatales sean menos favorables (o más restrictivos), a la hora su aplicación, que ante similares reclamaciones internas (postura refrendada por la Sentencia *Hochtief Solutions*, adoptada en 2019), la actuación del Tribunal Supremo

dista de compartir tal preocupación, y de excluir el citado requisito, especialmente, para los daños producidos por aplicación de normas legales contrarias al Derecho de la Unión Europea.

La aprobación de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público podría haber resuelto positivamente la cuestión, pero el Prof. COBREROS MENDAZONA observa que no ha sido así.

Para empezar, entiende que la exigencia de que la causa de la lesión haya sido una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea puede llegar a afectar al principio de efectividad. Dado que el Tribunal de Justicia no ha requerido una declaración mediante una sentencia propia, dictada en recurso por incumplimiento, interpreta que el incumplimiento puede ser constatado por órganos judiciales estatales e, incluso, por la propia sentencia del órgano judicial que estime la pretensión indemnizatoria.

No obstante, encuentra de mayor complejidad la afirmación de la adecuación de los tres requisitos materiales que el art. 32.5 de la Ley 40/2015 añade, en comparación con la regulación de la responsabilidad para el caso de leyes inconstitucionales, lo cual contradiría el principio de equivalencia (principio que, por el contrario, quedaría indemne en cuanto a los requisitos procedimentales, pues éstos han sido equiparados).

El autor pronostica que los problemas de ajuste con tales principios



podrían suscitar una intervención aclaratoria del Tribunal de Justicia en vía prejudicial (planteada bien por el propio Tribunal Supremo, bien por algún Tribunal Superior de Justicia). Sin embargo, habría más probabilidades por una vía distinta, que no es otra que la del recurso directo por incumplimiento, planteado ya por la Comisión Europea por entender que se produce una vulneración, tanto del principio de efectividad como del principio de equivalencia.

VII. Si, en un escenario en que la normativa interna no establecía requisitos tan rígidos, la problemática originada por el mencionado *céntimo sanitario* se ha ido alargando por la negativa del Consejo de Ministros a admitir la responsabilidad patrimonial, la lógica conduce a pensar que, con la normativa actualmente vigente, cualquier otro supuesto de incumplimiento del Derecho de la Unión Europea tropezaría con una resistencia infinitamente mayor a su reconocimiento. Conviene, pues, que el Tribunal de Justicia de la Unión zanje la cuestión de esa posible vulneración de los principios de efectividad y equivalencia.

A la espera de su resolución, ha llamado nuestra atención un par de sentencias adoptadas por la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia con posterioridad a la publicación de la obra recensada y cuyo contenido redunda en algunos de los planteamientos jurisprudenciales reflejados en ésta: por un lado, la Sentencia *Euromin Holdings (Cyprus) Limited* (as. C-735/19), dictada con fecha de 10 de diciembre de 2020, en respuesta a una petición

de decisión prejudicial planteada por la *Augstākā tiesa (Sents)* o Tribunal Supremo de Letonia, y, por otro, la más reciente Sentencia *Balgarska Narodna Banka* (as. C-501/18), dictada con fecha de 25 de marzo de 2021, que resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el *Administratīvā soda tiesa Sofija-grad* o Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la capital búlgara. Ambas resoluciones permiten observar que el Tribunal luxemburgués refrenda plenamente, *mutatis mutandi*, el trayecto jurisprudencial tan magníficamente presentado por el Prof. COBREROS MENDAZONA en su publicación.

En conclusión, la obra se ciñe perfectamente a las características de la colección en la que se incluye: no se conforma con una mera aproximación al tema para quien no conozca la materia, sino que su texto se encuentra rigurosamente actualizado a la fecha de la publicación, por lo cual se puede afirmar que, sin lugar a dudas, hace honor al consabido refrán «lo bueno, si breve, dos veces bueno».

MIREN JASONE URKOLA IRIARTE
UPV/EHU

jasone.urkola@ehu.eus

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.15>

FUENTES i GASÓ, Josep Ramon,
La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021



Los entes del sector público contribuyen con la satisfacción de las necesidades colectivas a través de sus medios propios —gestión directa— o de terceros—gestión indirecta—. Las formas de gestión indirecta permiten a las empresas y el sector privado competir, participar y contribuir con la labor de satisfacción de las necesidades colectivas, creándose formas de colaboración público privadas, entre las que se encuentra la concesión.

Para el otorgamiento de la concesión es necesario que los entes del sector público realicen un procedimiento administrativo —previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)— y es este el análisis que nos presenta el Doctor Josep Ramón Fuentes i Gasó en su libro «La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis»

El Doctor Fuentes i Gasó estudia la concesión como institución administrativa, su procedimiento, modalidades en la LCSP de 2017 y las modificaciones que ha sufrido en los últimos años, como consecuencia de la pandemia de COVID-19, las medidas implementadas por la Unión Europea a través del Fondo de Recuperación Europeo (Next Generation EU) y las acciones implementadas por el gobierno español.

Su trabajo ha sido estructurado en siete (7) capítulos, a través de los cuales, el autor da una mirada al Derecho comunitario y a la normativa española en materia de contratación pública, para describir las modifica-

ciones que se introdujeron al contrato de concesión —de obras y de servicios— como consecuencia de las directivas de cuarta generación.

En el primer capítulo «Introducción. Concesiones y procedimiento administrativo», el autor delimita su objeto de estudio situando el contrato de concesión «dentro del campo de la intervención administrativa, que parcialmente se realiza en este caso sobre situaciones jurídico-privadas; puesto que a través de la concesión se otorga un título jurídico que permite a un privado actuar sobre un bien o un servicio de titularidad pública, no perdiendo dicho carácter los indicados bienes o servicios» (Fuentes i Gasó, 2021), excluyendo las concesiones demaniales.

En su segundo capítulo «El procedimiento administrativo para las concesiones como especialidad del procedimiento administrativo común tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre», resalta la importancia del procedimiento en la actuación administrativa, como un mecanismo que permite garantizar los derechos de los administrados y como un instrumento para la manifestación de la voluntad de la Administración. En este sentido, efectúa un análisis del procedimiento común previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el procedimiento administrativo en el ámbito local y el procedimiento concesional, siendo éste último el «procedimiento específico para el otorgamiento de las concesiones que se centra fundamentalmente,



aunque no solo, en la legislación contractual, puesto que la formalización de ese acto de autoridad que permite un aprovechamiento particular de una obra, un servicio, o un bien que la Ley considera como público, requiere de un documento que recoja los derechos y obligaciones de las partes concedente y concedida que tiene ese carácter contractual, ya sea por las especificaciones de la propia legislación contractual del sector público, o por la legislación patrimonial de las administraciones públicas».

En el tercer capítulo «La Directiva de Concesiones y su impacto sobre la contratación local en España» el autor parte explicando el cambio de visión que tuvo la contratación pública a partir de la reforma de la normativa de la Unión Europea, que permitió abrirla hacia un escenario más competitivo que permitiera garantizar la eficiencia de los fondos públicos. Bajo esta premisa, se presentan los antecedentes europeos de las Directivas de contratación pública — Directivas 2014/24/UE; 2014/23/UE y 2014/25/UE — para posteriormente centrarse en el estudio de la Directiva 2014/23/UE en materia concesional y destacar los cambios que a partir de ésta surgen sobre el contrato de concesiones.

Seguidamente, en el cuarto capítulo «La LCSP como presupuesto de la normativa y el procedimiento de las concesiones», el autor expone — con una visión general— las modificaciones que la transposición de las directivas europeas generaron en la LCSP, ante lo cual nos advierte que

«La cuenta atrás de la trasposición generó un período de aplicación directa de la normativa contenidas, haciendo por tanto inaplazable, a la vista de las determinaciones generales sobre contratos de concesión de obras y servicios la aprobación, bien de una profunda reforma del TRLCSP, o bien de una modificación puntual de este y la aprobación de una ley de concesiones, que a nuestro juicio no tiene mucho sentido por las importantes exclusiones que de su ámbito de aplicación hace la directiva, salvo que nuestro legislador decidiera incorporar en un solo texto legal español, las determinaciones a incorporar desde la directiva de concesiones, junto a un régimen jurídico básico de las concesiones, aplicable a todas ellas, conforme a su título competencial del artículo 149.1.18.^a de la Constitución».

En el capítulo quinto «Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones: *Especial referencia a la concesión de servicios*», el autor se centra en explicar los cambios de la LCSP que tuvieron impacto en el contrato de concesión, realizando una referencia especial a la concesión de servicios, destacando que la asunción del riesgo operacional por parte del contratista se configura con el elemento característico y distintivo de este tipo de contratos.

En este capítulo, el autor también incorpora un análisis sobre los efectos de la LCSP en la actividad remunicipalizadora, y es que «Una cuestión esencial a tener en cuenta



a la hora de la opción entre diferentes fórmulas en la organización de los servicios públicos locales, es la denominada sostenibilidad, tan en boga tras la LRSAL y que en buena medida se desprende de los términos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera —en adelante LOEPSF—, al someter la concreta fórmula de prestación del servicio no solo a la situación de la hacienda local en el momento concreto de la elección sino en el futuro, mediante la preceptiva tramitación de un expediente que lo justifique y que debe ser preceptivamente informado por el interventor.

Así, los ahorros, o no de una fórmula de gestión directa, frente a una homónima de gestión indirecta, no pueden ser circunstanciales sino permanentes».

Además, destaca que cualquier acción de remunicipalización se «enfrentará a los límites que impone la nueva LCSP sobre las concesiones para la resolución anticipada de los contratos. Por ello creemos que en la práctica tan sólo se llevarán a cabo, en su caso, las remunicipalizaciones sucesivas, esto es, aquellas que suponen asumir la gestión directa de servicios que se venían prestando de forma indirecta cuando la concesión se extingue. Y, aun así, habrá que demostrar la mayor eficacia del nuevo modo de gestión teniendo en cuenta todos los elementos a considerar: costes generales, incremento del capítulo primero, problemas de personal, gastos de inversión, gestión de las tasas y su cobro, proble-

mas en la implantación y transitoriedad, entre otros».

En sus capítulos cuarto y quinto el prof. Fuentes i Gasó ha querido incorporar las modificaciones que ha tenido la LCP, en virtud de la pandemia de COVID-19, las medidas implementadas por la Unión Europea a través del Fondo de Recuperación Europeo (Next Generation EU) y las acciones implementadas por el gobierno español, dándole una visión general a dichas modificaciones en el capítulo cuarto y concentrándose en el contrato de concesiones en el artículo quinto, ofreciéndonos de esta forma una visión actualizada de la normativa de contratación pública, lo que le lleva a plantear, inclusive, una mirada post pandémica en la que se estaría propiciando —al menos en lo que respecta a los servicios sanitarios—, una clara opción por los sistemas de gestión directa «obviando modelos semipúblicos como las fundaciones y por supuesto, las fórmulas de gestión privada como los conciertos y lógicamente las concesiones».

En el capítulo sexto nos presenta «Algunas reflexiones sobre las concesiones en Cataluña», en el autor explica que «El uso de la figura concesional como forma de gestión de los servicios y para la implantación de obras ha sido una fórmula tradicional en el ámbito local, puesto que el RSCL —recuérdese expresamente vigente pese al no desarrollo de la Disposición Final de la LRBRL— contemplaba esta figura como forma de gestión indirecta de los servicios públicos locales. Siendo por tanto la



principal norma específicamente local aplicable a la materia, aunque conforme al principio de jerarquía normativa y de lex posterior las diferentes leyes de contratos del Estado, de las administraciones públicas y del sector público, han implicado una adecuación de la práctica concesional local hacia ese régimen jurídico».

Finaliza su obra con el «Epílogo», donde destaca que «una vez más el derecho comunitario hace saltar por los aires nuestras construcciones jurídico-administrativas de siglos y así, la clásica institución de la gestión indirecta de los servicios públicos queda superada en su aspecto procedimental (...) por una nueva modalidad de relación» y que «las concesiones no son contratos simples, puesto que la propia regulación de la LCSP obliga a

tener en cuenta para su adjudicación más de un criterio, por lo que el dinero ofertado, o a percibir, no puede ser el único criterio para adjudicarlas», destacando que la complejidad vinculada a los procedimientos que las articulan ha pretendido ser el objeto de su análisis.

En definitiva, la obra «La concesión y el procedimiento administrativo: dos instituciones administrativas en simbiosis» es una herramienta de consulta aconsejada para los profesionales y estudiosos de la contratación pública.

M.^a NIEVES ARRESE IRIONDO
UPV/EHU

nieves.arrese@ehu.eus

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.121.2021.16>



IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

